

ABREVIATIONS

Com.	Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation
Civ.	Arrêt d'une Chambre civile de la Cour de cassation
Cf.	Confer

Rapport-gratuit.com 
LE NUMERO 1 MONDIAL DU MÉMOIRES

SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
<u>Partie I : La recherche d'un équilibre entre les différents droits et intérêts mis en jeu</u>	8
<u>Chapitre préliminaire : Quelques notions de base</u>	8
<i>Section I : Autour des questions étymologiques</i>	8
<i>Section II : La raison d'être des sûretés : la situation précaire du créancier chirographaire</i>	13
<u>Chapitre I : La fiducie-sûreté : une sûreté moderne aux origines anciennes</u>	19
<i>Section I : Evolutions historique et législative</i>	19
<i>Section II : De la reconnaissance de la fiducie-sûreté en tant que véritable sûreté</i> ..	41
<u>Chapitre II : L'économie du contrat de fiducie-sûreté</u>	53
<i>Section I : Le débiteur constituant et le créancier fiduciaire</i>	53
<i>Section II : La protection des tiers au contrat</i>	75
<u>Partie II : « Nouvelle reine des sûretés ? »</u>	94
<u>Chapitre I: La constitution de la fiducie-sûreté</u>	94
<i>Section I : Les formalités et prescriptions de base</i>	94
<i>Section II : La publicité, le régime fiscal et comptable de la fiducie-sûreté</i>	111
<u>Chapitre II : Applications pratiques et réalisation</u>	120
<i>Section I : La question de la concurrence entre la fiducie -sûreté et d'autres sûretés</i>	120
<i>Section II : La redoutable efficacité de la fiducie-sûreté à l'aune des procédures collectives</i>	153
CONCLUSION	172

INTRODUCTION

Dans un monde des affaires de plus en plus concurrentiel, les sûretés sont devenues omniprésentes dans le paysage juridique. Essentielles à la sécurisation d'intérêts économiques devenus plus importants, elles ont vocation à pallier aux vicissitudes spécifiques aux affaires. Les efforts combinés des juristes et des praticiens visant à créer des sûretés toujours plus performantes ont donné naissance à des créations parfois très originales. Mais il arrive aussi qu'en revisitant certains mécanismes classiques, l'on aboutisse à des sûretés redoutablement efficaces. C'est à l'issue d'un tel processus que la fiducie-sûreté a vu le jour.

D'une manière générale, la sûreté est un « mécanisme de droit civil ou de droit commercial, qui s'adjoint à un rapport d'obligation, ayant le plus souvent pour objet le paiement d'une somme d'argent et dont l'échéance est à terme¹ ». La fiducie-sûreté qui fera spécifiquement l'objet de notre étude consiste en « l'aliénation d'un bien au profit d'un créancier, qui a l'obligation de le rétrocéder au constituant en cas de paiement de la dette garantie² ».

Notre travail de recherche et de réflexion ne pourra cependant pas se limiter uniquement à la fiducie-sûreté dont le cadre juridique est constitué par le régime de droit commun de la fiducie³. En effet, nos réflexions porteront sur tous les aspects du mécanisme de cession ou d'aliénation fiduciaire à titre de garantie. Cela inclut donc, tous les contrats de fiducie-sûreté dits « innommés » et qui existaient en droit français bien avant la réintroduction de la fiducie.

Etroitement liée à la complexité croissante des échanges commerciaux, à leur diversification et à leur extension géographique, l'évolution des sûretés s'est faite étape par étape. Si d'un côté, les anciennes sûretés dites traditionnelles⁴ et dont les origines

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 4.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 311.

³ Articles 2011 et suivants du Code civil français.

⁴ C'est par exemple le cas de l'hypothèque, des privilèges et du gage.

remontent à l'Antiquité ou au Moyen-âge se sont vues améliorées, la pratique des affaires a de son côté, vite fait de conduire à la création d'autres sûretés nouvelles¹.

La fiducie-sûreté a ceci de particulier qu'elle cumule ces deux phases d'évolution. En effet, elle est une sûreté dont les origines remontent à l'époque de la Rome antique mais dont l'intégration dans le droit français n'a pu se faire qu'à l'issue de plusieurs améliorations. La fiducie-sûreté telle que nous la connaissons aujourd'hui est le fruit de nombreux débats et réflexions. C'est en constatant son succès auprès des praticiens - notamment grâce à l'exemple du *trust* anglo-saxon - que le droit français a finalement procédé à son adoption.

Puisant ainsi ses racines dans le droit romain, la fiducie-sûreté est le produit de l'évolution et de la sophistication de la fiducie romaine. C'est une sûreté qui fut progressivement éclipsée par le *pignus* –une forme de gage avec dépossession- et l'hypothèque. Eux-mêmes furent tombés en désuétude face aux sûretés personnelles et notamment le *fidejussio*, proche du cautionnement tel que nous le connaissons. La chute de l'empire romain eut des conséquences néfastes sur le droit romain en général et la régression de la technique juridique conduisit à la méconnaissance des sûretés romaines hormis la fiducie². C'est pourtant le cas de figure inverse qui se produisit lorsque le droit français, à travers le Code civil français de 1804 réintroduisit les sûretés romaines³ en laissant de côté la fiducie. Il aura fallu attendre la loi du 19 février 2007 pour revoir la fiducie dans le paysage juridique. Depuis, l'intervention d'un certain nombre de lois fut nécessaire avant d'arriver à la création et à la reconnaissance de la fiducie-sûreté actuelle.

L'intérêt de l'étude de la fiducie-sûreté est à la fois juridique, technique et économique. En premier lieu, notre travail ne concernera pas seulement le droit des sûretés. En effet nous serons amenés à survoler plusieurs branches du droit des affaires et notamment le droit bancaire et le droit des procédures collectives. En outre, il y a toujours cette recherche d'équilibre entre les différents droits et intérêts économiques en jeu. Il s'agit en somme, d'un exercice intellectuel consistant à concilier efficacité et équité.

¹ Nous pouvons citer entre autres les garanties autonomes et le crédit-bail.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 11.

³ Certaines sûretés comme le cautionnement furent réintroduites telles quelles et d'autres ont subi quelques améliorations.

La doctrine, la jurisprudence et le législateur œuvrent ensemble en ce sens et force est de constater que la tâche est ardue.

En second lieu, parler plus particulièrement de la fiducie-sûreté pousse nos réflexions encore plus loin, en ce sens où c'est une sûreté fondamentalement archaïque et fruste dans son mécanisme¹. Et pourtant, elle est à l'origine de nombreuses possibilités et de nouvelles perspectives, au point que certains auteurs la voient déjà comme la « nouvelle reine des sûretés² ». Et, si le droit français commence petit à petit à évoluer en ce sens, le droit anglo-saxon illustre déjà le succès séculaire de cette garantie sous les traits du *trust*.

Le droit des sûretés est un droit très « vivant ». Il est en principe censé évoluer et se moderniser en permanence. Même si les grandes réformes doivent parfois attendre plusieurs années³, les exigences de la pratique, et notamment les avancées en droit des affaires, obligent à affiner toujours davantage la technique juridique en droit des sûretés. C'est pourquoi il est d'autant plus important et intéressant de réaliser un travail d'anticipation par rapport à cette branche du droit.

Bien que la fiducie⁴ n'existe pas en droit malgache sur le plan théorique, il est intéressant de constater que techniquement, nous connaissons pourtant un mécanisme d'aliénation fiduciaire à titre de garantie. Notre législateur a introduit la « cession fiduciaire⁵ » qui peut en fait, être considérée comme une fiducie-sûreté innomée.

Utilisée à des fins de garantie, la fiducie n'est donc pas une institution si étrangère que cela à notre Droit.

En troisième lieu, elle est économiquement intéressante dans la mesure où c'est une sûreté particulièrement prisée dans le secteur financier. Tout comme certaines sûretés ont

¹ Utiliser le droit de propriété à des fins de garantie est un mécanisme des plus basiques en matière de sûretés.

² Expression faisant référence à l'hypothèque, traditionnellement appelée « reine des sûretés ».

³ Après tout, il aura fallu près de deux siècles pour revoir la fiducie en droit français

⁴ Etant entendu ici, la fiducie telle qu'elle est prévue aux articles 2011 et suivants du Code civil français, prévoyant l'existence d'un patrimoine d'affectation et dont le domaine d'application ne se limite pas aux seules fins de garantie.

⁵ Articles 98 et suivants de la loi n°2003-041 sur les sûretés.

contribué à l'essor de certains secteurs économiques¹, la fiducie-sûreté n'est pas en reste et il est intéressant d'étudier toute sa potentialité.

Nos réflexions vont alors nous permettre de comprendre si la fiducie-sûreté mérite vraiment les éloges de nombreux auteurs à son égard, ce qui nous permettra dans le même temps de nous prononcer sur l'opportunité de l'introduction de la fiducie en droit malgache.

Le problème de droit soulevé est alors le suivant : quelle est l'efficienne économique de la fiducie-sûreté ?

Pour y répondre, nous commencerons par parler de la recherche d'un équilibre entre les différents droits et intérêts mis en jeu (Partie I). Ensuite nous verrons si la fiducie-sûreté mérite d'être reconnue comme étant la « nouvelle reine des sûretés » (Partie II).

¹ Le gage du vendeur de véhicule à crédit a contribué au développement de l'industrie automobile, de même que le warrant viticole a sauvé la viticulture de consommation courante, cf. Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, page 5.

PARTIE I : La recherche d'un équilibre entre les différents droits et intérêts mis en jeu

Le droit des sûretés est un droit très riche et assez complexe, ainsi nous commencerons d'abord par éclaircir quelques notions de base (Chapitre préliminaire) avant de nous intéresser plus particulièrement à la fiducie-sûreté : une sûreté moderne aux origines anciennes (Chapitre I). Par la suite, nous nous attacherons à étudier l'économie du contrat de fiducie-sûreté (Chapitre II).

Chapitre préliminaire : Quelques notions de base

Avant toute chose, il nous faut comprendre les nuances qui peuvent exister entre certaines notions voisines. Nos premières réflexions vont ainsi s'articuler autour des questions étymologiques (Section I). Ensuite, nous parlerons de la raison d'être des sûretés : la situation précaire du créancier chirographaire (Section II).

Section I : Autour des questions étymologiques

Employés usuellement, certains termes pouvant apparaître comme étant des synonymes dans le langage courant sont pourtant bien différents d'un point de vue juridique. C'est ce qui nous amène à parler de la distinction entre sûreté et garantie (Paragraphe I). Puis, nous nous intéresserons à une question basique en droit des sûretés, à savoir entre sûreté réelle et sûreté personnelle : quelles sont les différences ? (Paragraphe II).

Paragraphe I : De la distinction entre sûreté et garantie

Pour comprendre la nuance existant entre ces deux notions voisines, il faut tout simplement retenir que « toutes les sûretés sont des garanties, toutes les garanties ne sont pas des sûretés¹ ». Mais faire la part des choses est bien plus complexe qu'il n'y paraît, au point que certains auteurs parlent de « l'introuvable notion de sûreté² ».

La garantie et la sûreté sont toutes deux des mécanismes qui ont pour effet de faciliter le recouvrement des créances. D'un point de vue fonctionnel, elles sont donc similaires et la

¹ Pierre CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, 1992, page 293 ; cité par Jean-Baptiste SEUBE, dans son ouvrage *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, à la page 10.

² Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, page 2.

distinction entre les deux notions à ce niveau, n'est pas très utile. En effet, l'une comme l'autre revêt une dimension économique¹ dans la mesure où le créancier pourra bénéficier d'une situation plus confortable, et pour le praticien, c'est tout ce qui importe. Et même d'un point de vue pratique, les deux termes sont souvent utilisés l'un pour l'autre par le législateur français lui-même, qui peut parfois utiliser le terme de « sûreté » sans pour autant le prendre en son sens strict, n'excluant alors pas de l'application du texte, les mécanismes de garantie qui auraient le même effet qu'une sûreté. Inversement, le législateur utilise parfois le mot « garantie » dans le sens général où les sûretés sont bien évidemment comprises par le texte.

La différence se situe dans le fait que d'une part, les garanties peuvent, à part faciliter le recouvrement des créances, déployer bien d'autres effets et elles n'ont d'ailleurs pas été créées dans ce but² puisque celui-ci n'est pas de leur essence³. Or, les sûretés ont été créées dans ce seul et unique objectif : il se trouve que leur finalité est précisément de permettre un paiement préférentiel du créancier et de le faire, en principe, échapper à tout concours avec les autres créanciers du débiteur.

Mais tandis qu'elles sont toujours l'accessoire d'une créance, du rapport principal, les garanties au contraire sont les conséquences mêmes d'un tel rapport principal dans lequel elles sont pleinement incluses. Nous pourrions citer comme exemple, l'exception d'inexécution ou le mécanisme de la compensation.

L'intérêt d'une telle distinction, est donc purement théorique, la question étant véritablement de savoir si tel mécanisme de garantie mérite la qualification de « sûreté » ou si un mécanisme donné peut être qualifié de « garantie »⁴. C'est donc un problème d'ordre terminologique dans la mesure où le juriste rigoureux cherche à savoir s'il est possible de donner une définition limitative de la « sûreté » ou si l'on pourrait admettre une définition plus souple, plus ouverte. Deux tendances se sont alors dessinées au sein de la doctrine française sur la question de savoir si un mécanisme de garantie donné peut

¹ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2010, page 10.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 4.

³ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, page 4.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 4.

être qualifié de « sûreté ». D'une part, certains auteurs ont préconisé une approche conceptuelle¹ ; d'autre part, les autres ont préféré une approche fonctionnelle².

Selon la première approche, les sûretés sont des mécanismes spécifiques s'adjoignant au rapport d'obligation principal et qui naissent d'une volonté distincte. Peu importe que cette dernière soit d'origine légale, judiciaire ou contractuelle. Ensuite, les sûretés ont pour finalité d'améliorer la situation du créancier sans pour autant lui procurer un quelconque enrichissement. Une fois réalisées, elles éteignent la créance garantie. Enfin, les sûretés se distinguent des garanties de par leur technique puisque leur réalisation nécessite l'intervention de procédures particulières comme la vente aux enchères ou la mise en œuvre des voies d'exécution. Il apparaît ainsi que selon cette conception, les « sûretés » constitueraient une catégorie « fermée ».

La seconde approche est plus souple et plus pragmatique : tout mécanisme de garantie étant alors considéré comme une sûreté dès lors qu'il conduit exclusivement ou indirectement à protéger le créancier contre l'insolvabilité du débiteur. Cette conception reflète la réalité économique³. Néanmoins, elle est très critiquée car elle empêcherait la mise en place de limites indispensables dans la mesure où bien des règles spécifiques applicables aux sûretés réelles ou personnelles ne pourraient jouer pour toutes les garanties. Comme la plupart d'entre elles proviennent de la théorie générale des obligations et du droit des biens, il faudrait donc par exemple, admettre le mécanisme de la compensation comme étant une sûreté⁴. De plus, si des mécanismes de garantie peuvent produire différents effets dont l'un d'eux consisterait à ménager le paiement d'une créance, cet effet là n'est pas de leur essence.

Reconnaître à la fiducie-sûreté la qualité d'une véritable sûreté a parfois été discuté au sein de la doctrine et nous verrons dans les développements ultérieurs les raisonnements qui ont conduit à une telle reconnaissance.

¹ Entre autres, les professeurs Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre Crocq.

² Parmi ces auteurs on peut citer Philippe Simler et Philippe Delebecque.

³ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, page 4.

⁴ Stéphane PIEDELIEVRE, *Les sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, Armand Colin, Paris, 2001, page 7.

Paragraphe II : Sûreté réelle et sûreté personnelle : quelles différences ?

La *summa divisio* « sûretés réelles – sûretés personnelles » est une distinction traditionnelle. Ainsi, premièrement, au niveau de leur constitution, les sûretés personnelles dont on dit que leur constitution est souple, s'opposent aux sûretés réelles. Ces dernières sont dépeintes comme étant rigides dans leur constitution¹ - et dans leur réalisation² - parce que soumises à un formalisme strict. Ce formalisme nécessaire est le garant de leur efficacité, contrairement aux sûretés personnelles qui, malgré leur souplesse, n'assurent pas toujours au créancier d'être payé³. Néanmoins, la distinction entre ces deux types de sûretés n'est plus aussi tranchée puisqu'en pratique, en matière de cautionnement par exemple, un certain formalisme s'est développé en droit français en vue de mieux protéger la caution personne physique.

Deuxièmement, d'un point de vue économique, il est traditionnellement admis que la constitution des sûretés réelles est généralement plus longue et coûteuse. Cependant, il faut tenir compte de l'évolution de la pensée juridique qui vient nuancer ces conceptions classiques. Ainsi, si la caution est un professionnel, la constitution du cautionnement peut devenir aussi onéreuse que celle de l'hypothèque⁴ à cause des rémunérations annuelles et des contre garanties⁵.

Troisièmement, au niveau de la technique, les sûretés réelles empruntent des mécanismes du droit des biens tandis que les sûretés personnelles relèvent du droit des obligations. Les premières sont caractérisées par l'affectation de la valeur d'un ou plusieurs biens du constituant –qui peut être le débiteur ou un tiers- au créancier, en garantie de sa dette. C'est le « droit de préférence » qui protège le créancier contre la « loi du concours » affectant tous les créanciers simplement chirographaires. Par ailleurs elles confèrent au créancier un droit de suite qui lui permet de suivre la chose grevée par la sûreté en quelques mains qu'elle se trouve.

¹ Par exemple des formalités de publicité foncière et/ou la rédaction d'un acte authentique.

² Comme la saisie immobilière en matière d'hypothèque ; ou la vente aux enchères en cas de gage.

³ La caution par exemple, cherchera souvent à éluder ses engagements ou alors elle pourrait ne pas être solvable au jour de la réalisation du cautionnement. Elle peut aussi vouloir contester le montant à payer.

⁴ En plus des formalités d'inscription, vient s'ajouter l'acte authentique.

⁵ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, page 7.

Le mécanisme des sûretés personnelles est quant à lui basé sur l'adjonction du patrimoine d'un tiers au paiement d'une créance¹. Mais, s'il y a ainsi deux débiteurs (ou plus) pour une même dette, le créancier reste simplement chirographaire et dispose à ce titre d'un droit de gage général sur le patrimoine de celui qui se porte garant et sur celui du débiteur principal.

Mais qu'il s'agisse de sûreté réelle ou personnelle, leur objectif reste le même, à savoir : augmenter les chances de paiement du créancier. La distinction entre ces deux types de sûreté n'est pas faite dans le but de déterminer laquelle des deux est la plus efficace puisque la sûreté parfaite n'existe pas. L'intérêt d'une telle distinction sera de mettre en évidence qu'au regard d'une situation de fait déterminée, le degré de sécurité apportée par l'une ou par l'autre variera. Ainsi, une sûreté donnée apparaîtra idéale dans un cas et pourrait ne pas l'être dans un autre. Il revient donc au créancier d'apprécier les circonstances dans lesquelles il se fait octroyer sa sûreté. Elles sont ainsi « tributaires de leur environnement économique² » puisque celui-ci détermine le régime juridique qui va s'appliquer selon la situation. A titre d'exemple, une sûreté réelle sans dépossession serait ainsi efficace pour garantir un prêt immobilier tandis qu'elle serait presque sans intérêt si le débiteur constituant tombe sous le coup d'une procédure collective³.

Par ailleurs, peu importe le type de sûreté choisi, le sort du créancier est toujours confronté à un certain élément d'incertitude propre au milieu des affaires. Ainsi, d'une part, la caution peut se retrouver insolvable au jour où le créancier l'actionnera alors même qu'elle était tout à fait solvable lors de la constitution du cautionnement. D'autre part, le bien grevé d'une sûreté réelle peut périr ou diminuer en valeur⁴.

On ne peut donc affirmer avec certitude quelle sûreté est supérieure à l'autre mais l'on est néanmoins en droit de se poser la question de savoir s'il existe une concurrence entre elles. Certains auteurs préfèrent davantage parler de complémentarité que d'une véritable

¹ Le tiers dont le patrimoine est adjoint à celui du débiteur principal en paiement de la dette s'engagera alors à payer le créancier dans le cas où le débiteur serait défaillant.

² Stéphane PIEDELIEVRE, *Les sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, Armand Colin, Paris, 2001, page 3.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

compétition entre sûretés réelles et sûretés personnelles¹. De plus, on ne peut réellement parler de concurrence puisque les deux types de sûretés interviennent dans des domaines distincts. En pratique, les sûretés personnelles² sont plus utilisées au niveau du commerce international. Or, les sûretés réelles sont plus courantes en matière de prêts immobiliers ou à la consommation. Elles ont un rôle important en matière civile et en matière financière³.

La fiducie-sûreté est parfois classée parmi les sûretés réelles, mais elle appartient aussi à un groupe de sûretés très particulières : les « propriété-sûretés ». C'est à ce niveau que le débat est vif. Nous verrons plus tard les arguments permettant de reconnaître la fiducie-sûreté comme étant une sûreté réelle à part entière.

Section II : La raison d'être des sûretés : la situation précaire du créancier chirographaire

Même si une relation contractuelle implique un certain degré de confiance mutuelle entre les deux parties, il est toujours préférable de se prémunir contre certains risques fâcheux. Dorénavant, les sûretés sont omniprésentes dans les relations d'affaires, en raison de l'insuffisance du droit de gage général et des mécanismes de protection du droit commun (Paragraphe I). Elles sont devenues indissociables du crédit (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'insuffisance du droit de gage général et des mécanismes de protection du droit commun

Le droit de gage général apporte une protection mais insuffisante, au créancier chirographaire, et cela reste vrai tant dans son principe qu'au niveau de sa mise en œuvre. Si l'on s'en tient aux termes de l'article 58 de la loi 2003-041 sur les sûretés et de l'article 2284 du Code civil français, introduisant le droit de gage général, on pourrait être tenté de croire que le créancier chirographaire est bien protégé puisque son droit de gage est

¹ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997; page 5, Stéphane PIEDELIEVRE, *Les sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, Armand Colin, Paris, 2001, page 7.

² Pour ne citer que les lettres d'engagement et les garanties autonomes.

³ Ce sont généralement les cessions fiduciaires : cession d'actions ou de créances professionnelles à titre de garantie.

« général ». Théoriquement, il pourra saisir n'importe quel bien du débiteur si ce dernier ne l'honore pas à l'échéance, et le faire vendre. Or, c'est un droit qui ne confère ni droit de suite¹ ni droit de préférence². Le créancier chirographaire demeure donc soumis aux fluctuations du patrimoine de son débiteur.

Ainsi, d'une part, le droit de gage général atteint ses limites dans l'hypothèse où le débiteur se dessaisit de ses biens, ou si ceux-ci sont détruits ou expropriés. En effet, il ne touche plus les biens du débiteur, une fois qu'ils sont sortis de son patrimoine.

D'autre part, même si le droit de gage général peut porter sur des biens futurs, il ne concerne pas les biens qui ne sont pas encore entrés dans le patrimoine du débiteur. Donc, comme il ne confère pas un droit de suite mais seulement un droit personnel, le créancier ne va pas pouvoir saisir ces biens qui sont sortis du patrimoine du débiteur. Mais également parce qu'il ne dispose pas d'un droit de préférence, le créancier chirographaire sera d'autant plus exposé à l'insolvabilité du débiteur puisqu'il sera primé par tous les créanciers ayant un rang plus privilégié que le sien.

En pratique, le débiteur malhonnête n'hésitera pas à organiser son insolvabilité : c'est le délit de banqueroute. De ce fait, d'une part, privé de tout droit de suite, rien ne prémunit le créancier chirographaire contre la diminution de l'actif du patrimoine du débiteur ni contre sa stagnation³. De plus, un débiteur qui n'est pas privé de la possession de ses biens pourra librement disposer de ceux-ci sans que le créancier démuné de sûretés ne puisse agir. D'autre part, sans droit de préférence le créancier chirographaire ne pourra rien contre l'augmentation du passif du débiteur.

Néanmoins, le droit commun des obligations met à la disposition du créancier chirographaire certains mécanismes de protection comme l'action paulienne, l'action

¹ Le droit de suite est un droit qui est accordé à un créancier muni de sûreté de suivre le bien et donc de le saisir en quelque main qu'il se trouve.

² Le droit de préférence permet un paiement préférentiel, celui qui détient une sûreté, qui est donc une cause légitime de préférence, est préféré à tout autre créancier chirographaire et sera payé avant eux, peu importe le montant de sa créance ou même la date de la naissance de cette dernière.

³ Par exemple en cas de cession entre vifs ; de cession par un commerçant tombé en faillite de son fonds de commerce et de tout l'actif de son entreprise à une société écran créée par lui ; Wilfrid JEANDIDIER, Droit pénal des affaires, Dalloz, Précis, 6^{ème} édition, 2005, page 328.

directe et l'action oblique. Il peut aussi demander des mesures conservatoires, la condamnation du débiteur à une astreinte ou l'exécution forcée de l'obligation.

Si l'action paulienne permet à un créancier d'attaquer un acte de son débiteur, fait en fraude de ses droits, l'action directe lui permet d'invoquer directement à son profit des créances de son débiteur ; le créancier va ainsi agir directement contre un débiteur de son débiteur. L'action oblique, elle, permet au créancier d'invoquer les créances de son débiteur au nom et pour le compte de celui-ci dans le cas où il serait insolvable et négligent. En exerçant les droits et actions de son débiteur, il pourra saisir toute valeur qui sera rentrée dans le patrimoine de ce dernier.

Cependant, ces mécanismes du droit commun ont également leurs limites et exigent que l'on respecte nombre de conditions de mise en œuvre. L'action oblique par exemple bénéficiera à tous les créanciers et non pas seulement à celui qui l'exerce. Ainsi, il n'est pas de son essence de procurer à un créancier déterminé un quelconque avantage sur les autres, contrairement à la sûreté. De même, l'action paulienne ne peut s'exercer que dans des conditions de mises en œuvre assez strictes. Enfin, ces mécanismes, contrairement aux sûretés, ne peuvent permettre d'atténuer les conséquences désavantageuses du jeu de deux règles du droit de gage général. La première est celle du « prix de la course ». Elle signifie que le créancier le plus diligent va être payé en premier et les autres qui agiront postérieurement n'auront plus rien pour les désintéresser. La deuxième est celle du « paiement au marc-le-franc ». Elle implique que les créanciers chirographaires qui agissent en concours soient payés chacun à proportion de ce qui leur est dû.

Pour toutes ces raisons, les sûretés apparaissent indispensables pour améliorer la situation du créancier chirographaire dans ses relations d'affaires.

Paragraphe II : Les sûretés, indissociables du crédit

Le crédit est « la confiance que le créancier a dans les facultés du débiteur d'honorer ses dettes ¹ ». Il implique alors trois éléments : la monnaie, le temps et la confiance. Faire crédit, c'est accorder sa confiance, mais le créancier doit rester prudent et raisonnable : son débiteur ne présentera pas forcément une solvabilité et une honorabilité comme celles

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 1.

qu'auraient les établissements de crédit. D'un point de vue psychologique, la méfiance s'est instaurée dans les relations d'affaires. Elle peut être le fait du recul de la force de la parole donnée et de l'honorabilité publique¹. D'un point de vue technique, les acteurs économiques ont conscience du caractère dérisoire du droit de gage général, c'est pourquoi les sûretés sont devenues la « rançon du crédit² ». Cette méfiance se traduit souvent en pratique par un cumul de sûretés.

Lorsque celui qui accorde le crédit est un banquier, il est principalement exposé à un risque important : le « risque de crédit » ou « risque de contrepartie ». C'est la probabilité selon laquelle le client emprunteur sera dans l'incapacité de rembourser son prêt. Or, c'est un risque courant dans la profession bancaire et ses impacts ne sont pas négligeables. D'une part, il est fréquent parce que basé sur la relation de confiance censée être établie entre tout banquier et son client et parce qu'il est constitutif de la source principale de provisionnement des banques. L'on sait que le banquier fait commerce de l'argent et plus il va consentir des prêts, plus il percevra d'intérêts ; mais il est évident que le risque de crédit augmentera lui aussi, en défaveur du banquier. D'autre part, ses impacts sont importants parce qu'il se matérialisera pour le banquier, en un manque à gagner voire en une perte. Le risque de crédit se décline en deux aspects : le risque de non remboursement et le risque d'immobilisation. Le premier est tout simplement le risque d'insolvabilité du débiteur, que celle-ci découle de la situation financière même du débiteur ou qu'elle ait pour cause externe la conjoncture économique et/ou politique nationale. C'est de loin le risque le plus courant encouru par le banquier. Le deuxième quant à lui, est spécifique au secteur bancaire. Il se traduit par un retard dans le remboursement des prêts octroyés. Si cette situation touche plus d'un débiteur, ce risque peut s'aggraver et se muer en une véritable immobilisation des capitaux. La trésorerie de la banque s'en retrouverait ainsi, fortement déséquilibrée. Le banquier sera par conséquent, dans l'incapacité de faire face aux demandes de retraits et de nouveaux crédits. Dans cette hypothèse, il pourrait faire faillite, ce qui risquerait de perturber l'économie nationale.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 2.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 1.

Le crédit est également indispensable dans les relations entre commerçants. Le plus souvent, il prendra la forme d'un délai de paiement accordé par le commerçant à son cocontractant. La vente à crédit est ainsi chose courante dans les relations d'affaires. Certains ont à vendre des quantités conséquentes de marchandises ou eux-mêmes ont à s'approvisionner auprès de fournisseurs qui leurs remettront des marchandises en grande quantité¹. Le prix de telles marchandises ne pourra, le plus souvent, être réglé instantanément.

Pour le commerçant qui fait crédit, il est principalement confronté à l'insolvabilité de l'acheteur mais plus grave encore, il arrive fréquemment que ce dernier revende le bien acheté à crédit à un tiers acquéreur alors même qu'il n'a pas encore payé l'intégralité du prix au vendeur, le plaçant ainsi dans une situation particulièrement délicate. Il risque une immobilisation de la créance. Ainsi, le retard du paiement ou le non paiement empêchera la circulation juridique de la créance, qui ne pourra alors être à la source de nouvelles transactions juridiques.

Les entrepreneurs ont eux aussi besoin de crédit destiné à l'exploitation commerciale ou à de grands investissements comme par exemple l'acquisition d'une filiale. Pour le débiteur, le crédit offre l'avantage d'acquérir un bien, des marchandises ou matériels dans l'immédiat, nécessaires à l'exploitation commerciale alors qu'il a des difficultés de financement, ou s'il veut éviter de grever de lourdes charges la trésorerie. Du côté du créancier, il permet de percevoir en plus du capital qui devra être remboursé, des intérêts qui seront plus ou moins élevés selon ce qui a été convenu avec le débiteur. Mais les mêmes risques inhérents à l'opération de crédit demeurent, rendant de nouveau l'intervention de la sûreté indispensable. La sûreté que l'entrepreneur consentira au créancier aura alors, le plus souvent pour assiette un élément du fonds de commerce ou des biens et matériels rendant possible son exploitation : ce sont des sûretés commerciales et « spéciales² »

¹ Prenons à titre d'exemple les ventes de grains et d'autres denrées alimentaires, ou d'autres marchandises qui se vendent en vrac.

² Elles sont régies par des textes spéciaux. Il s'agira par exemple du gage spécial ou du nantissement spécial.

Enfin, nous ajouterons que la faillite est également un risque redouté par tous les créanciers qui verront la plupart de leurs droits restreints. Les chances du créancier simplement chirographaire d'être remboursé sont infimes voire quasi nulles. Mais, même si le créancier est muni de sûretés, il sera quand même confronté à certaines difficultés et devra notamment respecter les procédures légales en matière de procédure collective d'apurement du passif.

Chapitre I : La fiducie-sûreté : une sûreté moderne aux origines anciennes

Chaque sûreté a sa propre histoire. C'est à travers l'étude de cette dernière que l'on peut comprendre les forces et les lacunes d'un mécanisme de garantie donné. Ainsi, tout d'abord, nous verrons les évolutions historique et législative (Section I), avant de parler de la reconnaissance de la fiducie-sûreté en tant que véritable sûreté (Section II).

Section I : Evolutions historique et législative

De l'Antiquité au Moyen-âge (Paragraphe I) la technique fiduciaire était présente dans la vie de tous les jours, mais comme bien d'autres sûretés, elle disparût un temps pour réapparaître sous une forme plus aboutie. Il est alors intéressant d'étudier le régime juridique de la fiducie-sûreté (Paragraphe II) telle qu'elle est devenue actuellement, en droit moderne.

Paragraphe I : De l'Antiquité au Moyen-âge

La plupart des institutions du droit des sûretés sont des héritages de la culture juridique romaine. A ce titre, nous devons voir de près la *fiducia cum creditore* du droit romain (A). Mais par ailleurs, même si on ne peut le prouver avec certitude, il est indéniable que la fiducie romaine a des liens avec le *trust* anglo-saxon (B).

A- La *fiducia cum creditore* du droit romain

La fiducie est une « garantie obtenue par un créancier dans un contrat par lequel il est l'acquéreur apparent d'un bien qui lui est transmis pas son débiteur, et qui sera restitué à ce dernier lorsque sa dette sera éteinte »¹.

Du latin « *fiducia* » qui veut dire « confiance² » ou « cession de bonne foi³ », elle est communément admise comme étant la source de toutes les sûretés réelles. Mais déjà à l'Antiquité, on lui reprochait de gaspiller le crédit du débiteur, d'où on lui préféra par la

¹ Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 14ème édition, 2003, page 273.

² Jean-Denis PELLIER, *Regard sur la fiducie-sûreté*, Les Petites Affiches, 21 mars 2007 n° 58, page 6.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3ème édition, Dalloz, 2012, page 329.

suite l'hypothèque et le gage. Parfois aussi, il valait mieux recourir au dépôt ou au mandat¹.

Elle aurait puisé ses racines en Egypte ou en Grèce, mais n'a atteint une certaine perfection technique qu'ultérieurement, à Rome². En droit romain, elle faisait partie des contrats réels, qui n'étaient valablement formés que par la remise de la chose³. A cette époque, elle était régie par le *Corpus juris civilis* de Justinien, bien des siècles avant l'apparition du *trust* médiéval⁴.

La *fiducia* supposait ainsi un transfert de propriété appelé *datio*, qui était accompagné d'une convention par laquelle celui qui a reçu le bien s'engage à le rendre à celui-même qui le lui a transmis, ou à une autre personne⁵. Ce sont alors les diverses applications que l'on pouvait tirer de cette convention qui ont conduit à la création de la *fiducia cum amico*, qui était un prêt à usage ou un dépôt, et que l'on peut rapprocher aujourd'hui de la fiducie-gestion⁶. C'est également de cette façon que furent créées la *fiducia cum creditore* et la fiducie-libéralité.

Il ne faut toutefois pas confondre la *fiducia* avec le *fidéicommissum*, autre institution du droit romain. Le *fidéicommiss* est une libéralité contenue dans un testament. Il permettait une transmission par personne interposée, de biens à des bénéficiaires juridiquement incapables de recevoir des libéralités. C'était le cas des femmes et des pérégrins⁷. L'héritier qui avait alors la qualité de fiduciaire exécutait la libéralité au profit du fidéicommissaire⁸.

¹ Philippe DUPICHOT, *Rapport de synthèse*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 89.

² Ibidem.

³ Daniel MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2008, page 19.

⁴ Ashvin Krishna DWARKA, *La fiducie en tant que sûreté réelle: un potentiel inexploité*, Mauritius Business Law Review, 2012, volume 4, page 16.

⁵ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 901.

⁶ Ibidem.

⁷ Pierre-Clément TIMBAL, *Droit romain et Ancien droit français Régimes matrimoniaux Successions-Libéralités*, Dalloz, 1960, page 131.

⁸ Ibidem.

La fiducie-sûreté actuelle est une sûreté provenant de la sophistication de la « *fiducia cum creditore* ». Elle consistait en une « transmission de la propriété, à charge de restituer après paiement ¹ ». Mais puisque la technique juridique de l'époque était assez rudimentaire, surtout en ce qui concerne les sûretés réelles, elle mettait le débiteur en situation de vulnérabilité face à un créancier tout puissant. En effet, d'une part c'était une sûreté qui gaspillait le crédit du débiteur puisque celui-ci était dépossédé de son bien, il était privé de son utilisation et ne pouvait plus l'affecter à de nouvelles garanties. Cela pouvait s'avérer particulièrement antiéconomique si ledit bien n'a de valeur que par son utilisation. A titre d'illustration, ce serait le cas d'un débiteur agriculteur qui transférerait la propriété de ses charrues à son créancier. En perdant l'usage de celles-ci, il ne peut plus travailler la terre et s'il n'y a pas de récolte, il ne peut pas a priori, rembourser son créancier. D'autre part, puisqu'il n'existait pas encore de réglementations protectrices du débiteur, ou de règles encadrant la réalisation de la fiducie en ce sens, le créancier pouvait très bien abuser de sa situation de force et aliéner le bien à sa guise. Il était malgré tout possible de conclure « une convention de précaire » afin de permettre au débiteur de garder l'usage des biens transmis au créancier, mais il aurait alors fallu que ce dernier soit de bonne volonté pour accepter une telle convention.

Face à ce déséquilibre flagrant de l'économie du contrat de fiducie, les juristes romains ont procédé à quelques ajustements et c'est ainsi que sont nés le gage avec dépossession et l'antichrèse. Il s'agissait alors de réduire les prérogatives du créancier omnipotent en lui transférant uniquement la possession et non plus la propriété d'un bien.

Par la suite, nombreuses furent les sûretés qui disparurent après la chute de l'empire romain d'occident. La fiducie, la seule qui subsista parmi les sûretés réelles fut couramment mise en œuvre en France au Moyen-âge, afin de protéger le patrimoine des Croisés pendant leur absence. Elle prenait alors la forme de ce que l'on appelle actuellement la « fiducie-gestion », correspondant à l'ancienne « *fiducia cum amico* » du droit romain ; et de la « fiducie-transmission », autre forme de fiducie romaine, laquelle

¹ Philippe Théry, Sûretés et publicité foncière, Puf, 1988, page 15.

permettait à une personne de léguer son patrimoine à une autre chargée de la remettre à un tiers¹.

Bien des siècles plus tard, la fiducie romaine aurait vraisemblablement été reprise en Grande Bretagne. Pourtant, il est communément admis que le *trust*, institution voisine de la fiducie, n'aurait pas hérité des bases du droit romain². Les seigneurs et chevaliers anglais partis en Croisade pour de nombreuses années confiaient également la gestion et/ou transféraient la propriété de leur domaine à des amis de confiance, à l'instar de leurs homologues français. S'ils revenaient, leurs terres et leurs biens leur étaient restitués, mais s'ils tombaient à la guerre, ceux-ci seraient transmis à leurs héritiers³ mais seulement à leur majorité⁴.

Dans le monde anglo-saxon, le *trust* connaissait un franc succès. Il faisait partie de la vie courante, que ce soit à des fins de garantie ou à des fins de gestion. Elle était même utilisée pour procéder à des libéralités. Contrairement à ce qui se passait dans les pays de tradition civiliste, le mécanisme de l'aliénation fiduciaire avait pu se perfectionner au fil des ans et avait trouvé diverses applications. Or, parallèlement, au tout début du XIX^{ème} siècle, considérée comme un instrument de féodalité, la fiducie n'a pas été reprise dans le Code napoléonien de 1804, dont l'élimination des grands patrimoines, ainsi que de la fraude aux règles de succession figuraient parmi ses principaux objectifs⁵.

La raison d'un tel clivage peut probablement s'expliquer par le fait qu'un pays de tradition civiliste comme la France accorde une importance particulière aux textes. De ce fait, la méfiance s'instaurait à l'égard de toutes les pratiques qui n'étaient pas encore réglementées par la Loi, et qui pouvaient s'analyser comme des sources possibles d'abus de la part d'une des parties contractantes. C'est ce que l'on appelle le « légicentrisme »,

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 330.

² Philippe DUPICHOT, *Rapport de synthèse*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 89.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 330.

⁴ Ashvin Krishna DWARKA, *Fiducie en common law ou trust en droit civil : le paradoxe mauricien*, *Mauritius Business Law Review*, 2011, volume 3, page 17.

⁵ La Banque Privée 1818, *La fiducie sûreté : outil de gestion du patrimoine personnel et professionnel*, Vision Patrimoine, [en ligne] 14/04/2014, mise à jour le 18/04/2014, adresse URL : <http://www.gestionprivee.caisse-epargne.fr/patrimoine/fiducie-surete/>.

et « qui consiste à placer dans la loi une confiance absolue et à reconnaître à elle seule le pouvoir de créer les institutions, ou tout au moins de leur conférer une certaine légitimité »¹. Ce qui signifie que les parties qui voudront agir en dehors du cadre de la Loi, en invoquant la liberté contractuelle, risquent de se retrouver confrontées à une certaine insécurité juridique.

Or, chez les anglo-saxons, les textes posent les bases mais laissent libre cours à la liberté contractuelle des parties et à leur créativité. Puisqu'une importance particulière est accordée à la pratique, il n'y a pas autant de méfiance à l'égard des pratiques innovantes même quand elles ne sont pas encore prévues par les textes.

Ces divergences et ces tendances opposées entre ces deux grands systèmes juridiques demeurent vraies à l'heure actuelle, ce qui permet d'expliquer actuellement la longueur d'avance du *trust* par rapport à la fiducie dite « à la française ».

B- Le *trust* anglo-saxon

Le *trust* peut se définir comme « l'état d'un bien faisant l'objet de deux propriétés : l'une (legal property ou legal interest) qui appartient au trustee, et à laquelle sont attachés le titre et les pouvoirs ; l'autre (equitable property ou equitable interest) qui appartient au beneficiary ou cestui que trust, et à laquelle est attaché l'émolument, la valeur, la richesse »². Il est impossible de ne pas y faire référence puisque le *trust*, et plus particulièrement le *security trust*, est une institution très proche de la fiducie-sûreté³.

Comme évoqué plus tôt, c'est à l'occasion des Croisades, soit du XI^{ème} au XIII^{ème} siècle, que le *trust* a eu l'occasion de faire ses preuves. Il a même eu un rôle social important à jouer en Angleterre, grâce à ce que l'on appelle des « *charitable trusts* », soit des *trusts* utilisés à des fins caritatives, en permettant le transfert de donations ou libéralités. Or, en France, le système caritatif mis en place à l'époque de l'Ancien Régime était loin d'être

¹ Jean-Denis PELLIER, *Regard sur la fiducie-sûreté*, Les Petites Affiches, 21 mars 2007 n° 58, page 8.

² Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 901.

³ Ibidem.

aussi efficace. D'aucuns pensent même que la révolution française n'aurait pas eu lieu si la France avait connu l'institution du *trust*¹.

C'est en fait une institution si riche qu'elle trouve application dans des domaines des plus variés, tandis qu'en France il a fallu créer de nouvelles institutions pour compenser son absence. A titre d'exemple, le législateur français a dû créer à cet effet « l'association sans but lucratif² ».

En outre, en droit des sociétés anglais, le *trust* a joué un rôle primordial dans l'essor des sociétés anglaises. Grâce à son utilisation, elles pouvaient procéder à d'importantes levées de fonds avant même d'acquérir la personnalité juridique et pouvaient continuer à y recourir après l'avoir acquise. Cette technique était employée par les grandes sociétés anglaises bien longtemps avant que le système de Droit Romano-germanique ne connaisse le droit des obligations³.

Nous avons tenté précédemment d'apporter une explication au fulgurant essor du *trust* par rapport à la fiducie à la française. Nous avons vu qu'une des causes possibles tient aux particularités même des deux grands systèmes juridiques considérés⁴. Une autre explication peut être trouvée dans l'uniformité ou dans la diversité des lois encadrant la ou les institutions envisagées. Ainsi, le *trust* anglo-saxon a l'avantage d'offrir une technique uniforme depuis toujours, bien que pouvant être utilisée à des fins différentes. Par opposition, le législateur français a dû inventer des institutions différentes, avec des régimes juridiques tout aussi disparates pour pallier à l'inexistence du *trust*. Dans le même esprit, le droit français a connu de nombreux mécanismes d'aliénation fiduciaire à titre de garantie utilisés dans des domaines spéciaux et réglementés par des textes spéciaux, sans pour autant avoir été expressément qualifiés comme tels⁵. Par la suite, un régime de droit commun de la fiducie a été établi mais d'autres dispositions particulières

¹ Christian DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the Civil Law*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1965, page 7.

² Christian DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the Civil Law*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1965, page 8.

³ Ibidem.

⁴ A savoir le système Romano-germanique et le système du Common Law.

⁵ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 330.

s'appliquent à la fiducie-sûreté et d'autres encore, réglementent particulièrement la cession *Dailly*¹.

Par ailleurs, il faut remarquer que l'utilisation des deux institutions ne répond pas aux mêmes besoins. L'idée de faire gérer son patrimoine par une tierce personne est une conception typiquement anglo-saxonne, ce qui explique le succès du *trust* en tant qu'instrument de gestion. Il s'agit en fait de faire en sorte que des personnes trop occupées pour gérer leur patrimoine ou qui veulent être déchargées d'un tel fardeau puissent voir dans le *trust* une solution sûre et efficace². Les personnes qui y recouraient et qui y recourent toujours actuellement sont notamment les avocats, les veuves, les docteurs et les professeurs.

Le *trust* n'est alors que très peu utilisé comme sûreté, sous les traits du *security trust*³. Or, dans les pays de tradition civiliste, on pense davantage à la fiducie comme étant un mécanisme de garantie, avant d'être un outil de gestion de patrimoine.

Le mécanisme du *trust* est relativement complexe et bien plus abstrait que celui de la fiducie. Même s'il est une institution proche de la fiducie, nous ne chercherons pas à faire une comparaison poussée en raison des nombreuses spécificités du droit anglo-saxon. Nous nous attacherons surtout à esquisser les principales caractéristiques du *trust* afin de mieux comprendre le mécanisme de base de la fiducie chez les civilistes.

Mais à bien des égards, le *fidéicommissum* est bien plus proche du *trust*. En effet, le constituant transfère des biens à un intermédiaire. Celui-ci doit les conserver ou préserver leur valeur. A sa mort, les biens seront alors dévolus à une troisième partie : le bénéficiaire. Le *trustee* et l'intermédiaire sont alors dans une position similaire⁴.

Le *trust* suppose ainsi en principe une opération à trois personnes entre le *settlor*, le *trustee* et le *beneficiary*⁵. Le *settlor* est celui qui « contrôle¹ » le *trust*, ce qui revient à

¹ Ces dispositions figurent dans le Code monétaire et financier français aux articles L 313-23 et suivants.

² Christian DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the Civil Law*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1965, page 28.

³ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 37.

⁴ Christian DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the Civil Law*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1965, page 32.

⁵ Christian DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the Civil Law*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1965, page 27.

dire qu'il surveille la gestion ou les agissements du *trustee* : il est l'équivalent du fiduciaire ou celui qui constitue la fiducie. Quant au *trustee*, il a les mêmes attributions que le fiduciaire. Il a généralement pour rôle de gérer les biens du *settlor* et de les restituer à une date convenue, au *settlor* lui-même ou à un *beneficiary*². Il est donc celui qui détient la propriété d'un bien affecté en garantie par l'effet d'un accord tacite ou exprès³, ainsi que le titre légal de ce bien. Les titres desdits biens sont alors établis en son nom ou en celui de son mandataire. Le *trustee* a néanmoins l'obligation de séparer les biens affectés de ses biens personnels⁴ et il agit dans l'intérêt du *beneficiary*, qui est l'équivalent du bénéficiaire de la fiducie. Jusque là, on retrouve les mêmes mécanismes de base. Par contre, même s'il y a également au minimum deux parties⁵, le *trust* permet au *settlor* d'être lui-même le *trustee* qui constituerait alors un *trust* sur ses propres biens⁶. Le *settlor* peut également être le *beneficiary*, mais il est interdit de cumuler les qualités de *trustee* et de *beneficiary*⁷. Et les choses se compliquent encore plus car cet accord entre le *settlor* et le *trustee* n'est pas un contrat, contrairement à ce qu'il se passe avec la fiducie. En effet, alors que tout contrat est soumis au *Common Law* c'est-à-dire au droit jurisprudentiel, le *trust* est régi par le droit d'équité ou *equity*. Cette particularité a des fondements historiques. Les amis en qui les chevaliers avaient confiance et à qui ils avaient confié leurs biens refusaient parfois de les leur restituer ou de les remettre aux bénéficiaires. Or, d'un point de vue strictement juridique, ces amis étant devenus plein propriétaires desdits biens, les tribunaux de l'ordre commun ne pouvaient ordonner la restitution⁸. Les tribunaux de la Chancellerie ont alors instauré l'*equity*. C'est un système de droit parallèle qui, en dépit de la propriété détenue légalement par ces personnes de

¹ Christian DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the Civil Law*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1965, page 27.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 335.

³ Ibidem, "express or implied agreement".

⁴ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 876.

⁵ En fiducie-sûreté par exemple, l'opération peut se limiter à deux personnes au lieu de trois, si le créancier qui est fiduciaire est lui-même le bénéficiaire.

⁶ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 965.

⁷ Ibidem.

⁸ Ashvin Krishna DWARKA, *Fiducie en common law ou trust en droit civil : le paradoxe mauricien*, Mauritius Business Law Review, 2011, volume 3, page 25.

mauvaise foi, permet que la propriété en équité revienne soit au chevalier, soit à sa femme et à ses enfants¹.

Le *trust* existe dès la seule déclaration unilatérale ou engagement unilatéral émanant du *settlor*, aucune acceptation de la part du *trustee* ou du *beneficiary* n'étant exigée. Selon les finalités auxquelles l'on affecte le *trust*, il se peut qu'il se forme par une simple déclaration orale. Son existence pourra par la suite être prouvée par toute preuve orale devant la Cour. C'est le cas des *trusts of personalty*². Cette facilité de constitution se retrouve même en matière de *trust of land* qui concerne des propriétés réelles³. Et même si la *Law of property act* impose au *settlor* de déclarer le *trust* par écrit et d'y mentionner sa signature, cette simple formalité *ad probationem* n'est pas souvent respectée en pratique. L'on s'interroge alors par rapport à la sécurité juridique d'une institution si occulte. En effet, le *trust* n'est soumis à aucune mesure de publicité, ce qui représente un danger pour les tiers ou *third parties*, et les créanciers ou *creditors*. Les *trusts of land* et *trusts of shares* en particulier peuvent être constitués par le biais d'un document secret⁴ et les participants au *trust* peuvent donc demeurer sous le couvert de l'anonymat. En outre, il n'y a aucune formalité de publicité à même de permettre l'information des tiers au contrat, et donc des autres créanciers⁵. C'est ainsi que sont apparues certaines situations de monopole qui ont entravé le libre jeu de la concurrence aux Etats-Unis, d'où le vote des lois *antitrust*.

Néanmoins, dans la pratique française, cette opacité est tempérée par l'obligation du banquier de déclarer automatiquement au TRACFIN (ou traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins), toute opération faisant apparaître un

¹ Ashvin Krishna DWARKA, *Fiducie en common law ou trust en droit civil : le paradoxe mauricien*, Mauritius Business Law Review, 2011, volume 3, page 26.

² Christian DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the Civil Law*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1965, page 28.

³ Ibidem.

⁴ Christian DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the Civil Law*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1965, page 29.

⁵ Christian DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the Civil Law*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1965, pages 27 et 28.

fonds fiduciaire, qu'il s'agisse de fiducie ou de *trust*, dont l'identité des constituants ou des bénéficiaires est inconnue¹.

Enfin, le *trust* peut aussi avoir une sorte de vocation familiale. Il peut bénéficier aux mineurs, aux aliénés ou aux personnes prodigues². Dans ces cas-là, on assiste à une volonté de protéger leur patrimoine.

Paragraphe II : Le régime juridique de la fiducie-sûreté

Après une longue absence, la vieille *fiducia* s'est frayée -lentement mais sûrement- un chemin dans le droit moderne. Nous commencerons par voir quelle a été, de la fiducie bancaire à la fiducie-sûreté, l'évolution du droit français (A). Ensuite, nous serons amenés à faire le parallèle avec la cession fiduciaire et le cas particulier du *fehivava* en droit malgache (B).

A- De la fiducie bancaire à la fiducie-sûreté : l'évolution du droit français

La fiducie existait déjà en droit positif français³, bien avant la réforme la concernant et était utilisée depuis longtemps par les banques comme instrument de crédit⁴. C'est alors dans le domaine financier que la fiducie-sûreté a commencé à se développer et concernait principalement les créances de somme d'argent et les instruments financiers⁵. Avant la loi française de 2007 introduisant la fiducie en droit français, certains mécanismes d'aliénation ou de cession fiduciaire⁶ étaient déjà présents et connaissaient un grand succès auprès des praticiens. Ils étaient strictement réglementés et jouaient dans des domaines restreints et notamment en matière bancaire et financière. Ainsi, on rencontrait à la fois des cessions fiduciaires de créances et de monnaie. Les premières, en droit

¹ Jean-Marc BEGUIN, Arnaud BERNARD, *L'essentiel des techniques bancaires*, Edition Groupe Eyrolles, 2008, page 276.

² Christian DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the Civil Law*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1965, page 27.

³ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 900.

⁴ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 601.

⁵ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 330.

⁶ « Le qualificatif fiduciaire signifie que les créances sont cédées à la banque, par le bénéficiaire du crédit, en pleine propriété mais sans stipulation d'un prix » ; cf. Arnaud REYGROBELLET, *Cession Dailly et procédures collectives : une efficacité bien tempérée*, Option Finance, [en ligne], 7/09/2015, adresse URL : www.lexplicité.fr/cession-dailly-et-procedures-collectives-une-efficacite-bien-temperée/.

français doivent impérativement se faire par le truchement du bordereau *Dailly*¹. Les deuxièmes peuvent se faire de différentes manières : le débiteur peut remettre un chèque en garantie ou des espèces².

Mais bien avant, à l'origine, c'est en partie à cause du détournement d'institution opéré en matière de vente à réméré que le législateur français a décidé d'introduire la fiducie dans le droit positif. En effet, le créancier, en versant le prix de la chose qu'il achète accordait en réalité un crédit au débiteur³. Souvent afin d'augmenter la pression exercée sur ce dernier, le créancier se faisait vendre un bien dont la valeur réelle est bien supérieure à celle de l'emprunt. Déjà à ce niveau, nous pouvons constater que c'est une opération nuisible au crédit du débiteur, pouvant même conduire à terme à un enrichissement sans cause du créancier si le débiteur n'honore pas ses engagements. Néanmoins, le bien vendu peut être aussitôt reloué au vendeur afin qu'il puisse en conserver l'usage, ce qui atténue l'atteinte à son crédit. Le problème est que tout le mécanisme pouvait cacher un pacte comissoire⁴, pourtant prohibé par le législateur à cette époque. D'abord utilisée en matière immobilière au XIX^{ème} siècle, la vente à réméré fut bientôt utilisée en matière financière, d'où la nécessaire intervention du législateur avec la loi « *Dailly* » du 2 janvier 1981 –dont les dispositions sont maintenant insérées dans le code monétaire et financier français- encadrant la cession et le nantissement de créances professionnelles. Appelée parfois aussi « fiducie bancaire⁵ », la cession de créances professionnelles fut le premier mécanisme faisant appel à une technique de cession fiduciaire à titre de garantie, à faire son apparition et à être encadré légalement. Les cessions de créances intervenues à l'époque n'étaient cependant pas reconnues officiellement comme étant des contrats de fiducie-sûreté par le législateur et certains

¹ Il tire son nom de la loi « *Dailly* » du 2 janvier 1981.

² Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 283.

³ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, page 238.

⁴ Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14^{ème} édition, 2003, page 415 : « une clause par laquelle un créancier gagiste ou hypothécaire obtient de son débiteur qu'il deviendra propriétaire de la chose gagée ou hypothéquée en cas de non-paiement ».

⁵ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 605.

auteurs les qualifient alors de contrats de « fiducie-sûreté innomés¹ », d'autres parlent de « fiducie-sûreté sur créance »².

Certes, les mécanismes de cession fiduciaire et de vente à réméré sont très proches en ce sens que dans les deux cas, il y a un double transfert de propriété qui se fait en deux temps. Le premier s'effectue du débiteur vers le créancier lors de la constitution du contrat, le deuxième se fera éventuellement quand le débiteur aura remboursé le créancier. Néanmoins, il convient de ne pas en faire l'amalgame. La vente à réméré, comme son nom l'indique³ est une vente pour laquelle le vendeur s'engage à racheter la chose. Or, le transfert de propriété qui intervient dans la fiducie-sûreté n'est pas une vente mais la contrepartie d'une créance⁴. Tandis que la première implique un transfert de propriété à titre de garantie, la deuxième est actuellement difficilement acceptée comme étant une sûreté ou même un mécanisme de garantie. En effet, la vente à réméré ou avec faculté de rachat s'analyse davantage comme étant un mécanisme de crédit⁵. Comme nous l'avons vu précédemment, puisque le prix d'achat versé par l'acquéreur est en fait un prêt consenti au vendeur, alors dans le cas où ce dernier réussit à rembourser l'acquéreur, la vente est résolue. Dans le cas contraire, la vente est consolidée; le droit de propriété devient définitif mais le vendeur est libéré. Dans le contrat de fiducie-sûreté, il n'y a aucune stipulation d'un tel prix.

En outre, on peut sérieusement douter de l'efficacité de la vente à réméré dans la mesure où le débiteur vendeur peut très bien ne pas se donner la peine de rembourser son créancier et préférer lui laisser la propriété de son bien⁶. Ce dernier se retrouverait alors avec un bien qui ne lui est d'aucune utilité ou qui pourrait être difficile à revendre ou dont la valeur aurait même pu diminuer entre temps.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 330.

² Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 900.

³ « Réméré » vient du latin « *redimere* » qui signifie « racheter », cf. Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 330.

⁴ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 283.

⁵ Mais dorénavant, c'est un type de vente qui n'est plus utilisé par les banquiers, que ce soit comme instrument de crédit ou de garantie puisque le montant du prêt est alors nécessairement égal au prix du bien vendu, cf. Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 329.

⁶ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, page 238.

L'aliénation fiduciaire, lorsqu'elle portait sur des instruments financiers, était un mécanisme de crédit et de garantie bien plus efficace. Il s'agit notamment des opérations de « pension livrée », de « prêts de titres financiers » et de « garantie financière »¹. Rapides et sécurisées, à la fois souples et simples, elles permettaient aux établissements bancaires de se procurer des avances à très court terme moyennant le transfert en garantie de ses propres créances² à un organisme mobilisateur³.

La pension livrée ou pension de titres est ainsi une « opération consistant, pour une personne⁴ morale, un fonds commun de placement ou un fonds commun de créances, à céder à un autre⁵ de ces organismes des titres moyennant un prix convenu, puis à en opérer la rétrocession »⁶. Et selon le code monétaire et financier en son nouvel article L211-27, la cession en question se fait en pleine propriété.

Quant au prêt de titres financiers, il s'agit de « l'opération par laquelle un professionnel, qui ne dispose pas de titres qu'il s'est engagé à livrer, acquiert ces titres auprès d'un prêteur, à charge d'en restituer de semblables au terme convenu. Pour garantir la créance de restitution du prêteur, l'emprunteur lui remet d'autres titres ou espèces »⁷. Cette remise en question se fait également en pleine propriété selon toujours l'article L211-2 du code monétaire et financier français.

S'agissant des garanties financières, elles sont les accessoires d'obligations financières conclues entre intervenants sur un marché financier⁸. Elles supposent le nantissement ou la cession fiduciaire de valeurs mobilières, de titres, de créances et autres produits financiers. Les parties sont alors libres d'accorder au créancier le droit d'utiliser et même

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 331.

² Le transfert se faisait par le biais d'un effet de commerce.

³ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 601.

⁴ Le cédant est celui qui « remet en pension » les titres financiers ; Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 331.

⁵ Le cessionnaire est celui qui « prend en pension » les titres financiers.

⁶ Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14^{ème} édition, 2003, page 427.

⁷ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 331.

⁸ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 599.

d'aliéner les biens remis en garantie, à charge pour celui-ci de les restituer par équivalent une fois désintéressé.¹

En outre, en droit des sociétés, il y a la convention de portage d'actions qui met également en œuvre un mécanisme de fiducie². C'est la convention « par laquelle le porteur, un établissement de crédit, se rend actionnaire d'un certain nombre d'actions et s'engage à les transférer à un prix convenu à une personne déterminée après un certain délai »³. Elle est un outil très utile pour l'investisseur qui souhaite acquérir des actions dans la plus grande discrétion, ou pour l'acquéreur ne disposant pas encore des fonds nécessaires pour une telle acquisition⁴. Le porteur est investi de tous les droits et pouvoirs attachés au titre mais les exerce pour le compte du donneur d'ordre, qui ne supporte alors que les risques liés à la qualité d'actionnaire⁵.

Néanmoins, la jurisprudence se montre sévère en refusant de reconnaître comme étant des cessions fiduciaires, deux pratiques très courantes dans le milieu bancaire⁶.

D'une part, il s'agit du gage-espèces. C'est un gage avec dépossession mais portant sur des choses fongibles⁷. Cependant, si le créancier gagiste ne procède pas à une individualisation des choses remises en gage de manière à les distinguer de ses autres biens personnels, on admet alors que le créancier opère véritablement une aliénation fiduciaire puisque l'opération est translatrice de propriété⁸. Le juge refuse toutefois de reconnaître la qualification de « cession fiduciaire » et préfère retenir celle de « gage »⁹.

D'autre part, il s'agit bien sûr de la cession de créance à titre de garantie mais pratiquée en

¹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 599.

² Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, page 240.

³ Ibidem.

⁴ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 900.

⁵ Ibidem.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 333.

⁷ Appelées aussi « choses de genre », ce sont des « choses qui sont interchangeables les unes par rapport aux autres », cf. Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14^{ème} édition, 2003, page 104.

⁸ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 332.

⁹ Com. 23 avril 2003, M. X... contre Banque française, N° de pourvoi : 02-11015 ; cf. Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 332.

dehors du cadre juridique de la loi « *Dailly* ». Fait sans utilisation du bordereau prévu légalement à cet effet et suivant des formalités déterminées librement par les parties, ce genre de cession de créance à titre de garantie est systématiquement requalifié par le juge comme étant un nantissement de créance, car « en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance »¹.

La raison d'une telle rigueur s'expliquait en fait par la réforme imminente concernant la fiducie². Le juge voulait laisser au législateur le soin de déterminer quelle place la propriété transmise à titre de garantie devrait occuper dans le nouveau droit des sûretés³.

B- La cession fiduciaire et le cas particulier du *fehivava* en droit malgache

En droit français, de la fiducie bancaire à la fiducie-sûreté, il n'y avait qu'un pas à faire. S'agissant du droit malgache, nous verrons si l'état actuel du droit des sûretés pourra permettre une évolution similaire.

Comme nous l'avons déjà précisé plus tôt, la fiducie n'existe pas en droit malgache. Cependant la sûreté baptisée tout simplement « cession fiduciaire » en droit malgache est l'équivalent de la cession *Dailly* du droit français, ce qui la classe parmi les fiducie-sûretés innomées. Toutes deux nécessitent l'usage d'un bordereau spécial devant contenir un certain nombre de mentions obligatoires. La fiducie bancaire ayant permis aux entrepreneurs de financer en toute facilité leurs activités, en raison de la simplicité de sa constitution et de son coût peu élevé, il a dès lors paru nécessaire au législateur malgache de l'introduire dans notre droit. Il suffit en outre que les créances que l'entrepreneur détient envers ses clients soient définitives ou en germe, pour qu'il puisse les faire figurer sur le bordereau.

Au cours de notre enquête auprès de deux établissements bancaires à Antananarivo, nous avons pu constater que la cession fiduciaire portant sur des créances professionnelles est assez fréquemment utilisée par le premier établissement.

¹ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, page 240.

² Ibidem.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 333.

Pourtant, dans le second, on nous a fait part d'une pratique ponctuelle et non généralisée. Une première difficulté concernerait la nécessité d'une certaine technicité puisqu'il y a des éléments d'identification électronique qui vont être transmis au banquier. Avec ce traitement informatique, le compte du débiteur devrait être crédité immédiatement. Or, la loi malgache sur les sûretés ne fait pas de l'utilisation d'un procédé informatique pour effectuer la transmission des créances cédées ou nanties, une obligation. Ce n'est donc pas là un véritable frein au développement de cette sûreté puisque ces transmissions de créances peuvent se faire simplement par le biais de bordereaux. La deuxième difficulté réside dans une sorte de méfiance à l'égard de la cession fiduciaire. Elle concerne généralement les factures puisque celles-ci ont un grand volume d'opérations. Selon le responsable, la cession fiduciaire porte rarement sur des titres de créance sauf s'il s'agit en fait de créances détenues sur l'Etat : ce qui *serait* assurément un gage de sécurité. C'est, selon le responsable interrogé, la principale raison qui explique que la cession fiduciaire ne connaisse pas un véritable développement dans la pratique.

De même, pour le nantissement qui se fait suivant le même procédé que la cession fiduciaire, il n'est presque pas utilisé sur des titres de créance à l'exception des bons de trésor spéciaux et des bons de trésor *FIHARY*. C'est le cas des entreprises qui font des placements et qui ont par la suite des besoins de trésorerie.

Mais alors, pourquoi des pratiques si différentes pour une même institution ? Nous pouvons en déduire que la cession fiduciaire est perçue différemment suivant l'établissement de crédit créancier, et suivant les clients avec qui il traite. Tantôt elle est utilisée comme un moyen de financement des petites et moyennes entreprises, tantôt elle ne sera utilisée que comme mécanisme de garantie mais seulement, lorsque ladite garantie offerte est solide comme une créance sur l'Etat.

Malgré tout, un développement futur du secteur bancaire devrait conduire à une utilisation accrue de la cession fiduciaire. Et l'inverse n'est pas faux puisque la fiducie bancaire a été bénéfique au secteur bancaire en France. Certains auteurs comme François

Barrière y voient d'ailleurs une sûreté particulièrement apte à « fluidifier le circuit du crédit, voire à faciliter certaines restructurations d'entreprises »¹.

En tout cas, nous aurons l'occasion de voir ultérieurement que c'est dans le secteur bancaire et financier que la fiducie-sûreté a vocation à être la plus utilisée. Cela veut dire que tant que l'on ne se familiarisera pas assez avec la manipulation des titres et instruments financiers et à leur utilisation à des fins de garantie, envisager de reconnaître la fiducie-sûreté en droit malgache serait inutile. Mais à partir du moment où la cession fiduciaire malgache aura fait ses preuves dans la pratique, l'introduction de la fiducie devrait être tout à fait envisageable. De plus, il faut ajouter que le droit français a toujours largement influencé l'évolution du droit malgache puisque le système juridique français sert de référence². Le « phénomène de transplantation du droit » est une tendance durable dans le droit malgache des affaires³. Ainsi, lorsqu'il sera temps d'actualiser ou de moderniser le droit des sûretés, nous ne pouvons qu'espérer que le droit malgache continue à suivre cette tendance en ce qui concerne la fiducie.

Maintenant, si l'on parle des difficultés techniques et juridiques, l'aliénation fiduciaire en soi ne devrait pas poser de problèmes mais la seule difficulté serait par rapport au régime juridique du patrimoine fiduciaire. Le patrimoine d'affectation nécessite la maîtrise de techniques juridiques d'un certain niveau. Il ne faut pas s'y tromper, même moins élaborée que le *trust*, elle demeure une sûreté complexe. Si l'on dit souvent des propriété-sûretés qu'elles sont frustes ou rudimentaires, c'est moins par rapport à la technique juridique nécessaire à leur mise en œuvre que par rapport à l'usage du droit de propriété à des fins de garantie. En outre, certains ajustements devront être faits au niveau du droit des procédures collectives.

Par ailleurs, il nous paraît intéressant d'apporter quelques précisions sur le « *fehivava* », qui est « un contrat de prêt d'argent garanti par la remise de l'immeuble engagé au

¹ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 869.

² RAMAROLANTO-RATIAIRAY, Rajaono ANDRIANAIVO RAVELONA, *Tendances et évolution du droit des affaires à Madagascar*, Revue internationale de droit comparé, volume 44 N° 2, Avril-juin 1992, page 413.

³ RAMAROLANTO-RATIAIRAY, Rajaono ANDRIANAIVO RAVELONA, *Tendances et évolution du droit des affaires à Madagascar*, Revue internationale de droit comparé, volume 44 N° 2, Avril-juin 1992, page 420.

créancier *fehivaviste*, qui en jouit jusqu'à l'époque du remboursement¹ ». L'intérêt d'en parler dans le cadre de notre étude sur la fiducie-sûreté est qu'il est plus facile d'introduire une nouvelle institution étrangère dans un système juridique donné lorsqu'il y existe déjà une institution nationale voisine, même si malheureusement, dans le cadre de nos enquêtes, nous avons découvert que les établissements bancaires n'utilisent pas le *fehivava* comme sûreté immobilière.

Il convient d'examiner d'une part, toutes les caractéristiques du *fehivava*. D'autre part, nous concluons en conséquence s'il peut s'analyser effectivement comme une institution voisine de la fiducie-sûreté.

S'agissant de ses diverses propriétés, c'est une sûreté traditionnelle qui partage de nombreux points communs avec le nantissement d'une chose immobilière. Plus précisément, le *fehivava* se rapproche beaucoup de l'ancienne antichrèse² du droit français et davantage de l'actuel gage immobilier avec dépossession³. Ainsi, c'est une sûreté plutôt éloignée de la fiducie-sûreté de par son mécanisme, puisqu'il n'y a aucun transfert en pleine propriété du bien affecté en garantie.

De plus, c'est une garantie davantage adaptée aux relations entre particuliers⁴ qu'aux relations d'affaires (modernes) et l'exposé des motifs de la loi n°2003-041 sur les sûretés d'ajouter que son usage est particulièrement « vivace dans le milieu rural ». Le contrat de *fehivava* comporte par ailleurs certains inconvénients qui font de cette sûreté typiquement malgache, un mécanisme revêtu d'une certaine insécurité.

D'un point de vue économique, le *fehivava* est affublé de certaines faiblesses. De prime abord, il gaspille le crédit du débiteur en le privant de la possession de son immeuble, et ce, pour une durée pouvant être indéfinie, voire perpétuelle. Naturellement, il est loisible

¹ Article 206, de la loi n° 2003-041 sur les sûretés.

² En effet, dans les deux cas, le créancier détient l'immeuble entre ses mains et n'a pour seule prérogative que la perception des fruits ; RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles)*, *Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 330.

³ RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles)*, *Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 343.

⁴ RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles)*, *Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 348.

aux parties de fixer la durée du prêt et la date de remboursement mais, aucune date d'échéance précise n'étant légalement exigée, le *fehivava* peut déployer ses effets sur plusieurs générations¹. Sur ce point, nous constatons que c'est le créancier qui est désavantagé. Néanmoins, il semble que le débiteur ne soit pas plus avantagé non plus, vu qu'il ne peut imputer sur le capital de la créance les fruits perçus par le créancier². En outre, soumis à aucune publicité, c'est une sûreté qui peut nuire aux droits des tiers, sans parler des litiges et autres difficultés en matière foncière. A cause de toutes ses caractéristiques peu rassurantes, le *fehivava* est exclusivement utilisé en milieu rural, concernant plus souvent des lopins de terre ou des rizières que des constructions.

Ainsi, le *fehivava*, s'il peut toutefois être utilisé pour les relations d'affaires, ne concerne alors que les conventions d'associations en participation entre particuliers³. C'est ainsi un moyen de financement de petites entreprises ou de fonds de commerce, et les auteurs qui s'y sont intéressés de près virent dans le *fehivava* un « prêt agricole entre particuliers⁴ ». Ainsi, toutes les incertitudes de cette sûreté peuvent être compensées par la confiance qui existe entre les contractants.

Néanmoins, le *fehivava* est affecté par un formalisme lourd, même si cela est tout à fait justifié pour des raisons de sécurité. C'est un contrat solennel devant être passé en la forme authentique ou authentifiée, et devant faire l'objet d'enregistrement mais demeurant malgré tout une sûreté occulte car dépourvue de toute mesure de publicité⁵.

Le *fehivava* charge également le créancier « *fehivaviste* » de certaines contraintes de conservation. Même à ce niveau, il y a peu de similitudes avec la fiducie-sûreté puisque dans le cadre de cette dernière, il revient aux parties de trouver un bon équilibre en se

¹ RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles), Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 328.

² RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles), Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 331.

³ RAMAROLANTO-RATIAIRAY, Rajaono ANDRIANAIVO RAVELONA, *Tendances et évolution du droit des affaires à Madagascar*, Revue internationale de droit comparé, volume 44 N° 2, Avril-juin 1992, page 419.

⁴ Il s'agit notamment de R. Wieme, cité par le professeur RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles), Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, à la page 325.

⁵ Alisaona RAHARINARIVONIRINA, Alexandre BERTONE, *Droit civil Les biens et les sûretés*, édition du centre malgache de promotion du livre, 1983, page 190.

répartissant les charges relatives à l'immeuble¹. Or, le créancier « *fehivaviste* » est tenu de toutes les charges, même fiscales². Ainsi, le débiteur n'aura nullement à déboursier la moindre somme, même en cas de frais dus à des améliorations et réparations effectuées par le créancier sur l'immeuble, ce qui semble constituer de lourdes charges³ pour ce dernier qui n'a en somme que l'*usus* et le *fructus* sur l'immeuble qu'il détient. C'est aussi d'ailleurs, notons-le, une différence fondamentale avec l'ancienne antichrèse. En contrepartie, il est permis au créancier de jouir de l'immeuble comme un usufruitier et d'en percevoir les fruits, ce qui n'est pas possible pour un créancier fiduciaire⁴.

Les seules similitudes importantes avec la fiducie-sûreté concernent ainsi d'une part, le devoir de conservation de l'immeuble en bon père de famille puisqu'à l'instar du fiduciaire, le créancier « *fehivaviste* » doit l'entretenir et il est responsable de toute détérioration survenue par sa faute. D'autre part, il s'agit de l'effet psychologique des deux sûretés à l'égard du débiteur qui a affecté ou donné son bien en garantie⁵ : un débiteur dépossédé de son bien est plus enclin à honorer ses engagements, d'autant plus que le bien en question en matière de *fehivava* est un immeuble, dont nous ne connaissons que trop bien la valeur au sein de la société malgache et de la famille⁶. De surcroît, l'admission du pacte comissoire en fiducie-sûreté contribue à renforcer la pression exercée sur la personne du débiteur.

Cependant, force est de reconnaître qu'il y a bien trop de différences entre les deux institutions. En tant que sûreté traditionnelle, le *fehivava* est doublement limité dans son usage : premièrement, il concerne principalement les biens immeubles, et surtout les terres cultivables, considérées comme des richesses importantes dans la culture malgache.

¹ Ce sont par exemple les impôts ou les frais de gestion divers.

² Alisaona RAHARINARIVONIRINA, Alexandre BERTONE, *Droit civil Les biens et les sûretés*, édition du centre malgache de promotion du livre, 1983, page 190.

³ Toutefois, on peut considérer que les dépenses du créancier peuvent être compensées par les fruits qu'il perçoit sur l'immeuble.

⁴ « Jamais, le fiduciaire ne fait les fruits siens [...] : sa propriété ne lui procure aucun revenu » ; Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 903.

⁵ Sauf à considérer que le créancier fiduciaire a passé une convention de mise à disposition avec le débiteur.

⁶ RAMAROLANTO-RATILARAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles)*, *Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 340.

Or, l'assiette de la fiducie-sûreté est large et concerne indifféremment tous les types de biens, même (et surtout) les biens incorporels.

Deuxièmement, même si les deux mécanismes laissent une place importante à la liberté contractuelle et à la négociation entre les parties, la fiducie-sûreté intervient plus dans les négociations entre professionnels ou entre banquiers, tandis que le *fehivava* se limite aux relations personnelles.

Néanmoins, il nous faut admettre que le *fehivava* a quand-même un certain potentiel puisqu'il permet certains montages juridiques intéressants¹. Par ailleurs, on ne peut pas mesurer avec précision toute l'étendue de son efficience économique en se bornant à retenir des critères applicables à des sûretés étrangères puisque le *fehivava* est une institution typiquement malgache dont l'étude de ses spécificités ne peut être réduite à une simple comparaison avec des institutions françaises analogues².

Il n'est donc pas une sûreté voisine de la fiducie-sûreté. D'aucuns pensèrent aussi (à tort) à une certaine époque que le *fehivava* pouvait être considéré comme une forme de vente à réméré³. Suivant ce point de vue, il nous aurait été possible de le rapprocher davantage de la fiducie-sûreté. Or, de toute évidence, d'une part, il n'y a aucune stipulation de prix en matière de *fehivava* contrairement à ce qu'il se passe en matière de vente à réméré. D'autre part, il n'y a aucun transfert de propriété mais uniquement un transfert de possession, comme l'avait affirmé un ancien auteur, Eugène-Pierre Thébault, qui mit en exergue que « dans le contrat de *fehivava*, le droit de propriété continue de demeurer dans

¹ Dans un arrêt de la Cour d'appel d'Antananarivo du 21 avril 1949, Rabenitany contre Raolinoro, on a découvert un montage juridique proche de l'antichrèse-bail puisque le créancier-bailleur-*fehivaviste* avait laissé la possession de l'immeuble entre les mains du débiteur moyennant le paiement de loyers qui viendraient s'imputer sur le montant de la dette ; cf. RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles), Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, pages 332 et 333.

² A titre d'exemple, par rapport à l'hypothèque, le *fehivava* ne confère ni droit de suite ni droit de préférence, pourtant il a l'avantage de conférer un droit de rétention, ce qui est tout à fait original ; cf. RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles), Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 341 et 342.

³ Il s'agit entre autres d'anciens auteurs comme G. Julien, A. Gamon ou A. Cahuzac, cités par le professeur RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles), Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, à la page 319.

le patrimoine du débiteur-emprunteur, et ne passe dans celui du créancier qu'à la date de l'échéance de la dette faute de paiement de celle-ci... »¹.

Mais, sauf à considérer que « si vente il y a [...] ce serait une sorte de vente à propriété retenue mais de manière inversée en faveur du débiteur »². Force est de relever que dans les formulations utilisées dans le Code des 305 articles, on utilise l'expression plutôt intrigante de « vente-*fehivava* » ou vente faite à titre provisoire, par opposition à la vente définitive dite « *varo-maty* »³. Si c'est une vente, n'y-a-t-il pas transfert de propriété ? La réponse est négative, il y a seulement transfert de la détention de la chose, c'est donc un type de vente très particulière⁴. Mais alors dans cette hypothèse, il y aurait un transfert de propriété sous-condition. Cela impliquerait que le débiteur ne transfère la propriété que s'il n'a pas réussi à se libérer à l'échéance, et que jusque là, il retient ladite propriété. On serait alors en présence d'un mécanisme proche de celui d'une propriété-sûreté⁵. Alors, pourrait-on dire que la garantie du créancier est constituée par la possibilité d'une aliénation fiduciaire une fois la condition remplie, à savoir la défaillance du débiteur à l'échéance⁶ ? Cependant, même dans cette hypothèse, le *fehivava* demeurerait très éloigné de la fiducie-sûreté en raison de son assiette particulièrement large, pouvant même englober des sûretés, ce qui n'est pas possible en matière de *fehivava*.

¹ Cité par le professeur RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles)*, *Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, à la page 328.

² RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles)*, *Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 329.

³ Le *varo-maty* est une des deux formes de vente en droit malgache qui peut être considérée comme équivalente à la vente telle qu'elle est entendue en droit français ; cf. RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles)*, *Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 328.

⁴ RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles)*, *Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 344.

⁵ Ce serait comme une clause de réserve de propriété mais de façon inversée.

⁶ Le pacte commissaire ou la clause « *tsatoka* » est interdite mais rien n'empêche le débiteur de demander l'attribution judiciaire du bien ou sa vente en justice.

Ensuite, quant aux intervenants à l'opération de fiducie-sûreté, il est possible que le constituant ou le fiduciaire soient eux-mêmes les bénéficiaires, mais rien de tel pour le *fehivava*¹ qui revêt une certaine simplicité.

Section II : De la reconnaissance de la fiducie-sûreté en tant que véritable sûreté

« Le législateur ne construit pas des modèles juridiques pour la satisfaction des juristes. La loi est fille du besoin »². Ainsi, face aux praticiens qui réclament la reconnaissance de la fiducie depuis bien des années, on a finalement assisté à une difficile mais nécessaire introduction en droit français (Paragraphe I). Et pour expliquer la réticence du Civiliste à l'endroit de la fiducie, nous devons parler de la controverse autour de la « propriété-sûreté » (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une difficile mais nécessaire introduction en droit français

L'introduction ou plutôt la réintroduction de la fiducie en droit français a constitué un processus de longue haleine. Le civiliste lui reprochait d'être à la fois désavantageuse voire dangereuse pour le débiteur et les tiers. En effet le débiteur pouvait se retrouver dans une position précaire si le fiduciaire avait vendu le bien à un tiers³. On reprochait aussi souvent à la fiducie-sûreté son caractère occulte : dispensée de toute publicité⁴, elle n'offrait aucune protection pour les tiers.

Ensuite il y a cette notion de patrimoine d'affectation. Contrairement à ce que l'on retrouve en fiducie (nommée), la fiducie-sûreté innommée n'implique pas la création d'un

¹ RAMAROLANTO-RATIAIRAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles)*, *Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 344.

² Rémy LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Répertoire du notariat Defrénois, n° 17, 2^{ème} partie, 15 septembre 2007, page 1194.

³ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2010, page 239.

⁴ Ibidem.

patrimoine fiduciaire¹. C'est la principale différence entre elles, mais c'est également la cause principale de l'appréhension et de l'hostilité ressentie par les civilistes envers la première et non envers la seconde. En effet, le principe d'unicité du patrimoine est fondamental en droit civil.

En outre, Michel Grimaldi ajoute que la « réticence à accueillir la fiducie comme telle s'explique, sans doute, par la difficulté à admettre qu'il puisse y avoir transmission d'un droit là où l'ayant cause n'acquiert pas certaines des prérogatives essentielles que son auteur tenait de ce droit »². Les incertitudes sur les caractéristiques et sur la portée de la propriété fiduciaire expliquaient donc en grande partie la frilosité envers la fiducie.

Pourtant, il faut voir qu'au-delà de toutes les critiques autour de ce patrimoine d'affectation, le patrimoine fiduciaire recèle bien des avantages. Il constitue même en grande partie, toute la force de la fiducie-sûreté.

Ensuite, on soupçonnait la fiducie-transmission en particulier d'être dangereuse car elle pouvait organiser un contournement des règles du droit de succession³, en ce sens que le patrimoine d'une personne pouvait être transmise à une autre sans avoir à payer les impôts et charges y afférents, chose qui se fait aisément en matière de *trust* ceci dit en passant.

Quant à la fiducie à des fins de garantie, on lui reprochait également de ne pas permettre un équilibre des droits et intérêts en jeu. D'une part, sa réalisation se fait de manière contractuelle, elle contrevenait donc au principe de l'interdiction du pacte commissaire⁴. D'autre part, elle est, comme toute propriété-sûreté, exclusive de toute concurrence, ce qui, disait-on, portait gravement atteinte aux droits des autres créanciers⁵.

¹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 614.

² Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 903.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 335.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

Enfin, la fiducie-gestion eut aussi droit à sa part de reproches. Comme la pratique du *trust* l'avait déjà prouvé, ce type de fiducie pouvait organiser et faciliter le blanchiment d'argent et l'évasion fiscale¹.

La fiducie romaine elle-même en son temps fut supplantée par des mécanismes considérés comme plus modernes car ils permettaient de « faire circuler les utilités des biens sans en mobiliser la propriété² », ce qui a été possible grâce à l'invention des droits réels, et au développement de contrats spéciaux adaptés à la détention. Pendant longtemps, éliminée du Code civil, elle s'éteignit même dans la pratique. La doctrine n'y fit plus que très rarement référence dans la première moitié du XIX^{ème} siècle, et elle finit par disparaître complètement de la terminologie jurisprudentielle une cinquantaine d'années plus tard³.

Cependant, vers la fin des années 1970 et dans les années 1980, le *trust* anglo-saxon a contribué à redonner une nouvelle image et un nouveau souffle à la fiducie. Un auteur⁴ en fit même déjà à cette époque le sujet de sa thèse de doctorat, car il avait remarqué que cette dernière avait fait une réapparition discrète dans la pratique et qu'elle méritait d'être consacrée par le législateur, chose qui était d'ailleurs aussi réclamée par les banquiers, notaires et avocats⁵. Elle revint donc dans le droit français, mais de façon « masquée » selon le professeur Michel Grimaldi⁶. Il s'agit notamment du détournement effectué en matière de vente à réméré, que nous avons eu l'occasion d'évoquer précédemment. En effet, les pratiques récurrentes de vente à réméré entre banquier et débiteur, moyennant un prix dérisoire pouvaient s'analyser comme de véritables aliénations fiduciaires, quand bien même la fiducie et la vente à réméré sont des mécanismes de natures différentes.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 335.

² Rémy LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Répertoire du notariat Defrénois, n° 15, 1^{ère} partie, 30 août 2007, page 1094.

³ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 897.

⁴ Claude WITZ, « *La fiducie en droit privé français* », 1980, cité par le professeur Michel Grimaldi dans son ouvrage *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, à la page 897.

⁵ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 897.

⁶ Ibidem.

A partir de là, on consacra de nombreux colloques à la fiducie, notamment celui qui s'est tenu au Luxembourg en 1980 sur « les opérations fiduciaires¹ », et à nouveau, la fiducie fit l'objet de réflexions et de développements plus approfondis dans de nombreux ouvrages.

Par la suite, il y eut alors trois projets de loi concernant la fiducie-sûreté mais qui n'ont pas abouti². En première ligne, il y a celui de 1992 qui a tenté de remédier à ces inconvénients mais sans succès. Entre temps, la fiducie innomée continuait d'être pratiquée dans les marchés financiers et entre banquiers.

Il a donc fallu plus de deux siècles, pour qu'un projet de loi en date du 8 février 2005, soit enfin adopté et pour que la fiducie soit introduite dans le Code civil français par la loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant un régime de droit commun, applicable à la fiducie-gestion et à la fiducie-sûreté³. Mais même à ce stade, l'adoption précipitée de la loi et le fait que le texte final tel qu'il a été adopté⁴ soit très différent de la proposition d'origine, témoignent encore de l'appréhension du gouvernement français face à cette institution⁵.

Le Code civil définit ainsi à l'article 2011, la fiducie 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 ».

¹ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 897.

² La Banque Privée 1818, *La fiducie sûreté : outil de gestion du patrimoine personnel et professionnel*, Vision Patrimoine, [en ligne] 14/04/2014, mise à jour le 18/04/2014, adresse URL : <http://www.gestionprivee.caisse-epargne.fr/patrimoine/fiducie-surete/>.

³ La fiducie-libéralité n'est pas admise en droit français car selon l'article 2013 du Code civil français : « le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public ».

⁴ Il y eut de nombreux amendements ; Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 336.

⁵ Harijaona S. RANDRIAMAROTIA, *Réflexions sur les mécanismes d'affectations des créances à la garantie d'une dette en droit français, Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 391.

Quelque part, la reconnaissance au Code civil était autant nécessaire que naturelle puisqu'elle « apparaîtrait comme la consécration d'une institution pour partie éprouvée, et non comme la réception d'une institution inconnue¹ ». La loi n°2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie est venue ultérieurement afin d'apporter quelques assouplissements², mais elle est aussi intervenue pour combler certaines lacunes puisque la loi de 2007, semble-t-il, s'est dans un premier temps, davantage focalisée sur le régime juridique de la fiducie-gestion³. Enfin, ce sont l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 et la loi de ratification du 12 mai 2009 qui vont prévoir un régime spécifique à la fiducie-sûreté⁴.

Si le législateur français a décidé de réintroduire la fiducie dans le Code civil, ce fut pour des raisons économiques principalement. Ainsi, elle fut conçue pour servir de pendant au *trust* anglo-saxon afin que des opérations économiques importantes n'échappent plus au droit français et par la même occasion, au fisc. En effet, d'une part, on avait alors constaté un nombre toujours croissant de délocalisations vers des pays étrangers dont la législation connaît le *trust*⁵. Cela signifiait alors que les investisseurs étrangers adeptes du *trust* pouvaient trouver le système juridique français peu attractif, or le commerce international est avant tout une question d'attractivité de système juridique. Cela conduit donc à une concurrence entre les différentes institutions de systèmes juridiques différents. La pression exercée par la doctrine sur le législateur était donc d'autant plus forte puisque le principal argument avancé fut cette perte d'attractivité et de compétitivité du droit

¹ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 900.

² Il s'agit notamment d'un assouplissement concernant la constitution de la fiducie-sûreté, qui n'est plus réservée aux seules personnes morales, cf. Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 614 ; et Harijaona S. RANDRIAMAROTIA, *Réflexions sur les mécanismes d'affectations des créances à la garantie d'une dette en droit français, Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 393.

³ Harijaona S. RANDRIAMAROTIA, *Réflexions sur les mécanismes d'affectations des créances à la garantie d'une dette en droit français, Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, pages 392 et 393.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 330.

⁵ Le professeur Michel Grimaldi avait déjà prévu de telles délocalisations depuis longtemps, cf. Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 898.

français¹. Un investisseur cherchera ainsi toujours le pays qui lui fera par exemple, payer le moins de taxes et d'impôts possible, celui qui offrira une législation favorable ou une certaine sécurité juridique propice à l'épanouissement de ses affaires.

D'autre part, même les entreprises et groupes de sociétés de nationalité française étaient obligées de recourir à des *trusts* étrangers².

Tandis que des pays de tradition civiliste avaient commencé à adopter la fiducie³, la France était « restée sur le banc de touche », pourtant le *trust* est vraiment un instrument d'une telle usité dans le commerce international. Il fallait donc adopter la fiducie afin de mettre fin à « l'isolement du droit français⁴ ». En effet, malgré de nombreuses réticences dans la plupart des pays de droit romano-germanique⁵, la fiducie-sûreté (comme la plupart des propriété-sûretés) revient au devant de la scène juridique à cause de l'évolution du droit de la faillite qui tend, de manière généralisée à défavoriser le créancier⁶. Le *trust* lui-même s'était exporté avec succès hors des frontières de l'Angleterre et des Etats-Unis⁷.

Il faut dire que la fiducie offre bien des avantages. Principalement utilisée pour la gestion d'actifs confiés à des professionnels, à l'instar du *trust*, (fiducie-gestion), elle peut aussi être employée à servir de garantie aux risques les plus divers (fiducie-sûreté), allant des risques bancaires aux risques environnementaux.

¹ Harijaona S. RANDRIAMAROTIA, *Réflexions sur les mécanismes d'affectations des créances à la garantie d'une dette en droit français, Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 393.

² A titre d'exemple, en 1987, le groupe PSA a constitué un *trust* pour réaliser un transfert d'actifs et de dettes vers une structure chargée de leur gestion, afin que l'entreprise puisse se concentrer sur son redressement commercial et industriel. De même, la Française des Jeux s'est associée à d'autres sociétés anglaises dans le domaine du jeu au sein d'un *trust* soumis au droit anglais, à l'occasion du lancement de l'Euromillions ; cf. Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 336.

³ Il s'agit notamment du Luxembourg, du Liban, du Québec et de l'Italie, cf. Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 614 ; et Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 335.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 335.

⁵ Elle est par exemple interdite aux Pays-Bas depuis 1992 ; Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 311.

⁶ La fiducie présente un regain d'intérêt non seulement pour la France, mais aussi pour d'autres pays comme l'Allemagne.

⁷ Il fut adopté par l'Écosse, le Liechtenstein, l'Afrique du sud, l'Éthiopie, Israël, le Porto-Rico, le Japon, la Fédération de Russie, la Chine et l'Uruguay ; cf. Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 335.

Paragraphe II : La controverse autour de la « propriété-sûreté »

Il n'y pas que la fiducie qui a été écartée par le Code civil de 1804. Pendant longtemps, les propriété-sûretés ont fait l'objet de critiques virulentes, de nombreux arguments furent avancés mais nombre d'entre eux ne sont plus valables actuellement.

Il existe deux sortes de propriété-sûretés ou propriété-garanties : premièrement, il y a celles dont le mécanisme consiste à retenir la propriété à titre de garantie. Le crédit-bail et la clause de réserve de propriété font partie de cette catégorie. Deuxièmement, il s'agit de la propriété transférée à titre de garantie. C'est le cas de la fiducie-sûreté, qu'elle soit nommée ou innommée. Il faut donc comprendre que même si d'un point de vue matériel, le créancier se voit remettre un bien –corporel ou incorporel ; meuble ou immeuble- en garantie, la véritable sûreté du créancier est le droit de propriété sur ce bien.

Pour les deux types de sûretés, la propriété est utilisée à des fins de garantie, elle n'est plus une fin en soi¹. Cependant, il existe certaines différences entre elles. Ainsi, s'agissant de la possession du bien concerné par l'opération, elle est transférée au débiteur dès le début du contrat, pour des raisons pratiques, pour les sûretés où la propriété est retenue à titre de garantie. En effet, cela s'explique par le fait que l'opération en question est alors également un mécanisme de crédit ou une opération de financement, permettant au débiteur d'acquérir des biens et fournitures indispensables pour son entreprise et dont le paiement se fera de façon échelonnée. Parallèlement, le créancier demeure alors propriétaire des biens jusqu'à ce qu'il soit intégralement payé et n'a à souffrir aucune concurrence sur leur prix.

Or, pour les sûretés où la propriété est transmise pour servir de garantie, la possession n'est transférée au débiteur que si une convention expresse passée entre les parties le permet. En effet ici, c'est le droit de propriété lui-même qui constitue la garantie du créancier, garantie qui est accessoire à un contrat principal ayant permis l'octroi d'un crédit. Parallèlement, c'est seulement en cas de défaillance du débiteur que le créancier devient définitivement propriétaire. L'avantage par rapport à l'autre catégorie de

¹ Pierre CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, 1998, cité par les professeurs Philippe MALAURIE, Laurent AYNES dans leur ouvrage : *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, à la page 281.

propriété-garantie, c'est que le créancier n'a pas à revendiquer la propriété¹ du bien affecté en garantie.

Mais au-delà de ces différences, toutes les propriété-sûretés partagent des points communs qui ont d'ailleurs été le principal objet des critiques tendant ainsi à remettre en cause leur qualification même de sûreté ou de garantie.

Dans un premier temps, il fut d'abord difficile d'accepter que le droit de propriété, en tant que droit réel principal puisse se voir être réduit à l'état d'un droit réel accessoire à une créance, et donc accessoire à un droit personnel². Selon les détracteurs, reconnaître la propriété-garantie conduirait à dénaturer le droit de propriété³. Mais en réalité, il n'en n'est rien puisque le droit de propriété demeure un droit réel principal. La seule chose qui change est l'utilité que l'on choisit d'en faire : elle est juste « mise au service de l'exécution d'une créance⁴ ». De plus, une propriété-sûreté ne confère pas au créancier la totalité des attributs du droit de propriété⁵.

Ensuite, il fut avancé l'argument du *numerus clausus*, selon lequel il n'y a pas de sûretés réelles sans texte⁶. Tiré de l'article 543 du Code civil français⁷, il n'en demeure pas moins injustifié en ce sens où ce texte n'est ni exhaustif ni limitatif⁸. Et de toute façon, « aucun texte ne fait de la propriété une sûreté réelle »⁹. En outre, aucune disposition légale n'interdit la création de droits réels autres que ceux déjà prévus par les textes. C'est une solution confirmée depuis longtemps par l'arrêt « Caquelard¹⁰ ». Quoiqu'il en soit, il ne s'agit pas de créer un droit réel nouveau mais plutôt de créer une nouvelle

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 319.

² Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2010, page 234.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 319.

⁴ Ibidem.

⁵ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 281.

⁶ Ibidem.

⁷ « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre », mais ces énonciations ne sont donc pas exhaustives puisqu'il existe vraisemblablement des droits réels qui n'ont pas été cités, par exemple : le droit de superficie qui est un « droit de propriété sur les édifices et plantations reposant sur le terrain d'autrui » (Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14^{ème} édition, 2003, page 232.) ; Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 320.

⁸ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 319.

⁹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 281.

¹⁰ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 319.

sûreté réelle conventionnelle¹. Pour d'autres auteurs, il ne s'agit même pas de chercher à créer une nouvelle sûreté² contrairement à ce qu'affirment les détracteurs de la propriété-sûreté. D'ailleurs, l'attribution judiciaire du gage par exemple, démontre que la propriété peut tout à fait jouer un rôle dans un mécanisme de garantie.

Concernant spécifiquement les sûretés qui supposent le transfert de propriété à titre de garantie, nous avons vu dans la sous-partie précédente que pour refuser son adoption en droit français, on reprochait à la fiducie-sûreté de passer outre la prohibition du pacte comissoire.

Or, il s'avère que cette critique n'était plus justifiée puisqu'une ordonnance du 23 mars 2006 avait supprimé cette interdiction légale en matière d'hypothèque et de gage³, soit un an avant la réintroduction de la fiducie. Une autre critique cependant, relative aux dangers liés à l'opération de fiducie-sûreté appelle quelques remarques. D'abord, on affirma que le débiteur constituant était exposé au risque de voir son bien être aliéné de façon arbitraire par le créancier, avant même l'échéance de la créance garantie⁴ et le débiteur ne disposait d'aucun mécanisme de protection⁵. Et même aujourd'hui, avec la mise en place d'un patrimoine d'affectation, un débiteur n'est jamais tout à fait à l'abri de la mauvaise foi du fiduciaire. Toutefois, la fiducie-sûreté est principalement utilisée par des établissements bancaires, que ce soit sous sa forme nommée ou innommée. Dès lors, il est fort peu probable qu'un établissement bancaire agisse de la sorte. En outre, la loi énonce limitativement les personnes pouvant avoir la qualité de fiduciaire. Toutes sont supposées disposer d'une marge de solvabilité suffisante et de l'honorabilité requise⁶ afin de s'engager dans une opération aussi délicate que la fiducie. Mais surtout, ces personnes sont considérées par le législateur comme étant des « professionnels déjà aguerris aux obligations de vigilance en matière de blanchiments de capitaux »⁷.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 320.

² Philippe THERY, *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 1988, page 352.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 444.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 320.

⁵ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2010, page 239.

⁶ A titre d'exemple, aux termes de l'article 2015 du Code civil français, seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaire, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance et les avocats.

⁷ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, *Mc Gill Law Journal* 584, 2013, page 891.

Enfin, ce fut le caractère occulte des propriété-garanties qui fut attaqué. Comme à l'époque de l'antiquité romaine, la publicité organisée en matière de propriété-garantie a toujours été rudimentaire voire même inexistante¹, ce qui était supposé nuire aux autres créanciers du débiteur². Cette absence de système de livres fonciers fut palliée plus tard par la publicité foncière qui fut instaurée pour les sûretés réelles. Des conflits peuvent vraisemblablement naître³ entre créanciers du débiteur ou entre créanciers et tiers-acquéreurs, et plus important, la circulation de la créance et de la sûreté peut s'en retrouver malaisée en cas d'insuffisance de publicité⁴.

En droit malgache, ces débats ne sont plus d'actualité puisque nous avons pour habitude de procéder à une réception des innovations en droit français. La consécration des propriété-garanties ayant été considérée comme opportune depuis la fin des années 1980 suite à la perte d'efficacité des sûretés classiques⁵, il a semblé évident pour le législateur malgache de les reprendre dans notre droit. D'autant plus que le *leasing*, connue dans les pays de droit continental comme étant le *crédit-bail* venait de gagner une certaine côte de popularité.

Quant à l'interdiction du pacte comissoire, il semble que la loi malgache ne devrait pas avoir de mal à admettre une exception en matière de fiducie. En effet, si pacte comissoire il y a, il est forcément conclu en amont, au moment de la constitution de la sûreté. Et même si le droit malgache des sûretés accuse un certain retard par rapport au droit français, il s'en est inspiré pour pouvoir admettre un certain assouplissement concernant la prohibition du pacte comissoire⁶.

Qualifiées autrefois de rudimentaires ou de régressives, les propriété-sûretés ont été abandonnées pour des sûretés qui ne nécessitaient plus que le transfert de la possession et

¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 282.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 320.

³ Les litiges se rencontrent surtout en matière de cession *Dailly* et de clause de réserve de propriété.

⁴ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2010, page 234.

⁵ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 320.

⁶ L'article 72 de la loi n°2003-041 énonce que le pacte comissoire est réputé non écrit lorsqu'il est concomitant à la constitution du gage, ce qui permet d'admettre implicitement qu'il puisse être valable lorsqu'il est conclu à un autre moment. Il est alors normalement valide quand il est constitué après la conclusion du gage puisqu'à cette période, la pression psychologique exercée sur le débiteur est moindre. Par ailleurs, notons que notre loi n'énonce rien à ce propos s'agissant de l'hypothèque mais le raisonnement tenu devrait être le même.

non plus celui de la propriété. Ainsi par exemple, avec le temps, à la *fiducia cum creditore* on préfère le *pignus* ou gage avec dépossession, lui-même ayant été délaissé pour le gage sans dépossession. D'où cette impression que la réapparition de la fiducie constitue un retour en arrière. Pour certains, cet avènement des propriété-sûretés en général, doit être perçue comme étant une manifestation flagrante de la régression de la technique juridique, signe sans doute de la crise que traverse le droit des sûretés. Pour des auteurs comme Rémy Libchaber, « il y avait quelque chose de bien décevant dans l'idée même de reprendre une institution née en droit romain primitif, il y a plus de deux mille ans, et qui y a disparu à raison même des améliorations techniques du droit civil¹ ».

Pourtant, bien loin d'être surprenante, cette situation traduit en fait l'évolution cyclique du droit des sûretés dont nous avons déjà parlé précédemment. Elle manifeste le besoin des créanciers de toujours vouloir une sûreté plus efficace, plus protectrice de leurs intérêts. Car le mécanisme des propriété-garanties a beau être archaïque, celles-ci sont de loin les plus avantageuses puisqu'elles évitent nombre de désagréments aux créanciers lors des procédures collectives². Il s'agit entre autres d'éluder la déclaration des sûretés et surtout leur très probable réduction, sans parler de la concurrence qui existe entre créanciers tous munis de sûretés³.

La technique importe donc peu, seul compte le résultat final, c'est ce qui explique le succès d'une sûreté dans la pratique. Ainsi, une partie de la doctrine considère quand-même l'apparition de la fiducie-sûreté comme étant un progrès⁴. En effet, pour les auteurs qui reconnaissent en elle les traits caractéristiques d'une « nouvelle reine des sûretés », son adoption en droit français s'analyse comme une avancée. Force est de constater que si on fait le parallèle avec le droit anglo-saxon, tout le potentiel du *trust*, toutes possibilités offertes par cette institution s'avèrent être une opportunité dans le milieu des affaires.

¹ Rémy LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Répertoire du notariat Defrénois, n° 15, 1^{ère} partie, 30 août 2007, page 1094.

² Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2010, page 9.

³ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2010, page 234.

⁴ Notamment Claude Witz.

Toujours est-il qu'il est légitime de se poser la question de savoir si ce retour aux sources, en quelques sortes est un effet de mode, suite à l'attraction exercée par le *trust*, faisant de la fiducie une marque de modernité dans les systèmes juridiques contemporains ou si le monde des affaires moderne ne peut réellement plus se passer des propriété-garanties¹. Il semble que la situation actuelle, ainsi que la place que tiennent les propriété-sûretés dans le droit national et international, puissent être expliquées tant par le premier, que par le second argument.

¹ Aux Etats-Unis par exemple, le *trust* est utilisé à 90% pour des transactions commerciales, cf. Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 345. Et le crédit-bail est indispensable aux entreprises souhaitant acquérir des biens d'une valeur très conséquente. Pour sa part, la cession de créances professionnelles est un moyen de financement rapide et simple pour les entreprises, tandis que la clause de réserve de propriété est aussi utile pour les ménages (exemple : achat de véhicule) que pour les entreprises (exemple : achat de marchandises en vrac ou de fournitures d'une certaine valeur).

Chapitre II : L'économie du contrat de fiducie-sûreté

La recherche et l'appréciation de l'efficacité économique de la fiducie-sûreté constituent le cœur de notre travail. Pour ce faire, examiner l'économie du contrat de fiducie dans un premier temps est nécessaire. En d'autres termes, nous chercherons à comprendre son harmonie et la manière dont s'effectue l'équilibre des divers intérêts en présence. Cela va donc nous conduire à examiner en détail les prérogatives ainsi que les protections accordées à chaque participant à l'opération de fiducie-sûreté, à savoir le débiteur constituant et le créancier fiduciaire (Section I). Mais nous verrons également qu'une bonne sûreté est aussi celle qui organise la protection des tiers au contrat (Section II).

Section I : Le débiteur constituant et le créancier fiduciaire

Longtemps vilipendée en raison de nombreux abus que pouvait subir le débiteur, l'ancienne fiducie était toujours vue avec méfiance par les juristes. Pourtant, la fiducie-sûreté moderne organise un effort de préservation du crédit du débiteur (Paragraphe I). Mais son mécanisme est beaucoup plus complexe, c'est ce qui nous amène à voir d'un peu plus près la propriété fiduciaire, le patrimoine fiduciaire et les devoirs du fiduciaire (Paragraphe II).

Paragraphe I : Un effort de préservation du crédit du débiteur

Avant toute chose, il convient de définir ce qu'est l'« efficacité économique » d'une sûreté. Une certaine nuance doit être apportée par rapport à la notion d'« efficacité » qui ne se limite en fait qu'à l'appréciation de la phase de réalisation d'une garantie, bien que ces termes puissent généralement être utilisés comme synonymes.

L'efficacité est ainsi davantage « la qualité d'une chose ou d'une action qui produit l'effet attendu »¹, alors que l'efficacité, c'est la productivité ou le rendement². En ce sens, elle relève ainsi de plusieurs critères : premièrement, au niveau de la constitution, elle doit être rapide et peu onéreuse³ afin de ne pas alourdir davantage le coût du crédit¹.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 30.

² Ibidem.

³ Elle est généralement onéreuse si elle implique des frais relatifs aux actes notariés et aux formalités de publicité.

Un formalisme lourd –et donc généralement lent et onéreux- dès la constitution de la sûreté est généralement de nature à réduire son efficacité économique. Cependant, si ce formalisme est vraiment nécessaire, certains auteurs considèrent qu’il devient au contraire un facteur de sécurité², ce qui augmente donc l’efficacité d’une sûreté donnée. Cette constitution doit aussi être simple³, mais nous aurons l’occasion de voir, s’agissant de la fiducie-sûreté, qu’une complexité de constitution peut s’avérer être la contrepartie nécessaire d’une meilleure efficacité.

Deuxièmement, s’agissant du crédit du débiteur, il est important que la garantie consentie ne le gaspille pas et le préserve autant que faire se peut. Cela veut dire que la sûreté ne doit pas empêcher le débiteur de procéder à la constitution d’autres sûretés, et donc de se procurer à nouveau du crédit auprès d’autres créanciers. Pour que ce soit faisable, la garantie doit alors être proportionnelle à l’importance du crédit octroyé, elle ne doit être ni excessive ni insuffisante⁴. Cette économie de crédit peut être réalisée si la sûreté a une « capacité d’évolution en même temps que la ou les créances sur le débiteur »⁵.

Enfin, troisièmement, la mise en œuvre ou la réalisation de la sûreté est très importante, elle est même déterminante⁶. En effet, si elle est rapide et efficace, cela renforce son efficacité économique. Elle est rapide lorsqu’elle ne nécessite pas par exemple, de passer par les voies d’exécution, et efficace quand elle continue à être réalisable même et surtout lors de l’ouverture d’une procédure collective à l’encontre du débiteur, soit le moment où le créancier a le plus besoin de sa sûreté. L’efficacité, c’est donner au créancier la certitude d’être payé⁷.

Elle doit aussi pouvoir être simple et peu coûteuse, et en ce sens, le paiement dégagé devrait couvrir non seulement la créance mais aussi les frais divers⁸.

¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 15.

² Stéphane PIEDELIEVRE, *Les sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, Armand Colin, Paris, 2001, page 4.

³ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, page 7.

⁴ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 15.

⁵ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, page 7.

⁶ Stéphane PIEDELIEVRE, *Les sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, Armand Colin, Paris, 2001, page 5.

⁷ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 15.

⁸ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, page 8.

Il est évident qu'aucune sûreté ne remplit tous ces critères à la fois ; chacune, qu'elle soit réelle ou personnelle va en réunir certains mais devra forcément être dans l'impossibilité de remplir les autres.

Mais au-delà de ces critères généraux retenus par la plupart des auteurs, il faut savoir que les forces et faiblesses respectives de chaque sûreté se révéleront ou disparaîtront en fonction des circonstances. Ainsi, en amont, « l'efficacité des sûretés dépend d'abord des circonstances de leur octroi¹ ». Dès lors, les paramètres à prendre en compte à ce stade sont l'environnement économique et la législation² qui vont déterminer le cadre juridique de la sûreté considérée. Dans le même ordre d'idée, on admet aussi qu'« une sûreté n'est bonne qu'au regard des caractéristiques de chaque opération de crédit, et dans chaque opération de crédit au regard des caractéristiques contingentes de chaque débiteur. »³ Tout cela revient à dire qu'il faut toujours apprécier au cas par cas.

L'appréciation de la protection apportée aux droits et intérêts du débiteur se fera surtout au moment de la constitution de la fiducie-sûreté. D'une manière générale, les sûretés réelles ont tendance à gaspiller le crédit du débiteur à cause du principe de spécialité auquel elles sont soumises⁴. Les auteurs, avant même la consécration de la fiducie dans le Code civil, soit à l'époque des projets de loi dans les années 1990, la classèrent parmi les sûretés qui portent atteinte au crédit du débiteur. Les professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès par exemple, reconnaissaient son efficacité, ainsi que la rapidité et la simplicité de sa réalisation. Cependant, ils voyaient en elle une sûreté dont la constitution complexe n'était pas adaptée aux besoins du débiteur, dont le crédit s'en retrouve gaspillé⁵. Sans doute cela aurait été vrai pour la fiducie romaine mais cette appréhension envers la fiducie issue de la récente réforme du droit des sûretés français n'est plus justifiée⁶ puisqu'elle organise une certaine protection du crédit du débiteur.

¹ Stéphane PIEDELIEVRE, *Les sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, Armand Colin, Paris, 2001, page 3.

² Ibidem.

³ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, page 7.

⁴ Ibidem.

⁵ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 16.

⁶ En dépit du fait qu'il puisse arriver dans la pratique, qu'un bien affecté en fiducie soit d'une valeur supérieure à la dette garantie.

Ainsi, lorsqu'il constitue une sûreté, le débiteur a deux principaux intérêts à protéger. D'une part, il voudra que la garantie constituée n'entrave ni ne mette fin à son activité, ce qui, à terme finira également par nuire à son crédit. Dès lors, il nous faut parler de la dépossession du débiteur. C'était là, un des aspects les plus critiquables de l'ancienne fiducie romaine. La fiducie-sûreté actuelle quant à elle, n'oblige plus le débiteur à se dessaisir du bien dont il affecte la propriété en garantie. Certes, la fiducie-sûreté est une opération translatrice du droit de propriété, mais il s'agit là d'un transfert provisoire et qui plus est incomplet puisque le bénéficiaire du transfert est privé du droit de disposer¹ librement, comme tout propriétaire le pourrait. Et comme l'admet implicitement l'article 2118-1 du Code civil français², les parties sont libres de passer une « convention de mise à disposition ». Particulièrement pratique pour le débiteur puisqu'elle lui permet de conserver l'usage et la jouissance de ses biens³, elle n'entrave pas la poursuite de son activité, et contribue de la sorte à préserver son crédit. Même dans l'hypothèse extrême où celui-ci tomberait sous le coup d'une procédure collective, une telle convention l'aiderait à revenir à meilleure fortune⁴, ou au moins à payer ses créanciers⁵. Parallèlement, nous verrons par la suite que cette même convention pourra causer certains désagréments au créancier.

D'autre part, le débiteur voudra éviter tout gaspillage de son crédit. Et puisqu'il a constamment besoin de crédit pour l'exploitation de son entreprise, il voudra aussi une sûreté qui ne l'empêche pas de s'en procurer au moment voulu. C'est pour cela que le législateur impose le respect du « principe de spécialité de la dette garantie ». Cette règle impose une identification précise de la dette garantie et du bien grevé⁶. Elle permet d'empêcher que le créancier ne change le montant de la dette garantie ou qu'il n'affecte la sûreté à d'autres créances futures qui n'étaient pas prévues initialement dans l'acte constitutif. Mais cela ne veut pas dire que les parties n'ont pas le droit de prévoir dès le début du contrat que la sûreté vienne garantir des dettes multiples, voire des dettes

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 360.

² « Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire... ».

³ Mais ces biens en question sont véritablement transférés dans le patrimoine fiduciaire même si le débiteur les a toujours entre ses mains.

⁴ S'il s'agit d'une procédure de redressement judiciaire ou de sauvegarde.

⁵ Si c'est une procédure de liquidation judiciaire.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 19.

futures. Il s'agit en fait d'éviter tout abus venant de la part du créancier en cours de contrat. Ce principe n'est pas une entrave à la liberté contractuelle des parties.

Prévus spécifiquement pour la fiducie-sûreté, les articles 2372-2 et 2488-2 du Code civil imposent que le contrat mentionne sous peine de nullité, la dette garantie et la valeur estimée du bien, du droit ; ou de l'immeuble transféré dans le patrimoine fiduciaire : c'est le respect du «principe de spécialité », censé protéger tout débiteur constituant une sûreté réelle.

Il n'a toutefois pas la même portée absolue qu'il a par rapport aux autres sûretés réelles¹. Cela s'explique par le fait qu'il est désormais possible de prévoir une recharge de la fiducie-sûreté, à l'image de l'hypothèque rechargeable, et qui consiste en la possibilité pour la fiducie-sûreté de venir garantir des créances autres que celles initialement prévues dans l'acte constitutif. Cette possibilité de recharge introduite en droit français depuis la réforme du 23 mars 2006, est ainsi venue assouplir le principe de spécialité² dont on a constaté qu'il comportait une certaine rigidité qui pouvait gêner le débiteur par rapport à son besoin constant de crédit.

Cette recharge peut être faite au profit du même créancier ou d'un nouveau, alors même que le premier n'a pas encore été payé. Certaines précautions sont toutefois prévues par les articles 2372-5 et 2488-5 du Code civil et l'une d'elles exige que l'acte constitutif ait expressément prévu la recharge.

Cette nouvelle faculté de recharge bat ainsi en brèche les anciennes critiques selon lesquelles les propriété-sûretés en général gaspillent « d'un seul coup le crédit du débiteur »³ parce qu'étant exclusives de toute concurrence, et empêchant de fait la formation de toute nouvelle sûreté sur un même bien affecté en garantie.

Ensuite, la protection la plus importante accordée au constituant concerne sans doute la détermination du/des fiduciaires mais surtout l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition, empêchant ainsi les dérives et abus qui pourraient survenir par la faute du fiduciaire, comme on le déplorait avec la *fiducia cum creditore*.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 361.

² Ibidem.

³ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 282.

En outre, la seule création d'un patrimoine fiduciaire autonome et séparé du patrimoine du créancier fiduciaire constitue en elle-même une protection considérable pour les biens du débiteur affectés en garantie. Ceci devrait rassurer ceux qui avaient craint que le créancier propriétaire ne dispose desdits biens¹.

Enfin, comme pour toutes les sûretés réelles qui peuvent engendrer certains risques pour le constituant et dont il ne mesure pas forcément la portée, le législateur assure sa protection en donnant un caractère solennel au contrat de fiducie-sûreté. Il a donc prévu à cet effet certaines conditions de forme, à savoir des mentions obligatoires sous peine de nullité, énoncées par l'article 2018 du Code civil et dont nous parlerons plus en détail ultérieurement.

En fin de compte, malgré de nombreuses critiques, les propriété-sûretés ont quand-même réussi à se faire une place dans le droit des sûretés moderne. Et comme le disaient les professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès, « aucune de ces raisons n'interdit cependant à la propriété [...] de jouer le rôle d'une sûreté »².

Nous avons parlé de la protection et des droits du constituant, mais il nous faut aussi voir ses obligations. Certes, elles ne sont pas nombreuses par rapport à celles qui pèsent sur le fiduciaire, mais elles sont néanmoins à la base de l'opération de fiducie-sûreté. Ainsi, premièrement, il s'agit de l'obligation de donner ; deuxièmement, le constituant a à sa charge une obligation de faire³.

L'obligation de donner consiste à « transférer la titularité des droits fiduciaires »⁴. Elle est effectuée en principe dès la convention parfaite, sauf clause contraire⁵.

S'agissant de l'obligation de faire, elle consiste à délivrer la chose qui va être remise en fiducie-sûreté, sauf convention de mise à disposition prévue entre les parties⁶.

¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 282.

² Ibidem.

³ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 972.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

Il n'y a donc aucune difficulté particulière, les obligations du constituant s'accomplissant dans les mêmes conditions que celles d'un vendeur.

Paragraphe II : La propriété fiduciaire, le patrimoine fiduciaire et les devoirs du fiduciaire

La doctrine française est divisée quant à la nature juridique de la propriété fiduciaire. Certains soutiennent l'existence de la propriété fiduciaire unitaire, c'est la théorie généralement admise (A). D'autres au contraire, voient en la dualité de la propriété fiduciaire, une théorie alternative (B). Enfin, nous étudierons la notion de patrimoine fiduciaire et la responsabilité du fiduciaire (C).

A- La propriété fiduciaire unitaire : la théorie généralement admise.

Si nous avons pu constater dans les développements précédents que lorsque la propriété est transmise à titre de garantie, le débiteur est toujours potentiellement exposé à certains risques du fait des agissements du créancier ; ce dernier n'en est pas moins dans une situation similaire. En effet, il court aussi des risques dont la gravité va dépendre des agissements ou des activités du débiteur. Ainsi, comme cela est souvent le cas, lorsque ce dernier est resté en possession de son bien, celui-ci peut s'en retrouver déprécié selon l'exploitation qui en est faite. Pire, il pourrait être transformé, voire détruit.¹

Pourtant, le fiduciaire ne dispose pas des mêmes protections légales que le fiduciant, qui est à juste titre, considéré comme la partie faible puisqu'il est celui qui est soumis aux pressions du créancier. Néanmoins, la liberté contractuelle lui permet d'imposer certaines de ses conditions ou exigences. De plus, il revient au fiduciaire de faire montre de prudence et de surveiller l'exploitation et la gestion d'un bien laissé en possession du débiteur. Si malgré tout, ce dernier semble délibérément œuvrer pour faire périr le bien en question, le fiduciaire pourrait toujours faire prononcer la déchéance du terme² devant le tribunal.

¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 282.

² Une solution équivalente est retenue pour les nantissements de fonds de commerce, à titre de sanction d'une mauvaise gestion ou de la mauvaise foi du débiteur, cf. Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2010, page 172. Idem en matière d'hypothèque où une perte de l'immeuble due à un fait du

Le contrat de fiducie-sûreté en fait, confère surtout des obligations et des devoirs au fiduciaire- créancier. Les droits et prérogatives accordés au créancier peuvent s'expliquer par rapport aux particularités liées à la propriété fiduciaire et au patrimoine fiduciaire.

Beaucoup d'auteurs ont cherché à connaître la nature exacte du droit de propriété transféré au fiduciaire. S'agit-il d'une propriété ordinaire, ou est-ce tout simplement une autre facette de celle-ci ? Est-ce un démembrement de la propriété ou un tout nouveau genre de droit de propriété ?

Tout d'abord, on admet que le créancier fiduciaire est propriétaire des biens donnés en garantie. Mais le droit de propriété qu'il a n'est ni entier, ni absolu puisque les prérogatives qu'il en tire sont limitées. Ainsi, d'une part, il n'a aucun droit de jouissance sur les biens donnés en garantie¹. C'est alors une propriété « vidée du droit à l'utilité de la chose, réduite à un droit sur la valeur »². Autrement dit, la propriété transférée au fiduciaire « n'est pas destinée à procurer au propriétaire l'utilité économique découlant de la chose, mais à garantir une créance »³.

En théorie, cela reste valable même pour les fiducies-sûretés innomées comme le gage-espèces, en ce sens que c'est davantage une valeur économique et non un bien matériel, qui est donnée en garantie. Il est de l'essence même de ces deux garanties que celui qui bénéficie de cette valeur ne puisse, pour toute action, qu'en assurer la conservation. Le fiduciaire ne sera donc en mesure de prétendre à une quelconque exclusivité sur cette valeur qu'en cas de défaillance du débiteur. Pourtant, c'est cette exclusivité sur la valeur du bien et non sur ce bien lui-même⁴ qui a de nouveau amené à penser que la propriété

débiteur encourt la déchéance du terme, cf. Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 398.

¹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 614.

² Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 282.

³ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 874.

⁴ Sauf si le créancier ne procède pas à une conservation distincte des fonds donnés en garantie par rapport à ses fonds propres, et il y a alors une aliénation fiduciaire. Donc, en matière de gage-espèces il y a un risque que le créancier utilise les fonds donnés en garantie, alors même qu'ils n'ont pas été prévus à cet effet. Ce risque, en raison de l'importance des valeurs économiques mises en jeu en matière de fiducie-sûreté (nommée), est totalement écarté grâce au mécanisme du patrimoine d'affectation.

fiduciaire est bien distincte de la propriété ordinaire¹. Or, cet aménagement du droit de propriété est nécessaire pour qu'il puisse pleinement et efficacement jouer son rôle de sûreté, et cela ne devrait donc pas remettre en cause sa nature profonde.

D'autre part, c'est un droit de propriété limité dans la durée puisqu'aux termes de l'article 2018 du Code civil français, « la durée du transfert [...] ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ».

Quoi qu'il en soit, pour la plupart des auteurs, malgré les apparences, il s'agit toujours du droit de propriété « ordinaire² » tel qu'énoncé à l'article 544 du Code civil français³. Ils admettent également qu'il n'y a ni démembrement du droit de propriété⁴, ni superposition de droits réels⁵ comme ce que l'on peut observer en matière de *trust*. C'est donc la même propriété qui est transférée par le constituant, recueillie par le fiduciaire et transmise ultimement au bénéficiaire.

Par contre, pour d'autres auteurs comme le professeur Michel Grimaldi, la propriété fiduciaire est duale, car provisoire ; limitée, et donc forcément distincte du droit de propriété ordinaire.

C'est ce que réfute le professeur Pierre Crocq, pour qui la propriété fiduciaire est unitaire. Ainsi, ce n'est pas parce que la propriété fiduciaire n'est pas perpétuelle qu'il faut en déduire qu'elle est nécessairement distincte de la propriété ordinaire⁶. En outre, selon lui, la propriété fiduciaire ne peut être qualifiée de temporaire. En effet, cela impliquerait qu'elle disparaisse à la fin de l'opération de fiducie, sans pouvoir se

¹ Pierre CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 9.

² Ibidem.

³ « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

⁴ Pierre CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 9.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

transmettre¹. Pour le cas de la fiducie-sûreté en particulier, il faudrait alors que la propriété fiduciaire cesse au moment de la réalisation de la sûreté sans qu'elle puisse se transmettre au fiduciaire. Il faudrait ainsi admettre qu'un nouveau droit de propriété distinct, cette fois-ci plein et entier, naisse au profit de ce dernier.

Il ajoute aussi d'une part, qu'« une propriété temporaire est une propriété qui ne dure pas autant que son objet et qui cesse d'exister avant ce dernier »². Nous pouvons effectivement constater que puisque la propriété fiduciaire dure aussi longtemps que l'opération de fiducie-sûreté en elle-même, qu'elle soit nécessairement limitée dans le temps ne signifie pas pour autant qu'elle soit temporaire. Elle naît en effet avec l'opération de fiducie-sûreté et disparaît avec elle.

En outre, la propriété fiduciaire ne disparaît pas à la fin de l'opération de fiducie pour laisser place à la propriété du bénéficiaire. Elle ne peut donc pas être temporaire puisqu'elle va être transmise au fiduciaire à la fin de la fiducie-sûreté. Pour étayer cette idée, le professeur Crocq fait le parallèle avec la vente d'un bien corporel : l'acheteur ne peut avoir plus de droit que le vendeur, et le premier aura exactement les mêmes prérogatives que ce que le second avait.

L'idée selon laquelle la propriété ne se transmet pas est donc inconcevable³. On ne peut donc prétendre qu'il y ait un droit de propriété du vendeur, et qu'il y en a un autre, tout à fait distinct, de l'acheteur. D'où, on ne peut dissocier la propriété du constituant et celle du fiduciaire-bénéficiaire.

Là où les professeurs Grimaldi et Crocq tombent d'accord, c'est sur le fait que la propriété fiduciaire n'est pas une propriété démembrée⁴, et nous aurons l'occasion d'en

¹ Pierre CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 10.

² Sur ce point, le professeur Crocq donne comme exemple de droit réel temporaire, l'usufruit qui disparaît au décès de l'usufruitier alors que le bien grevé continue d'exister ; cf. Pierre CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 10.

³ Pierre CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 10.

⁴ Auquel cas selon le professeur Crocq, il aurait été possible d'admettre que la propriété fiduciaire est temporaire ; Pierre CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans*

reparler lorsque nous serons amenés à examiner les droits du bénéficiaire.

Mais alors, quelles sont réellement les conséquences sur les devoirs du créancier si la propriété fiduciaire est unitaire ? En réalité, tant que le droit de propriété transmis au fiduciaire ne lui offre que des prérogatives limitées, son rôle consiste uniquement à effectuer certaines missions pour protéger les autres prérogatives qui, elles, sont encore demeurées entre les mains du constituant, et qu'il n'est pas encore en droit de recueillir.

Ainsi, il a donc le devoir de conserver le bien qui lui est transféré, en bon père de famille : puisque n'ayant pas encore de droit sur l'utilité de la chose, il est normalement censé, à terme, la restituer. S'il commet alors des fautes de gestion, sa responsabilité peut être engagée. L'article 2022 du Code civil lui impose à cet effet de rendre compte de sa mission de gestion selon les conditions prévues au contrat, soit au débiteur constituant, soit à un tiers désigné¹ par celui-ci.

Les seuls droits du fiduciaire concernent alors surtout l'exécution de sa mission de gestion et de conservation pour laquelle il a toute latitude. Les parties doivent cependant fixer des limites conventionnelles aux pouvoirs du créancier et c'est une obligation légale imposée par l'article 2018-6 du Code civil français. Mais aux termes de l'article 2023 du même Code, celles-ci ne seront opposables aux tiers que si ces derniers ont dûment été informés. Nous pouvons ainsi en déduire que les droits et devoirs du fiduciaire sont proches de ceux d'un mandataire qui agit pour le compte d'un mandant, et dans l'intérêt de celui-ci et non dans son intérêt propre. D'ailleurs, au lendemain de l'adoption de la fiducie en droit français, certains auteurs pensaient que le mandat était la seule technique permettant d'imposer toutes ses charges au fiduciaire, mais qu'il ne permettait pas une sanction satisfaisante en cas de non exécution de ces obligations².

tous ses états, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 11.

¹ C'est un tiers chargé de veiller sur les intérêts du constituant, mais puisque sa désignation est une faculté, le fiduciaire n'est obligé à une reddition des comptes que sur demande ; Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 352.

² En effet, la restitution au bénéficiaire d'un bien remis en fiducie est une obligation de faire ; Daniel MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2008, page 572.

Le professeur Philippe Delebecque précise alors sur ce point que le fiduciaire n'exerce cependant aucune fonction de représentation et que sa mission est de toute évidence plus complexe¹.

Par ailleurs, le fiduciaire a un véritable devoir de loyauté envers le fiduciaire et éventuellement, envers le bénéficiaire de la fiducie-sûreté².

Toutefois, en matière de fiducie-sûretés innomées, pour des raisons d'ordre pratique, le transfert de propriété qui s'opère est entier et il offre de ce fait plus de prérogatives au créancier, et donc moins de devoirs vis-à-vis du constituant. Il s'avère en effet qu'en cas de transfert de propriété d'instruments financiers par exemple, ceux-ci peuvent être réutilisés par le banquier créancier. Ces derniers peuvent même en disposer librement, mais à charge pour eux de procéder à une restitution par équivalent lorsque le débiteur a honoré ses engagements³. La propriété fiduciaire serait donc vraisemblablement unitaire. Par conséquent, « les restrictions à l'exercice des attributs de la propriété fiduciaire peuvent être de nature variable, voire quasi-inexistantes »⁴. Cependant, puisque le fiduciaire aura toujours une obligation de restitution par équivalent, il devra éviter de prendre toute décision de nature à compromettre celle-ci⁵.

B- La dualité de la propriété fiduciaire : une théorie alternative

De son côté, le professeur Michel Grimaldi soutient que la propriété fiduciaire est distincte de la propriété ordinaire telle que conçue traditionnellement dans le Code civil français⁶. Et comme nous l'avons évoqué précédemment, pour lui, la propriété fiduciaire est duale. L'article 544 précité énonce les attributs relatifs à l'exercice du droit de propriété ordinaire : il s'agit du triptyque « usus-fructus-abusus ».

¹ Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 29.

² François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, *Mc Gill Law Journal* 584, 2013, page 891.

³ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 600.

⁴ François BARRIERE, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 5, 01 mai 2007, page 875.

⁵ Ibidem.

⁶ Michel GRIMALDI, *La propriété fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 5.

Ce sont les pouvoirs qui permettent au propriétaire de tirer et d'exploiter toutes les utilités de son bien, et n'oublions pas que « la propriété est la somme des utilités que peut présenter un bien¹ ».

Or, en matière de fiducie-sûreté, le droit de propriété du fiduciaire est limité en amont, dès la conclusion même du contrat. La propriété fiduciaire ne confère pas au fiduciaire les mêmes droits que tout propriétaire aurait d'ordinaire².

Si le droit de propriété du constituant était plein et entier avant son transfert, le fiduciaire le reçoit de façon fragmentaire. Il faut distinguer cette situation de celle dans laquelle le droit de propriété ordinaire est démembré. En effet, les prérogatives du droit de propriété qui sont refusées au fiduciaire ne vont pas bénéficier à une autre personne. Elles disparaissent tout simplement³. Mais cette situation protège cependant le constituant puisqu'il est assuré contre toute disposition arbitraire de son bien. Ainsi, pour le professeur Grimaldi, cette limitation dans les pouvoirs du propriétaire fait que la propriété fiduciaire est différente de la propriété ordinaire, qui est considérée comme absolue (sous réserve bien sûr du respect de l'ordre public et des droits d'autrui).

Il poursuit en ajoutant que la propriété fiduciaire -qui est par essence temporaire- a vocation à se transformer en une propriété ordinaire⁴ -permanente- dans l'éventualité où la fiducie-sûreté devra être réalisée. En effet la défaillance du débiteur constituant permettra au créancier de procéder à la disposition du bien remis en fiducie.

Selon lui, la propriété ordinaire se distingue aussi de la propriété fiduciaire par le fait que le propriétaire peut profiter de la valeur de son bien. Pourtant, contrairement à la propriété ordinaire, la propriété fiduciaire ne procure au fiduciaire aucun avantage par rapport à la valeur économique du bien objet de la fiducie. Or, en matière de propriété ordinaire, selon l'usage que l'on fait de cette valeur économique, le propriétaire peut à la

¹ Philippe THERY, *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 1988, page 347.

² En théorie, on admet que tous les attributs du droit de la propriété peuvent être conférés au fiduciaire. Cependant, en pratique les droits de ce dernier sont strictement limités, sans compter les nombreuses obligations à sa charge.

³ Ce qui n'empêche pas les parties de prévoir que l'« usus » soit restitué au constituant.

⁴ Michel GRIMALDI, *La propriété fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 7.

fois consommer son bien, le détruire ou en récolter les fruits. C'est une richesse qui se trouve dans son patrimoine et dont il peut disposer librement. En outre, cette même valeur peut être appréhendée par des tiers, d'où elle peut être saisie par les créanciers du propriétaire. Rien de tel n'existe en matière de propriété fiduciaire. Ainsi, le fiduciaire ne profite pas de la valeur économique du bien offert en fiducie et son patrimoine ne s'en retrouve pas enrichi. Ce cas de figure demeure vrai, peu importe le type de fiducie. Il note par exemple qu'en cas de fiducie-gestion, le constituant demeure le seul à bénéficier de la valeur du bien alors qu'en cas de fiducie-sûreté le fiduciaire-bénéficiaire ne s'enrichit pas de la sûreté, mais il obtient seulement la garantie que sa créance sera effectivement payée. Selon lui, la propriété fiduciaire n'est ni une richesse ni une source de crédit, contrairement à la propriété ordinaire.

De ce fait, en cas de fiducie-gestion, le fiduciaire ne dispose pas de la valeur du bien dont il est uniquement censé en assurer la gestion. Le bien en question constitue bien un actif, une richesse, mais pour le constituant.

En cas de fiducie-libéralité, seul le bénéficiaire pourrait à terme, recevoir le bien dans son patrimoine personnel.

Enfin, s'agissant de la fiducie-sûreté, le bien donné en garantie ne tombe pas dans le patrimoine personnel du fiduciaire. Ainsi, la propriété fiduciaire n'enrichit ni le bénéficiaire de la sûreté¹, ni le fiduciaire qui est juste censé assurer un devoir de conservation, quand bien même il serait à la fois le bénéficiaire de la sûreté².

Mais si l'on suit cette seconde théorie, quelles devraient être alors les devoirs du fiduciaire ?

En réalité, les conséquences pratiques sont exactement les mêmes que celles que l'on aurait retenues si le droit de propriété du fiduciaire était unitaire. La question de savoir si ce droit en question est dual ou unitaire revêt donc davantage un intérêt théorique. En effet, dans les deux cas, le fiduciaire agira comme un mandataire, qui ne peut ni disposer des biens remis en fiducie-sûreté, ni prétendre à un quelconque droit sur l'utilité de la

¹ Après la réalisation de la fiducie-sûreté toutefois, la valeur du bien tombera dans le patrimoine personnel du bénéficiaire.

² Selon le professeur Grimaldi, le bénéficiaire de la sûreté est juste enrichi de sa créance et non de la propriété fiduciaire ; Michel GRIMALDI, *La propriété fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, pages 5 et 6.

chose. Et parce qu'il n'a uniquement qu'un droit sur la valeur de la chose, tout agissement outrepassant ces limites est sanctionné. En outre, le dénouement de l'opération de fiducie-sûreté demeurerait la même. Soit il y a restitution au profit du fiduciaire, si le débiteur s'est libéré. Soit le fiduciaire a vocation à recueillir l'intégralité des prérogatives qui lui sont dévolues pour devenir propriétaire à part entière, dans l'hypothèse de la propriété fiduciaire unitaire. Soit, suivant l'hypothèse de la dualité, la propriété fiduciaire provisoire cesse et se mue en propriété ordinaire, auquel cas l'issue pour le fiduciaire demeure la même.

Si la plupart des auteurs se rallient à la théorie du professeur Pierre Crocq, c'est peut-être aussi parce qu'elle peut facilement être illustrée par de nombreux exemples pratiques. Prenons le cas de la cession de créance. A l'instar de ce qu'il se passe avec la fiducie-sûreté, la propriété transmise en matière de cession *Dailly* est pleine et entière. Voilà pourquoi le cédant n'agit en fait que sous un mandat conféré par celui qui a désormais la véritable propriété du bien : le cessionnaire-fiduciaire.

Notons d'abord, pour éviter toute confusion, que contrairement au cas de figure de l'affacturage ou *factoring*¹, le recouvrement des créances relève encore du pouvoir du cédant qui va recevoir un mandat² de recouvrement de l'établissement bancaire. Celui-ci est toujours révocable à tout moment³ et en pratique, cette révocation se manifeste par l'interdiction faite au débiteur cédé de payer entre les mains du cédant. Quant aux sommes remboursées, elles seront directement affectées au paiement du crédit octroyé.

Mais par contre, le transfert de propriété intervenu implique d'une part, que le débiteur cédé ne puisse se libérer véritablement qu'entre les mains du cessionnaire, autrement il risquerait de devoir payer la même créance deux fois. D'autre part, cela suppose que seul le cessionnaire a le droit d'accorder des délais ou autres faveurs au débiteur cédé. Le cédant n'étant plus propriétaire des créances, il ne peut donc ni agir contre le débiteur cédé ni lui accorder des délais de paiement.

¹ C'est l'opération par laquelle un établissement financier dit "factor", va acheter les créances à risque d'un créancier, mais moyennant un prix inférieur à leur valeur réelle. Le factor met alors tout en œuvre pour recouvrer ces créances douteuses, par ses propres moyens, mais il ne s'agit pas ici d'un mécanisme de garantie, mais seulement de crédit.

² Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 605.

³ Le créancier peut procéder à une telle révocation lorsqu'il craint l'insolvabilité du débiteur.

Par ailleurs, on retrouve à peu près le même cas de figure qu'en fiducie-sûreté nommée en observant le mécanisme de la cession de créance à titre de garantie¹, même s'il n'y a plus cette notion de mandat. Ici, le débiteur constituant/fiduciant continue à administrer sa créance : il lui incombe encore de la recouvrer et il en conserve toujours l'utilité². Il est alors seulement dépouillé du droit qu'il avait sur sa valeur³, lequel revient au fiduciaire.

Enfin, notons juste en passant, que des questions de même ordre sont apparues en matière de propriété retenue à titre de garantie. Pour des auteurs comme le professeur Philippe Théry, il ne s'agit plus d'une « pleine propriété ». Cependant, elle est destinée à devenir ou à redevenir pleine et entière au profit de l'une ou l'autre des parties. Il y aurait donc selon lui, un démembrement du droit de propriété⁴.

C- Notion de patrimoine fiduciaire et la responsabilité du fiduciaire

Nous avons vu que le fiduciaire est assujéti aux mêmes devoirs que ceux d'un mandataire, par rapport à la gestion des biens qui lui sont transmis. Ces derniers, en intégrant le patrimoine fiduciaire créent des obligations supplémentaires à la charge du créancier et qui sont aussi susceptibles d'engager sa responsabilité.

A l'origine, la fiducie du système romano-germanique, c'est-à-dire celle issue du droit romain, ne comportait pas la création d'un patrimoine d'affectation⁵. C'est ce qui expliquait entre autres les abus commis par le fiduciaire dont le patrimoine personnel recevait en fait directement tous les biens donnés en garantie. La création du patrimoine d'affectation est donc un emprunt au droit anglo-saxon⁶.

Longtemps, les civilistes ont éprouvé une certaine répulsion à l'encontre de la notion de patrimoine d'affectation, y voyant une source de fraudes et de malversations. Pourtant, comme l'affirme le professeur Michel Grimaldi, « il y aurait quelque hypocrisie à

¹ Il s'agit ici de fiducie-sûreté innommée.

² Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 602.

³ Ibidem.

⁴ Philippe THERY, *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 1988, page 353.

⁵ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 876.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 336.

accabler le patrimoine affecté et à blanchir la personnalité morale »¹. En effet, selon lui, la personne physique qui recourt isolément à la personnalité morale y voit un moyen d'échapper au principe d'unicité du patrimoine, lequel conduit en principe à engager tous ses biens pour chacune de ses dettes. Pourtant, « [...] que le fiduciaire agisse au travers d'une personne morale qui ne représente que lui ou sur un patrimoine affecté, le résultat est, au fond, le même »².

Or, c'est cette innovation même qui permet de poser certaines limites aux prérogatives du fiduciaire- créancier, permettant par la même occasion une meilleure protection du débiteur. Ainsi, à l'époque de la *fiducia cum creditore*, les biens transférés en garantie qui tombaient dans le patrimoine personnel du fiduciaire étaient soit aliénés par le créancier lui-même, soit affectés à sa succession au moment de son décès, soit ils étaient tout simplement saisis par les autres créanciers du fiduciaire³.

La seule action qui fut alors ouverte au fiduciant était réduite à une « action personnelle en reddition de compte »⁴, or, elle ne pouvait le protéger contre les actes d'aliénation du fiduciaire puisque le fiduciant ne dispose pas d'un droit de suite. De même, elle restait inefficace contre l'insolvabilité du fiduciaire en l'absence de tout droit de préférence⁵.

Le patrimoine fiduciaire protège par la même occasion le bénéficiaire garanti contre toute saisie des autres créanciers. Ainsi, « les biens, droits ou sûretés remis en fiducie forment un patrimoine autonome, qui n'est plus celui du constituant et qui ne se confond pas davantage avec celui du fiduciaire »⁶. Il y a véritablement une séparation juridique des patrimoines en cause⁷.

Les créanciers personnels du fiduciaire n'auront donc aucune emprise sur celui-ci. Dans le même ordre d'idée, une procédure collective ouverte contre le fiduciaire n'affecte donc pas non plus le patrimoine fiduciaire. Ce serait en effet gênant pour le constituant de la

¹ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 906.

² Ibidem.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 337.

⁴ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 901.

⁵ Ibidem.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 353.

⁷ Ibidem.

sûreté si cette dernière était en quelques sortes détournée ou incapable de remplir sa fonction de garantie.

Il y a cependant quelques exceptions : ainsi, premièrement, le patrimoine fiduciaire répond des créances nées des actes nécessaires à sa conservation ou à sa gestion¹. Deuxièmement, il est le gage commun des créanciers du débiteur constituant qui sont titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie². Troisièmement, s'il y a eu fraude aux droits des créanciers, c'est-à-dire que le constituant a organisé une fuite de ses actifs vers le patrimoine fiduciaire, ce dernier continuera de répondre des créances en question. Cela s'explique par le fait qu'en cas de fraude, la situation juridique créée est opposable aux victimes³.

Par ailleurs, puisque le patrimoine fiduciaire forme en fait une entité isolée⁴, distincte située à l'intérieur même du patrimoine personnel du fiduciaire⁵, ce dernier doit prendre toutes les mesures nécessaires pour que la séparation entre les deux patrimoines soit effective. Pour ce faire, il doit procéder à l'ouverture d'un compte spécifique sur lequel seront réalisées toutes les opérations liées à la fiducie⁶, et doit tenir une comptabilité propre au patrimoine d'affectation. Bien sûr, il doit aussi prendre les mêmes précautions pour ne pas créer de confusion dans l'hypothèse où il serait à la tête de différents patrimoines fiduciaires⁷.

¹ Article 2025 du Code civil français : « Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine ».

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 353.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 354.

⁴ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 614.

⁵ Pierre CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 13 ; un avis que partage le professeur Michel Grimaldi, si l'on s'en tient aux formulations utilisées dans l'avant-projet de loi sur la fiducie, que ce dernier critique d'ailleurs car il y avait selon lui, comme une volonté de maintenir ne serait-ce qu'en apparence, l'unicité du patrimoine, le patrimoine fiduciaire apparaissant alors comme un sous-ensemble du patrimoine du fiduciaire, Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 969.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 351.

⁷ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 973.

De plus, il est assujéti aux impôts qui sont liés à son activité de fiduciaire, à savoir la taxe sur la valeur ajoutée, ou la taxe professionnelle. Ceci nous amène à apporter quelques précisions concernant les critiques relatives à l'évasion fiscale, qui serait faisable grâce au mécanisme du patrimoine d'affectation.

Ainsi, d'une part, la fiducie n'est pas un outil d'optimisation fiscale puisque le patrimoine fiduciaire est soumis à un régime de neutralité fiscale¹. Cela signifie qu'en dépit du transfert de propriété qui s'est opéré au bénéfice du fiduciaire, le constituant demeure fiscalement titulaire des droits fiduciaires, ce faisant, il reste soumis aux impôts y afférents jusqu'au transfert effectué en faveur d'un bénéficiaire².

D'autre part, la loi impose des limites strictes quant à la qualité des personnes pouvant devenir fiduciaire. Ainsi, aux termes de l'article 2015 du Code civil français, seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaire, les établissements de crédit, les institutions et services, les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurance qui sont mentionnés dans le Code monétaire et financier. La loi sur la modernisation de l'économie a plus tard permis aux membres de la profession d'avocats de jouer ce rôle³. Pour justifier de telles restrictions, nous avons précédemment parlé de la nécessité pour le fiduciaire d'avoir une certaine marge de solvabilité et une honorabilité suffisante, qu'une personne physique n'aurait pas forcément. En réalité, il semble que nous puissions admettre d'autres raisons. Une fois de plus, on peut encore déceler ici la crainte qui subsiste auprès des autorités étatiques concernant l'usage de la fiducie à des fins de fraudes et d'évasions fiscales⁴.

L'article 2026 du Code civil français, à titre de sanction, dispose que « le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 354.

² Ibidem.

³ C'est en raison de leur déontologie que ce choix a été fait, car cette dernière exige notamment des avocats l'indépendance, le respect du secret professionnel et la bonne gestion des conflits d'intérêts, dans l'exercice de leur mission ; Pierre BERGER, *La responsabilité de l'avocat fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 42.

⁴ Christian LARROUMET, *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques*, recueil Dalloz, 2007, N°11, cité par Harijaona S. RANDRIAMAROTIA, *Réflexions sur les mécanismes d'affectations des créances à la garantie d'une dette en droit français*, *Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, à la page 392.

mission ». C'est là encore, une conséquence de la séparation juridique des patrimoines en cause¹. La question se pose donc de savoir de quel genre de faute il est question.

Selon le professeur Philippe Delebecque, il s'agit de faute personnelle mais qui n'est pas forcément détachable des attributions du fiduciaire, peu importe que ce dernier ait fait savoir qu'il agissait pour le compte de la fiducie ou non². Il ajoute également qu'une seconde lecture de l'article 2026 précité laisse supposer que le fiduciaire est a fortiori responsable quand il commet les fautes en question, en outrepassant le cadre de sa mission.

Ainsi, il peut s'agir « d'éventuels excès de pouvoir, des dommages résultant des biens et droits qu'il détient en sa qualité de fiduciaire, ainsi que de ses fautes de gestion »³.

Mais alors, il faut aussi connaître sur quelle base une telle responsabilité va être engagée. Il semble que celle-ci puisse être retenue pour de très nombreuses raisons toutes aussi diverses. On admet alors qu'à défaut de réglementation spéciale, le constituant ou le bénéficiaire –qui a accepté la fiducie⁴– va pouvoir agir sur la base du droit commun de la responsabilité contractuelle⁵. Si par contre, l'action en responsabilité est intentée par un tiers au contrat ou par un bénéficiaire qui n'a pas accepté la fiducie-sûreté, c'est le droit commun de la responsabilité délictuelle qui va s'appliquer⁶.

En outre, il est aussi possible d'admettre que le fiduciaire puisse engager sa responsabilité sur la base d'une obligation de moyens si l'on fait le parallèle avec la responsabilité du mandataire⁷.

La sanction prévue en cas de manquements à ses devoirs est alors le remplacement du fiduciaire, tel qu'énoncé par l'article 2027 du Code civil.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 353.

² Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 36.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 352.

⁴ Un bénéficiaire qui a accepté la fiducie est en effet considéré comme partie au contrat ; Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 33.

⁵ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 352.

⁶ Ibidem.

⁷ Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 29.

Aux termes de cet article cependant, d'autres faits sont sanctionnés, telle la mise en péril des intérêts qui sont confiés au fiduciaire, ou l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire à son encontre. Le professeur Michel Grimaldi ajoute que le fiduciaire pourrait se voir être condamné au paiement de dommages-intérêts, et dans le pire des cas, la fiducie pourra même être résolue¹.

La mise en œuvre du remplacement peut se faire de façon conventionnelle s'il avait été prévu dans l'acte constitutif. A défaut, il peut être prononcé après saisie du juge par le constituant ou un tiers protecteur de ses intérêts, ou par le bénéficiaire.

Le professeur Philippe Delebecque va cependant plus loin en affirmant que la responsabilité du fiduciaire sera envisagée différemment selon le dénouement favorable ou non de la fiducie-sûreté².

De ce fait, d'une part, si le débiteur parvient à rembourser son créancier et fiduciaire, il pèsera alors sur ce dernier une obligation de restitution des biens fiduciaires. Or, il s'avère que cette restitution en question est une obligation de résultat. Partant, si le bien transmis en fiducie-sûreté a été entre temps dégradé, détruit, perdu ou même juste transformé, le régime de responsabilité du fiduciaire serait selon le professeur Delebecque, similaire à celui du créancier gagiste. Dans ce cas, l'article 2026 précité du Code civil serait inapplicable puisqu'il rapproche la responsabilité du fiduciaire de celui d'un mandataire, alors qu'ici, le devoir de restitution ne fait pas partie de la mission telle qu'énoncée à l'article précité³. Toutefois, dans l'éventualité où le créancier et le fiduciaire sont deux personnes différentes, alors l'article en question trouve application⁴.

Ainsi, selon l'article 2344 alinéa 1^{er} du même code, applicable en matière de gage avec dépossession, le constituant a le droit de réclamer la restitution de son bien, en plus des éventuels dommages-intérêts en cas de détérioration. Et si la restitution n'est pas possible, la perte du bien doit également être compensée par des dommages et intérêts.

¹ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 971

² Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 34.

³ Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 35.

⁴ Ibidem.

D'autre part, si le débiteur est défaillant, la responsabilité du fiduciaire pourrait être engagée si le créancier est une autre personne à qui il devra remettre le bien donné en propriété fiduciaire¹. Et si ce dernier a subi des détériorations, alors dans ce cas, le fiduciaire devra également verser des dommages et intérêts au créancier qui a choisi ce mode de réalisation².

Par ailleurs, la fiducie-sûreté est une opération délicate qui requiert que les intérêts personnels du fiduciaire, qui est aussi généralement bénéficiaire, ne viennent se confondre avec ceux du patrimoine fiduciaire³. De ce fait, la protection du constituant et du patrimoine fiduciaire, par la même occasion peut être assurée par l'intervention d'un tiers protecteur, tel qu'il est prévu à l'article 2017 du Code civil français⁴. Celui-ci sera alors chargé d'assister le fiduciaire dans la bonne exécution de ses missions⁵. Toutefois, s'il agit sous couvert d'un mandat spécial conféré par le fiduciaire, ses actes doivent recevoir l'aval du constituant⁶.

Par ailleurs, si tant de précautions sont prises pour encadrer le mécanisme du patrimoine fiduciaire, c'est parce qu'il confère un avantage considérable au fiduciaire, et par conséquent, peut potentiellement nuire aux autres créanciers ainsi qu'aux tiers. Il se trouve que les autres sûretés réelles, même si elles procurent un droit de préférence, peuvent encore parfois exposer les créanciers au risque de se faire primer par d'autres ayant un rang plus favorable. A l'instar des propriété-sûretés en général, la principale force de la fiducie-sûreté est en effet d'exclure tout concours.

¹ Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 35.

² Le créancier était aussi libre de choisir la vente du bien fiduciaire, auquel cas il reviendrait au fiduciaire d'effectuer la vente au profit du créancier, et de lui remettre tout ou partie du prix ainsi dégagé ; Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 35.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 347.

⁴ Article 2017 du Code civil français : « Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant ».

⁵ Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 30.

⁶ Ibidem.

Enfin, nous ajouterons que la liberté contractuelle joue pleinement même en matière de responsabilité du fiduciaire, ce qui apporte d'autant plus de souplesse à la fiducie-sûreté. Les parties peuvent prévoir en détail les faits générateurs de responsabilité, ainsi que les dommages susceptibles de l'engager¹.

Section II : La protection des tiers au contrat

La fiducie utilisée à des fins de garantie est susceptible d'affecter un très grand nombre de personnes considérées comme des tiers au contrat. Dans un premier temps, nous parlerons des droits concurrents (Paragraphe I). Dans un second temps, nous verrons la situation particulière du bénéficiaire dans le contrat de fiducie-sûreté (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les droits concurrents

Il y a plusieurs catégories de créanciers qui peuvent être affectés par le transfert des biens du débiteur vers un patrimoine d'affectation. Ainsi, nous parlerons en premier lieu des droits des créanciers du débiteur constituant (A). En deuxième lieu, nous nous intéresserons aux droits des créanciers du fiduciaire et des créanciers fiduciaires (B).

A- Les droits des créanciers du débiteur constituant

Il est courant que le débiteur constituant d'une fiducie-sûreté ait plusieurs créanciers autres que le fiduciaire, surtout s'il est un commerçant, puisqu'une entreprise a un besoin constant de crédit. S'agissant des autres sûretés réelles, le cas de figure normal serait qu'un même bien soit grevé par des sûretés réelles successives, auquel cas, tous ces différents créanciers seraient en concurrence. Un classement va alors s'opérer pour connaître le rang de ces créanciers afin de savoir qui sera désintéressé en premier. Dans cette optique, le patrimoine personnel du débiteur va donc constituer le gage commun de tous ses créanciers, simplement chirographaires ou munis de sûretés.

¹ Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 32.

Or, il en va autrement en matière de fiducie-sûreté où seul un nombre limité de créanciers peuvent se faire payer sur le patrimoine fiduciaire, les autres devant toujours entrer en concurrence pour espérer se faire payer sur le patrimoine personnel du constituant.

Nous venons de voir qu'exceptionnellement, le patrimoine fiduciaire peut être saisi par les créanciers du constituant en vertu d'un droit de suite qui leur est conféré par l'intermédiaire de sûretés réelles antérieures à l'opération de fiducie-sûreté. Toutefois, cela n'est possible qu'à la condition que la sûreté réelle ait été publiée avant la fiducie-sûreté, comme le prévoit l'article 2025 du Code civil français précité.

Ainsi, de ce qui précède, nous pouvons en déduire que les créanciers antérieurs qui n'effectuent la publication de leurs sûretés qu'après celle de la fiducie perdent leurs droits face au fiduciaire plus diligent¹. Dès lors, nous sommes amenés à nous interroger sur le rôle de la publicité en matière de fiducie-sûreté. Même si elle a été longtemps critiquée pour son caractère occulte, pour l'heure, il n'y a toujours aucune formalité de publicité spéciale à la fiducie-sûreté². Quoi qu'il en soit, la fiducie a ceci de particulier que l'information des tiers ne se fait pas par le biais de la publicité mais par l'intermédiaire du créancier fiduciaire dans l'accomplissement de ses missions. Ainsi, aux termes de l'article 2021 du Code civil français³ que nous avons déjà eu l'occasion d'explicitier, le fiduciaire qui a l'obligation de toujours indiquer aux tiers en quelle qualité il agit, contribue en fait à faire connaître aux tiers l'existence du patrimoine fiduciaire⁴.

Ainsi, d'une part, les tiers sont protégés même pour les actes effectués par le fiduciaire qui dépasseraient ses pouvoirs, car ils ne sont pas censés connaître les limites conventionnelles à ces derniers. Sauf à prouver qu'ils en avaient eu connaissance, celles-ci leur sont opposables et le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus à leur égard. Ces tiers en question sont les ayants cause du fiduciaire, ceux qui passent avec lui divers actes, dont notamment des actes d'aliénation, et qui pourraient être

¹ Comme le confirme le professeur Grimaldi ; Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 970.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 361.

³ Article 2021 du Code civil français : « Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention.

De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités ».

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 353.

annulés en cas de mauvaise foi prouvée de ceux-ci. Selon le professeur Grimaldi, la mauvaise foi ne peut découler de la simple connaissance de la fiducie, et encore moins de la simple possibilité de sa connaissance, par le biais de la publicité¹.

D'autre part, cette obligation de publicité concerne les biens dont la mutation est obligatoirement soumise à publicité. L'information des tiers se fait donc au moment de l'inscription ou de l'enregistrement desdits biens. L'hypothèse à envisager ici concerne plus particulièrement la solvabilité apparente du fiduciaire, qu'il pourrait tirer du patrimoine fiduciaire². En effet, puisque les biens fiduciaires sont en son nom, et qu'il a l'apparence d'un propriétaire ordinaire, les tiers qui contractent avec lui pourraient facilement être trompés ; d'où l'obligation d'indiquer que l'on agit en qualité de fiduciaire.

Ceci nous amène à parler de l'information des tiers en matière de fiducie-sûreté innommée puisque les biens transférés font, le plus souvent, l'objet d'une circulation facile et rapide. A ce titre, nous nous intéresserons plus particulièrement à la cession de créances, faite dans le cadre de la fiducie-sûreté et celle faite par le truchement du bordereau *Dailly*.

S'agissant de la cession de créance dans le patrimoine fiduciaire, les conditions d'opposabilité ont été assouplies, par rapport au droit commun, à l'image de ce que l'on retrouve pour la cession *Dailly*.

En effet, selon le régime de droit commun tel que déterminé par l'article 1690 du Code civil français³, dans le chapitre relatif au transport des créances et autres droits incorporels, la cession de créance n'est opposable aux tiers que sous le respect de deux conditions alternatives. Ainsi, soit le débiteur est signifié, soit on recueille son acceptation de la cession effectuée dans un acte authentique. Or, l'article 2018-2⁴ du même Code prévoit un régime encore plus souple puisque la cession est opposable aux

¹ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 972.

² Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 971.

³ « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ».

⁴ « La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire ».

tiers à la date du contrat de fiducie-sûreté. Et s'agissant de l'opposabilité de la cession de créance à l'égard du débiteur, elle s'effectue par la simple notification faite au débiteur cédé par le fiduciaire ou par le débiteur cédant.

Le régime juridique est d'autant plus simple en matière de cession *Dailly* puisque le droit de propriété que le cessionnaire a sur les créances est opposable aux tiers, c'est-à-dire les créanciers du cédant, dès la date apposée sur le bordereau *Dailly*¹, et ce, par n'importe quel moyen². En outre, la cession effectuée est pleinement opposable quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité de la créance cédée, peu importe la loi qui lui est applicable ou même le pays de résidence du débiteur³. Or, cela constitue un avantage considérable, ce qui a conduit certains auteurs à comparer la loi *Dailly* à une loi de police⁴.

Dans la pratique, c'est cette absence de publicité qui la rend populaire auprès des banquiers⁵, puisqu'elle permet une circulation très rapide des créances, sans autre formalité. Cependant, elle peut également être source de conflits car les débiteurs de mauvaise foi n'hésitent pas à procéder à des cessions successives de la même créance, ou alors le cessionnaire peut tout simplement être en conflit avec le porteur d'un effet de commerce, mais bien d'autres cas de figure peuvent être envisagés.

Toutefois, des solutions claires sont établies pour démêler certaines de ces situations. Dès lors, dans l'hypothèse où il y a successivement deux établissements de crédit cessionnaires, le premier cessionnaire dans le temps peut opposer son droit au second⁶.

C'est la règle « *prior tempore, potior jure* », qui est d'ailleurs retenue par le juge dans une telle situation⁷.

Cela s'explique par le fait que lors de la première cession, le premier cessionnaire a obtenu un droit de propriété sur la créance cédée. Partant, si la même créance fait l'objet

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 331.

² Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 606.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

⁵ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 331.

⁶ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 606.

⁷ Com. 12 janvier 1999, société Lyonnaise de banque et Banque populaire provençale contre société Schneider, N° de pourvoi : 96-13723, Bulletin 1999 IV N°8, page 8.

d'une cession ultérieure à un autre établissement bancaire, aucun droit de propriété ne peut plus lui être transmis, le cédant ne pouvant céder deux fois un même droit de propriété portant sur le même bien.

S'agissant plus spécialement des créanciers du cédant, l'acte de cession leur est opposable dès l'apposition de la date sur le bordereau. En conséquence, dès lors que l'opposition de ces créanciers intervient à une date ultérieure, elle est dépourvue de tout effet¹. Mais alors, en pratique, il n'est possible d'émettre aucune opposition puisque l'on verrait mal comment les créanciers du cédant puissent être au courant des opérations de cession de créances envisagées par ce dernier.

En outre, la cession est opposable au banquier du cédant réceptionnaire d'un virement², le raisonnement à tenir étant le même que celui que nous avons évoqué plutôt, à savoir : le droit de propriété sur un même bien ne peut être cédé deux fois.

Cependant, il est des cas où le cessionnaire doit s'incliner face à certains créanciers. A ce titre, en matière de marchés privés, le conflit se dénoue pour une fois, à l'avantage d'un tiers, un créancier du cédant. Le litige concerne trois personnes : l'entrepreneur principal qui est le cédant, le sous-traitant qui est le créancier du cédant, et le cessionnaire de la créance cédée par l'entrepreneur principal. Dans ce cas de figure, le tiers est protégé puisque l'on tient compte des droits fondamentaux du travail, tout travail méritant salaire. Nous parlons ainsi de la situation selon laquelle un banquier devient cessionnaire d'une créance de marché. Or, l'entrepreneur principal qui a procédé à la cession étant défaillant, le sous-traitant est contraint d'exercer une action directe contre le maître de l'ouvrage. Dès lors, une limite est logiquement imposée³ à l'entrepreneur principal qui souhaite céder la créance qu'il détient sur le maître d'ouvrage. Il ne peut alors céder que jusqu'à

¹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 606.

² Com. 28 octobre 1986, banque Pelletier contre la Caisse régionale du crédit agricole du Sud-ouest, N° de pourvoi : 85-15612, Bulletin 1986 IV N° 194, page 168; Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 606.

³ Parce que s'il en était autrement, ce serait comme si le maître d'ouvrage devait payer deux fois la même dette.

concurrence des sommes dues au titre des travaux qu'il a lui-même effectués¹, à l'exclusion donc de la part revenant à la rémunération des travaux sous-traités.

En conséquence, une fois l'action directe diligentée contre le maître de l'ouvrage, le banquier cessionnaire ne pourra s'y opposer², ce qui implique qu'il ne recevra qu'une partie de la créance censée servir de garantie. Le sous-traitant prime donc le banquier cessionnaire³, peu importe la date inscrite sur le bordereau, ou celle de l'action directe : on dit que la créance du sous-traitant est indisponible⁴.

En outre, lorsqu'un cessionnaire se retrouve par la suite en concurrence avec le porteur d'une lettre de change acceptée, cette acceptation confère au porteur de bonne foi le droit de se prévaloir de sa créance cambiaire⁵. La jurisprudence confirme ainsi que le porteur de bonne foi l'emporte sur le banquier cessionnaire⁶. En effet, « si dans le droit commun les créanciers d'une personne ont la possibilité de pratiquer, entre les mains d'un tiers, une opposition au paiement des sommes dues à leur débiteur », en matière d'effets de commerce, aucune opposition n'est admise, la créance cambiaire étant insaisissable⁷.

Enfin, le cas de litige entre un créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété et un cessionnaire de créance est aussi courant dans la pratique. Dans cette hypothèse un peu complexe, on a un fournisseur procédant à une vente sous réserve de propriété. Le bien vendu à un premier acheteur est ensuite revendu à un deuxième acheteur. La créance dégagée de cette seconde vente fait l'objet d'une cession *Dailly* par l'acquéreur initial. Le juge décide dans ce cas de figure d'accorder la priorité au vendeur muni d'une réserve de

¹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 608.

² Ibidem.

³ Exceptionnellement, si le cédant offre un cautionnement pour garantir la créance du sous-traitant, alors il a le droit de céder la part de créance censée revenir au sous-traitant. Ce faisant, la cession pourra alors être opposable à ce dernier, et les droits du banquier cessionnaire sont préservés ; Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 608.

⁴ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 608.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Jean-Marc BEGUIN, Arnaud BERNARD, *L'essentiel des techniques bancaires*, Edition Groupe Eyrolles, 2008, page 153.

propriété¹. Il y a plusieurs justifications à ce choix : d'abord au niveau du droit des sûretés, la clause de réserve de propriété a été constituée antérieurement à la cession *Dailly*. Ensuite, sur le point de savoir qui peut se prévaloir d'un droit sur la créance, le vendeur initial, c'est-à-dire le fournisseur, avait un droit sur la valeur de la chose. Ayant été impayé, c'est un droit qu'il a conservé et dont il pouvait légitimement se prévaloir une fois le prix dégagé lors de la seconde vente². Les professeurs Simler et Delebecque ajoutent en outre que « la créance de revente appartient en un sens au vendeur initial. Par conséquent le cédant n'a pas pu la céder au cessionnaire et celui-ci doit donc s'incliner devant le vendeur qui invoque sa garantie »³. Le raisonnement qu'il faut tenir ici est ainsi proche de celui qui interdit au cédant de procéder à deux ou plusieurs cessions successives du même droit de propriété, et dont nous avons déjà parlé.

Au final, nous ne pouvons que constater qu'il n'est pas aisé de trouver le bon équilibre entre la nécessité de célérité et l'exigence de sécurité qui sont toutes deux essentielles en matière de crédit, l'efficacité du mécanisme reposant alors en grande partie sur la bonne foi du cédant et la confiance qui s'est instaurée dans sa relation avec son banquier. Néanmoins, il est clair que puisque la cession de créances professionnelles est maintenant presque exclusivement utilisée entre professionnels⁴, le besoin de maintenir des relations d'affaires durables ainsi que la nécessité de préserver une bonne réputation dans le milieu des affaires, devraient dissuader les débiteurs cédants de faire preuve de mauvaise foi.

Maintenant, si nous observons de près le cas de la cession fiduciaire en droit malgache, la protection des tiers est bien sûre semblable à celle que l'on retrouve en cession *Dailly* du droit français. De ce fait, l'article 109 de la loi malgache n°2003-041 sur les sûretés dispose que « la cession [...] prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau », avec les mêmes conséquences négatives ou positives

¹ Com. 20 juin 1989, Banque nationale de Paris contre Société micro-informatique et de télécommunications, N° de pourvoi 88-11720, Bulletin 1989 IV N°197, page 131; Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 609.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 344.

que cela implique. En cas de conflits, les solutions retenues par la jurisprudence française devraient aussi pouvoir s'appliquer, la cession *Dailly* et la cession fiduciaire du droit malgache étant quasiment identiques, et les hypothèses de litige pouvant se présenter étant relativement les mêmes.

Par ailleurs, s'agissant des conditions d'opposabilité aux tiers en matière de garanties financières, il suffit de rédiger un acte permettant l'identification des biens et droits objets de la cession et attestant de leur affectation en garantie¹.

Enfin, notons qu'au regard du droit des procédures collectives, les créanciers du constituant bénéficient d'une protection supplémentaire car dans le cas où la fiducie-sûreté aurait été constituée durant la période suspecte pour une dette antérieure, elle est nulle de plein droit².

B : Les droits des créanciers du fiduciaire et des créanciers fiduciaires

L'expression « créancier fiduciaire » désigne tantôt le cocontractant du débiteur constituant de la fiducie-sûreté, tantôt tout créancier tiers au contrat mais dont « [...] la créance est née de la conservation ou de la gestion d'un bien en fiducie »³.

Pour les réflexions qui vont suivre, nous utiliserons donc cette expression dans son second sens pour éviter toute confusion.

Les créanciers du fiduciaire par contre, sont des créanciers personnels dont les créances sont nées d'opérations externes, étrangères à la fiducie. Par contre, contrairement aux créanciers du constituant, ils ne font l'objet d'aucune protection légale spécifique. La prudence est donc de mise, même si cela vaut aussi pour les créanciers du débiteur constituant. En effet, les actifs du patrimoine du fiduciaire et du constituant peuvent se retrouver grevés par des charges plus ou moins importantes provenant de la gestion

¹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 599.

² Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 971.

³ Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 36.

fiduciaire, même si le risque est moindre en cas de fiducie-sûreté¹. En outre, un fiduciaire peu scrupuleux pourrait offrir un « gage illusoire » à ses créanciers, grâce à l'apparente solvabilité qu'il tire du patrimoine fiduciaire qu'il gère avec tous les pouvoirs d'un propriétaire ordinaire et dont tous les biens sont, rappelons-le, à son nom².

Quoi qu'il en soit, il leur sera toujours possible d'invoquer une fraude à leurs droits, et en vertu du principe *fraus omnia corrumpit*, la fiducie deviendra inopposable aux créanciers personnels du fiduciaire qui s'estiment lésés³. Ils devront cependant prouver que la fiducie a été constituée dans le seul et unique but de leur nuire.

A leur égard, le fiduciaire est censé disposer des pouvoirs les plus étendus et sur ce point, la responsabilité du fiduciaire est sanctionnée dans les mêmes conditions que lorsqu'il effectue des actes pouvant affecter les créanciers du fiduciaire. Ce principe vaut en fait pour tous les tiers au contrat de fiducie et contribue à protéger les ayants cause du fiduciaire s'ils étaient de bonne foi lorsqu'ils ont passé certains actes –même d'aliénation- avec ce dernier, c'est-à-dire qu'ils ignoraient les limitations aux pouvoirs de leur auteur⁴.

Pour le reste, rappelons que le principe de l'intangibilité du patrimoine fiduciaire les empêche de se prévaloir d'un droit quelconque sur les biens et valeurs remis en fiducie. Sur ce point, le professeur François Barrière avance que les créanciers du constituant peuvent alors tout à fait saisir une créance que ce dernier aurait contre le fiduciaire⁵. Le cas de figure inverse, selon lequel les créanciers du fiduciaire pourraient saisir la créance personnelle du fiduciaire contre le constituant serait donc aussi envisageable. En effet, dans ces hypothèses, il ne s'agit pas de saisir des valeurs qui ont été intégrées dans le patrimoine fiduciaire mais plutôt de saisir des valeurs déjà remises à titre de paiement et

¹ François BARRIERE, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, Bulletin Joly Sociétés, n° 5, 01 mai 2007, page 559.

² Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 971.

³ François BARRIERE, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, Bulletin Joly Sociétés, n° 5, 01 mai 2007, page 568.

⁴ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 972.

⁵ François BARRIERE, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, Bulletin Joly Sociétés, n° 5, 01 mai 2007, page 569.

qui seraient donc étrangères à l'opération de fiducie. Ce n'est donc pas une exception à l'intangibilité du patrimoine fiduciaire mais plutôt un mécanisme normal découlant de la simple logique puisque les créances en question relèvent du patrimoine personnel du fiduciaire ou du constituant.

En outre, une autre question se pose en cas de dissolution de l'établissement fiduciaire : qu'advient-il des droits des créanciers fiduciaires et des créanciers personnels du fiduciaire ? Il se trouve que malgré la disparition de la personne morale fiduciaire, pour cause d'ouverture d'une procédure collective par exemple, le patrimoine fiduciaire subsiste, conséquence de la séparation des patrimoines. Cependant, les ayants-droit de l'établissement fiduciaire dissout n'auront aucun droit sur l'actif du patrimoine fiduciaire, tout comme les créanciers fiduciaires n'en auront aucun sur le patrimoine du fiduciaire en liquidation, sauf exception¹.

En matière de fiducie-sûretés innomées, la question se pose par contre concernant les droits de saisie des créanciers du cessionnaire si des espèces, des billets de banques sont remis en garantie. Si ce dernier reçoit des créances à titre de garantie, il est en principe supposé les rétrocéder à terme. Il n'a pas le droit d'en disposer librement, a fortiori, ses créanciers personnels ne devraient donc pas non plus pouvoir saisir les sommes entre ses mains puisqu'elles n'ont pas été transmises à titre de paiement.

Deux hypothèses pourraient donc être envisagées : d'une part, à cause d'un manque d'individualisation, en matière de gage-espèces par exemple, les sommes sont mélangées avec les fonds appartenant en propre au cessionnaire. Il faudrait alors admettre que les espèces remises étant des biens fongibles, le droit de saisie des créanciers est possible, à charge pour le cessionnaire de reconstituer ensuite la somme en question.

D'autre part, si les fonds sont versés dans un compte spécialisé, véritablement distinct de celui du cessionnaire, ses créanciers n'auront pas le droit d'opérer une saisie.

¹ François BARRIERE, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, Bulletin Joly Sociétés, n° 5, 01 mai 2007, page 569.

Quid alors pour la cession *Dailly* ? Le même raisonnement selon lequel c'est à titre de garantie et non de paiement que les sommes ont été confiées au cessionnaire, peut être tenu.

Les créanciers fiduciaires, ceux dont les créances sont nées de l'opération de fiducie, par contre sont mieux protégés. Puisque la valeur du patrimoine fiduciaire est appelée à fluctuer, en cas d'insuffisance de celui-ci, deux solutions sont proposées par l'article 2025 du Code civil alinéa 2¹. Leurs créances étant nées à l'occasion de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire, en cas d'insuffisance de la valeur de celui-ci, il leur est accordé un droit subsidiaire² sur le patrimoine du constituant ou du fiduciaire.

D'une part, en principe c'est le patrimoine personnel du constituant qui constitue le gage commun des créanciers. Cependant, il est loisible aux parties de convenir dans le contrat que tout ou partie du passif sera à la charge du fiduciaire³. En outre, elles peuvent prévoir que le passif fiduciaire sera supporté par le seul patrimoine fiduciaire⁴. Cependant, à l'égard des créanciers fiduciaires dont les droits sont nés des actes nécessaires inhérents à l'opération de fiducie elle-même, cette clause ne leur est opposable que si les parties ont recueilli leur acceptation expresse⁵. Or, d'un point de vue technique, il s'agit d'une limitation du droit de gage des créanciers fiduciaires au seul patrimoine du fiduciaire. Ainsi, il est peu probable qu'une telle convention puisse être acceptée en pratique⁶.

D'autre part, si cette insuffisance relève de la faute du fiduciaire, ce sera son patrimoine personnel qui en répondra⁷.

Le professeur François Barrière relève cependant qu'il y a là une surprenante dérogation

¹ « En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire ».

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 354.

³ Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 36.

⁴ Ibidem.

⁵ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 354.

⁶ Ibidem.

⁷ Article 2026 du Code civil français.

au principe de l'imperméabilité des patrimoines¹. En effet, l'opération de fiducie est avant tout efficace parce qu'elle se base sur l'autonomie du patrimoine fiduciaire. Or, à moins de consentir à une limitation de ses droits, comme nous l'avons évoqué plus tôt, le créancier fiduciaire aura de plein droit un second patrimoine à sa disposition, en cas d'insuffisance d'actifs pour le désintéresser. Ceci est contradictoire avec le principe de l'autonomie et de l'intangibilité des divers patrimoines mis en cause², mais c'est une solution qui peut aisément s'expliquer si l'on considère que ces mesures sont prises à titre de sanction. De ce point de vue, ce cas de figure se retrouve en droit des sociétés. Ceci rappelle l'action en comblement du passif. Il s'agit ici de sanctionner des dirigeants ayant commis une faute de gestion, laquelle a contribué à provoquer une insuffisance d'actifs constatée au moment de l'ouverture d'une procédure collective. Les dettes de la société seront dès lors supportées entièrement ou partiellement par ces dirigeants fautifs³. Le même esprit se retrouve en matière de fiducie où l'on sanctionne la mauvaise gestion du fiduciaire.

La ressemblance entre les deux situations est d'autant plus évidente que le professeur François Barrière ajoute que la preuve de l'insuffisance du patrimoine fiduciaire qui est à la charge du créancier fiduciaire, se fera par tous moyens, et de la même façon qu'un créancier démontrerait l'état de cessation de paiements de son débiteur⁴.

Néanmoins, le droit subsidiaire des créanciers fiduciaires sur le patrimoine du constituant ou sur celui du fiduciaire connaît une certaine limite dans la pratique. En effet, le fiduciaire sera presque toujours un banquier, et comme tel, il « refusera d'être personnellement tenu des dettes liées à une activité particulière pour le compte d'autrui »⁵.

¹ François BARRIERE, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, Bulletin Joly Sociétés, n° 5, 01 mai 2007, page 558.

² Il s'agit du patrimoine fiduciaire ainsi que de ceux du fiduciaire et du constituant.

³ Philippe MERLE, *Droit commercial Sociétés commerciales*, 12^{ème} édition, Dalloz, 2008, page 485.

⁴ François BARRIERE, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, Bulletin Joly Sociétés, n° 5, 01 mai 2007, page 558.

⁵ François BARRIERE, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, Bulletin Joly Sociétés, n° 5, 01 mai 2007, page 559.

Paragraphe II : Le bénéficiaire dans le contrat de fiducie-sûreté

Le bénéficiaire est investi de certains droits qui s'expliquent au regard du mécanisme particulier du patrimoine d'affectation. Ils sont aussi justifiés par la nature de la propriété fiduciaire. Le contrat de fiducie laisse également libre cours à la liberté contractuelle en ce qui concerne la désignation du bénéficiaire, dont l'identité peut être indéterminée au moment de la conclusion du contrat. Il suffit alors seulement que des règles permettant cette désignation soient prévues au contrat de fiducie¹.

Parler de la protection accordée au bénéficiaire n'a cependant vraiment d'intérêt que si le fiduciaire et le bénéficiaire sont deux personnes distinctes. Mais même en cas de fiducie-sûreté avec entiercement, le bénéficiaire n'est pas « véritablement » un tiers au contrat. En effet, sans avoir été partie à la convention conclue initialement entre le fiduciaire et le constituant, celle-ci crée néanmoins certains effets à son encontre, ce qui permet de l'assimiler au final, à une partie au contrat.

Pour rappel, en matière de fiducie-sûreté, une seule personne réunira généralement les deux qualités, mais il peut arriver que le bénéficiaire soit un créancier du constituant, qui n'a pas les qualités requises par la loi pour pouvoir être un fiduciaire². Dans ce cas, il serait en effet difficile de concevoir que ce créancier bénéficiaire soit un véritable tiers puisqu'il a un intérêt direct dans l'opération de fiducie, alors que le fiduciaire ne serait qu'un intermédiaire, un gestionnaire. Mais nous pouvons aussi par exemple imaginer l'hypothèse selon laquelle le fiduciaire lui-même a ses propres engagements envers son créancier, lesquels il ne serait dans la possibilité d'honorer qu'à la condition qu'il se fasse lui-même rembourser par son débiteur. Alors, au lieu d'offrir une sûreté à son créancier pour le rassurer, il fait de lui le bénéficiaire de la fiducie-sûreté. Ainsi, soit le débiteur paie le fiduciaire et celui-ci rembourse à son tour son propre créancier et le constituant reprend son bien. Soit le débiteur défaille et le fiduciaire étant donc consécutivement dans l'incapacité de rembourser sa propre dette, le bénéficiaire recueille le bien fiduciaire. Dans les deux cas, il obtient paiement, ce qui lui offre une position confortable.

¹ Article 2018, 5° du Code civil français : « [...] L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation [...] ».

² Le créancier en question sera par exemple une entreprise commerciale ou un commerçant ou autre, mais ne sera ni un établissement de crédit ni une entreprise d'assurance, ni toute autre personne physique habilitée par la loi pour pouvoir endosser la fonction de fiduciaire.

En principe, nous avons déjà précisé auparavant que le bénéficiaire demeure un tiers au contrat dans un premier temps. Mais à partir du moment où le fiduciaire recueille son acceptation expresse, le bénéficiaire devient une partie à part entière au contrat. Cela implique que le fiduciaire engage sa responsabilité contractuelle tant envers le constituant qu'envers le bénéficiaire. D'autant plus que si ce dernier est en même temps le créancier du fiduciaire, il voudra engager des poursuites en cas de mauvaise gestion, pouvant mettre en péril la sûreté dont il est le bénéficiaire.

En outre, lorsque le bénéficiaire a accepté la fiducie-sûreté, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord, ou du moins par décision de justice¹.

C'est sans rappeler la situation similaire du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui qui n'est pas considéré comme étant un véritable tiers au contrat² puisqu'il est lié au promettant par un lien de nature contractuelle³. Partant, la stipulation ne peut plus être révoquée par celui qui l'a faite si le tiers a déclaré vouloir en profiter⁴.

Ainsi, si le contrat de fiducie-sûreté produit de tels effets à l'égard du bénéficiaire, il lui est alors possible d'agir contre le fiduciaire. Nous pouvons effectivement constater que le législateur l'a doté de certaines actions.

Dans sa relation vis-à-vis du constituant, l'article L 624-16⁵ du Code de commerce français en son alinéa premier prévoit une possibilité de revendication des biens meubles restés en la possession du débiteur constituant en vertu d'un contrat de mise à disposition. Cette faculté intervient en principe dans le cadre de la procédure collective, et elle permet de désintéresser indirectement un créancier demeuré propriétaire d'un bien resté en la possession du débiteur : c'est le paiement indirect⁶. Le droit de revendication appartient alors normalement au créancier fiduciaire mais dans l'hypothèse où le bénéficiaire serait

¹ Article 2028 alinéa 2 du Code civil français : « Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice ».

² Jacques FLOUR et al., *Droit civil Les obligations 3.Le rapport d'obligation*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2009, page 148.

³ Jacques FLOUR et al., *Droit civil Les obligations 3.Le rapport d'obligation*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2009, page 145.

⁴ Article 1121 du Code civil français : « [...] Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».

⁵ « Peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur ou ceux transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant ».

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 678.

une personne différente, rien ne devrait s'opposer à ce que celui qui est censé recueillir un droit de propriété plein et entier sur le bien fiduciaire, exerce cette même action. Cependant, il s'avère que le bien dont le fiduciaire ou le bénéficiaire espère la restitution est logiquement nécessaire à l'exploitation du débiteur, et la convention de mise à disposition conclue est à ce titre considérée comme un contrat en cours¹. Le fiduciaire ou le bénéficiaire aura donc à attendre soit l'arrivée du terme du contrat en question, soit sa résiliation². Mais techniquement, il reviendra toujours au fiduciaire de procéder à la vente du bien afin d'en dégager un prix qu'il versera ensuite au bénéficiaire, ou alors il remettra directement le bien en question entre les mains du bénéficiaire pour qu'il puisse en acquérir la libre disposition³.

Par ailleurs, d'autres conséquences sont rattachées à cette situation particulière où les qualités de fiduciaire et de bénéficiaire ne se fondent pas en une même personne. Ainsi, en matière de rechargement, il aurait fallu que les parties prévoient une information du fiduciaire⁴, la loi étant silencieuse à ce sujet. En outre, en cas de cession d'un bien fiduciaire, la convention de mise à disposition n'est transmise à l'acquéreur qu'avec l'accord du bénéficiaire du contrat de fiducie. En conséquence, dans le cas d'une dissociation entre fiduciaire et bénéficiaire, le premier devra obtenir l'accord du second⁵.

Cependant, le professeur Michel Grimaldi propose un autre cas de figure dans lequel le fiduciaire serait en fait un tiers, le bénéficiaire étant cette fois-ci le créancier du débiteur constituant. Il s'agit de nouveau de la fameuse fiducie-sûreté avec entiercement⁶. Notons que l'expression est aussi utilisée pour désigner la fiducie-sûreté dans laquelle le bénéficiaire est un tiers⁷, soit la première hypothèse que nous avons précédemment envisagée.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 683.

² Ibidem.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 346.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 363.

⁵ Article L 642-7, alinéa 5 du Code de commerce français : « La convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie ».

⁶ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 966.

⁷ Ibidem.

D'un point de vue historique, ni le bénéficiaire de la fiducie-sûreté, ni le *beneficiary* du *trust* ne disposaient d'une action pour contraindre le fiduciaire ou le *trustee* à restituer les biens qui leur sont transmis. Ce sont des « mutations procédurales communes au droit romain et à la common law »¹ qui ont permis de leur accorder plus de droits, les pouvoirs du juge de l'équité ayant alors été renforcés par de telles réformes.

Néanmoins, il semble qu'à l'époque, le *beneficiary* était déjà bien mieux protégé que le bénéficiaire, dans la mesure où le *trust* lui octroyait une protection contre les créanciers du *trustee*.² Ceux-ci ne pouvaient saisir les biens mis en *trust*, et au cas où une quelconque saisie aurait été néanmoins opérée, le *beneficiary* dispose d'un droit de suite : son *equitable property* a donc véritablement un caractère réel³, le bénéficiaire de la fiducie-sûreté pouvant seulement demander des dommages-intérêts au fiduciaire fautif⁴. Or, le droit civil est demeuré étranger à ce concept de dédoublement de la propriété, qui est responsable pour partie, de la disparition de la fiducie romaine vers la fin de l'époque classique⁵.

Le professeur Pierre Crocq ajoute en outre, si l'on transpose en matière de fiducie, que puisque le bénéficiaire détient un droit réel sur les biens transférés, ce droit en question est opposable aux tiers en cas de saisie par des créanciers personnels du fiduciaire et en cas de procédure collective⁶. C'est cela qui a conduit, selon lui, à la dualité : *legal ownership/ equitable ownership*. Mais mis à part le *trust* anglo-saxon, d'autres institutions voisines permettent d'opérer la même distinction entre deux

¹ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 901.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Philippe DELEBECQUE, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 31.

⁵ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 901.

⁶ Pierre CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 11.

formes de droit de propriété. Ainsi, en Espagne par exemple, on parle de *proprietad formal* et de *proprietad material*¹.

En Allemagne, cela a conduit à reconnaître au bénéficiaire de la fiducie, un droit quasi réel de revendication².

Toujours selon le professeur Crocq, le législateur français n'a, pour sa part, entendu reconnaître au bénéficiaire qu'un simple droit de créance à l'encontre du fiduciaire, lequel droit ne peut être effectif qu'avec la consécration du patrimoine d'affectation³. Donc, puisque le législateur français a décidé de consacrer le patrimoine fiduciaire, il aurait logiquement écarté le droit réel de restitution du bénéficiaire, afin de ne pas démembrer le droit de propriété du fiduciaire⁴. Grimaldi de son côté, y voit à la fois un droit personnel et un droit réel au profit du bénéficiaire. Droit personnel en effet, parce qu'il « est créancier des obligations dont est tenu le fiduciaire »⁵ -avis que partage le professeur François Barrière⁶ - ; et droit réel car il a un droit de revendication des biens se retrouvant entre les mains de tiers acquéreurs de mauvaise foi, un tel droit étant selon lui, la « marque d'un droit réel »⁷.

Ainsi, il est indiscutable que le bénéficiaire de toute fiducie a effectivement un droit personnel à l'encontre du fiduciaire. Mais quant au droit réel, il nous semble que sa reconnaissance au profit du bénéficiaire ne suppose pas forcément un démembrement de la propriété du fiduciaire. En effet, dans l'hypothèse la plus courante où le fiduciaire est le bénéficiaire de la fiducie-sûreté, le droit de propriété demeure unitaire. En effet, le professeur Pierre Crocq envisage la situation selon laquelle il y a

¹ Pierre CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 11.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Pierre CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 12.

⁵ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 974.

⁶ François BARRIERE, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, Bulletin Joly Sociétés, n° 5, 01 mai 2007, page 570.

⁷ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 974.

un « éclatement de la propriété »¹ parce que le fiduciaire et le bénéficiaire sont deux personnes différentes, ce qui amène à se poser la question de savoir : qui est le véritable propriétaire. Et selon la jurisprudence en la matière, le véritable propriétaire est celui qui, à terme, a vocation à recueillir le droit de propriété entier, avec toutes les prérogatives qui y sont attachées, soit le bénéficiaire de la fiducie². D'où il y a nécessairement une contradiction puisque que si le bénéficiaire est considéré comme le véritable propriétaire, alors le fiduciaire ne peut avoir qu'un droit réel sur la chose d'autrui³. Or, ce raisonnement remet en cause le mécanisme de base même de la fiducie, qui deviendrait semblable à toute autre sûreté réelle conférant un droit réel sur la chose d'autrui⁴. Pourtant, il est clair que pour la fiducie-sûreté où il n'y a qu'un fiduciaire-bénéficiaire, il n'y a aucun démembrement de la propriété puisque lui seul a vocation, à recouvrer in fine, un droit de propriété plein et entier. Il est le véritable propriétaire. Il serait donc normal de lui reconnaître un droit réel sur lesdits biens, et qu'il pourra opposer aux tiers.

En matière de *trust*, toutefois, l'intégralité du mécanisme repose surtout sur l'idée d'une superposition de droits réels.

Enfin, lorsque le bénéficiaire est une personne autre que le fiduciaire, le législateur lui donne le droit d'être pleinement informé de la gestion fiduciaire grâce à l'obligation légale de reddition des comptes pesant sur le fiduciaire. Ce rapport, tel qu'il est prévu à l'article 2022 du Code civil français va être remis au bénéficiaire, sur sa demande, et suivant une périodicité fixée entre le constituant et le fiduciaire, dans le contrat de fiducie.

¹ Pierre CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 12.

² Ibidem.

³ Pierre CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 13.

⁴ Ibidem.

Toutes nos réflexions précédentes nous conduisent à faire une première constatation : la fiducie-sûreté réalise une protection du constituant sans pour autant sacrifier les intérêts du créancier¹. Ainsi, malgré les nombreux défauts de l'ancienne fiducie romaine, la fiducie-sûreté moderne du droit français a su trouver sa juste place auprès des praticiens, notamment dans le domaine financier. Le législateur français n'a alors eu d'autre choix que de la consacrer officiellement. Nous tenterons dans les développements qui vont suivre, d'identifier les diverses caractéristiques qui font de la fiducie une « garantie d'avenir »². Selon le professeur Stéphane Piedelièvre, elle mérite d'être considérée comme telle « en raison de son caractère multiforme, d'une certaine souplesse contractuelle, d'une réalisation aisée »³.

Les réflexions qui vont se tenir dans le cadre de cette deuxième partie de notre travail auront ainsi pour but de découvrir si la fiducie-sûreté a véritablement tous les atouts pour faire d'elle la « nouvelle reine des sûretés » ; ou si au contraire, elle a été surestimée, la vision idéale que de nombreux auteurs se font du *trust* ayant exercé une grande influence. Elles nous permettront aussi de nous faire une idée sur l'opportunité de l'introduction de la fiducie nommée en droit malgache.

¹ Stéphane PIEDELIEVRE, *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 76.

² Ibidem.

³ Ibidem.

PARTIE II : « Nouvelle reine des sûretés ? »

Les qualités d'une bonne sûreté transparaissent généralement dès la phase de sa formation. Ainsi, tout d'abord, nous verrons les particularités liées à la constitution de la fiducie-sûreté (Chapitre I). Ensuite, nous adopterons une approche plus pragmatique qui nous amènera à parler de ses applications pratiques et de sa réalisation (Chapitre II).

Chapitre I: La constitution de la fiducie-sûreté

Le régime juridique de la fiducie de droit commun telle qu'introduite dans le Code civil français en 2007, comportait bien des lacunes. Il a été aménagé et complété au fur et à mesure. En premier lieu, il convient de parler des formalités et prescriptions de base (Section I). En deuxième lieu, nous verrons la publicité, le régime fiscal et comptable de la fiducie-sûreté (Section II).

Section I : Les formalités et prescriptions de base

Même si la fiducie-sûreté est une propriété-sûreté, elle se rapproche sur beaucoup de points, des sûretés réelles. Nous pourrions le constater lorsque nous aborderons la question du formalisme (Paragraphe I). Par la suite, nous découvrirons qu'elle est néanmoins unique en son genre car dotée d'une assiette théoriquement large (Paragraphe II).

Paragraphe I : La question du formalisme

En raison des risques qui pèsent sur son patrimoine, le législateur a imposé la nécessaire protection du constituant personne physique (A), toutefois, on constate une plus grande souplesse pour les fiducie-sûretés « innomées » (B).

A- La nécessaire protection du constituant personne physique

Si la liberté contractuelle dont disposent les parties en matière de fiducie laissait présager un certain consensualisme, il n'en est rien puisque comme l'avance le professeur Michel Grimaldi, la constitution du contrat est affublée d'un « formalisme indirect »¹. Mais pour

¹ Formalisme indirect en effet, puisque même si la loi n'exige pas expressément la rédaction d'un écrit, elle prévoit des formalités ad probationem et ad opposabilitatem ; Michel GRIMALDI, *La fiducie: réflexions*

avoir une petite idée de la lourdeur du formalisme en matière de fiducie-sûreté, nous pouvons à titre d'exemple affirmer qu'il est loin d'être aussi contraignant qu'en matière d'hypothèque puisque l'acte authentique ne sera requis que dans certains cas particuliers.

Selon l'article 2012 du Code civil français, la fiducie doit être expresse, elle ne peut être tacite, et elle ne se présume pas. Cela a pour conséquence que le juge ne peut qualifier ou requalifier un acte juridique donné de fiducie, quand la volonté des parties est équivoque¹. En outre, on peut déduire des énonciations de l'article 2018 suivant que l'écrit est également nécessaire. En effet, celui-ci prévoit des mentions obligatoires à faire figurer dans tout contrat de fiducie à peine de nullité². C'est ce que déduit également le professeur Rémy Libchaber qui constate que ces mentions doivent être insérées dans l'*instrumentum*³. L'exigence d'un écrit se déduit aussi aisément de l'existence de formalités d'enregistrement et de publicité⁴.

Pour en revenir aux mentions obligatoires précitées, elles sont censées permettre le contrôle de l'opération de fiducie par les autorités publiques, et notamment par le fisc, afin de déceler toute manœuvre frauduleuse⁵. Ce sont donc des formalités ad validitatem. En outre, la désignation ultérieure du bénéficiaire doit se faire par écrit, selon l'article 2019 alinéa 3 du Code civil⁶, ce qui fait penser, vraisemblablement, que le contrat de fiducie lui-même a déjà antérieurement été rédigé par écrit⁷.

sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 968.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 348.

² Article 2018 du Code civil français : « Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité :

1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ;

2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat;

3° L'identité du ou des constituants ;

4° L'identité du ou des fiduciaires ;

5° L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ;

6° La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition ».

³ Rémy LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Répertoire du notariat Defrénois, n° 15, 1^{ère} partie, 30 août 2007, page 1100.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012 et page 1100, Rémy LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Répertoire du notariat Defrénois, n° 15, 1^{ère} partie, 30 août 2007, page 348.

⁵ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 349.

⁶ Article 2019, alinéa 3 du Code civil français : « [...] si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doit, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions ».

⁷ Rémy LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Répertoire du notariat Defrénois, n° 15, 1^{ère} partie, 30 août 2007, page 1100.

Ainsi, on peut en déduire que même si la rédaction d'un écrit n'est pas expressément exigée, elle est très fortement suggérée¹.

Enfin, selon le professeur Michel Grimaldi, la rédaction d'un écrit ne peut être que naturelle compte tenu de la complexité du mécanisme de la fiducie². Mais de toute façon, même si le contrat de fiducie est solennel, cela ne constitue pas un désavantage par rapport aux autres sûretés réelles puisque depuis la réforme apportée en droit français des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006, tous les contrats en matière de sûretés réelles sont désormais solennels³.

Ce formalisme est cependant nettement plus prononcé quand le constituant est une personne physique. Il était initialement prévu sous la loi du 19 février 2007⁴, que la constitution d'une fiducie soit interdite aux personnes physiques. La raison de cette prohibition était que l'aliénation fiduciaire constituait un véritable danger pour le patrimoine du fiduciaire, personne physique, un danger dont il ne pouvait pas toujours avoir conscience. Cette interdiction s'inscrivait dans la continuité d'une politique de protection des personnes physiques contre le pacte commissoire en matière de prêt à la consommation telle qu'elle a été initiée par une réforme en 2006⁵. Certains auteurs y virent aussi une manifestation de la méfiance des autorités publiques françaises qui persiste à l'égard de la fiducie⁶.

Par ailleurs, cet état de choses s'explique par le fait que la proposition de loi sur la fiducie avait pour objectif principal « d'encourager le développement des relations commerciales et financières internationales en offrant aux entreprises concernées un instrument aussi efficace que le célèbre trust anglo-saxon »⁷.

¹ Rémy LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Répertoire du notariat Defrénois, n° 15, 1^{ère} partie, 30 août 2007, page 1102.

² Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 968.

³ Jean-Denis PELLIER, *Regard sur la fiducie-sûreté*, Les Petites Affiches, 21 mars 2007 n° 58, page 11.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 345.

⁵ Ibidem.

⁶ En effet, de telles restrictions ne se retrouvent pas dans les autres pays voisins de droit romano-germanique et qui ont adopté la fiducie, ce qui n'a fait qu'accentuer l'isolement du droit français ; Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 345.

⁷ Jean-Denis PELLIER, *Regard sur la fiducie-sûreté*, Les Petites Affiches, 21 mars 2007 n° 58, page 11.

Mais si le Code civil français insiste sur les qualités et conditions requises pour pouvoir être fiduciaire, il n'apporte pas beaucoup de précision sur celles qui sont nécessaires afin de devenir un constituant. Peuvent ainsi avoir cette qualité, « toute personne physique ayant la capacité de s'engager juridiquement ; toute personne morale, quel que soit son régime d'imposition ; propriétaire de biens, de droits ou de sûretés ; agissant dans le cadre de son patrimoine privé ou de son patrimoine professionnel »¹.

Ainsi, l'article 2012 du Code civil français, alinéa 2 vise la protection des biens relevant d'une communauté entre époux, ou d'une indivision, en imposant la forme notariée sous peine de nullité. Le cas de l'indivision cependant, concerne aussi les personnes morales².

Il en est de même des personnes pacsées dont les biens sont soumis au régime de l'indivision : le principe est alors qu'une personne ne peut transférer sa quote-part d'un bien ou droit indivis dans un patrimoine fiduciaire sans obtenir au préalable le consentement des coïndivisaires sur ce bien ou droit indivis³.

Remarquons que pour les biens communs des époux, puisque leur régime juridique est censé être celui de la cogestion, le consentement des deux époux est donc exigé sinon le transfert desdits biens dans le patrimoine fiduciaire sera frappé de nullité⁴.

D'autres mesures légales spécifiques à la fiducie-sûreté sont également prévues pour renforcer la protection des constituants, personnes physiques. Ainsi, les articles 2372-2 et 2488-2 du Code civil français viennent s'ajouter aux prescriptions de l'article 2018 précité. L'article 2372-2 exige à peine de nullité, la mention dans le contrat de fiducie, de « la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire ». L'article 2488-2 intervient parallèlement en matière d'immeubles, et impose la mention dans le contrat de « la dette garantie et la valeur estimée de l'immeuble transféré dans le patrimoine fiduciaire ». La mention de la dette garantie est une manifestation du principe de spécialité de la créance garantie, qui est un principe général en droit des sûretés⁵. Cependant, la mention de la valeur du bien transféré est plus

¹ Bernard JADAUD, *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites affiches, 10 juin 2009, n° 115, page 6.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 349.

³ Bernard JADAUD, *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites affiches, 10 juin 2009, n° 115, page 6.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 344.

⁵ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 892.

particulière, et il n'est pas facile de comprendre l'opportunité d'une telle mention¹. Quoi qu'il en soit, on peut supposer que ces dispositions n'ont d'autres buts que d'attirer l'attention du constituant sur la gravité des actes qu'il accomplit².

En outre, l'article 2017 prévoit la désignation de ce que les auteurs appellent le tiers protecteur et dont nous avons déjà explicité les attributions plus tôt. Le même article précise que même si l'intervention de ce tiers est facultative, lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut s'en passer. Son intervention est en effet d'autant plus nécessaire en matière de fiducie-sûreté où le risque de conflits entre les intérêts personnels du fiduciaire et ceux du patrimoine fiduciaire sont très importants³. Ce protecteur est l'équivalent du *protector* en droit anglo-saxon, et qui remplit les mêmes fonctions⁴.

S'agissant de la faculté de recharge, une personne physique désireuse d'y recourir doit se soumettre à une limitation légale. En effet, aux termes de l'article 2372-5 du Code civil, « le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge⁵ ». Cette restriction ne s'applique pas aux personnes morales qui bénéficient d'une plus grande flexibilité puisque le risque qu'elles courent est considéré comme moindre en vertu d'une séparation entre patrimoine social et patrimoines personnels des associés et des dirigeants.

Par ailleurs, des éclaircissements doivent être apportés par rapport à la capacité juridique d'une personne physique constituante. Il s'avère cependant qu'une telle préoccupation relève plus du domaine de la fiducie-gestion que de la fiducie-sûreté. Cela s'explique par le fait que dans cette dernière hypothèse, la fiducie est accessoire à un contrat principal de prêt ou autre, qu'il vient garantir, et qui n'aurait pas de toute évidence pu être conclu si des problèmes de capacité juridique s'étaient manifestés. Or pour la fiducie-gestion, il est normal de se poser des questions sur le fait de savoir si les biens appartenant à un mineur

¹ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 892.

² Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, page 242.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 347.

⁴ François BARRIERE, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, Bulletin Joly Sociétés, n° 5, 01 mai 2007, page 563.

⁵ Articles 2372-5 (pour les biens mobiliers) et 2488-5 (pour les biens immobiliers) du Code civil français.

ou à un majeur protégé ne pourraient pas être gérés par un fiduciaire, c'est-à-dire qu'on utiliserait alors la fiducie-gestion comme un « outil de protection des intérêts patrimoniaux de la personne vulnérable »¹.

C'est la loi n°2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie qui est venue préciser que les biens appartenant à un mineur ou à un majeur sous tutelle ne peuvent faire l'objet de fiducie². Les dispositions en question ont été insérées dans le Code civil aux articles 408-1³ et 509, 5°⁴. Par contre, s'agissant des majeurs sous curatelle, leurs biens peuvent faire l'objet d'une fiducie mais le contrat ne sera valide que s'il a été conclu avec l'assistance du curateur, selon les dispositions de l'article 468 du Code civil, à l'alinéa 2.

S'agissant de l'enregistrement du contrat de fiducie et de ses avenants, il doit se faire auprès du service des impôts, dans un délai d'un mois à compter de leur date, sous peine de nullité⁵.

Mais la question se pose par rapport aux opérations internationales, et la défiance du législateur en la matière ne fait qu'ajouter aux difficultés relatives à l'enregistrement. En effet, aux termes de l'article 2019 du Code civil, le contrat de fiducie doit être enregistré « au service des impôts des non-résidents, si le fiduciaire n'est pas domicilié en France ». Ainsi, comme le soulève le professeur Rémy Libchaber, « faudra-t-il que tous les trusts étrangers soient désormais enregistrés en France, au motif que, par hypothèse, les fiduciaires ne seront pas domiciliés en France ? »⁶. En guise de solution, il suggère que ces dispositions ne s'appliqueraient que si les parties ont décidé de soumettre leur fiducie à la loi française. Seront ainsi concernées les fiducies constituées par des étrangers et dont les fiduciaires seront non-résidents, ou même français. Mais la question demeure

¹ Nathalie PETERKA, *Le droit des incapacités à l'épreuve du contrat de fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 16.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 344.

³ Article 408-1 du Code civil français : « Les biens ou droits d'un mineur ne peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire ».

⁴ Article 509, 5° du Code civil français : « Le tuteur ne peut, même avec une autorisation : [...] 5° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé ».

⁵ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 344.

⁶ Rémy LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Répertoire du notariat Defrénois, n° 15, 1^{ère} partie, 30 août 2007, page 1102.

s'agissant des fiducies ou des *trusts* dont les constituants résideraient à l'étranger ou en France mais dont le contrat serait volontairement soumis à une loi étrangère¹.

Nous constatons alors que puisque la fiducie-sûreté revêt un intérêt certain en matière de commerce international, le législateur doit rester prudent et prévoir des solutions claires lorsque le droit des sûretés est amené à se croiser avec du droit international privé. Les mêmes précautions devront être prises à Madagascar si la fiducie est un jour introduite dans notre droit.

Quant aux mesures de publicité, elles sont peu contraignantes puisqu'elles ne concernent que les immeubles ou les droits réels immobiliers qui font l'objet de fiducie². Nous aurons l'occasion d'en reparler.

Malgré toutes ces formalités légales, la fiducie-sûreté demeure quand même une sûreté très originale puisqu'elle permet de faire intervenir plusieurs constituants. L'ensemble de leurs droits et biens seront alors transférés dans un seul patrimoine fiduciaire. Cela peut s'avérer d'une grande utilité si l'on est en présence d'une opération de crédit de grande envergure, avec plusieurs prêteurs et plusieurs emprunteurs³.

S'agissant maintenant d'une cession de créance intervenant dans le cadre de la fiducie-sûreté, sans recourir à la technique du bordereau *Dailly*, aucune formalité particulière n'est exigée, si ce n'est, rappelons-le, la notification qui est faite du contrat, au débiteur cédé afin de lui être opposable. Egalement, à titre de rappel, l'article 2018-2 du Code civil prévoit l'opposabilité aux tiers de la cession intervenue, à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate, sans formalités supplémentaires.

¹ Rémy LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Répertoire du notariat Defrénois, n° 15, 1^{ère} partie, 30 août 2007, page 1102.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 344.

³ Ibidem.

B- Une plus grande souplesse pour les fiducie-sûretés « innomées »

Les contrats de fiducie-sûretés innomées font l'objet d'une constitution plus simple et plus rapide en matière de créances et d'instruments financiers car un formalisme plus lourd risquerait d'« handicaper » ceux qui œuvrent dans ces domaines.

Ainsi, s'agissant de la cession de créances, premièrement, elle peut se faire par le truchement d'un simple bordereau en droit malgache et en droit français sans qu'il soit nécessaire de rédiger d'autres écrits. Toutes les créances que le cédant détient sur ses clients seront ainsi répertoriées dans ce bordereau. Deuxièmement, elle est aussi faisable en utilisant le régime de droit commun de la fiducie-sûreté.

La cession *Dailly* ne nécessite véritablement pour tout formalisme¹ que la dénomination « actes de cession de créances professionnelles » et la précision que l'acte de cession en question est soumis à la loi *Dailly* du 2 janvier 1981 selon la jurisprudence française². De même, le législateur malgache a aligné le régime juridique de la cession fiduciaire à celui de la cession *Dailly*, et aux termes de l'article 106 de la loi n°2003-041 sur les sûretés, il est précisé que les cinq mentions obligatoires énoncées par l'article 102³ de la même loi sont obligatoires et sont des conditions de validité de l'acte de cession de créances. Outre la dénomination précitée ou celle d'« acte de nantissement de créances professionnelles » sur le bordereau, ce dernier doit également mentionner que l'acte en question est soumis aux dispositions de la loi malgache sur les sûretés. Ensuite viennent logiquement la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire, la désignation ou l'individualisation des créances cédées ou nanties avec les sûretés éventuelles qui les garantissent.

¹ Les autres mentions obligatoires allant de soi, par exemple la dénomination de l'établissement bancaire ou l'individualisation des créances cédées ou nanties.

² Com. 9 avril 1991, Banque française de l'agriculture et du crédit mutuel contre société La Blanche Porte, N° de pourvoi: 89-20871, Bulletin 1991 IV N° 121 page 87.

³ Article 102 de la loi n°2003-041 sur les sûretés : « Le bordereau visé à l'article précédent doit comporter les énonciations suivantes :

1. la dénomination, selon le cas « acte de cession de créances professionnelles » ou « acte de nantissement de créances professionnelles » ;
2. la mention que l'acte est soumis aux dispositions de la présente Loi ;
3. le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire ;
4. la désignation ou l'individualisation des créances cédées ou données en nantissement ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation, notamment par l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation et, s'il y a lieu, de leur échéance ;
5. le cas échéant, l'indication de toutes les sûretés qui garantissent chaque créance ».

Avant d'être remis au banquier créancier, le bordereau doit bien sûr être signé par le cédant.

Concernant l'opposabilité de la cession ou du nantissement de créance à l'égard des tiers, elle est effective à partir de l'apposition de la date par l'établissement cessionnaire.

Par ailleurs, on remarque le délaissement du nantissement en faveur de la cession de créance. C'est aussi cette même tendance, mais à « grande échelle » cette fois-ci, qui s'est manifestée par l'engouement pour les propriété-sûretés au détriment des sûretés réelles classiques. Il faut dire que la propriété utilisée comme garantie offre bien plus d'avantages au créancier que n'importe quel droit réel de préférence. Mais si le créancier nanti demeure dans une position quelque peu précaire en droit malgache notamment en cas de nantissements successifs, il y a cependant eu une évolution positive en droit français. Désormais la différence entre cession et nantissement est ténue puisque le créancier a maintenant un droit au paiement. En effet, « lorsqu'il porte sur une créance, le droit du cessionnaire [...] consiste toujours en un droit personnel contre le débiteur de la créance¹ ». Le créancier nanti n'a donc plus à souffrir la moindre concurrence avec d'autres créanciers du débiteur puisqu'il recevra son dû même en cas d'ouverture de procédure collective à l'encontre du débiteur.

Outre les formalités de constitution et de réalisation peu coûteuses de la cession *Dailly*², c'est une sûreté qui a pour principal avantage de transmettre au cessionnaire toutes les sûretés garantissant les créances³, et ce, sans aucune formalité supplémentaire. Elle est d'autant plus avantageuse si les sûretés en question sont des hypothèques, des nantissements sur stocks de marchandises ou matériels industriels, ou une autre propriété-sûreté comme la clause de réserve de propriété.

Rappelons que ni la cession *Dailly*, ni la cession fiduciaire du droit malgache ne sont soumises à des mesures de publicité, ce qui accélère et facilite les cessions de créances, en plus de leur assurer une certaine discrétion. En plus, l'acte de cession est pleinement

¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Droit civil, les sûretés la publicité foncière*, Cujas, 1994/1995, page 283,

² François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, *Mc Gill Law Journal* 584, 2013, page 880.

³ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 606.

valable et opposable aux tiers peu importe la date de naissance, d'exigibilité, ou d'échéance des créances¹.

Mieux encore, s'agissant des questions de droit international privé, les lois applicables aux créances ou celles du lieu de résidence des débiteurs sont sans incidence².

Enfin, le créancier est dans une position confortable puisqu'il peut exercer un recours contre le débiteur cédant qui est garant non seulement de l'existence de la créance cédée, mais aussi de son paiement. Cependant, ce recours est compromis en cas d'ouverture d'une procédure collective contre le cédant³. C'est ce qui nous amènera plus tard à parler de la faiblesse des fiducies-sûretés innomées en cas de procédure collective. En effet, c'est en quelques sortes la contrepartie de leur rapidité et de leur simplicité ; de même que la force de la fiducie-sûreté telle que définie par l'article 2011 du Code civil français trouve sa source dans la complexité de son mécanisme⁴ et dans le formalisme.

Cependant, il en est autrement pour les garanties financières, c'est-à-dire les fiducies-sûretés innomées qui vont porter sur la remise en pleine propriété, le plus souvent, de valeurs et d'instruments financiers. D'abord, le formalisme y est réduit au minimum puisqu'il suffit de rédiger un simple écrit qui va permettre l'identification des biens concernés, et qui va également attester de leur transfert⁵. L'acte intervenu est également opposable de plein droit aux tiers, dès l'accomplissement de cette formalité. Or, cette simplicité de constitution n'a aucune conséquence au niveau de la sécurité des garanties financières en cas de faillite du débiteur. Au contraire, il semblerait que leur réalisation soit très efficace, voire même plus efficace que si l'on avait eu recours à la fiducie-sûreté de droit commun, laquelle aurait conduit à la création d'un patrimoine fiduciaire⁶.

Outre la lourdeur du formalisme, c'est la complexité de l'opération de fiducie qui a été souvent pointée du doigt. Cela est dû en effet au mécanisme du patrimoine fiduciaire, qui n'est pas toujours facile à comprendre pour les profanes. D'abord, il faut commencer par

¹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 606.

² Ibidem.

³ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 607.

⁴ Il s'agit notamment du patrimoine fiduciaire.

⁵ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 881.

⁶ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 882.

trouver un fiduciaire, puis il y a la mise en place d'une comptabilité très particulière à la fiducie, et il y a entre autres les questions de logistiques¹.

S'agissant justement de cette comptabilité, elle est en elle-même assez déroutante puisque le « constituant doit maintenir à son propre actif la valeur du bien transmis au titre d'une créance de restitution »². Or, dans le même temps, le même bien est considéré comme étant entré dans le patrimoine du fiduciaire et fera aussi l'objet d'une comptabilisation autonome chez le fiduciaire³. Ainsi, selon le professeur Philippe Neau-Leduc « une même valeur se voit comptabilisée deux fois dans le domaine juridique »⁴.

En outre, le principe de la « neutralité fiscale » qui régit la fiducie est loin d'être évident. Elle est la « conséquence du contrôle du constituant sur le mécanisme de transfert et de sûreté mis en place »⁵. Mais ce régime fiscal, s'il s'applique de plein droit, n'est cependant pas obligatoire et les parties peuvent délibérément y renoncer⁶.

Il convient toutefois de noter que cette complexité est loin d'être un véritable obstacle puisque selon les praticiens, « la fiducie-sûreté est d'une constitution très simple lorsque le créancier est un établissement de crédit »⁷. En effet, c'est seulement lorsque le créancier n'est pas un banquier, qu'il faudra recourir aux services d'un tiers fiduciaire⁸ qui sera bien évidemment rémunéré. Dans ce cas, d'une part, la fiducie-sûreté générera certains frais de fonctionnement. D'autre part, l'opération apparaîtra plus complexe du côté du créancier qui se retrouvera alors bénéficiaire dans le contrat de fiducie-sûreté, et

¹ Alexandre GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 71.

² Philippe NEAU-LEDUC, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 45.

³ Bernard JADAUD, *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites affiches, 10 juin 2009, n° 115, page 10.

⁴ Philippe NEAU-LEDUC, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 45.

⁵ Ibidem.

⁶ Commission Fiducie, 4^{ème} assises de l'expertise immobilière, Vincent MIALHE (dir.), 28/05/2012, page 7.

⁷ Frédéric DANOS et Bruno THOMAS, *Les avantages de la fiducie-sûreté de portefeuille de titres financiers sur le nantissement de compte-titres*, LANDWELL & ASSOCIES, [en ligne], novembre 2014, adresse URL : www.optionfinance.fr.

⁸ Comme le permet le Code civil français, ce tiers fiduciaire peut par exemple être un avocat, un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance.

qui devra faire un suivi de toutes les opérations menées par le fiduciaire. Or, la fiducie-sûreté est utilisée bien plus souvent au bénéfice des banquiers¹, que d'un simple particulier.

Cependant, les fiducies-sûretés innomées offrent plus de simplicité avec tout autant de sécurité, même en l'absence de tout patrimoine fiduciaire. Et comme nous avons pu le constater lors de nos développements antérieurs, en matière de garanties financières, le fiduciaire est doté de pouvoirs plus étendus, les biens affectés venant en effet se confondre avec ses biens propres dans son patrimoine personnel. Le risque de détournement des biens fiduciaires est cependant moindre puisque le constituant aura en face de lui un établissement bancaire comme fiduciaire.

D'ailleurs, récemment, les praticiens français se sont intéressés de près à la fiducie sur portefeuille de titres financiers² non seulement pour la sécurité qu'elle confère, mais aussi pour sa simplicité et sa rapidité.

Par ailleurs, le gage-espèces est un autre exemple. Etant une des rares fiducies-sûretés nées de la pratique à avoir été reconnue par la jurisprudence³, elle était avant tout appréciée pour le peu de formalisme requis lors de sa constitution. Cela s'explique par le fait qu'il n'est pas obligatoire de procéder à l'individualisation des sommes d'argent remises au créancier puisque celles-ci sont fongibles⁴. De ce fait, ici également, le créancier est seulement tenu d'une obligation de restitution par équivalent.

Paragraphe II : Une assiette théoriquement large

L'élargissement de l'assiette de la fiducie constitue sa principale évolution par rapport à la *fiducia cum creditore* qui ne concernait que le transfert de biens corporels. Aucune autre sûreté du droit romano-germanique n'a une assiette aussi large.

Aux termes de l'article 2011 du code civil, l'assiette de la fiducie peut principalement comprendre des biens, des droits ou des sûretés. Le même article parle également d'un

¹ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 891.

² Frédéric DANOS et Bruno THOMAS, *Les avantages de la fiducie-sûreté de portefeuille de titres financiers sur le nantissement de compte-titres*, LANDWELL & ASSOCIES, [en ligne], novembre 2014, adresse URL : www.optionfinance.fr.

³ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 877.

⁴ Ibidem.

« ensemble » de biens, de droits ou de sûretés. Enfin, il ajoute que ceux-ci peuvent être présents ou futurs. Commençons par analyser minutieusement cet article.

Tout d'abord rappelons que celui-ci renvoie à la définition de la fiducie, ce qui veut dire que sont à la fois concernées la fiducie-sûreté et la fiducie-gestion.

S'agissant plus particulièrement de la fiducie-sûreté, elle est le seul mécanisme de garantie qui porte indifféremment sur des biens meubles et immeubles, présents et futurs¹. En sus, elle peut concerner tant les biens corporels qu'incorporels, et peut se faire avec ou sans dépossession du débiteur.

Dans cette dernière hypothèse, les parties à l'opération de fiducie vont donc conclure la fameuse convention de mise à disposition dont nous avons déjà eu l'occasion de parler en détail. Nous ajouterons seulement qu'elle peut se faire tant à titre onéreux qu'à titre gratuit².

Quant à l'expression « ensemble de biens », de droits ou de sûretés, elle fait référence au transfert de propriété de plusieurs éléments en une seule fois. Et la seule difficulté est alors de savoir à quel moment des biens isolés doivent être considérés comme rattachés à un ensemble³.

Pour ce qui est du terme « droit », il renvoie aussi à une acception très large, puisqu'il comprend les droits personnels, les droits réels principaux ou accessoires, les créances et les valeurs mobilières⁴. Il peut en outre s'agir d'un droit de propriété tout comme il peut concerner ses démembrements : c'est-à-dire un droit de nue-propriété ou un droit d'usufruit ; mais cela peut aussi être un droit de louage⁵.

La fiducie-sûreté exclut cependant le transfert de dettes, car elle n'est pas conçue pour être un instrument de *defeasance*⁶ ou défaisance, en français. C'est un mécanisme issu du

¹ Stéphane PIEDELIEVRE, *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 76.

² Stéphane PIEDELIEVRE, *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 77.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

⁵ Bernard JADAUD, *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites affiches, 10 juin 2009, n° 115, page 9.

⁶ Ibidem.

droit anglo-saxon par lequel « un débiteur transférerait des dettes et un ou des biens ou des droits dont le fiduciaire, acquérant leur propriété, pourrait jouir, voire qu'il pourrait céder au moment opportun, pour payer alors la dette qui lui aurait été transférée »¹.

Pourtant, dans la proposition de loi instaurant la fiducie, il était prévu que la fiducie-gestion, elle, puisse être utilisée pour réaliser des opérations de défaisance de passif, et ce, afin de concurrencer le *trust*². Or, la définition donnée par l'article 2011 du Code civil français semble clairement écarter cette possibilité. Pourtant, si l'on se réfère à l'article 12 de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, d'aucuns ont pu y voir la possibilité d'un transfert de passif³. En effet, celui-ci dispose que « les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 du code civil forment un patrimoine d'affectation ». Pour comprendre ce qu'il en est réellement, il faut rechercher l'intention du législateur. Ainsi, il s'avère qu'est interdit le transfert de passifs isolés, comme le précisera un arrêté du 11 décembre 2008 homologuant le règlement n°2008-1 relatif au traitement comptable des opérations de fiducie, et visant spécialement l'article 12 précité⁴.

Néanmoins, avec la pratique, le concept de défaisance a beaucoup évolué et désormais, elle peut se faire soit par l'extraction d'un passif du bilan d'une part, soit par le transfert d'actifs douteux d'autre part⁵.

Ainsi, pour certains auteurs comme le professeur Christian Larroumet, la défaisance des passifs peut se faire sans qu'il soit procédé à un transfert direct du passif au fiduciaire⁶. En effet, selon lui, le résultat voulu peut être obtenu en prévoyant dans le contrat de fiducie-gestion que le fiduciaire soit chargé de régler les dettes en lieu et place du

¹ Bernard JADAUD, *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites affiches, 10 juin 2009, n° 115, page 9.

² Nicolas GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), page 79.

³ Nicolas GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), page 80.

⁴ Ibidem.

⁵ Nicolas GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), page 81.

⁶ Nicolas GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), page 80.

constituant. Cependant, doivent également être affectés dans le même temps, les fonds nécessaires au remboursement de la dette.

S'agissant de la défaisance d'actifs douteux, « la fiducie-gestion permettrait à une entreprise en difficulté de se débarrasser temporairement ou définitivement de n'importe quel actif dont la gestion serait trop complexe ou dont le maintien dans le patrimoine de l'entreprise serait devenu inutile voire nuisible au fonctionnement global de cette entreprise en restructuration »¹.

Poursuivons maintenant notre analyse de l'article 2011 précité du Code civil français. Ainsi, le terme de « sûreté » inclut tant les droits personnels comme le cautionnement, que les droits réels, soit toutes les sûretés réelles existantes².

La notion de biens « présents ou futurs », quant à elle, illustre les valeurs, les sûretés et les biens qui sont amenés à entrer et à sortir du patrimoine d'affectation. Il s'agit en somme, de la fluctuation du patrimoine fiduciaire, qui n'est pas « figé au jour de l'enregistrement du contrat de fiducie »³. Il faut cependant que les biens futurs soient déterminables et que le contrat de fiducie précise les modalités d'intégration desdits biens au patrimoine fiduciaire⁴.

Par ailleurs, nous constatons que le fiduciaire est parfois susceptible de se voir remettre un bien qu'il ne sera pas forcément en mesure de gérer. C'est le cas si le constituant transfère un fonds de commerce ou un immeuble à usage commercial⁵. La solution est alors que le fiduciaire n'est pas dans l'obligation de gérer de tels biens, à cause de la lourdeur des opérations considérées ou en cas de défaut de compétences pour ce faire⁶.

Ainsi, nous ne pouvons que constater qu'à l'instar du *trust*, la fiducie recouvre un vaste domaine d'application, et que sa souplesse lui permet de s'adapter à n'importe quelle

¹ Nicolas GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), page 82.

² Bernard JADAUD, *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites affiches, 10 juin 2009, n° 115, page 9.

³ Bernard JADAUD, *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites affiches, 10 juin 2009, n° 115, page 10.

⁴ Ibidem.

⁵ Stéphane PIEDELIEVRE, *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 79.

⁶ Ibidem.

situation. En d'autres mots, ces deux institutions peuvent s'appliquer dans des domaines variés et peuvent être employés à des buts tout aussi divers. N'importe quel bien ou n'importe quelle créance peut venir en garantie de n'importe quelle dette.

Comme nous l'avons vu, la fiducie-sûreté sert à garantir un prêt, c'est l'hypothèse la plus classique. Mais concrètement, dans la pratique, elle est aussi utilisée comme un instrument de restructuration des entreprises¹. Cela est d'autant plus possible avec la fiducie-gestion² dont le domaine d'application dépasse la simple gestion de patrimoine.

Elle est également un excellent moyen de financement ou de refinancement des petites et moyennes entreprises qui ne sont pas toujours assurées d'obtenir du crédit en ayant recours aux sûretés classiques ; ainsi que de celles qui sont en difficulté .

Sur ce point, elle a évité la liquidation judiciaire à plusieurs entreprises françaises en leur offrant un accès plus facile au crédit, les établissements bancaires ayant une plus grande confiance en cette sûreté.

En 2009 en France, une entreprise nommée Plysorol était placée en redressement judiciaire³. Elle avait consenti une fiducie-sûreté sur ses stocks. Ce faisant, elle a pu obtenir un prêt, ce qui lui évita la liquidation judiciaire. La même année, un hypermarché qui connaissait des difficultés de financement a transféré par l'intermédiaire de la fiducie les titres de la société civile immobilière titulaire des locaux, à un fiduciaire en vue de l'obtention d'un emprunt bancaire⁴. En 2010, une société nommée Rol Pin a constitué une fiducie au profit de bénéficiaires de son plan de sauvegarde de l'emploi⁵. Le fiduciaire était Equitis, une société de bonne renommée, spécialisée dans la gestion de fonds et de fiducies.

Face à ces exemples pratiques, nous nous interrogeons sur l'opportunité de l'introduction de la fiducie en droit malgache. D'abord, la fiducie-sûreté serait bénéfique aux entreprises qui connaissent des difficultés. Ensuite, il est indéniable qu'elle est utilisée en tant

¹ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 884.

² Nicolas GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), page 74.

³ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 884.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

que moyen de financement, elle revêt un grand intérêt économique pour Madagascar, en ces temps où l'on encourage l'entrepreneuriat. Or, les aspirants entrepreneurs malgaches, et notamment les jeunes, se plaignent des problèmes de financement, à cause d'un accès difficile au crédit¹. En effet, les banques deviennent plus exigeantes quant aux garanties à offrir en échange d'un prêt, et pourtant malgré les multiples garanties remises, l'ouverture de crédit n'est pas toujours assurée.

Par ailleurs, rappelons que la fiducie-sûreté ne vient pas forcément garantir une dette née d'un prêt, puisque les toutes premières fiducies constituées en France en 2008 garantissent des dettes fiscales ou des engagements au bénéfice des salariés de l'entreprise².

En outre, la fiducie-gestion est aussi intéressante pour Madagascar, puisqu'elle permet de surveiller rigoureusement les affectations de fonds alloués en matière de financement de projets³, pour éviter tout détournement. Même si la fiducie-gestion n'est pas au centre de nos réflexions, il nous paraît important de souligner ses atouts, notamment en tant qu'instrument de défaisance, puisqu'en permettant à une entreprise en difficulté de se défaire de son passif, elle aide à améliorer son image auprès des établissements financiers et des investisseurs⁴, ce qui va faciliter l'octroi de nouveaux crédits. Elle est également un excellent moyen pour «gérer un patrimoine complexe, ou une branche d'activité en difficulté ou concurrentielle, en l'isolant auprès d'un fiduciaire»⁵. Elle permet aussi «d'organiser l'actionnariat et de sécuriser des pactes d'actionnaires»⁶¹.

¹ Rado ANDRIAMAMPANDRY, *Les jeunes se désintéressent de l'entrepreneuriat*, L'express de Madagascar, [en ligne], 28/07/2016, adresse URL : www.lexpressmada.com/blog/actualites/les-jeunes-se-desinteressent-de-lentrepreneuriat/ ; Léa RATIAZO, *2% seulement des jeunes se lancent dans l'entrepreneuriat*, Tribune.com Madagascar, [en ligne], 13 novembre 2014, adresse URL : www.madagascar-tribune.com/2-seulement-des-jeunes-se-lancent,20467.html.

² François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 884.

³ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 885.

⁴ Nicolas GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), page 83.

⁵ La Banque Privée 1818, *La fiducie sûreté : outil de gestion du patrimoine personnel et professionnel*, Vision Patrimoine, [en ligne] 14/04/2014, mise à jour le 18/04/2014, adresse URL : <http://www.gestionprivee.caisse-epargne.fr/patrimoine/fiducie-surete/>.

⁶ Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14ème édition, 2003 ; « Convention réunissant les principaux associés d'une société et visant à créer à leur profit un certain nombre de prérogatives ne résultant pas de l'application de la législation des sociétés. »

Ainsi, utilisés conjointement, la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté sont des instruments très efficaces pour soutenir le refinancement et le redressement des entreprises en difficulté. Cependant, depuis son introduction en droit français, la fiducie est encore relativement peu utilisée. Selon les praticiens, ce serait dû à un ralentissement de l'activité économique, qui a par voie de conséquence entraîné une baisse des demandes de financement. Or, dans une telle situation, les entreprises préfèrent procéder à une restructuration des dettes existantes. Mais cette dernière opération nécessitant une certaine rapidité, elles préfèrent se tourner vers les sûretés classiques même si elles sont moins efficaces puisqu'il est difficile de mettre en place en si peu de temps, une sûreté nouvelle et complexe comme la fiducie².

Face à une telle sûreté aussi polyvalente, se pose alors la question –à laquelle nous répondrons ultérieurement- de savoir s'il existe une concurrence entre la fiducie-sûreté et les autres sûretés réelles, voire si elle est en mesure de supplanter certaines sûretés dans certains domaines particuliers.

Section II : La publicité, le régime fiscal et comptable de la fiducie-sûreté

Après la constitution de la fiducie-sûreté, il revient au fiduciaire « d'assumer toutes les obligations formelles et déclaratives obligatoires »³.

Le contrat de fiducie doit faire l'objet d'un enregistrement pour éviter tout risque d'évasion fiscale et le droit d'enregistrement fixe s'élève à 125 euros⁴. Cependant, le

¹ Nicolas GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, page 83 ; Pierre CROCQ (dir.), page 414.

² Alain GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 73.

³ Philippe NEAU-LEDUC, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 47.

⁴ Philippe NEAU-LEDUC, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri

transfert d'actifs immobiliers est plus onéreux puisqu'en sus, il donne lieu au paiement de divers droits immobiliers et autres coûts. Il s'agit de l'émolument du notaire, de la taxe de publicité foncière et de la contribution de sécurité immobilière (autrefois dénommée « salaire du conservateur des hypothèques »)¹. Comme nous en avons déjà brièvement parlé, cette formalité doit être accomplie à peine de nullité, dans le délai d'un mois, au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non résidents².

Quant au moment du paiement, il se fera lors de la formalité fusionnée qui doit, elle-même, être réalisée dans un délai de deux mois³. Et si le constituant est libéré et que le bien remis en fiducie retourne dans son patrimoine personnel, il n'y aura pas lieu à ce moment-là de payer à nouveau cette taxe⁴.

En ce qui concerne la publicité, elle variera selon l'assiette de la garantie. Seule la fiducie constituée sur des droits réels immobiliers ou sur des immeubles fait véritablement l'objet d'une publicité, qui portera le contrat à la connaissance des tiers, même si elle est destinée à des fins de police, à l'instar de l'enregistrement au registre national des fiducies. Par contre, nous l'aurons compris, toute fiducie-sûreté ayant pour assiette un meuble corporel ou incorporel, sera déchargée de toute mesure de publicité⁵ pour des raisons de rapidité et de discrétion. D'ailleurs, comme le dit le professeur François Barrière, « le secret des affaires s'accommode mal de publicité »⁶. Ainsi, pour être opposable aux tiers, le transfert de meuble doit respecter les conditions de droit commun,

Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 48.

¹ Equitis, *Le régime fiscal et comptable de la fiducie*, Equitis Gestion de fonds et fiducies, [en ligne], adresse URL : Equitis.fr/fiducies/le-regime-fiscal-et-comptable-de-la-fiducie/ ; voir annexe 1.

² Article 2019 du Code civil français : « A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France ».

³ Philippe NEAU-LEDUC, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 48.

⁴ Ibidem.

⁵ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012 ; même si leur enregistrement est obligatoire, sous peine de nullité, elle ne constitue pas, rappelons-le, une mesure d'information à l'égard des tiers, page 362.

⁶ François BARRIERE, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, Bulletin Joly Sociétés, n° 5, 01 mai 2007, page 568.

à savoir la mise en possession pour les meubles corporels et pour les biens incorporels, la remise des titres les représentant¹.

Mais quid alors du cas particulier de la fiducie-sûreté sans dépossession ayant pour assiette des biens meubles ? La professeure Manuella Bourassin envisage deux solutions en cas de situation conflictuelle². En effet, selon elle, puisque seule la dépossession des biens fiduciaires remis entre les mains du fiduciaire aurait éventuellement pu constituer un élément d'information pour les tiers ; lorsque la fiducie-sûreté est opérée sans dépossession, il y a un risque que des ayants cause à titre particulier du constituant viennent saisir un bien fiduciaire en faisant jouer la règle de l'article 2276 du Code civil³.

Pour dénouer le conflit, elle propose alors soit d'accomplir les mesures de publicité requises en matière de gage pour chaque meuble remis en fiducie, soit d'apporter des modifications au registre national des fiducies afin qu'il devienne un registre destiné à des fins de publicité, du moins en matière mobilière.

Pour d'autres auteurs comme le professeur François Barrière, le conflit se règlera comme en matière de clause de réserve de propriété, c'est-à-dire que le fiduciaire aura un droit sur le prix de la revente⁴. Mais selon lui, cet inconvénient n'a pas eu d'incidence sur le succès de la réserve de propriété et il ne devrait donc pas être un frein à l'utilisation de la fiducie-sûreté mobilière.

En outre, la situation peut encore devenir plus complexe puisque selon les professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque, il est également possible que des meubles incorporels, à l'exclusion des créances, soient transférés au fiduciaire tout en restant en possession du constituant, en vertu d'une convention de mise à disposition⁵.

¹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 616.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 362.

³ Article 2276 du Code civil français : « En fait de meubles, la possession vaut titre ».

⁴ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 886.

⁵ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 617.

Toutefois exceptionnellement, certains biens sont soumis à une publicité obligatoire, par conséquent, la fiducie-sûreté devra également être soumise à publicité¹. C'est le cas notamment de la mutation du fonds de commerce².

Le transfert de propriété d'immeubles ou de droits réels immobiliers doit faire l'objet d'une publicité foncière au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble³, et ce, dans un délai de deux mois à partir de la signature du contrat de fiducie ou de l'avenant le prévoyant⁴. Cette formalité de publicité peut être fusionnée avec celle de l'enregistrement, suivant les conditions prévues par le Code général des impôts, ce qui permet de rendre l'enregistrement de la fiducie-sûreté également opposable aux tiers⁵, et d'atténuer la lourdeur du formalisme en matière immobilière.

S'agissant du régime fiscal, le principe de la neutralité⁶ a été instauré pour deux raisons. D'une part, la neutralité fiscale n'entrave pas le développement de la fiducie⁷. D'autre part, elle ne génère pas non plus d'avantages fiscaux, peu importe que l'on soit en présence d'une fiducie-sûreté ou une fiducie-gestion⁸. Le transfert de biens émanant du patrimoine du constituant à destination du patrimoine fiduciaire n'est pas générateur d'imposition⁹, le constituant étant réputé « fiscalement titulaire des droits mis en fiducie, le rendant ainsi redevable de l'impôt à ce titre et ce, sur l'ensemble du spectre des impôts directs et indirects »¹⁰. Cela signifie qu'il n'y a pas de droit de mutation¹¹.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 350.

² L'article 14 de la loi n°2003-038 sur le fonds de commerce requiert la publicité de tout acte constatant une cession de fonds de commerce par le biais d'un dépôt au registre du commerce et des sociétés, et l'article 15 de la même loi exige que cet acte soit aussi publié dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. L'article L141-12 du Code de commerce français exigeait également une publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales et dans le Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.

³ Bernard JADAUD, Le régime juridique de la fiducie, Les Petites affiches, 10 juin 2009, n° 115 ; ou au bureau de la conservation des hypothèques de la situation du droit réel immobilier, page 14.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 349.

⁵ Marie EYOUM WONJE, *La fiducie en immobilier*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 en droit des financements et des investissements immobiliers, Université de Cergy Pontoise France.

⁶ C'est un principe qui, rappelons-le, met les charges fiscales à la charge du constituant.

⁷ Equitis, *Le régime fiscal et comptable de la fiducie*, Equitis Gestion de fonds et fiducies, [en ligne], adresse URL : Equitis.fr/fiducies/le-regime-fiscal-et-comptable-de-la-fiducie/.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Jean-Denis PELLIER, *Regard sur la fiducie-sûreté*, Les Petites Affiches, 21 mars 2007 n° 58, page 13.

¹¹ TC Conseils, *La fiducie*, [en ligne], adresse URL : www.tcconseils.com/fiducie.php.

Cette neutralité fiscale a également un impact sur le régime comptable. De ce fait, tous les biens sortis du patrimoine du constituant doivent être inscrits dans les comptes de la fiducie pour la valeur comptable qu'ils avaient chez le constituant¹.

Toutefois, comme nous avons pu le préciser auparavant, ceci implique l'existence d'un contrôle du constituant sur la fiducie. Concrètement, pour pouvoir établir qu'il y a un tel contrôle, il faut qu'au moins deux des trois critères suivants soient remplis².

Premièrement, « le constituant doit conserver un pouvoir de décision sur le bien transféré »³, deuxièmement, il doit « avoir la capacité de bénéficier de la majorité des avantages économiques de la fiducie »⁴. Enfin, troisièmement, il « doit assumer la majorité des risques »⁵.

En analysant chacun de ces critères, nous pouvons constater qu'ils correspondent davantage à la situation de contrôle exercée par un constituant dans le cadre d'une fiducie-gestion. D'ailleurs, selon un avis rendu par le conseil national de la comptabilité en France, « le contrôle est présumé si le constituant est le bénéficiaire unique ou si, en cas de pluralité de constituants, chacun conserve les risques et avantages relatifs aux éléments transférés »⁶.

Or, le constituant ne peut vraisemblablement avoir la qualité de bénéficiaire que dans le cadre d'une gestion de son patrimoine, la fiducie-sûreté impliquant généralement que ce soit le fiduciaire lui-même qui soit le bénéficiaire. Ainsi, le premier critère énoncé plus haut ne peut être rempli dans le cadre d'une opération de fiducie-sûreté puisque c'est le fiduciaire qui a le pouvoir de décision par rapport aux biens fiduciaires. C'est lui qui en assure la gestion et/ou la conservation; et même s'il est assujéti périodiquement à une

¹ Philippe NEAU-LEDUC, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 46.

² Philippe NEAU-LEDUC, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 46.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Philippe NEAU-LEDUC, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 47.

obligation de reddition des comptes, sauf faute prouvée ou fraude du fiduciaire, le constituant ne peut agir contre ce dernier, et n'a aucun pouvoir de décision.

S'agissant du deuxième critère, il correspond également à la figure de la fiducie-sûreté. Néanmoins, dans ce cas, le fiduciaire n'a pas droit à l'utilité de la chose, il bénéficie seulement de la garantie que sa créance sera payée. Et pourtant, de son côté, le constituant est souvent dépossédé de son bien. Même s'il en conserve l'usage, il n'y a pas de réel avantage économique pour lui puisque les éventuels bénéfices qu'il pourrait en tirer seraient aussitôt affectés au remboursement de sa dette. En fin de compte, ce critère ne semble pas approprié à la fiducie utilisée à des fins de garantie puisque ni le fiduciaire ni le constituant n'enrichissent véritablement leur patrimoine. Malgré tout, on pourrait considérer que le fait que le fiduciaire soit assuré du paiement de sa créance est un avantage économique.

Enfin, pour ce qu'il en est du dernier critère, le constituant pourrait assumer la majorité des risques dans le cadre d'une fiducie-sûreté tout comme il assure d'ailleurs les charges fiscales afférentes à un immeuble remis en fiducie. Cependant la liberté contractuelle pourrait permettre une modulation de la répartition des risques, selon les préférences des parties en cause.

Au final, si la fiducie est utilisée comme instrument de garantie, le constituant n'aurait pas de contrôle effectif sur la fiducie-sûreté puisque seul le dernier critère précité pourrait être rempli, éventuellement. En conséquence, au niveau de la comptabilité, « les biens transmis doivent être inscrits pour leur valeur vénale au bilan du fiduciaire »¹.

En outre, cette perte de contrôle de l'actif transféré suppose que le transfert d'actifs vers le patrimoine fiduciaire puisse donner lieu à la constatation d'une plus-value qui sera imposable, le transfert en question ayant été réalisé à la valeur vénale de l'actif². C'est-à-dire qu'il peut y avoir une « différence entre la valeur historique transcrite dans les

¹ Philippe NEAU-LEDUC, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 47.

² Equitis, *Le régime fiscal et comptable de la fiducie*, Equitis Gestion de fonds et fiducies, [en ligne], adresse URL : Equitis.fr/fiducies/le-regime-fiscal-et-comptable-de-la-fiducie/.

écritures du constituant et la valeur vénale du bien au jour du transfert »¹. Les parties peuvent néanmoins décider de neutraliser la constatation de cette plus ou moins value².

Lorsque l'opération de fiducie est toujours en cours, le contrôle de la comptabilité autonome tenue par le fiduciaire est assuré par un ou plusieurs commissaires aux comptes qu'il aura lui-même nommé(s)³.

Lors de son dénouement, le résultat sera déterminé au niveau du patrimoine fiduciaire et l'imposition se fera selon la situation fiscale propre au constituant⁴. Il sera ensuite intégré dans le résultat personnel du constituant mais dans la limite des droits qu'il détient dans le patrimoine fiduciaire⁵. Mais l'issue de la fiducie-sûreté peut être en faveur du constituant ou non, et cela a des répercussions sur le régime fiscal. Ainsi, si le bien fait retour au patrimoine du constituant parce qu'il a remboursé sa dette, alors la neutralité fiscale sera maintenue. Par contre, si l'opération se dénoue en faveur du fiduciaire ou d'un tiers également créancier du constituant, alors « le poids de la fiscalité resurgit »⁶.

Dès lors, le transfert des biens ou droits du patrimoine fiduciaire vers le patrimoine personnel du fiduciaire ou du bénéficiaire rend exigible le droit de mutation à titre onéreux, la Taxe sur la Valeur Ajoutée et éventuellement, une taxe sur la plus-value⁷. Cette dernière sera « soumise à imposition sur déclaration du fiduciaire dans le patrimoine du constituant »⁸. En outre le bénéficiaire de la fiducie-sûreté sera éventuellement amené à payer des droits d'enregistrement.

¹ Commission Fiducie, 4^{ème} assises de l'expertise immobilière, Vincent MIALHE (dir.), 28/05/2012, page 6.

² Ibidem.

³ Equitis, *Le régime fiscal et comptable de la fiducie*, Equitis Gestion de fonds et fiducies, [en ligne], adresse URL : Equitis.fr/fiducies/le-regime-fiscal-et-comptable-de-la-fiducie/.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Philippe NEAU-LEDUC, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 48.

⁷ Bernard JADAUD, *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites affiches, 10 juin 2009, n° 115, page 16.

⁸ Philippe NEAU-LEDUC, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 48.

Cependant, en cas de nullité du contrat de fiducie prononcée par le juge, l'administration fiscale doit restituer les droits indûment perçus puisque l'acte de fiducie est alors anéanti rétroactivement¹.

Notons que sur la base de la fiscalité de droit commun, les seuls impôts payés par le fiduciaire sont ceux liés à son activité, notamment la Taxe sur la Valeur Ajoutée et la taxe professionnelle². C'est-à-dire que les prestations de gestion du fiduciaire sont considérées considérées comme des prestations de service et à ce titre, il sera redevable de la Taxe sur la Valeur Ajoutée s'il se fait rémunérer dans le cadre de ses missions³.

Enfin, au niveau des coûts, la publicité d'une hypothèque est légèrement plus onéreuse que celle d'une fiducie-sûreté, si l'on considère que le montant garanti par l'hypothèque et la valeur de l'immeuble fiduciaire sont de même valeur.⁴ Mais si la valeur de l'immeuble mis en fiducie est de loin supérieure au montant du prêt qu'il garantit, alors il aurait été préférable de recourir à l'hypothèque qui aurait été moins onéreuse. Toutefois, selon les notaires français, la mise en œuvre d'une hypothèque peut conduire au paiement de divers frais annexes qui viennent alourdir considérablement le crédit hypothécaire, ce qui en fait la sûreté la plus onéreuse en pratique⁵. A titre d'exemple, l'hypothèque supporte, outre les émoluments du notaire⁶, les assurances et éventuellement les pénalités pour remboursements anticipés⁷. Or, comme nous avons pu le constater dans le cadre de nos recherches sur terrain, à côté du nantissement et du cautionnement, l'hypothèque est la

¹ Philippe NEAU-LEDUC, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 49.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 355.

³ Marie EYOUM WONJE, *La fiducie en immobilier*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 en droit des financements et des investissements immobiliers, Université de Cergy Pontoise France.

⁴ Pour la fiducie, tout se calcule sur la base de la valeur de l'immeuble affecté en garantie, et pour l'hypothèque, les frais se calculent sur la base du montant de la créance garantie ; cf. annexes 1 et 2.

⁵ Marie-Dominique DUBOIS, *Le coût de la garantie d'un crédit immobilier peut varier du simple au triple*, Le Monde Economique, [en ligne], 10/12/2012, mis à jour le 18/12/2012, adresse URL : mobile.lemonde.fr/economie/article/2012/12/10/le-cout-de-la-garantie-d-un-credit-immobilier-peut-varier-du-simple-au-triple_1802268_3234.html.

⁶ *Les garanties réelles : nantissement et inscriptions hypothécaires*, Notaires Paris-Ile-de-France, [en ligne], 06/02/2017, adresse URL : www.notaires.paris-idf.fr/entrepreneur/les-garanties-reelles-nantissement-et-inscription-hypothecaires.

⁷ Ibidem.

sûreté de prédilection des malgaches, les biens immobiliers étant considérés par les banquiers comme offrant le plus de sécurité.

Par conséquent, la fiducie, si elle devait être introduite en droit malgache ne devrait dans la pratique, être pénalisée du seul fait de son onérosité lorsqu'elle est constituée sur des immeubles.

Chapitre II : Applications pratiques et réalisation

Jusqu'ici, nous n'avons eu qu'un petit aperçu des attraits de la fiducie. Il est temps de voir si en pratique, elle constitue une alternative sérieuse aux autres institutions déjà établies et qui ont chacune leur domaine de prédilection. Ainsi, nous répondrons d'abord à la question de la concurrence entre la fiducie-sûreté et d'autres sûretés (Section I). Puis, nous parlerons de son atout majeur à savoir sa redoutable efficacité à l'aune des procédures collectives (Section II).

Section I : La question de la concurrence entre la fiducie -sûreté et d'autres sûretés

S'agissant de cette concurrence, nos réflexions vont s'articuler autour de deux axes à savoir, d'une part la fiducie-sûreté face au gage et à l'hypothèque (Paragraphe I) et d'autre part la fiducie-sûreté face aux autres propriété-sûretés (Paragraphe II).

Paragraphe I : La fiducie-sûreté face au gage et à l'hypothèque

Dans les développements qui vont suivre, de nombreuses incertitudes subsistent. Chaque auteur a une vision différente de ce que devrait être le domaine d'application de la fiducie à titre de garantie. Seule la pratique nous apportera des certitudes quant à l'avenir de cette dernière. Ainsi, nous tenterons de répondre aux questions suivantes : d'une part, concernant la fiducie-sûreté et l'hypothèque, ont-elles des domaines d'application différents ? (A) D'autre part, s'agissant de la fiducie-sûreté mobilière, quelles perspectives ? (B).

A- Fiducie-sûreté et hypothèque : des domaines d'application différents ?

On dit souvent de l'hypothèque qu'elle est la « reine des sûretés »¹, ce qui se manifeste notamment par le fait qu'elle soit *la* sûreté de prédilection en matière immobilière. Ce faisant, elle « éclipse facilement les sûretés immobilières légales et judiciaires [...] ainsi que l'antichrèse, rebaptisée « gage immobilier »². A en croire les praticiens, même si la fiducie-sûreté est susceptible d'une application très large, c'est dans le domaine des biens

¹ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, page 172.

² Ibidem.

meubles incorporels qu'elle est la plus utilisée¹, à savoir les parts sociales, les créances et sommes d'argent². Faut-il alors en déduire qu'il n'y a pas de concurrence entre ces deux institutions ?

D'un point de vue fiscal, la fiducie-sûreté fut considérée comme « inappropriée » lorsqu'elle porte sur des immeubles puisqu'avec un double transfert de propriété, on risque de se heurter à une double imposition³. On craignait alors que cette sûreté soit fiscalement trop lourde pour le constituant puisque celui-ci aurait été tenu de payer des droits et taxes lors d'un premier transfert de propriété de son patrimoine personnel vers le patrimoine fiduciaire, et lors d'un deuxième transfert en sens inverse une fois la dette remboursée⁴. C'est seulement ultérieurement, par l'intermédiaire de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses dispositions relatives à la fiducie que le législateur est venu parachever le régime juridique de la fiducie-sûreté en instaurant un régime fiscal⁵ propre à pallier à ces inconvénients. Le double transfert de propriété existe toujours mais la double taxation, elle, ne s'applique pas.

En effet, lors du premier transfert de propriété du patrimoine du constituant vers le patrimoine fiduciaire, ce constituant devra payer la taxe de publicité foncière qui sera calculée sur la base de la valeur de l'immeuble au moment du transfert de propriété dans le patrimoine fiduciaire⁶. Ensuite, lors du deuxième transfert de propriété du patrimoine fiduciaire vers le patrimoine personnel du fiduciaire, ce dernier doit, rappelons-le, payer un droit de mutation à titre onéreux, la Taxe sur la Valeur Ajoutée et l'éventuelle taxe sur la plus-value⁷.

Même si le poids de la fiscalité est équitablement réparti entre les deux parties, constituée sur des immeubles, la fiducie n'en n'est pas moins une sûreté onéreuse entraînant une

¹ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 12.

² Reinhard DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, adresse URL : <http://droit-des-affaires.efc.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/>.

³ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, page 239.

⁴ Jean-Denis PELLIER, *Regard sur la fiducie-sûreté*, Les Petites Affiches, 21 mars 2007 n° 58, page 11.

⁵ Bernard JADAUD, *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites affiches, 10 juin 2009, n° 115, page 4.

⁶ David HALLER, *IMMOBILIER La fiducie-sûreté : une nouvelle garantie immobilière pour les banques*, Chaintrier Avocats, [en ligne], adresse URL : www.chaintrier.com/content/immobilier-la-fiducie-surete-une-nouvelle-garantie-immobiliere-pour-les-banques-.

⁷ Bernard JADAUD, *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites affiches, 10 juin 2009, n° 115, page 16.

diminution de son efficacité économique en conséquence. Néanmoins, puisque comme nous l'avons évoqué récemment, l'hypothèque est la plus onéreuse des sûretés réelles, le coût élevé de l'opération de fiducie-sûreté lorsqu'elle porte sur un immeuble ne devrait pas être pris en considération. En effet, nous essaierons dans les réflexions qui vont suivre, de déterminer si l'hypothèque peut se retrouver en concurrence avec cette institution voisine du *trust*.

Tout d'abord, l'hypothèque est un droit réel¹, mais accessoire, qui se décline en un droit de préférence et en un droit de suite². Or, la fiducie-sûreté, en permettant au créancier d'acquérir un droit de propriété sur les biens fiduciaires, offre une plus grande sécurité. Il s'agit de l'exclusivité, dont nous pourrions parler plus en détail dans les développements ultérieurs. Contrairement à l'hypothèque dont le mécanisme suppose souvent que plusieurs créanciers soient en concurrence et soient départagés selon leur rang, la fiducie-sûreté donne l'assurance au fiduciaire d'être le seul à pouvoir bénéficier à terme, de la valeur de l'immeuble, s'il n'a pas été remboursé.

En outre, dans la pratique, « contrairement à une hypothèque même assortie d'un pacte commissaire³, la fiducie-sûreté résiste aux difficultés du débiteur notamment à sa liquidation judiciaire »⁴.

Là où les deux sûretés semblent être au même niveau, c'est par rapport à l'absence de dépossession de l'immeuble, quoique rien n'empêche la conclusion d'une fiducie-sûreté immobilière avec dépossession. Mais souvent, dans les relations d'affaires, le constituant va transférer en fiducie-sûreté, un local industriel ou commercial, une usine ou autre immeuble que le débiteur a besoin de continuer à exploiter. Et si cela est indispensable à son activité, les parties pourront conclure une convention de mise à disposition qui

¹ Article 2393 du Code civil français : « L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation ».

² Article 182 de la loi n°2003-041 sur les sûretés : « L'hypothèque [...] confère à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence ».

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 444 ; La levée de l'interdiction du pacte commissaire en droit français s'est déroulée progressivement. Cette réforme s'est faite dans un premier temps, sous l'impulsion de la jurisprudence, puis dans un deuxième temps est intervenue l'ordonnance du 23 mars 2006.

⁴ David HALLER, *IMMOBILIER La fiducie-sûreté : une nouvelle garantie immobilière pour les banques*, Chaintrier Avocats, [en ligne], adresse URL : www.chaintrier.com/content/immobilier-la-fiducie-surete-une-nouvelle-garantie-immobiliere-pour-les-banques-.

n'entravera pas l'activité commerciale de l'entreprise, et qui lui permettra de tenir ses engagements envers son créancier. Cependant, un créancier fiduciaire aura un avantage par rapport au créancier hypothécaire : la rémunération issue d'une telle convention. En effet, le fiduciaire, en laissant le débiteur utiliser l'immeuble peut demander ou non, à percevoir une rémunération sous forme de loyers¹. Il aura toutefois intérêt à surveiller de près l'activité et la gestion du débiteur pour éviter qu'il ne compromette la consistance économique du gage².

Cependant, l'hypothèque se révélerait beaucoup plus pratique et moins onéreuse pour le constituant en cas de modification de contrat. Comme l'indique l'article 2019 du Code civil en son alinéa premier, les avenants du contrat de fiducie doivent de nouveau être enregistrés dans les mêmes conditions que lors de la constitution du contrat initial ; mais en outre, cela contraint le constituant à payer une nouvelle fois les mêmes droits et taxes y afférents³. A cela s'ajoute, comme nous venons de le voir plus haut, le droit de mutation à titre onéreux, qui peut rendre la réalisation de la fiducie-sûreté particulièrement onéreuse, selon la valeur vénale de l'immeuble, et qui sera supporté soit par le fiduciaire, soit par le bénéficiaire.

Néanmoins, la liberté contractuelle est telle en matière de fiducie-sûreté, que sa réalisation sera beaucoup plus rapide qu'en matière d'hypothèque. Pourtant, l'autorisation du pacte commissaire en droit français, même en matière d'hypothèque a depuis, rendu sa réalisation tout aussi rapide et bel et bien conforme à la volonté des parties. Cela s'explique par le fait que l'exercice de ce mode de réalisation est soumis à certaines conditions, contrairement à ce qu'il se passe en matière de fiducie-sûreté. En effet, pour l'hypothèque, certaines garanties sont offertes au débiteur : le pacte ne peut concerner sa résidence principale⁴ et l'immeuble est toujours évalué par un expert¹ (pour

¹ Reinhard DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, adresse URL : <http://droit-des-affaires.eff.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/>.

² CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, page 14.

³ Marie EYOUM WONJE, *La fiducie en immobilier*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 en droit des financements et des investissements immobiliers, Université de Cergy Pontoise France.

⁴ Sur ce point, le créancier a un net avantage puisque cette restriction ne s'applique pas à la fiducie-sûreté, Alain GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 72.

le gage, aucun pacte comissoire ne peut être conclu ou réalisé après le jugement d'ouverture d'une procédure collective²). En outre, la mise en œuvre d'un pacte comissoire alourdit considérablement le formalisme de l'hypothèque puisque d'une part, ce dernier devra être notarié, étant un accessoire de la convention principale, et le notaire ayant de nouveau un devoir de conseil important³. Il devra même procéder au contrôle de l'expertise au moment de réaliser le pacte, afin de s'assurer que celle-ci a été faite de manière impartiale⁴, alors même que la fiducie-sûreté permet l'expertise amiable. D'autre part, ce pacte devra faire l'objet d'une publicité spécifique afin d'informer tous les tiers⁵.

Cependant, contrairement aux apparences, il ne revêt pas un réel intérêt puisque privé de toute efficacité lors de l'ouverture d'une procédure collective⁶. C'est ce qui a d'ailleurs suscité les critiques de la doctrine qui ne comprend pas l'intérêt d'avoir reconnu la validité du pacte comissoire en matière d'hypothèque, si c'est pour au final, être complètement dépourvu d'effet au moment où le créancier en a le plus besoin⁷. C'est pourquoi nombre de praticiens voient en la fiducie-sûreté une garantie bien plus efficace que l'hypothèque.

Cette rapidité de réalisation de la fiducie-sûreté portant sur des immeubles serait d'autant plus appréciée à Madagascar, où l'interdiction du pacte comissoire (et de la clause de voie parée⁸) demeure pour les hypothèques mais s'est assoupli en matière de gage⁹.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 563.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 473.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 564.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Article 622-7 du Code de commerce français : « I.-Le jugement ouvrant la procédure [...] fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte comissoire ».

⁷ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 564.

⁸ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012 ; c'est une « clause écartant les formalités légales de la vente forcée, notamment les saisies préalables », page 440.

⁹ Article 72 de la loi n°2003-041 sur les sûretés : « [...] Est réputée non écrite :

- toute clause dite pacte comissoire concomitante à la constitution du gage, qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus » ; ainsi selon une interprétation a contrario des dispositions de cet article, le pacte comissoire est valable dès lors qu'il n'est pas concomitant à la constitution du gage. Cela s'explique par la volonté de ne pas valider une clause que le débiteur aurait acceptée parce qu'il a été sous la pression du créancier, au moment de la constitution du gage.

La réalisation des hypothèques doit alors suivre une procédure très longue, complexe et parfois incertaine, en passant d'abord par la saisie immobilière, avant de déboucher sur une procédure de distribution du prix sur saisie, selon les dispositions des articles 182 et 218 de la loi malgache sur les sûretés.

Un autre élément important à considérer en matière de sûretés est la discrétion, même si elle ne fait pas partie des critères d'évaluation de leur efficacité économique, puisqu'elle peut avoir des impacts sur la renommée ou la réputation d'une entreprise ou d'un entrepreneur, ce qui peut nuire à ses affaires. Dans le cas de l'hypothèque, le système de la publicité foncière permet aux tiers de se tenir au courant de l'évolution et de la situation d'un immeuble, grâce aux diverses inscriptions faites auprès de la Conservation des hypothèques¹ (ou dans les livres fonciers en droit malgache²). Rien de tel en matière de fiducie où seules les autorités étatiques surveillent de près les diverses opérations grâce au registre national des fiducies pour des raisons de fiscalité et de sécurité publique. Il s'agit des fonctionnaires des finances qui sont soumis au devoir de réserve et de discrétion³, des juges d'instruction, des procureurs de la République, des officiers de police judiciaire, des agents de douanes et ceux du service TRACFIN⁴ (ou traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins).

La fiducie-sûreté constituée sur des immeubles suscite également quelques interrogations par rapport aux missions de gestion du fiduciaire lorsque ces immeubles en question font l'objet de baux, le fiduciaire pouvant se retrouver bailleur ou preneur⁵. A priori, le fiduciaire n'aura pas toujours les compétences nécessaires pour assurer la gestion de cet immeuble⁶, ou du fonds transféré. On retrouve donc spécifiquement cette difficulté en matière de fiducie, et non en matière d'hypothèque, où le créancier ne se retrouve pas

¹ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, page 173.

² Article 188 alinéa 1 de la loi n°2003-041 sur les sûretés : « Tout acte conventionnel ou judiciaire constitutif d'hypothèque doit être inscrit au livre foncier conformément aux règles de la publicité foncière prévues à cet effet ».

³ Marie EYOUM WONJE, *La fiducie en immobilier*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 en droit des financements et des investissements immobiliers, Université de Cergy Pontoise France.

⁴ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 65.

⁵ Marie EYOUM WONJE, *La fiducie en immobilier*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 en droit des financements et des investissements immobiliers, Université de Cergy Pontoise France.

⁶ Dans l'hypothèse où il s'agit d'une fiducie-sûreté immobilière sans dépossession.

encombré d'un bien dont il ne peut assurer la gestion par ses propres moyens. Le problème cependant se règle facilement, moyennant quelques dépenses supplémentaires. En effet, le fiduciaire pourra recourir à un ou plusieurs professionnels pour l'assister dans sa mission, pour en effectuer une partie, voire en déléguer l'exécution intégrale.

Cependant, il aurait fallu que les parties prévoient ces possibilités lors de la conclusion du contrat, le constituant ayant alors donné son accord pour de telles opérations.

L'article 2018-1 du Code civil apporte d'autres précisions et prévoit que le contrat de fiducie n'est pas soumis aux dispositions relatives aux baux commerciaux et à la location-gérance. L'intérêt de telles dispositions n'est concevable que dans l'hypothèse où le fiduciaire est preneur, et qu'il transfère au fiduciaire un droit au bail ou un fonds dont il est exploitant¹. Or, le statut des baux commerciaux n'est reconnu qu'aux commerçants, industriels et aux chefs d'entreprise immatriculée au répertoire des métiers (artisans)². Quid alors du fiduciaire qui n'a assurément pas les qualités requises, qu'il soit un établissement bancaire, un avocat ou une entreprise d'assurance³ ? Voilà pourquoi les dispositions de l'article L145-1 précité sont écartées, sauf stipulations contraires comme l'autorise l'article 2018-1 du Code civil précité. Tout se passe alors normalement, s'il a la qualité de preneur, le fiduciaire pourra exploiter lui-même un fonds fiduciaire, se faire assister ou en confier la gestion ; il pourra aussi avoir toutes les prérogatives normales d'un bailleur, à savoir le renouvellement ou la résiliation du contrat de bail⁴.

Et on peut même aller plus loin en imaginant une fiducie-sûreté immobilière avec dépossession⁵ ! Ce serait alors l'hypothèse dans laquelle un immeuble ou un ensemble immobilier locatif sont mis en fiducie. Tandis que leur gestion peut être confiée à un tiers, le fiduciaire se limite à encaisser les loyers et à payer les charges et impôts relatifs à

¹ Marie EYOUM WONJE, *La fiducie en immobilier*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 en droit des financements et des investissements immobiliers, Université de Cergy Pontoise France.

² Article L145-1 du Code de commerce français : « I. - Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne, soit à un commerçant ou à un industriel immatriculé au registre du commerce et des sociétés, soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoire des métiers [...] ».

³ Marie EYOUM WONJE, *La fiducie en immobilier*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 en droit des financements et des investissements immobiliers, Université de Cergy Pontoise France.

⁴ Ibidem.

⁵ CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, page 14.

l'immeuble¹. Il appartiendra donc aux parties de s'entendre sur l'étendue des pouvoirs du fiduciaire et sur la nécessité d'un accord préalable du constituant pour telle ou telle opération².

Par ailleurs, la fiducie-sûreté est beaucoup plus souple que l'hypothèque puisqu'elle permet aisément la mise en fiducie d'immeubles futurs, comme cela est affirmé dans la définition même de cette institution, donnée par l'article 2011 précité, du Code civil. Or, l'article 2419 du même Code ainsi que l'article 185 de la loi malgache sur les sûretés interdisent l'hypothèque des biens à venir. Il s'agit d'une règle instaurée en conformité avec le principe de spécialité³ pour éviter la constitution d'une « hypothèque générale ». Des exceptions sont néanmoins prévues, tant en droit malgache qu'en droit français, et sont respectivement formulées par les articles 185 de la loi malgache sur les sûretés et 2420 du Code civil. Même si les conditions requises pour pouvoir opérer une hypothèque sur des immeubles futurs sont légèrement différentes dans les deux droits, tous deux s'accordent sur le principe de deux exceptions. Ainsi, d'une part, l'hypothèque sur des immeubles futurs est acceptée lorsque les biens présents sont insuffisants pour garantir la créance. D'autre part, cela est possible lorsque ceux-ci périssent ou sont l'objet de dégradation, le créancier pouvant alors obtenir un supplément d'hypothèque incluant les biens à venir. Le législateur français a cependant prévu une troisième exception pour faciliter le crédit à la construction, et se manifeste par la possibilité d'hypothéquer un bâtiment dont la construction est en cours, ou même simplement projetée⁴.

De telles restrictions ne sont pas imposées en matière de fiducie-sûreté où le transfert d'un immeuble à venir peut très bien revêtir le libre choix des parties, alors même que les biens présents offriraient une garantie suffisante au créancier.

Même la faculté de recharge est, comme nous l'avons déjà remarqué antérieurement, plus avantageuse pour le créancier dans le cadre d'une fiducie. En effet, aux termes de l'article 2422 du Code civil français, l'hypothèque ne peut être affectée ultérieurement à

¹ CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, page 14.

² Ibidem.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012 ; le principe de spécialité en matière d'hypothèque consiste à décrire avec le plus de précisions possible, l'immeuble grevé, que ce soit dans l'acte constitutif ou dans l'inscription, page 547.

⁴ Ibidem.

la garantie d'autres créances que dans la limite du montant initial prévu dans l'acte constitutif. En d'autres mots, l'assiette de l'hypothèque ne change pas, que cette dernière soit offerte au même créancier originaire ou à un nouveau créancier, alors même que le premier n'ait pas été payé. Or, à quelques mots près, l'article 2488-5 du même Code énonce les mêmes règles de base gouvernant la convention de rechargement en matière de fiducie. La principale différence se trouve au niveau de l'assiette, qui est, rappelons-le, limitée à la valeur estimée du patrimoine fiduciaire au jour de la recharge. Seulement, cette précaution ne s'applique qu'aux seules personnes physiques. Cependant, la valeur du patrimoine fiduciaire pouvant fluctuer, le créancier bénéficiaire de la recharge pourrait, en dépit de cette limitation, obtenir une garantie supérieure à celle prévue dans le contrat de fiducie-sûreté initial. Pour les personnes morales, la fiducie rechargeable ne connaissant aucune limite, les entreprises devraient y voir un moyen de financement plus souple et efficace que l'hypothèque. Notons qu'aux termes des deux articles précités, la convention de recharge demeure soumise aux mêmes formalités requises pour l'acte constitutif, et la lourdeur du formalisme se fait alors davantage sentir pour l'hypothèque rechargeable.

En somme, grâce à quelques ajustements au niveau de son régime fiscal, la fiducie-sûreté en matière immobilière est plus attractive et plus efficace que l'hypothèque. Elle évite au créancier toutes les incertitudes et contraintes liées à la saisie immobilière, à la vente aux enchères et à la faillite du débiteur constituant, sans toujours être plus onéreuse.

Mais alors, si l'hypothèque semble « régner sans partage », ce serait davantage dû à une méconnaissance du mécanisme de la fiducie¹ qu'à une inadaptation de cette dernière en matière immobilière.

En effet, sa flexibilité et son régime fiscal lui permettront sûrement à l'avenir de jouer un rôle important dans le financement immobilier².

¹ La Banque Privée 1818, *La fiducie sûreté : outil de gestion du patrimoine personnel et professionnel*, Vision Patrimoine, [en ligne] 14/04/2014, mise à jour le 18/04/2014, adresse URL : <http://www.gestionprivee.caisse-epargne.fr/patrimoine/fiducie-surete/>.

² Association Française des Fiduciaires, *La fiducie : une opportunité pour le financement des entreprises*, FY, [en ligne], 7/12/2015, adresse URL : www.reddit.com/submit?url=http%3A%2F%2Fwww.finyear.com%2FLa-fiducie-une-opportunite-pour-le-financement-des-

Enfin, tous ces arguments nous permettent de déduire que le gage immobilier ne peut guère davantage rivaliser avec la fiducie-sûreté. L'exigence de dépossession rendant son mécanisme antiéconomique pour le constituant, le créancier n'est pas pour autant dans une situation plus avantageuse puisque les frais de conservation et d'entretien sont à sa charge¹, même si le paiement des contributions et charges annuelles de l'immeuble incombe désormais au constituant². Pour le reste, le régime juridique de cette sûreté immobilière est comparable à celui de l'hypothèque, allant de l'exigence de la forme notariée du contrat à la réalisation.

B- La fiducie-sûreté mobilière : quelles perspectives ?

Il y a encore de nombreuses incertitudes en matière de biens corporels (1), néanmoins, la fiducie connaît depuis toujours un plus grand succès en matière de biens incorporels (2).

1- De nombreuses incertitudes en matière de biens corporels

En la matière, la fiducie-sûreté a également du mal à trouver sa place. Ainsi, d'une part, la difficulté réside au niveau de sa réalisation lorsqu'il a été convenu entre le fiduciaire et le débiteur constituant que le bien resterait entre les mains de ce dernier.

L'absence de dépossession étant généralement faite dans une volonté de ménager le crédit du débiteur, rien n'empêche par la suite que celui-ci, de mauvaise foi³, aliène ledit bien. Or en l'absence de publicité, le fiduciaire ne peut exercer aucune action en revendication contre le tiers acquéreur de bonne foi ; tandis que le gage sans dépossession offre un droit de suite au créancier gagiste⁴. En effet, ce gage sans dépossession, pour qu'il puisse permettre l'information des tiers, et pour leur être opposable, doit nécessairement avoir été « publié par une inscription sur un registre spécial », selon l'article 2338 du Code civil français. Pour des auteurs comme la professeure Manuella Bourassin, la publicité du gage sans dépossession requiert cependant des formalités très

[entreprises_a34767.html&title=La+fiducie+%3A+une+opportunit%C3%A9+pour+le+financement+des+entreprises](http://entreprises.a34767.html&title=La+fiducie+%3A+une+opportunit%C3%A9+pour+le+financement+des+entreprises).

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 583.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 584.

³ Il est de mauvaise foi car il aliène un bien qui ne lui appartient plus, quand bien même il en est le propriétaire économique puisque le propriétaire juridique est le fiduciaire, cf. Commission Fiducie, 4^{ème} *assises de l'expertise immobilière*, Vincent MIALHE (dir.), 28/05/2012, page 4.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 435.

semblables à celles de la publicité foncière¹, ce qui explique la sécurité qu'elle offre au créancier en dépit du fait qu'il ne soit pas en possession du bien gagé.

Cependant, par rapport à l'inscription, certains inconvénients qui ne se retrouvent pas chez la fiducie-sûreté pourraient défavoriser le créancier gagiste. Ainsi, premièrement, elle ne conserve le gage que pendant cinq ans à partir du jour de sa naissance, là où la propriété fiduciaire peut durer 99 ans². Le créancier gagiste devra ainsi veiller à renouveler l'inscription tous les cinq ans sinon il risque une radiation d'office par le greffier. En outre, s'il n'est pas assez diligent, l'inscription pourrait devenir impossible si le bien gagé devient indisponible par suite d'une saisie opérée par un autre créancier, ou si une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur³. De plus, le gage avec dépossession peut mettre en concurrence plusieurs créanciers gagistes dont le rang va être déterminé suivant la date de leur inscription⁴. Il faut garder à l'esprit que le fiduciaire n'est pas un simple détenteur mais un véritable propriétaire⁵ qui ne souffre aucune concurrence avec d'autres créanciers.

Or, d'autre part, la fiducie-sûreté ne parvient pas non plus à s'imposer face au gage avec dépossession. Certes, rappelons que le pacte commissaire est sans effet à tous les stades de la procédure collective⁶ contrairement à la fiducie-sûreté. En effet, il risque de compromettre le redressement judiciaire s'il permet au créancier de priver le débiteur d'un bien essentiel à la continuité de son exploitation. En outre, l'interdiction des paiements après le jugement d'ouverture se justifie à la fois par la protection des intérêts du débiteur et par le respect du principe de l'égalité des créanciers. Néanmoins, le gage avec dépossession offre une sécurité très forte avec son « droit de rétention », mais est-il pour autant aussi efficace que le mécanisme du patrimoine fiduciaire en cas de procédure collective ? Ne peut-il vraiment pas y avoir de concurrence entre ces deux sûretés ?

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 435; comme en matière hypothécaire, l'inscription doit respecter un principe de double spécialité relatif à l'assiette de la sûreté d'une part, et à la créance garantie d'autre part.

² Article 2018 du Code civil français : « [...] 2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat. »

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 435.

⁴ Article 2340 du Code civil français : « Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription ».

⁵ CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, page 15.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 686.

Pendant longtemps, avant la réintroduction de la fiducie dans le code civil français, la cession fiduciaire concernant les meubles corporels faisait l'objet d'une âpre hostilité venant de la jurisprudence¹. Créée à l'origine pour se substituer au nantissement dont la lourdeur et la faible sécurité ne correspondaient plus aux attentes des praticiens, son développement fut cependant entravé, sans que l'on sache vraiment pourquoi². Le juge condamnait systématiquement les cessions fiduciaires portant sur des meubles corporels et même celles constituées à l'étranger³. Il annulait alors systématiquement ces fiducies en les considérant comme de simples gages ayant contrevenu à l'interdiction du pacte commissaire ; ou il les déclarait inopposables pour défaut de publicité⁴. Dans cette dernière hypothèse, on comprend aisément les inquiétudes du juge de voir se développer des conflits soit par rapport aux autres créanciers du débiteur constituant, soit par rapport aux éventuels tiers acquéreurs, sans parler du cas du débiteur qui pouvait lui-même être exposé à des risques de non restitution ou d'aliénation arbitraire de son bien.

Mais, actuellement, le mécanisme du patrimoine fiduciaire ne permet plus autant de dérives. Néanmoins, s'il n'y a rien à reprocher au niveau du mécanisme de la fiducie-sûreté mobilière avec dépossession, son coût peut poser problème.

D'un point de vue fiscal, l'on craignait qu'à l'instar de l'aliénation fiduciaire de biens immeubles, le double transfert de propriété n'engendre une double taxation. Cependant, comme nous avons pu le constater dans la sous-partie précédente, le régime fiscal de la fiducie est actuellement celui de la neutralité, et le régime comptable suit les mêmes règles qu'en matière immobilière. De plus, à l'instar du gage avec dépossession, le crédit et/ou l'activité du constituant peut en souffrir. Néanmoins, on peut supposer que seuls des biens qui ne sont pas nécessaires à l'activité du constituant fassent l'objet d'une fiducie-sûreté mobilière avec dépossession dans la pratique. Il faudra cependant qu'ils soient d'une grande valeur, comme par exemple, des bijoux ou des œuvres d'art⁵. Dans ce cas,

¹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 600.

² Ibidem.

³ Civ. 1^{ère} 8 juillet 1969, société DIAC contre Oswald, N° de pourvoi : 67-12467.

⁴ Michel GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 900.

⁵ CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, page 15.

la mission du fiduciaire consistera davantage à conserver qu'à fructifier ou à améliorer les actifs mis en fiducie¹.

Mais ce faisant, la fiducie (tout comme le gage d'ailleurs) engendrera d'autres frais supplémentaires liés à la conservation du bien fiduciaire, tels que la location de coffres ou de locaux spécialisés². Cette faculté de délégation partielle de la mission doit cependant avoir été prévue au préalable dans l'acte constitutif.

Par ailleurs, lors de la survenance d'une procédure collective, le droit de rétention offre une protection très forte au créancier gagiste rétenteur si le bien est utile au bon déroulement de la procédure collective. C'est-à-dire que s'il est nécessaire à la continuation de l'activité du débiteur en redressement judiciaire, ou si le prix dégagé par sa vente peut contribuer à apurer le passif, alors le créancier rétenteur bénéficiera d'un paiement direct pour éviter toute situation de blocage³. En contre partie, il devra restituer le bien qu'il a retenu. Toutefois, le créancier rétenteur doit avoir déclaré sa créance, et cette dernière doit être antérieure à l'ouverture de la procédure collective⁴. De même, en cas de liquidation judiciaire, ou de liquidation des biens, nul ne peut contraindre le créancier rétenteur à se dessaisir du bien tant qu'il n'a pas été payé, et le liquidateur aura tout intérêt à le payer s'il veut effectuer le retrait dudit bien retenu dont la valeur est supérieure à celle de la créance du rétenteur⁵. Sur ce point, le gage avec dépossession et l'exercice du droit de rétention offrent une protection équivalente à celle de la fiducie-sûreté en cas de procédure collective⁶. A contrario, si le bien retenu n'est ni utile au redressement judiciaire, ni d'une valeur supérieure à la créance du rétenteur, alors le droit de rétention peut s'avérer inutile. Or, dans des hypothèses similaires, la fiducie-sûreté a l'avantage de préserver les droits du créancier en cas de liquidation judiciaire, même si ses effets sont paralysés lors du redressement judiciaire.

Le droit malgache n'a pas apporté tant de précisions sur le sort du droit de rétention en cas de procédure collective, mais étant donné que son régime juridique de base est tiré du droit français, nous supposons que les effets en cas de faillite du débiteur sont les mêmes.

¹ CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, page 15.

² Ibidem.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 672.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 675.

Malgré toutes ses qualités, il n'est pas certain que la fiducie-sûreté puisse concurrencer le gage avec dépossession. Quid alors du gage sans dépossession ? Certains auteurs le préfèrent à la fiducie car elle est moins onéreuse, ne serait-ce que d'un point de vue fiscal¹, car même la fiducie-sûreté mobilière sans dépossession peut engendrer des frais supplémentaires en cas de convention de mise à disposition, selon que le constituant soit amené ou non à payer un loyer au fiduciaire². Et de toute façon, il s'avère que les applications pratiques de la fiducie-sûreté mobilière sans dépossession sont rares³.

A cause de ces complications, c'est en matière de meubles incorporels que la fiducie-sûreté innomée, et plus tard la fiducie-sûreté nommée, a connu un essor. C'est ce succès qui a d'ailleurs incité le législateur malgache à transposer l'institution de la cession fiduciaire dans la nouvelle loi sur les sûretés.

2- Un plus grand succès en matière de biens incorporels

S'agissant tout d'abord de la fiducie-sûreté innomée, elle offre bien plus de sécurité qu'un simple nantissement. Que ce soit la cession fiduciaire du droit malgache ou la cession *Dailly*, le créancier a un droit de propriété sur le bien affecté en garantie, alors même que le créancier nanti n'a qu'un simple droit de préférence. Une créance cédée sort du patrimoine du cédant pour aller dans celui du cessionnaire alors qu'une créance nantie fera partie du gage général des créanciers du cédant.

En matière de créances, même en l'absence de patrimoine fiduciaire, le créancier cessionnaire en plus d'échapper à toute concurrence, aura l'avantage considérable de pouvoir se payer par compensation⁴ ; ce qui explique pourquoi la cession fiduciaire et la cession *Dailly* ont la faveur de la pratique face au nantissement de créance.

¹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 601.

² Reinhard DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, adresse URL : <http://droit-des-affaires.eff.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/>.

³ CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.eff.fr, page 15.

⁴ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 600.

A part le nantissement, le droit malgache a aussi la particularité de prévoir le gage sur créance¹. Au cours de nos enquêtes, nous avons tenté de découvrir la différence entre ce gage sur créance et le nantissement de créance. L'un de nos interlocuteurs fut étonné de cette terminologie, étant donné que lorsqu'on parle de biens incorporels, cela renvoie au nantissement, le terme « gage » étant rattaché à l'affectation en garantie de biens corporels. Il en conclut cependant que cela devait être une sûreté semblable au gage-espèces du droit français. Une autre personne que nous avons interrogée affirma quant à elle qu'il s'agit du nantissement de créance, et nous renvoya simplement à l'article 67² de la loi malgache sur les sûretés. Il s'avère cependant que ce gage sur créance ne soit ni plus ni moins qu'un vestige du droit français des sûretés tel qu'il était avant la réforme initiée le 23 mars 2006³. Le gage pouvait alors porter tant sur les biens corporels qu'incorporels, ce qui ne manqua pas de créer un certain désordre puisque le Code civil admettait la mise en gage des créances tandis que d'autres réglementations éparses régissaient les gages de créances particulières comme les créances professionnelles ou les polices d'assurance-vie⁴. Et l'on comprend maintenant la confusion causée par cet article 79 de la loi 2003-041 sur les sûretés. Depuis cette fameuse réforme de 2006, le droit français distingue nettement d'un point de vue terminologique, le gage qui porte sur des meubles corporels, et le nantissement qui porte sur des meubles incorporels, permettant au Code civil de « redevenir le siège du droit commun des sûretés mobilières ayant pour objet un bien incorporel »⁵. Les dispositions du droit malgache qui réglementent le gage sur créance reprennent les mêmes formulations jadis utilisées en droit français. Sa constitution nécessite la rédaction d'un acte sous-seing privé ou d'un acte authentique dûment enregistré. Le débiteur doit être signifié ou alors il doit donner son acceptation dans un acte authentique. En outre, la dépossession se manifeste par la remise du titre de créance entre les mains du créancier.

¹ Article 79 de la loi n°2003-041 sur les sûretés : « - Le débiteur qui met en gage sa créance contre un tiers dénommé doit remettre au créancier gagiste son titre de créance et signifier à son propre débiteur le transfert de sa créance à titre de gage. A défaut, le créancier gagiste peut procéder à cette signification ».

² Article 67 de la loi n°2003-041 sur les sûretés : « - Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage ».

³ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, page 164.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

Si nous avons pris le soin d'apporter tous ces éclaircissements sur le gage sur créances, c'est dans le but de pouvoir en comparer l'efficacité avec la cession fiduciaire. Ainsi, au niveau de sa réalisation, ce gage est peu attractif puisqu'il doit suivre les conditions de droit commun du gage énoncées à l'article 72 de la loi précitée. Il s'agit de l'attribution judiciaire du gage et de la vente aux enchères. Et si le pacte commissaire et la clause de voie parée sont admises si non concomitantes à la constitution du gage, la protection apportée au créancier est bien faible en cas de procédure collective ouverte contre le débiteur. Soit les effets du pacte seront ralentis par les procédures collectives, soit ceux-ci seront sans incidence ; alors même que la cession fiduciaire permet, comme nous l'avons vu plus haut, un paiement par compensation.

L'intérêt d'une telle comparaison semble néanmoins plus intellectuel que pratique puisque le gage sur créances n'est guère utilisé par les praticiens malgaches. Il n'est toutefois pas dénué d'intérêt puisque contrairement à la cession fiduciaire ou à la cession *Dailly*, le créancier ne sera pas forcément un établissement de crédit. Par contre, la créance ainsi gagée n'est pas amenée à circuler, le titre de créance restant soit en la possession du créancier, soit entre les mains d'un séquestre¹.

Concernant ensuite la fiducie-sûreté dite nommée, si la sécurité qu'apporte le système du patrimoine d'affectation est indéniable, le formalisme lourd sanctionné par la nullité et la complexité de l'opération fiduciaire peuvent cependant constituer un frein quand on sait que les praticiens apprécient la rapidité et la simplicité des instruments de fiducies-sûreté innomées en matière de meubles incorporels. Certes, aux termes de l'article 2018-2² du Code civil, le régime d'opposabilité de la cession de créance dans le cadre d'une fiducie-sûreté a été, rappelons-le, assoupli ; mais ce sont les formalités d'enregistrement qui alourdissent le mécanisme.

La fiducie-sûreté mobilière sans dépossession portant sur des meubles incorporels se conçoit difficilement. A titre d'exemple, une telle opération serait faisable sur un portefeuille de valeurs mobilières, la nue-propriété étant transmise au fiduciaire et le

¹ Article 70 de la loi n°2003-041 sur les sûretés : « - Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties ».

² Article 2018-2 du Code civil français : « La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire ».

constituant conservant alors le droit d'usufruit. Il y aurait cependant un risque important à laisser au constituant la possession de ces biens, même en sa seule qualité d'usufruitier, puisqu'il se pourrait que ce dernier en fasse une mauvaise gestion, ou qu'il dilapide lesdits biens¹.

Mais lorsqu'elle opère avec dépossession, elle revêt un intérêt certain. Cela peut notamment se concevoir tant sur des portefeuilles de valeurs mobilières, que sur toutes sortes de participations². Et comme les valeurs mobilières ou les créances peuvent être évaluées objectivement et précisément, il n'est pas besoin, pour une fois, de recourir à l'expertise, ce qui réduit le coût de la fiducie.

Dans la pratique française, la fiducie-sûreté est en phase de devenir la nouvelle reine des sûretés lorsqu'elle porte sur des portefeuilles de titres financiers, et elle supprime même le nantissement sur compte-titres³.

Mais sur la question de savoir si la fiducie-sûreté nommée peut elle-même supplanter les divers mécanismes d'aliénation fiduciaires d'instruments financiers dont nous avons déjà parlé longuement dans la première partie de notre travail, il nous semble que la réponse soit négative. Nous avons pu constater que la fiducie-sûreté est depuis toujours très prisée dans le secteur financier et c'est assurément son principal domaine d'application. Mais il est inutile de chercher à remplacer les mécanismes de fiducies-sûreté innomées déjà présents avant la loi d'introduction de la fiducie de 2007 et qui sont réglementés par le Code monétaire et financier.

Comme l'affirme la professeure Manuella Bourassin, « les garanties reposant sur le transfert de propriété d'instruments financiers présentent plusieurs *traits communs* »⁴, ce qui les rend plus aptes que la fiducie-sûreté à satisfaire les besoins des créanciers dans le secteur financier.

Ainsi, selon elle, ces aliénations fiduciaires du droit des marchés financiers répondent premièrement, à des « attentes particulières », le cessionnaire ayant généralement besoin

¹ CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, page 15.

² Ibidem.

³ Frédéric DANOS et Bruno THOMAS, *Les avantages de la fiducie-sûreté de portefeuille de titres financiers sur le nantissement de compte-titres*, LANDWELL & ASSOCIES, [en ligne], novembre 2014, adresse URL : www.optionfinance.fr.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 332.

« d'instruments financiers pour respecter des ratios ou pour disposer de titres qu'il s'est engagé à livrer ». Pour sa part, le cédant cherche à « se procurer des liquidités à taux réduit ».

Deuxièmement, elles ont l'avantage de la simplicité, de la souplesse et de l'efficacité. La simplicité se reflète dans le minimum de formalités exigées pour la constitution et l'opposabilité aux tiers. La souplesse s'apprécie par rapport à l'assiette des aliénations qui s'adaptera suivant le montant de la créance garantie. Et enfin l'efficacité tient en l'absence d'incidence des procédures collectives sur les créanciers cessionnaires, ceux-ci recevant immédiatement les valeurs remises en garantie.

La question suivante demeure cependant : pourquoi avoir permis la cession de créances dans le cadre de la fiducie-sûreté nommée, alors que la cession *Dailly* existe déjà ? Peut-être est-ce parce que si la cession *Dailly* peut conduire (intentionnellement) à plusieurs cessions successives effectuées sur la même créance, le mécanisme du patrimoine fiduciaire ne permet pas une telle manœuvre malhonnête. Et, comme nous avons pu le voir, la jurisprudence fait état de tous les conflits imaginables en matière de cession *Dailly*.

Mais plus important encore, le débiteur n'aura pas à subir le risque de la faillite du fiduciaire, alors que dans le cadre de la fiducie-sûreté innommée, il en sera autrement puisque les biens transférés en garantie se retrouveront dans le patrimoine personnel du créancier¹.

Certains praticiens pensent cependant que la fiducie-sûreté de droit commun ne parviendra à évincer ni le gage-espèces, ni la cession *Dailly*².

Nous avons découvert au cours de nos enquêtes sur terrain que le gage est très peu utilisé par les établissements de crédit à Madagascar, voire pas du tout. Quant au nantissement, il est très pratiqué et ce, sous de nombreuses formes, notamment : nantissement de créances, de matériel et de véhicules. Mais il n'est pas certain que la fiducie, même en offrant une meilleure garantie au créancier, puisse un jour se substituer au nantissement

¹ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 888.

² Alain GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 73.

portant sur des biens corporels, en raison de sa complexité et de son onérosité. Que la cession fiduciaire soit cependant préférée au nantissement de créance est déjà une avancée.

Paragraphe II : La fiducie-sûreté face aux autres propriété-sûretés

Il est difficile de « départager » les propriété-sûretés entre elles. Nous ne pouvons que constater qu'elles ont toutes un avantage commun : l'exclusivité conférée au créancier (A). Bien sûr, chacune d'entre elles a ses propres spécificités. Ainsi, quant à la question de savoir s'il peut y avoir une concurrence dans de telles conditions, nous verrons que par rapport aux autres propriété-sûretés, la fiducie a en fait un domaine d'application relativement restreint dans la pratique (B).

A- Un avantage commun : l'exclusivité conférée au créancier

Premièrement, intéressons-nous au cas de la clause de réserve de propriété (1). Ensuite, parlons du crédit-bail, un instrument de financement sécurisé (2).

1- Le cas de la clause de réserve de propriété

Toutes les propriété-sûretés ont des traits communs. Elles ont principalement pour spécificité d'utiliser le droit de propriété à des fins de garantie. De ce fait, elles confèrent l'exclusivité au créancier, d'où leur qualification de sûreté « hors-concours »¹. Etant apparues à un moment où les sûretés réelles classiques étaient dans une situation de crise², elles ont aussi l'avantage d'être toutes aussi résistantes aux procédures collectives ouvertes contre le constituant.

En outre, elles ont la spécificité de permettre au créancier propriétaire d'obtenir un paiement indirect par le biais de la restitution de son bien. Cependant, toutes trois se heurtent à quelques difficultés en matière de meubles corporels : il s'agit notamment des éventuels conflits avec les sous-acquéreurs.

Elles se distinguent cependant par des domaines d'application différents, que nous examinerons dans la sous-partie suivante.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 317.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 320.

Tout d'abord, commençons par voir les caractéristiques de la clause de réserve de propriété. La principale différence par rapport à la fiducie-sûreté est qu'il n'y a pas de transfert de propriété en amont au profit du créancier. Le créancier ne devient pas propriétaire, mais il le demeure¹ jusqu'à ce qu'il soit entièrement désintéressé. Partant, en cas de non paiement, le droit du créancier réservataire est principalement un droit de revendication d'un bien, en qualité de propriétaire. C'est en quelques sortes, le schéma inverse de la fiducie-sûreté où la défaillance du débiteur a pour conséquence l'accession du créancier à la propriété.

Utilisée essentiellement en matière de vente², la réserve de propriété suppose alors que le bien vendu soit immédiatement mis en la possession du débiteur acheteur. Le transfert de propriété définitif en faveur de ce dernier sera retardé jusqu'au désintéressement intégral du créancier, contrairement à la délivrance du bien qui n'est donc pas différée³.

La jurisprudence a admis en outre que la clause de réserve de propriété peut être transmise au bénéfice d'une personne autre que le vendeur⁴. Généralement, il s'agira de banquiers désireux d'échapper à tout concours en se subrogeant aux droits du vendeur.

Quant au formalisme, ni le droit malgache ni le droit français ne prévoient des formalités particulières si ce n'est que la clause de réserve de propriété doit être prévue par écrit au plus tard, au jour de la livraison⁵. Si la loi malgache se borne simplement à constater que la clause de réserve de propriété est une clause d'un contrat de vente, le droit français précise qu'elle peut tout aussi bien figurer dans les conditions générales de vente⁶.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 320.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 322 ; la vente est son domaine de prédilection mais il peut concerner d'autres contrats translatifs de propriété, toutefois, la loi malgache sur les sûretés semble suggérer que son utilisation se limite en matière de vente.

³ Ibidem.

⁴ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 666.

⁵ Article 155 alinéa 2 de la loi n°2003-041 sur les sûretés : « Pour être opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, la clause de réserve de propriété doit avoir été stipulée dans un écrit au plus tard au moment de la livraison du bien ou de la marchandise » ; et article L624-16 alinéa 2 du Code de commerce français : « [...] Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison ».

⁶ Article L624-16 alinéa 2 du Code de commerce français : « [...] Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties ».

En outre, aucune mesure de publicité n'est prévue en droit français, et l'article 155 alinéa 2 de la loi précitée laisse supposer que la simple stipulation de l'écrit suffit à la rendre opposable aux tiers, en droit malgache.

Sa réalisation est d'autant plus intéressante que l'exercice du droit de revendication du créancier réservataire s'exercera presque sans limites. C'est le droit français qui, de nouveau, précise que ni la fongibilité du bien¹, ni son incorporation dans un autre meuble², ne font obstacles à sa restitution. Par ailleurs, l'article 2372 du Code civil français admet que le créancier puisse exercer son droit de propriété sur l'indemnité d'assurance en cas de destruction du bien, grâce au jeu de la subrogation réelle.

Toutefois, il est bien des hypothèses où le droit de revendication est paralysé. Parce que le bien n'est pas physiquement entre les mains du créancier, ses droits peuvent se heurter à ceux des tiers détenteurs ou possesseurs³. Ainsi, le réservataire ne peut revendiquer son bien si un tiers (également créancier du même débiteur) exerce sur celui-ci un droit de rétention⁴.

Et quand la réserve de propriété porte sur un bien meuble, on se retrouve dans la même situation problématique que la fiducie-sûreté mobilière, portant sur des meubles corporels à cause de l'inexistence de publicité. Dès lors, dans les deux cas, l'article 2276 précité joue en faveur des tiers acquéreurs et autres créanciers gagistes de bonne foi⁵. Ces tiers en question sont considérés de bonne foi quand ils ignoraient l'existence de ladite clause, ou plus précisément, quand ils n'avaient pas connaissance de l'absence de droit de propriété de leur contractant⁶. Néanmoins, il est prévu en droit français que le réservataire puisse reporter son droit de propriété sur « la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur » comme l'affirme l'article 2372 du Code civil.

¹ Article L624-16 alinéa 2 du Code de commerce français : « [...] La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur ou de toute personne les détenant pour son compte ».

² Article L624-16 alinéa 2 du Code de commerce français : « La revendication en nature peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien lorsque la séparation de ces biens peut être effectuée sans qu'ils en subissent un dommage ».

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 324.

⁴ Com. 3 octobre 1989, société Marquet contre société Transports Rochais-Bonnet, N° de pourvoi : 87-15725, Bulletin 1989 IV N°244 page 163.

⁵ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 324.

⁶ Ibidem.

Par ailleurs, le créancier fiduciaire et le créancier réservataire partagent un point commun s'agissant de leurs pouvoirs, puisque ce dernier est privé des divers attributs du droit de propriété, à savoir l'*usus*, le *fructus*, et l'*abusus*¹. Rappelons que le seul attribut que lui confère sa propriété-sûreté est le droit de revendiquer². Mais en dépit de cette situation, le fiduciaire est susceptible d'acquérir plus de pouvoirs que le réservataire puisque comme nous l'avons déjà vu auparavant, il est possible de lui conférer contractuellement l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, à condition que l'exercice de ces divers attributs se fasse dans le respect de l'affectation³.

Il reste à savoir maintenant si la clause de réserve de propriété est efficace en cas de survenance d'une procédure collective. L'article 155 de la loi n°2003-041 sur les sûretés dispose que le droit de revendication est « applicable en matière de procédure collective », mais c'est la loi n°2003-042 sur les procédures collectives d'apurement du passif qui énonce les conditions requises pour l'exercice de ce droit. En droit français, les conditions exigées en la matière sont issues de la réforme du droit des sûretés de 2006.

Aux termes de l'article L624-16 du Code de commerce, un bien ne peut faire l'objet de revendication que s'il se retrouve « en nature », c'est-à-dire sans avoir subi de transformation. L'article 106 alinéa 2 de la loi n°2003-042 pose exactement les mêmes conditions.

Ce faisant, le créancier réservataire va bénéficier d'un « paiement indirect »⁴, car la « restitution, que commandent les caractères absolu et exclusif du droit de propriété, emporte l'extinction de la créance du propriétaire à hauteur de la valeur du bien repris »⁵.

En outre, l'action en revendication n'est pas subordonnée à la déclaration de créance puisque d'une part, elle constitue un attribut du droit de propriété ; et d'autre part, elle n'est qu'un mode d'extinction de la créance⁶. Aux termes de l'article L624-9 du Code de commerce français, le délai imparti pour faire valoir son droit de propriété contre la

¹ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 874.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 678.

⁵ Ibidem.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 679.

procédure collective est de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture. Ainsi, le réservataire a la possibilité de récupérer son bien assez rapidement.

Mais il en est autrement en droit malgache où l'article 77 alinéa 3 de la loi n°2003-042 complique un peu les choses, puisque « les titulaires d'un droit de revendication doivent également produire en précisant s'ils entendent exercer leur droit de revendication. A défaut de cette précision, ils sont considérés comme créanciers chirographaires ». Ainsi, en droit malgache, si le réservataire ne produit pas sa créance, il perdra son droit de revendication, de même s'il oublie de préciser qu'il a l'intention d'exercer ce droit. Et selon l'article 78 in fine, la production des créances et des revendications doit se faire « dans le délai de un mois suivant la réception de l'avertissement » ou au plus tard, « à partir de la décision d'ouverture et jusqu'à l'expiration d'un délai de deux mois suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales » selon l'article 77 alinéa premier, sous peine de forclusion. Enfin, l'article 104 alinéa 2 d'ajouter que la revendication doit être exercée dans un délai de trois mois à compter de la décision de justice l'admettant, sous peine de forclusion.

Ensuite, « la restitution des biens revendiqués vaut paiement »¹ puisqu'aux termes de l'article 2371 du Code civil français, la valeur du bien repris est imputée à titre de paiement sur le solde de la créance garantie, et au cas où la première excèderait la seconde, le créancier doit restituer le surplus au débiteur. Cet aspect selon lequel le créancier n'est pas autorisé à s'enrichir au détriment du débiteur confirme que la réserve de propriété est véritablement une sûreté².

L'article L624-16 alinéa 4 du Code de commerce français ajoute aussi que la revendication n'est plus possible dès lors qu'avant la restitution des marchandises, leur prix a été immédiatement et intégralement payé. L'article 106 alinéa 3 de la loi n°2003-042 précitée reprend cette règle. Mais si la restitution matérielle n'est pas faisable parce que le bien affecté par la clause de réserve de propriété a été vendu à une tierce personne, alors les articles L624-18 du Code de commerce et 106 in fine de la loi précitée autorisent que le créancier obtienne paiement en revendiquant tout ou partie du prix de revente, que

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 681.

² Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 668.

le sous-acquéreur doit au débiteur revendeur. Toutefois, cela n'est faisable que si le créancier n'a ni été payé en valeur ni compensé (en compte courant pour le droit malgache) à la date du jugement d'ouverture.

Mais cet article L624-16 du Code du commerce est très intéressant en ce qu'il a aligné le régime juridique de la revendication d'un bien transféré « dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant » sur celui de la clause de réserve de propriété¹. Cependant, le réservataire aura un net avantage par rapport au fiduciaire puisque la revendication des biens pourra se faire immédiatement, dans un délai de trois mois à partir du jugement d'ouverture. Or, comme nous avons pu le voir dans une sous-partie consacrée à l'étude des droits du bénéficiaire dans un contrat de fiducie-sûreté, le fiduciaire devra attendre la résiliation ou le terme du contrat de mise à disposition pour être désintéressé. En effet, ce dernier sera considéré, rappelons-le, comme un contrat en cours, ce qui empêchera le fiduciaire de se prévaloir d'un paiement indirect².

A priori, on pourrait croire que la revendication est un mécanisme proche de la résolution, mais la doctrine confirme que « la revendication n'entraîne pas la résolution. Les deux institutions ne sont pas liées »³. Tandis que la résolution nécessite une demande en justice et l'appréciation du juge⁴, la revendication est une « action en justice apportée à tout propriétaire pour faire reconnaître son titre »⁵.

2- Le crédit-bail : un instrument de financement sécurisé

En ce qui concerne le crédit-bail, il n'est pas considéré comme un véritable mécanisme de garantie dans les établissements de crédit que nous avons approchés et n'est d'ailleurs pas très fréquemment utilisé non plus même en tant qu'instrument de crédit. Déjà, quant

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 683.

² Ibidem.

³ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 667.

⁴ Ibidem.

⁵ Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14^{ème} édition, 2003, page 515.

à sa qualification juridique, certains auteurs ont pu remarquer que c'est « une opération hybride qui hésite entre une opération de crédit et un contrat de bail »¹.

Il s'agit d'« un montage par lequel un professionnel, désireux de disposer d'un bien d'équipement, le fait acheter par un établissement de crédit qui le lui donne en location pour une durée correspondant à la durée d'amortissement du bien »². Puisque le crédit-bail contient une promesse unilatérale de vente assortie d'une option d'achat, à la fin de ladite période d'amortissement du bien, l'utilisateur peut acheter le bien pour sa valeur résiduelle, mais il a aussi la possibilité de poursuivre le bail (pour un loyer plus faible) ou de restituer le bien en question³.

Le crédit-bail est avant tout un mécanisme de crédit car en acquérant un bien en son nom mais en fait dans l'intérêt d'un crédit-preneur qui n'en n'a pas les moyens financiers, le crédit-bailleur lui consent un crédit. Les loyers élevés payés par l'utilisateur peuvent ainsi être perçus comme un remboursement échelonné du prêt consenti. Et si une telle institution a pu être analysée comme un mécanisme de garantie, c'est parce que ce prêt/crédit en question est garanti par la conservation de la propriété de la chose achetée⁴. A l'instar du créancier réservataire, le crédit-bailleur se réserve « un droit de propriété sur la valeur de la chose »⁵. Détenant ce que l'on pourrait appeler la propriété juridique, celui-ci voudra se décharger de toutes charges « inhérentes à l'utilisation du bien »⁶, qui sont en fait rattachées à ce que l'on pourrait désigner la propriété économique⁷, si on fait la transposition en droit anglo-saxon.

¹ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, page 240.

² Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, page 239.

³ Ibidem.

⁴ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 669.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ L'éclatement de la propriété comme dans le cas du *trust* et la dichotomie qui s'ensuit entre propriété juridique et propriété économique n'existent pas dans le droit de tradition civiliste, toutefois nous employons ces termes afin de mieux illustrer nos propos ; cf. Philippe DUPICHOT, *Rapport de synthèse*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, pages 102 et 103.

⁷ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 669.

Par ailleurs, il faut noter que le crédit-bailleur a tout intérêt à ce que le bien qu'il a financé ne lui soit jamais restitué, que cette propriété économique demeure au locataire¹. Cela s'explique par le fait que si le crédit-preneur est défaillant, le créancier établissement bancaire ou financier s'encombrera d'un bien qui ne lui est d'aucune utilité pour son activité. A part les frais engendrés pour la conservation de ce bien, le créancier n'est pas assuré de trouver un nouvel acheteur de si tôt, ce qui peut être gênant. En effet, lorsque le bien acquis correspond à un besoin spécialisé, il est difficile de le replacer sur le marché². En outre, si le bien a été mis suffisamment longtemps en la possession du débiteur, son usage a pu diminuer la valeur du bien, ce qui devrait empêcher le crédit-bailleur d'obtenir un remboursement intégral en le revendant.

Si le crédit-bail est si difficile à qualifier juridiquement, c'est bien parce qu'il « n'a pas pour objet principal la constitution d'une sûreté, il en produit cependant les effets »³.

S'il y a bien lieu de retenir la qualification de propriété-sûreté, le crédit-bail se distingue cependant par son atypisme puisqu'ici, « la propriété n'est pas l'accessoire des créances du crédit-bailleur sur l'utilisateur »⁴. En effet, en cas de résiliation du contrat de crédit-bail pour défaut de paiement, le fait que le crédit-bailleur récupère son bien ne peut pas être assimilé à une réalisation de sûreté, dans la mesure où la créance de loyers est toujours due, elle n'est pas éteinte⁵. Or, on aurait pu penser le contraire en se référant au mécanisme de la réserve de propriété. C'est pourquoi, selon le professeur Jean-Baptiste Seube, il serait préférable de considérer le crédit-bail comme une simple garantie que comme une véritable sûreté puisque la propriété n'est pas au service d'une créance de loyer⁶.

En tant que propriété-sûreté ou propriété-garantie, le crédit-bail résiste à l'épreuve des procédures collectives. Cependant, l'opposabilité de la réserve de propriété dépendra de

¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 290.

² Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, page 449.

³ Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} édition, Dalloz 2010, page 240.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

l'accomplissement d'une mesure de publicité¹, qui en matière mobilière, se fait par le biais d'une inscription sur un registre spécial tenu au greffe du Tribunal de commerce². Des mesures de publicité foncière peuvent être obligatoires pour les biens immeubles³. Cependant, tout comme la fiducie-sûreté et la réserve de propriété, en dehors de toute situation de faillite du crédit-preneur, le crédit-bail se heurte aussi aux droits des sous-acquéreurs de bonne foi qui peuvent invoquer le bénéfice de l'article 2276 du Code civil français⁴. La Cour de Cassation française a d'ailleurs décidé que l'accomplissement de la publicité du crédit-bail est sans effet à leur égard⁵.

En droit malgache, aux termes de l'article 10 de la loi n°2004-052 sur le crédit-bail, « les contrats de crédit-bail doivent être [...] inscrits auprès du registre du crédit-bail du lieu de leur conclusion » et selon l'article 14 de la même loi, cette formalité de publicité incombe en principe au crédit-bailleur. Selon l'article 15 suivant, cette publicité rend le contrat de crédit-bail opposable aux parties et aux tiers.

Grâce à cette publicité obligatoire, le crédit-bailleur n'a pas à exercer l'action en restitution avant le jugement d'ouverture⁶, contrairement au réservataire. Pour pouvoir reprendre le bien loué, le créancier doit adresser une demande d'accord de restitution à l'administrateur, ou à défaut au débiteur ou encore au liquidateur, qui a alors un mois pour se prononcer; et en cas de refus, le crédit-bailleur peut saisir le juge-commissaire⁷. Dans l'accomplissement de ces démarches, aucun délai n'est imposé⁸.

Une fois le bien restitué, le crédit-bailleur décidera s'il veut le vendre ou le redonner en location⁹, mais quoiqu'il en soit la reprise du bien a valeur de paiement indirect. Bien sûr,

¹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 682.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 327.

³ Ibidem.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 327.

⁵ Com. 14 octobre 1997, société Procrédit contre sociétés Durr développement et systèmes et Aegys technology, N° de pourvoi: 95-10006, Bulletin 1997 IV N° 257, page 224.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 682.

⁷ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 283; bien que la réserve de propriété soit rare en matière immobilière.

⁸ Ibidem.

⁹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 682.

la sécurité apportée au créancier dans le cadre des procédures collectives n'est pas absolue. En droit français, dans l'hypothèse où l'administrateur décide de continuer le contrat, le crédit-bailleur doit s'y conformer¹, et ce, même si le crédit-preneur n'a pas exécuté ses obligations antérieurement au jugement d'ouverture². Certes, aux termes de l'article L622-17 du Code de commerce français, le crédit-bailleur bénéficie d'un privilège par rapport à tout autre créancier concernant le paiement des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, d'un contrat de crédit-bail en cours. Cependant, ledit privilège est étranger aux créances nées antérieurement au jugement d'ouverture, que le créancier devra déclarer à titre chirographaire³.

En droit malgache, l'article 54 de la loi 2004-052 sur le crédit-bail prévoit qu'en cas de concordat de redressement, ou de concordat préventif, cela « n'entraîne pas la résiliation du contrat de crédit-bail ». Selon l'article 111 de la même loi, le syndic pourra exiger la poursuite du contrat de crédit-bail en cours mais à charge pour lui de fournir les prestations dues au crédit-bailleur. Dès lors, ce dernier aura le droit de résilier de suite le contrat et de demander la restitution de son bien sans plus avoir à se conformer aux règles de la procédure collective, dès que le crédit-preneur n'aura pas satisfait aux engagements lui incombant tels que fixés dans le cadre du concordat. Le crédit-bailleur aura juste à « faire signifier au crédit-preneur par voie d'huissier, une sommation à personne ou à domicile réel », comme le prévoit l'article 51 de la loi précitée.

Enfin, en cas de cession d'entreprise⁴, celle-ci peut englober le contrat de crédit-bail et le créancier ne pourra pas s'y opposer⁵. Sur ce point, il semble que la clause de réserve de propriété soit supérieure au crédit-bail⁶.

¹ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 670.

² Article L622-13 du Code de commerce français : « I- [...] Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif ».

³ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 670.

⁴ Article L642-1 du Code de commerce français : « La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif ».

⁵ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 670.

⁶ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 290.

Néanmoins, le droit français et le droit malgache prévoient qu'en cas de cession d'un contrat de crédit-bail, le crédit-preneur ne peut lever l'option d'achat « qu'en cas de paiement des sommes restant dues dans la limite de la valeur du bien fixée d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, par le tribunal à la date de la cession »¹. Et sur ce point, que ce soit en période de redressement judiciaire, de sauvegarde ou de liquidation judiciaire/des biens, le législateur a accepté exceptionnellement de reconnaître au crédit-bailleur le droit d'obtenir paiement par l'intermédiaire de la levée d'option du contrat lorsque la poursuite de l'activité du débiteur l'exige². Toutefois, ce paiement n'aura un réel intérêt que s'il est d'une valeur inférieure à celle du bien.

B- Un domaine d'application relativement restreint dans la pratique

On ne peut pas réellement parler de concurrence entre les différentes propriété-sûretés. En effet, chacune d'entre elles a été créée pour une vocation spécifique. Si le crédit-bail est davantage une « activité d'investissement ³ » et une forme de « location-financement »⁴, la clause de réserve de propriété est un instrument permettant aux fournisseurs et vendeurs de marchandises d'accorder des délais de paiement à leurs clients/acheteurs en toute sécurité. Mais tous deux favorisent l'investissement. La fiducie quant à elle, se distingue des deux autres par son caractère « polymorphe ». S'adaptant à divers cas de figure, elle est à la fois un outil de gestion de patrimoine, de financement et/ou de refinancement de petites et moyennes entreprises, et une sûreté. Utilisée à des fins de garantie, elle concerne toutes les relations d'affaires possibles : fournisseur/vendeur et client/acheteur, banquier et emprunteur. En outre, elle peut concerner tous les types de biens qui soient, contrairement à ses « consœurs ». »⁵. En effet, la réserve de propriété concerne exclusivement les biens corporels, immeubles ou meubles⁶. Quant au crédit-bail, il porte sur les biens immobiliers, mais surtout sur les

¹ Articles 155 in fine de la loi n°2003-042 sur les procédures collectives d'apurement du passif et L642-7 du Code de commerce français.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 328.

³ Article 1^{er}, alinéa 4 de la loi n°2004-052 sur le crédit-bail.

⁴ Article 1^{er}, alinéa 4 de la loi n°2004-052 sur le crédit-bail.

⁵ Reinhard DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, adresse URL : <http://droit-des-affaires.efc.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/>.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012 ; bien que la réserve de propriété soit rare en matière immobilière, page 321.

biens mobiliers tels que les biens d'équipement, matériels et outillages, véhicules. Cependant, pour les biens incorporels, il se limite aux fonds de commerce et aux établissements artisanaux.

Malgré cette potentielle polyvalence, son domaine d'application est restreint dans la pratique. Selon les praticiens, « les cas les plus fréquents sont [...] des fiducies sur parts sociales, sur créances ou sur sommes d'argent »¹. N'ayant pas encore eu l'occasion de se développer suffisamment depuis son introduction en droit français, elle s'avère néanmoins très utile dans le cadre des créances restructurées et des organismes comme le Comité interministériel de la restructuration industrielle l'utilisent souvent². Ce dernier effectue un accompagnement des grandes entreprises en difficulté dans le cadre de l'accomplissement d'actions visant à assurer leur pérennité et leur développement.

Par rapport au crédit-bail, la fiducie-sûreté ne permet pas l'acquisition de biens d'équipement professionnel au bénéfice d'un entrepreneur. Elle est seulement conçue pour lui procurer rapidement et facilement des fonds frais. Cependant, certains auteurs pensent que le crédit-bail a quelques ressemblances avec la fiducie, notamment dans l'hypothèse du *lease-back*³ ou cession-bail.

Il s'agit de l'opération par laquelle le propriétaire d'un bien, généralement immeuble⁴ le vend au prêteur, qui est la société de crédit-bail⁵. Cette dernière le reloue aussitôt dans le cadre d'un crédit-bail. A la fin de la location, le crédit-preneur dispose de l'option d'achat, si elle est levée, alors le crédit-preneur redevient le propriétaire du bien⁶. Si l'opération concerne un bien meuble, on parle de *leasing* adossé⁷, mais il y a ici une légère nuance puisque le crédit-preneur loue à son tour le même bien à des clients utilisateurs.

¹ Reinhard DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, adresse URL : <http://droit-des-affaires.efe.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/>.

² TC Conseils, *La fiducie*, [en ligne], adresse URL : www.tcconseils.com/fiducie.php.

³ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 290.

⁴ L'immeuble en question doit être à usage professionnel, comme un local commercial ou industriel, une usine, des bureaux ou même un entrepôt.

⁵ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, page 449.

⁶ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 290.

⁷ Daniel MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2008, page 253.

Il est vrai qu'a priori, un tel mécanisme rappelle vaguement celui de la vente à réméré, qui a, comme nous l'avons vu, quelques liens avec la fiducie. D'autant plus que si le débiteur a besoin de continuer à utiliser le bien vendu, le créancier acheteur va le lui relouer immédiatement. Nous constatons que dans les deux mécanismes, le prix du bien cache en fait un véritable prêt qui est payé sous forme de loyers. Par rapport à la fiducie-sûreté moderne, la principale différence est que le bien transmis en pleine propriété entre dans le patrimoine personnel du créancier. Cependant, le débiteur vendeur en acquiert aussitôt la possession et la jouissance moyennant le paiement des loyers, ce qui nous rapproche de la fiducie avec une convention de mise à disposition.

Nous avons vu qu'à l'instar du crédit-bail, la fiducie-sûreté peut être utilisée comme un moyen de financement et de refinancement, présentant très peu de risques pour le banquier. Dans les deux cas, l'entreprise pourra obtenir un crédit en transférant la propriété d'un bien acquis préalablement. La cession-bail est cependant légèrement différente puisqu'il s'agit davantage de « récupérer de la trésorerie à partir de biens appartenant à la société »¹.

Mais là où le système du *lease-back* semble plus avantageux que celui de la fiducie, c'est par rapport au dénouement en cas de faillite du crédit-preneur en cours de contrat. En effet, il ne s'agira pas à proprement parler d'une réalisation de sûreté² puisque même après avoir récupéré son bien, le crédit-bailleur restera créancier des loyers impayés, comme nous l'avons évoqué antérieurement. Mais en plus, il pourra toujours prétendre à la créance d'indemnité résultant de la clause pénale traditionnellement insérée dans ce genre de contrat³. Et même dans l'hypothèse où il serait intégralement remboursé, il aura toujours tout à fait le droit de conserver le bien objet du crédit-bail. Dès lors, nous ne voyons pas comment la fiducie-sûreté pourrait rivaliser avec un système aussi ingénieux (bien que quelque peu abusif).

¹ Xavier LABARRIERE, *Comment marche un lease-back ?*, ECL Direct, [en ligne], 24/09/2013, mise à jour le 21/09/2016, adresse URL : <https://www.expert-comptable-tpe.fr/articles/comment-marche-un-lease-back/>.

² C'est ce qui a conduit des auteurs comme les professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly à être en désaccord par rapport à la qualification de sûreté ou non du crédit-bail.

³ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, page 450.

Pourtant, on peut reprocher à la cession-bail son manque d'accessibilité aux petites et moyennes entreprises même si en théorie toute entreprise, sans distinction peut en bénéficier. En plus d'être une opération juridique assez complexe, elle ne concerne en pratique que des biens d'une très grande valeur comme les biens immobiliers et industriels entre autres¹, même si la théorie admet la mise en cession-bail de tous les biens, du moment qu'ils sont utilisés dans l'exploitation commerciale, industrielle ou professionnelle. Or, nous verrons très prochainement que ces critiques concernent tout aussi bien la fiducie-sûreté.

Toutefois, le *lease-back* sera rarement consenti par l'établissement de crédit si son objectif est de générer des liquidités en vue de financer des activités déficitaires². Sur ce point, il est préférable de se tourner vers la fiducie-sûreté qui permet plus facilement aux entreprises en difficultés d'obtenir du crédit. En outre, les actifs sur lesquels porte la cession-bail doivent être d'une qualité irréprochable³. C'est-à-dire qu'ils doivent avoir fait l'objet d'un bon entretien.

Par ailleurs, au niveau du coût, le *lease-back* immobilier peut être particulièrement onéreux puisqu'il faut établir un acte authentique, procéder à la publicité foncière, sans oublier l'expertise immobilière⁴. Et même si l'opération est fiscalement globalement neutre, plus la durée du contrat est longue, plus le coût financier sera élevé. Or il s'avère que la durée du contrat dépendra justement de la capacité financière de l'entreprise crédit-preneuse.

L'avenir dira laquelle des deux institutions : fiducie-sûreté ou *lease-back* immobilier, aura la faveur des praticiens en matière de financement immobilier.

D'aucuns pensent également que la fiducie-sûreté ne pourra pas concurrencer la clause de réserve de propriété en matière de meubles corporels, dont la technique est éprouvée

¹ Xavier LABARRIERE, *Comment marche un lease-back ?*, ECL Direct, [en ligne], 24/09/2013, mise à jour le 21/09/2016, adresse URL : <https://www.expert-comptable-tpe.fr/articles/comment-marche-un-lease-back/>.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Eric TORT, *Les spécificités des opérations de lease-back immobilier*, Revue Française de Comptabilité, juillet-août 2011, n°445, page 39.

depuis de nombreuses années et qui procure une grande satisfaction aux créanciers¹. En outre, la réserve de propriété a l'avantage d'avoir une constitution simple alors que le mécanisme du patrimoine fiduciaire est bien trop complexe sans pour autant apporter une meilleure protection².

En outre, si la réserve de propriété peut s'insérer dans les relations entre particuliers, à titre d'exemple dans le cadre de la vente d'un véhicule, la fiducie-sûreté est assurément trop technique pour le simple particulier qui aura systématiquement besoin des conseils d'un tiers-protecteur. De même, si le constituant et le bénéficiaire sont tous deux de simples particuliers, il leur faudra l'intervention d'un fiduciaire rémunéré. Or dans les deux cas, la fiducie-sûreté engendrera des coûts supplémentaires. En outre, elle est « trop lourde et trop complexe à mettre en place pour de petits crédits³ » et notamment les crédits à la consommation, et son utilisation par des « personnes physiques paraît inopportune spécialement lorsque le crédit est d'un montant relativement faible »⁴.

Ainsi, la fiducie-sûreté est davantage conçue pour les opérations de crédit entre professionnels⁵. Et même sur ce point, en raison de sa finalité et de sa technicité, elle serait beaucoup plus attrayante et pratique pour les grandes entreprises⁶.

Par ailleurs, elle se distingue des autres sûretés par le fait que la cession de la créance garantie n'entraîne pas un transfert automatique de la fiducie-sûreté au cessionnaire. Pour ce faire, il faudra procéder à la rédaction d'un écrit qui devra être enregistré⁷.

¹ Stéphane PIEDELIEVRE, *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 78.

² Stéphane PIEDELIEVRE, *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 78.

³ Alain GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 73.

⁴ Harijaona S. RANDRIAMAROTIA, *Réflexions sur les mécanismes d'affectations des créances à la garantie d'une dette en droit français, Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, page 394.

⁵ Stéphane PIEDELIEVRE, *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 78.

⁶ Ibidem.

⁷ François BARRIERE, *La fiducie-sûreté en droit français*, *Mc Gill Law Journal* 584, 2013, page 903.

Sur ce point, il semble que le créancier réservataire n'a rien à envier au créancier fiduciaire. En effet, la cession de créance du vendeur transmet de suite la clause de réserve de propriété, lui permettant alors de mobiliser sa créance auprès d'un établissement de crédit, sans autre formalité¹.

La situation est différente pour les fiducies-sûretés innomées. Certes, de par leur assiette limitée et leur finalité, nous avons pu constater qu'elles ont vocation à s'appliquer dans des domaines très restreints. Mais leur succès en droit français prouve que le mécanisme de l'aliénation fiduciaire est préféré à d'autres figures de garantie plus classiques comme le nantissement de créances, ou le nantissement de compte-titres. Il en est de même dans les établissements bancaires où nous avons effectué nos enquêtes, et où la cession fiduciaire malgache concurrence le nantissement de créances. Dans la pratique, elle va être un instrument de mobilisation des créances afin de permettre aux entreprises de régler des problèmes de trésorerie dus aux retards de paiement notamment, ou au besoin de s'approvisionner en matière première². Elle est en outre le moyen de financement le plus rapide et facile puisque la mobilisation de créances est possible dès la facturation, et le crédit accordé peut être effectué sous forme d'escompte ou d'avance en compte³. En outre, elle peut être utilisée pour garantir d'autres crédits comme ceux effectués par signature⁴.

Section II : La redoutable efficacité de la fiducie-sûreté à l'aune des procédures collectives

Il faut reconnaître à la fiducie sa résistance face à certains principes des procédures collectives (Paragraphe I). En outre, grâce à une réalisation toujours possible (Paragraphe II), il est difficile pour toute autre sûreté réelle de faire le poids.

¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, pages 288 et 289.

² Luc BERNET-ROLLANDE, Hugues BERNET-ROLLANDE, *La mobilisation Dailly*, Banque Info, [en ligne], adresse URL : www.banque-info.com/fiches-pratiques-bancaires/la-mobilisation-dailly.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

Paragraphe I : Sa résistance face à certains principes des procédures collectives

Depuis longtemps, les praticiens ont demandé à ce que la fiducie puisse être utilisée à des fins de garantie en raison de l'affaiblissement des droits de préférence conférés par les sûretés réelles classiques en cas d'ouverture d'une procédure collective¹. Ces dernières ont été victimes de leur succès. A force d'être trop fréquemment utilisées, des réformes ont dû intervenir pour éviter tout abus. Mais en voulant équilibrer les intérêts du créancier avec ceux du débiteur le législateur a versé, paradoxalement, dans une sorte de surprotection du débiteur constituant au détriment du créancier. Cette situation était surtout regrettable en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur puisque souvent la réalisation de la sûreté réelle se retrouvait paralysée, ou alors elle était réduite ou soumise obligatoirement à une déclaration. De ce fait, celle-ci s'avérait généralement inefficace dans la situation que tout créancier redoute le plus, dans la seule situation où justement l'on espère être dans une position plus favorable que celle des autres créanciers concurrents. Les propriété-sûretés en général résistent mieux aux procédures collectives mais la fiducie-sûreté est véritablement un « instrument redoutable de protection des créanciers de l'entreprise en difficulté »². Commençons d'abord par survoler les règles générales s'appliquant dans le cadre des procédures collectives.

Les procédures collectives sont, rappelons-le, régies par le principe de l'égalité des créanciers. A ce titre, le patrimoine réel ou apparent du débiteur sera figé à une certaine date, ce qui peut entraîner la disparition de certaines sûretés qui ont été constituées antérieurement³. Se cache derrière cette règle, la volonté de sanctionner la prise de sûretés dans des conditions abusives, et cela se traduit, premièrement, par la nullité de la

¹ Stéphane PIEDELIEVRE, *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 75.

² Nicolas GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), page 3.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 649.

période suspecte¹. En effet, on ne peut admettre qu'un créancier cherche à se prémunir contre une insolvabilité déjà acquise². Notons que cette règle ne joue pas dans le cadre de la sauvegarde³.

Ainsi, premièrement, aux termes de l'article L632-1 du Code de commerce français, tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire est nul, lorsqu'il est intervenu depuis la date de cessation des paiements. En outre, est nul « tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant ».

La fiducie-sûreté n'échappant donc pas à la règle, l'annulation rétroactive aura pour conséquence que le créancier qui aura fait constituer sa sûreté dans de telles circonstances, redevienne simplement chirographaire. En outre, le jugement ayant prononcé la nullité doit également faire radier la sûreté et le cas échéant, remettre le débiteur constituant en possession de son bien si dessaisissement il y a eu⁴. Cette nullité étant de droit⁵ pour toutes les sûretés mentionnées à l'article L632-1 précité, le juge saisi ne peut exercer aucun pouvoir d'appréciation⁶.

Par ailleurs, il est important de connaître, d'une part, quelle est la formalité essentielle à la constitution d'une sûreté puisque c'est de la date de l'accomplissement de cette dernière que va dépendre la validité de la sûreté⁷. Ainsi, si la jurisprudence a admis que devait être prise en compte la date de l'acte notarié en matière d'hypothèque⁸, on peut en déduire qu'il en sera de même pour la fiducie-sûreté immobilière, étant donné que de nombreuses dispositions relatives à l'hypothèque conventionnelle ont été reprises pour la

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 650, la période suspecte est la période se situant entre la date de cessation des paiements et celle du jugement d'ouverture de la procédure collective.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 651.

³ Le débiteur qui n'est pas en cessation de paiement peut solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Elle est une procédure de traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise, et spécifique au droit français ; cf. Pierre-Michel LE CORRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2011, page 18.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 651.

⁵ Ainsi, a contrario, la nullité ne sera que relative pour les sûretés qui ne sont pas mentionnées à l'article L632-1 précité. Le juge aura alors un pouvoir d'appréciation qui va porter sur la connaissance du créancier, de l'état de cessation des paiements du débiteur, au moment où la sûreté a été constituée ; cf. Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 652.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 651.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

régir. En ce qui concerne, la fiducie-sûreté mobilière, que l'on soit en présence d'un meuble corporel ou incorporel, il semble qu'il faille prendre en compte la date de l'écrit constatant le contrat.

S'agissant des fiducies-sûretés innomées, même si leur constitution intervient dans le cadre de la période suspecte, cela n'est d'aucune incidence sur leur validité, et c'est le cas notamment de la cession *Dailly*¹ et du gage-espèces². La Chambre commerciale de la Cour de cassation française a d'ailleurs eu l'occasion de confirmer ce principe³.

D'autre part, il faut tenir compte de la date de la créance garantie puisque la nullité absolue ne s'applique que si la sûreté a été constituée pour garantir une dette née antérieurement⁴. Ainsi, aux termes de l'article L632-1, I, 9°, le transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire est donc valide s'il est intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée.

Deuxièmement, il s'agira de la nullité ou de la réduction des garanties disproportionnées par rapport au crédit consenti⁵. Cette règle joue dans le cadre de toutes les procédures, que ce soit la sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaire, ce qui la rend plus redoutable que le principe de la nullité de la période suspecte. Prévue par l'article 650-1 du Code de commerce français, le législateur fait ici référence à la pratique consistant pour le créancier à constituer des sûretés sur le plus de biens possible du débiteur, étant entendu ici, tous les biens de valeur étant encore disponibles⁶. Or, ce faisant, il rompt non seulement le principe de l'égalité entre les créanciers, mais en plus il aggrave sa situation⁷.

Etant donné que la fiducie-sûreté risque de gaspiller le crédit du débiteur lorsque souvent le bien transféré est d'une valeur supérieure à celle de la créance garantie, on peut se

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 651.

² Alain GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 73.

³ Com. 28 mai 1996, N° de pourvoi : 94-10361, Bulletin 1996 IV N° 151, page 131.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 652.

⁵ Ibidem.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 653.

⁷ Ibidem.

demander si la sûreté offerte ici peut être analysée comme étant disproportionnée. La réponse est négative si les parties ont prévu un rechargement. En effet, ce dernier permet de « mobiliser la différence de valeur entre le bien initialement hypothéqué ou transféré dans le patrimoine d'affectation et le montant des crédit »¹.

Mais comment apprécier cette disproportion ? Il ne s'agit pas ici de prendre en compte les facultés du débiteur, mais plutôt de considérer le fait que le créancier soit muni de garanties bien plus que suffisantes pour lui apporter la sécurité de paiement qu'il est en droit d'attendre². La professeure Manuella Bourassin parle à ce sujet, de « surgarantie »³. Pour, le reste, il faudra s'en remettre au pouvoir d'appréciation du juge. La nullité qui sanctionne cette disproportion est d'ailleurs à ce titre, facultative. De même, la réduction des sûretés suppose que le juge soit en mesure d'apprécier la gravité de la faute commise par le créancier⁴.

Par ailleurs, en dehors des sanctions précitées, le créancier fautif peut être condamné au paiement de dommages et intérêts. La faute est en elle-même constituée par la disproportion des garanties prises au regard du crédit consenti. Quant au préjudice subi par la collectivité des créanciers, il peut s'agir de la cessation d'activité du débiteur ou de l'augmentation de son passif⁵. La difficulté réside dans la preuve du lien de causalité. Il faudra à titre d'exemple prouver que c'est à cause de la constitution des garanties disproportionnées que le débiteur a été incapable d'obtenir du crédit auprès d'autres créanciers puisqu'il n'a pas été en mesure de leur fournir de nouvelles garanties. Par voie de conséquence, il s'est retrouvé en état de cessation des paiements⁶.

Maintenant, s'agissant de l'opposabilité de la fiducie-sûreté à la procédure collective, premièrement, il semblerait que l'interdiction de principe des inscriptions après le jugement d'ouverture s'applique à la fiducie-sûreté immobilière. En effet, c'est la seule qui doit faire l'objet d'une publicité. Or, aux termes de l'article L622-30 du Code de commerce français, «les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 653.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 654.

⁵ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 653.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 654.

être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture ». Ce principe vise à faciliter la procédure collective et à améliorer les chances de redressement du débiteur en gelant son patrimoine¹. Il permet aussi de maintenir l'égalité entre les créanciers. A première vue, le législateur a limitativement énuméré les sûretés concernées par de telles mesures, mais selon certains auteurs, le champ de cette interdiction est très vaste puisqu'elle a une portée générale : elle concerne toutes les sûretés, mobilières, immobilières ; conventionnelles, judiciaires et légales, dès lors que la loi impose leur publicité². Or il semble que ce soit justement le cas de la fiducie-sûreté immobilière, sauf à considérer qu'il s'agit ici d'une publicité conçue spécialement pour permettre l'information des tiers. Ainsi, la nullité de ces inscriptions a pour conséquence de rendre inopposables aux créanciers et aux ayants cause du débiteur, la sûreté concernée. Par conséquent, le créancier sanctionné ne peut participer à la procédure collective qu'en qualité de chirographaire³.

Ensuite deuxièmement, le créancier fiduciaire (ou le bénéficiaire) devrait, comme tout autre créancier⁴, déclarer sa créance ainsi que la fiducie qui vient la garantir. Toutefois, à une certaine époque, des auteurs ont pu penser le contraire, puisque le bien ayant quitté le patrimoine du débiteur, seul le bénéficiaire de la fiducie-sûreté a un droit exclusif sur le patrimoine fiduciaire⁵. Ainsi, selon eux, la déclaration n'a d'intérêt que si le patrimoine fiduciaire est insuffisant pour désintéresser le créancier. L'hésitation provient du fait qu'aucune disposition législative n'exige spécifiquement que le créancier fiduciaire soit obligé de déclarer sa créance et sa sûreté, sauf à considérer que l'article L622-24 du Code de commerce s'applique également aux propriétés-sûretés, que le législateur a classé parmi les sûretés réelles. En outre, la Cour de cassation admet que le créancier réservataire puisse agir en revendication, sans avoir à déclarer sa créance, même si une

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 656.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 657.

³ Ibidem.

⁴ Les seuls créanciers qui échappent à cette obligation de déclaration sont les salariés, comme le confirme l'article L622-24 du Code de commerce français : « A partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire ».

⁵ Reinhard Dammann, Gilles Podeur, *Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution?*, Dalloz, 2007, page 1361 ; cité par Pierre-Michel LE CORRE, dans l'ouvrage *Droit et pratique des procédures collectives*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2008-2009, à la page 1498.

telle solution ne prend pas en considération le caractère accessoire de la clause de la réserve de propriété¹.

Malgré tout, il est préférable de déclarer la créance et la fiducie-sûreté qui la garantit à titre de précaution².

« La déclaration est l'acte par lequel un créancier manifeste son intention d'obtenir, dans le cadre de la procédure, le paiement de ce qui lui est dû »³. Elle doit intervenir dans un délai de deux mois à partir du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire⁴.

Avant la réforme des procédures d'insolvabilité en date de 2005, la sanction du défaut de déclaration était l'extinction par voie principale des créances, suivie de l'extinction par voie accessoire des sûretés qui y sont rattachées. Dorénavant, la créance non déclarée n'est plus éteinte mais les « créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes », comme le prévoit l'article L622-26 du Code de commerce français.

Mais quels sont les effets de cette inopposabilité des créances non déclarées ? La principale conséquence est que les sûretés réelles ne pourront pas être réalisées, ce faisant, le créancier ne pourra pas bénéficier d'un paiement préférentiel sur le prix issu de la vente des actifs du débiteur⁵. Et le même article, en son alinéa second précise que l'inopposabilité à l'encontre du débiteur perdure pendant toute la durée de l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, et après son exécution lorsque les engagements qui y ont été prévus ou décidés par le tribunal ont été tenus.

Quant à la fiducie-sûreté qui vient garantir la créance, si elle n'est pas mentionnée dans la déclaration de créance, elle ne pourra être invoquée dans la procédure collective et sur ce

¹ Com. 17 mars 1998, société Meijac contre société Seeri Froid, N° de pourvoi : 95-11209, Bulletin 1998, IV, N° 108, page 187 et Com. 21 février 2006, Société Ceratherm contre la société Poncinoise de charpente et de menuiserie, N° de pourvoi : 04-19672, Bulletin 2006 IV N°43, page 44.

² Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 67.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 658.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 660.

⁵ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, Page 662.

point, la jurisprudence est constante s'agissant des sûretés réelles¹. Le fiduciaire négligent y participera alors en tant que simple créancier chirographaire.

Mais maintenant, à supposer que le créancier ait bien respecté toutes ces prescriptions légales, quid de son paiement ? Aux termes de l'article L622-7 du Code de commerce français en son alinéa premier, « le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture ». Cette interdiction de principe s'applique tant dans le cadre de la sauvegarde, que dans celui du redressement et de la liquidation judiciaire. Il émane de cette règle, la volonté d'instaurer une discipline collective, et d'augmenter les chances de redressement du débiteur².

Exceptionnellement, lorsque certaines créances ou certains biens sont sortis du patrimoine du débiteur, le paiement pourra intervenir et sont concernées à ce titre, la cession de créance, la délégation de créance et la fiducie-sûreté³.

Il y a ainsi deux moyens pour un créancier d'être désintéressé, au moins partiellement : le paiement à l'échéance et le paiement par préférence⁴. Le premier est beaucoup plus efficace puisque le créancier concerné échappe à tout concours. Or, le deuxième est soumis à la loi du concours car le paiement par préférence va en fait s'exercer sur le prix dégagé de la cession de l'entreprise, de ses actifs, ou des deniers de la liquidation⁵.

Il s'avère que le créancier fiduciaire ou le bénéficiaire de la fiducie-sûreté font partie de ceux qui peuvent bénéficier du premier type de paiement, alors que le second concerne les créanciers munis de sûretés réelles classiques.

Dans le cadre du redressement judiciaire et de la procédure de sauvegarde, le paiement à l'échéance peut être direct ou indirect. Ainsi, le paiement est direct⁶ si le créancier a été

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 664.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 668.

³ Pierre-Michel LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2008-2009, page 796.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 668.

⁵ Ibidem.

⁶ Bénéficient du paiement direct, les salariés, les créanciers titulaires d'un droit de rétention ou de propriété sur un ou plusieurs biens utiles au bon déroulement de la procédure, les bénéficiaires du privilège de la procédure et les titulaires de sûretés transférées au cessionnaire de l'entreprise débitrice, cf. Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 670.

payé grâce aux sommes prélevées sur les fonds disponibles de l'entreprise débitrice ou si elles ont été versées par le repreneur de cette dernière¹. Par contre, il est indirect si la conservation ou l'acquisition de la propriété d'un bien va permettre d'éteindre au moins pour partie la créance garantie, la valeur dudit bien venant en déduction de celle de la créance en question². La fiducie-sûreté est alors très avantageuse puisque le créancier fiduciaire ou le bénéficiaire pourront être payés directement ou indirectement, suivant la situation.

En effet, si le fiduciaire a entre ses mains un bien indispensable à la continuité de l'activité du débiteur ou si le prix dégagé de sa vente pourrait contribuer à l'apurement du passif, alors il est préférable de le payer directement. Ce faisant, leur sûreté sera éteinte par voie accessoire³. C'est ce que l'on appelle un « re-transfert de propriété contre paiement »⁴. Il est l'équivalent du retrait contre paiement en matière de droit de rétention. Il constitue une exception au principe de l'interdiction des paiements après le jugement d'ouverture tel que prévu par l'article L622-7 précité, aux termes duquel le juge-commissaire peut autoriser le débiteur « à payer des créances antérieures au jugement, pour [...] obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité ». Concernant sa mise en œuvre pratique, le débiteur et/ou l'administrateur peuvent être autorisés par le juge-commissaire à payer le créancier afin de pouvoir retrouver la propriété des biens utiles à la procédure⁵.

Cependant, il faut en déduire que la fiducie-sûreté qui opère sans dépossession du débiteur est donc d'une efficacité moindre⁶. En effet, aux termes de l'article L622-23-1 du Code de commerce français, la convention de mise à disposition va empêcher tout transfert des biens ou droits fiduciaires au profit du fiduciaire ou du bénéficiaire, du seul fait

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 669.

² Ibidem.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 672.

⁴ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 66.

⁵ Ibidem.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 675.

de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture¹. La sanction en cas de violation de cette règle est la nullité.

Quant au paiement indirect, il nécessite en principe l'autorisation des organes de la procédure pour sa mise en œuvre. Mais de nouveau, la fiducie-sûreté échappe théoriquement à cette règle² puisqu'elle pourra être réalisée soit par le biais de la conservation des biens fiduciaires, soit par leur cession³. Mais nous avons constaté au cours de précédentes réflexions que le paiement indirect n'interviendra qu'au terme du contrat de mise à disposition ou au moment de sa résiliation, puisque c'est, rappelons le, un contrat en cours.

Paragraphe II : Une réalisation toujours possible

Au travers de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, ses rédacteurs ont tenté avec succès de réaliser un équilibre en tenant compte à la fois des spécificités de la fiducie-sûreté et des impératifs de redressement du débiteur, lorsque cela est encore faisable⁴. D'une part, le droit des procédures collectives respecte et ne remet pas en cause le transfert de propriété des actifs fiduciaires hors du patrimoine du constituant, ce qui implique qu'ils ne puissent plus être

¹ La rédaction de cet article a pu susciter un doute car on pourrait penser qu'une créance postérieure au jugement d'ouverture puisse être payée, qu'elle soit utile ou non, et qu'il y ait une convention de mise à disposition ou non. Ainsi, la doctrine confirme que la réalisation de la fiducie-sûreté n'est pas pour autant possible en cas de défaut de paiement d'une créance postérieure au jugement d'ouverture, quelle qu'elle soit. En outre, depuis l'introduction de la loi sur la sauvegarde en droit français, il convient de faire la différence, d'une part, entre créances postérieures nées régulièrement pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur durant cette période, et les autres créances, d'autre part ; Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 69.

² Article L624-16, alinéa premier : « Peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur ou ceux transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant ».

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 678.

⁴ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 63.

touchés par la saisie collective¹. En effet, le créancier bénéficiaire ne se retrouvera pas en concurrence avec les créanciers de la procédure collective du constituant.

D'autre part, l'efficacité de la fiducie-sûreté sera amoindrie mais de façon temporaire et limitée, à condition que le redressement de l'entreprise concernée soit envisageable et que les biens fiduciaires puissent effectivement y contribuer².

En théorie, la réalisation de la fiducie-sûreté est donc toujours possible, que ce soit dans le cadre d'une liquidation judiciaire ; ou même d'un redressement ou d'une sauvegarde mais à condition que les biens fiduciaires ne soient pas entre les mains du débiteur en vertu d'une convention de mise à disposition³. En effet, la fiducie-sûreté échappe également à la règle de la suspension des poursuites individuelles et des voies d'exécution puisque les biens affectés en garantie sont sortis du patrimoine personnel du débiteur.

Lors de la procédure de sauvegarde, le créancier fiduciaire est dans une situation particulièrement avantageuse puisqu'il est le seul à être exclu des comités de créanciers⁴. Cette règle est justifiée par l'efficacité de la fiducie-sûreté qui risque d'inciter le créancier fiduciaire à ne pas voter en faveur du plan de sauvegarde qui sera proposé⁵. En effet, ce dernier imposera forcément des sacrifices aux créanciers, comme des remises de dette, une réduction de sa créance, ou un rééchelonnement de cette dernière sur une durée supérieure à dix ans⁶. Or, il ne peut être adopté qu'à la majorité qualifiée, ce que le créancier fiduciaire est donc tout à fait en mesure d'empêcher, s'il dispose de la minorité de blocage.

¹ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 63.

² Ibidem.

³ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 66.

⁴ Article L626-30 alinéa 4 du Code de commerce français : « Pour l'application des dispositions qui précèdent aux créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, sont seules prises en compte, lorsqu'elles existent, celles de leurs créances non assorties d'une telle sûreté ».

⁵ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 64.

⁶ Alain GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 72.

En fait, la réalisation de la fiducie-sûreté n'est paralysée que si l'entreprise débitrice a raisonnablement la possibilité de revenir à meilleure fortune et que les biens fiduciaires sont utiles pour la poursuite de son activité en question, ou du moins sont-ils présumés comme tels¹.

Ensuite, il faut qu'il existe une convention de mise à disposition, puisqu'on peut présumer que si le débiteur a voulu conserver les biens remis en fiducie, c'est parce que logiquement il en avait vraiment besoin pour pouvoir continuer son activité². Ces deux conditions sont, notons-le, cumulatives.

D'où la réalisation est toujours possible dans le cadre d'une liquidation judiciaire puisque l'activité est destinée à cesser immédiatement ou à terme, qu'il y ait ou non une convention de mise à disposition³. Ici, toute chance de redressement est définitivement compromise.

Certaines remarques doivent alors être apportées par rapport à cette fameuse convention de mise à disposition. En effet, si le contrat de fiducie en lui-même –qu'il s'agisse de fiducie-sûreté ou de fiducie-gestion- n'est jamais considéré comme un contrat en cours⁴, cette convention en question est soumise aux règles de la continuation des contrats en cours⁵. C'est ce qui explique que la réalisation de la fiducie-sûreté soit paralysée temporairement durant la période d'observation d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire. Dans ce dernier cas, il s'agit de la « période ouverte par le jugement de redressement judiciaire au cours de laquelle l'administrateur prépare un bilan

¹ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 68.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ En effet, si c'était un contrat en cours, l'administrateur pourrait demander au juge-commissaire d'en prononcer la résiliation ; cf. Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 64.

⁵ Pierre-Michel LE CORRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2011, page 65.

économique et social ainsi qu'un projet de plan de redressement de l'entreprise en difficulté »¹.

Par contre, il en est autrement dans le cadre d'une liquidation judiciaire puisque dans ce cas, cette même convention ne sera plus placée sous le régime des contrats en cours, et la réalisation de la fiducie-sûreté ne pourra donc jamais être paralysée à ce stade de la procédure collective².

On pourrait penser a priori que cette restriction qui encadre la convention de mise à disposition défavorise le créancier fiduciaire mais en fait, le professeur Augustin Aynès souligne qu'elle peut, au contraire, lui être bénéfique³. En effet, cette limitation est censée offrir au débiteur, les meilleures conditions possibles afin de se rétablir. S'il y parvient, il pourra payer le fiduciaire en numéraire et celui-ci n'aura pas besoin d'acquérir la propriété définitive du bien. Ici, nous constatons que l'on retrouve les mêmes préoccupations de l'établissement de crédit, qui, dans le cadre d'un crédit-bail ne tient pas à s'encombrer d'un bien dont l'usage ne lui est pas utile et qu'il aurait du mal à revendre sur le marché. Il poursuit son analyse et ajoute que si la sauvegarde ou le redressement ont échoué, une procédure de liquidation judiciaire sera de toute façon ouverte et cette fois-ci, rien ne pourra empêcher le créancier de réaliser sa sûreté. Il conclut alors en disant que cette restriction fait seulement perdre du temps au créancier fiduciaire.

Donc, la fiducie-sûreté est très efficace dans le cadre des procédures collectives, même s'il y a quelques atteintes directes ou indirectes à sa réalisation⁴ puisqu'elle a la capacité d'assurer le paiement du créancier, et c'est là un trait qui lui est caractéristique¹.

¹ Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14^{ème} édition, 2003, page 429.

² Pierre-Michel LE CORRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2011, page 65.

³ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 68.

⁴ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 70.

En d'autres mots, ces mesures ne visent pas à empêcher de réaliser la fiducie-sûreté ou à forcer le créancier à consentir à certains sacrifices, mais plutôt à lui imposer certains délais d'attente, notamment lorsqu'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire a été adopté et s'il a été convenu entre les parties, une convention de mise à disposition².

Ainsi, si le législateur donne l'impression de vouloir atténuer l'efficacité de la fiducie lorsque ladite convention est conclue entre les parties, en réalité il n'en est rien. Lorsqu'elle est soumise au régime des contrats en cours, il se peut que sa continuation soit imposée au créancier alors même qu'il existe des inexécutions antérieures au jugement d'ouverture³. Or, nous avons vu que la réalisation de la fiducie ne pouvait se faire qu'à la fin de ce contrat de mise à disposition et le créancier semble être dans une mauvaise posture puisqu'il n'a aucune maîtrise sur la durée du contrat en cours.

Cependant, l'administrateur peut demander au juge-commissaire d'en prononcer la résiliation si la sauvegarde du débiteur l'exige, ce qui va être favorable au créancier fiduciaire car dès la résiliation, celui-ci recouvrera la possibilité de réaliser sa sûreté⁴.

Par ailleurs, en dehors de ces hypothèses, le créancier devra exercer une action en revendication⁵. Or, il y a de nouveau certaines contraintes qui y sont liées puisque le créancier devra agir dans les trois mois suivant la publication du jugement d'ouverture au Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales, et ce, même s'il n'a pas l'intention ou n'a pas la possibilité d'exiger la restitution du bien fiduciaire dans l'immédiat⁶. Le professeur Augustin Aynès propose alors que l'on admette que le créancier fiduciaire n'ait qu'à exercer une action en restitution⁷, pour que celui-ci n'ait

¹ Alain GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 71.

² Alain GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 72.

³ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 70.

⁴ Ibidem.

⁵ Toujours dans le cadre d'une fiducie avec convention de mise à disposition.

⁶ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 65.

⁷ Ibidem.

pas préalablement à faire reconnaître son droit de propriété. En effet, elle tend seulement à la reprise matérielle par le propriétaire, d'un bien confié au débiteur en vertu d'un contrat qui a fait l'objet d'une publicité. En outre, elle a l'avantage de n'être enfermée dans aucun délai préfix. Or, le fait que le contrat de fiducie fasse l'objet d'une publicité au registre national des fiducies n'est pas susceptible de dispenser le créancier fiduciaire d'agir préalablement en revendication puisque cette publicité n'a pas pour but d'informer les tiers¹, comme nous l'avons relevé antérieurement. Cette « publicité » n'est donc pas celle à laquelle l'article L624-10 du Code de commerce fait référence².

S'agissant maintenant du sort de la fiducie-sûreté en cas de liquidation judiciaire, contrairement à la fiducie-gestion qui est résiliée de plein droit, l'existence de la fiducie-sûreté en elle-même n'est nullement remise en cause par l'ouverture d'une procédure collective³.

Dans le cadre de cette procédure, il existe ce que l'on appelle la cession d'entreprise. Selon l'article L642-1 du Code de commerce, elle « a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif. Elle peut être totale ou partielle ».

Cependant, contrairement aux autres créanciers, le fiduciaire n'a rien à craindre puisque d'une part, si un plan de cession est adopté, les biens fiduciaires ne peuvent y être inclus puisque n'appartenant plus au débiteur⁴. Ce faisant, il ne peut se voir imposer un paiement partiel qui va quand-même emporter purge des inscriptions. En effet, en

¹ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 65.

² Article L624-10 du Code de commerce français : « Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité. Il peut réclamer la restitution de son bien dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

³ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 64 ; en outre, il s'agit plus spécifiquement du cas de la fiducie-gestion dans laquelle le constituant lui-même est le seul bénéficiaire.

⁴ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 65.

principe, seule une quote-part du prix issu de la vente d'un bien grevé d'une sûreté réelle va être utilisée pour désintéresser le créancier¹.

D'autre part, même si la convention de mise à disposition peut faire l'objet d'une cession, l'article L642-7 du Code de commerce impose que le repreneur ait d'abord recueilli l'accord préalable du créancier fiduciaire².

Notons en outre que le mécanisme du « re-transfert de propriété contre paiement » dont nous avons parlé plus haut, n'est pas applicable en cas de liquidation judiciaire.

S'agissant cette fois-ci du sort de la cession *Dailly* dans le cadre des procédures d'insolvabilité, nous avons parlé plus tôt de l'immunité de la cession *Dailly* contre la nullité de la période suspecte. C'est un avantage considérable accordé au créancier cessionnaire puisque même constituée durant la période suspecte, la cession *Dailly* peut valablement garantir un crédit à venir³. En outre, la jurisprudence française a admis la validité d'une cession intervenue pour garantir une dette contractée antérieurement⁴.

Enfin, la cession intervenant en pleine période suspecte est également valable lorsqu'elle peut être considérée comme « un mode de paiement couramment admis dans les relations d'affaires du secteur professionnel considéré »⁵.

En dépit de cette apparente sécurité, dans l'hypothèse où le débiteur cédant a procédé à l'encaissement des sommes que le débiteur cédé devait au cessionnaire, et que ce cédant en question tombe en faillite, alors le cessionnaire perdra ses prérogatives⁶. Le caractère fongible de la monnaie empêchant toute revendication, le créancier a alors pour seule solution de déclarer sa créance dans la procédure collective⁷.

¹ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 65.

² Ibidem.

³ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, page 607.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

En droit malgache, aucune disposition légale ne vient préciser l'incidence des procédures collectives sur la cession fiduciaire, mais ayant été calquée sur la cession *Dailly*, nous pouvons en déduire que les effets tant positifs que négatifs seront les mêmes.

Par ailleurs, en plus de tous ces avantages conférés au fiduciaire par le législateur, c'est avant tout la liberté contractuelle qui va permettre une réalisation efficace et rapide. Ainsi, cette dernière n'est pas soumise aux contraintes et restrictions qui affectent la réalisation des autres sûretés réelles même dans le cadre des procédures collectives, à savoir l'interdiction de la clause de voie parée et l'inefficacité du pacte comissoire¹. On évite aussi tout le processus lié à la saisie. Les parties peuvent en outre tout à fait se passer du juge dans l'éventualité où il faudra réaliser la fiducie-sûreté. Même lorsqu'il faudra préalablement évaluer le bien donné en fiducie par voie d'expertise, l'évaluation peut se faire de façon amiable.

Cette liberté contractuelle confère aussi une certaine discrétion qui est importante dans les relations d'affaires. Elle préserve la réputation d'un opérateur économique qui se garderait bien d'attirer l'attention sur son insolvabilité ou sa défaillance. Force est d'admettre qu'on ne peut pas en dire autant de toutes les sûretés réelles, notamment dans le cadre de la vente aux enchères publiques.

Il se trouve par ailleurs que cette réalisation discrète de la fiducie-sûreté serait sans doute très appréciée à Madagascar car il s'avère que la réalisation à l'amiable des sûretés soit une tendance généralisée dans la pratique malgache².

Concernant la mobilisation de la créance, on a souvent reproché aux propriété-sûretés de ne pas pouvoir être transmises en même temps que la créance³. Pourtant, ce n'est plus le cas actuellement car « si la fiducie constituée à titre de garantie n'est pas rechargeable, elle devrait être transmise et éteinte par voie accessoire »⁴. « La transmission de la

¹ Alain GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 72.

² RAMAROLANTO-RATIRAY, Rajaono ANDRIANAIVO RAVELONA, *Tendances et évolution du droit des affaires à Madagascar*, Revue internationale de droit comparé, volume 44 N° 2, Avril-juin 1992, page 430.

³ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, page 282.

⁴ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 364.

créance garantie devrait entraîner, de plein droit, le transfert de la fiducie au profit du cessionnaire »¹.

Néanmoins, la situation peut être différente du point de vue du débiteur. Lorsque la fiducie-sûreté porte sur des créances futures, le débiteur contre qui est ouverte une procédure collective ne pourra véritablement pas procéder à la mobilisation de ses créances commerciales, ce qui pourrait l'empêcher de bénéficier d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire².

Enfin, quelques précisions doivent être apportées par rapport à la réalisation de la fiducie-sûreté lorsque le débiteur est in bonis, et concernant les causes de son extinction.

D'une part, si le débiteur ne respecte pas ses engagements, alors le fiduciaire bénéficiaire pourra acquérir la libre disposition des biens fiduciaires³. Ou alors, s'il le préfère, il peut les vendre et en recueillir le prix.

Mais s'il y a eu entiercement, alors le bénéficiaire peut exiger du fiduciaire la remise desdits biens pour qu'il puisse en disposer librement. Il est aussi possible que lorsque la convention le prévoit, le fiduciaire soit chargé de les vendre et d'en remettre tout ou partie du prix entre les mains du créancier⁴.

En aucun cas, la réalisation de la fiducie ne doit conduire à un enrichissement du créancier. Pour cela, l'évaluation des biens –sauf les sommes d'argent et les titres financiers cotés en bourse- doit être faite par un expert, qui est à titre de rappel, désigné à l'amiable ou par voie judiciaire⁵.

D'autre part, exceptionnellement, la fiducie constituée à des fins de garantie ne s'éteint pas en cas de décès du constituant personne physique et ses héritiers prendront alors sa place dans le contrat. Il y a cependant une réserve importante : les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire doivent être attribués dans le partage à l'un des héritiers, qui deviendra le successeur du constituant »⁶. La fiducie peut même s'avérer être plus efficace que le cautionnement en ce sens ou cette transmission semble concerner tant les

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 364.

² Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 358.

³ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 366.

⁴ Ibidem.

⁵ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 367.

⁶ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 368.

dettes nées antérieurement au décès, que celles nées postérieurement. En effet, le décès d'une caution entraîne l'extinction de son obligation de couverture, d'où seules les dettes nées avant son décès sont transmises à ses héritiers¹.

¹ Manuella BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, page 368.

CONCLUSION

Si la fiducie-sûreté gagne à être qualifiée de « nouvelle reine des sûretés », c'est avant tout par rapport aux sûretés réelles car face aux sûretés personnelles comme le cautionnement, il n'est pas certain qu'elle soit plus attrayante. Comme le démontre la pratique française, en matière de crédits immobiliers, le cautionnement a d'ailleurs majoritairement supplanté l'hypothèque¹. Ainsi, « 50% des prêts immobiliers bénéficient d'une caution. 35% ont recours à une hypothèque ». On est loin de la figure du cautionnement donné par un simple particulier qui faisait généralement tout pour échapper au paiement lorsqu'elle était actionnée. En effet, une grande sécurité est offerte aux créanciers dans le cadre des crédits immobiliers puisque ce sont des établissements spécialisés qui vont se porter caution². De ce fait, en cas de défaillance de l'emprunteur, ils vont se substituer à lui, assurant ainsi au banquier d'être désintéressé en intégralité tout en évitant les longues procédures de saisie³.

Malgré tout, la fiducie serait un instrument très utile pour les entreprises malgaches puisqu'elle a « vocation à s'appliquer à tous les aspects du financement des entreprises⁴ », que ce soit par exemple en matière de crédits classiques, de financements structurés ou de restructuration de dettes⁵. Au cours de nos enquêtes auprès d'établissements de crédit, nous avons pu constater que les sûretés réelles classiques utilisées à Madagascar offrent bien peu de protection en cas de procédure collective ouverte contre le débiteur emprunteur. Mais étonnamment, le problème ne vient pas d'une « crise » qui affecterait l'efficacité des sûretés en elles-mêmes, mais plutôt d'un blocage d'ordre procédural.

¹ Alain GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 73.

² Ibidem.

³ Marie-Dominique DUBOIS, *Le coût de la garantie d'un crédit immobilier peut varier du simple au triple*, Le Monde Economique, [en ligne], 10/12/2012, mis à jour le 18/12/2012, adresse URL : mobile.lemonde.fr/economie/article/2012/12/10/le-cout-de-la-garantie-d-un-credit-immobilier-peut-varier-du-simple-au-triple_1802268_3234.html.

⁴ Alain GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, page 73.

⁵ Ibidem.

Pour le banquier malgache, l'efficacité d'une sûreté dépend avant tout du respect des formalités de constitution et des procédures. Le mécanisme d'une sûreté donnée n'est alors pas en soi considéré comme étant spécifiquement ingénieux ou avantageux. Seul le respect de toutes les formalités légales et des procédures de réalisation, notamment les saisies immobilières pour l'hypothèque, sont le gage de l'efficacité d'une sûreté. Il s'agit alors de bien vérifier que la procédure de saisie ne soit pas viciée, ou que l'hypothèque soit bien inscrite.

L'enjeu est pourtant bien plus important puisque l'efficience économique s'apprécie par rapport aux qualités inhérentes même d'une sûreté, en plus de nombreux paramètres externes à prendre en compte. D'ailleurs, que ce soit à l'étranger ou à Madagascar, le seul respect des procédures et des formalités légales ne suffit plus toujours à assurer l'efficacité d'une sûreté, qui va en pratique se heurter à divers obstacles autres que les vices de forme ou de procédure. Cela démontre peut-être que le droit des sûretés malgache est un droit qui a encore besoin d'une certaine maturation.

Dans la pratique, pour les très rares cas où le Tribunal de commerce prononce le jugement d'ouverture, la procédure collective est si longue et complexe, que l'on n'arrive généralement pas au stade de la distribution des deniers issus de la réalisation des actifs du débiteur. Cela ne veut pas dire que les créanciers se retrouvent impayés, mais plutôt que la procédure « suit encore son cours ». La procédure collective est très technique or, selon les responsables que nous avons interrogés, les magistrats malgaches n'auraient pas la technicité requise, eux-mêmes se plaignant de la complexité des opérations, d'où les procédures collectives ont du mal à aboutir. On ne peut donc à l'heure actuelle se prononcer réellement sur les impacts de la procédure collective sur les sûretés malgaches ni sur leur efficacité. Cependant, pour échapper à ces inconvénients, les banquiers préfèrent parfois recourir au cautionnement, mais là non plus, rien n'assure au créancier que la caution sera solvable quand elle sera actionnée, ou qu'elle n'essayera pas de se soustraire au paiement.

Pourtant, avec l'introduction de la fiducie-sûreté, les banques pourront obtenir leur dû immédiatement, sans devoir attendre l'issue d'une procédure de liquidation des biens

incertaine, et sans devoir craindre la moindre concurrence avec d'autres créanciers et/ou d'autres banquiers.

Mais en dépit de ses qualités très attrayantes, la fiducie-sûreté nécessite certaines conditions juridiques et économiques pour pouvoir s'épanouir. Ainsi, deux principales difficultés pourraient faire obstacle au succès d'une telle sûreté à Madagascar. Premièrement, la complexité de l'opération de fiducie et l'exigence d'une certaine technicité risquent de la rendre moins accessible que les autres sûretés réelles. Deuxièmement, dans un contexte général de marasme économique, la diminution des demandes de financement risque de ne pas être en faveur du développement de la technique fiduciaire.

Par ailleurs, la fiducie-gestion étant un instrument potentiel de fraude et d'évasion fiscales, ou de blanchiment d'argent, elle nécessite un contrôle permanent et une grande vigilance des autorités étatiques par rapport à la destination des fonds, à l'identité des « véritables » constituants et celle des bénéficiaires ultimes. A ce titre, l'établissement d'un registre national regroupant toutes les sortes de fiducies constituées sur le territoire national, risque de ne pas être chose facile.

Enfin, notons seulement que les parties elles-mêmes doivent redoubler de vigilance. En effet, si la fiducie-sûreté laisse libre cours à la liberté contractuelle, elle suppose en contrepartie une description et une rédaction minutieuses du contrat : quelles sont les obligations de chaque partie ? Quelles sont les missions du fiduciaire ? En plus, il faut donner une définition très précise de l'impayé¹, c'est-à-dire que si le paiement est en retard d'un seul jour ou s'il manque une partie infime de la somme à payer, est-ce considéré comme un non paiement ? Même les conditions de réalisation doivent avoir été prévues à l'avance.

Au vu de ces constatations, nous pouvons conclure que l'introduction de la fiducie en droit français sera difficile mais pas impossible. Elle ne se fera pas dans l'immédiat mais l'évolution de la pratique nécessitera un jour son adoption dans notre droit.

¹ CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, page 13.

ANNEXES

Annexe 1

Les coûts relatifs au transfert d'actifs immobiliers dans le contrat de fiducie

Coût	Montant	Assiette
Emolument notaire	0,825 % (émolument de vente + TVA)	Valeur vénale de l'actif transféré
Taxe de publicité foncière	0,71498%	Valeur vénale de l'actif transféré
Contribution de sécurité immobilière	0,10%	Valeur vénale de l'actif transféré

Source : Equitis.fr/fiducies/le-regime-fiscal-et-comptable-de-la-fiducie/

Annexe 2

Frais approximatifs d'hypothèque (France) pour le montant d'un emprunt garanti de 100000 euros

Total approximatif : 1663 €

-Emoluments proportionnels du notaire : 495€

-Frais de formalités : 250€

-Contribution de sécurité immobilière : 60€ (ex salaire des conservateurs des hypothèques 0,05% + 0,01% pour l'inscription au bureau des hypothèques)

-Droits d'enregistrement : 858€ (droits d'enregistrement 0,715% du montant du prêt garanti majoré d'environ 20% pour couvrir les éventuels frais annexes : procédures...)

Source : www.immopub.fr/comment-calculer-frais-hypothèque.php

Annexe 3

Questionnaire:

- Utilisez-vous la cession fiduciaire dans votre établissement ?
- Quels sont les obstacles à son développement ?
- Quelle est la différence entre un nantissement d'espèces et la cession fiduciaire ?
- Utilisez-vous le crédit-bail ?
- On dit souvent que la constitution de l'hypothèque est onéreuse. Combien coûte-t-elle ?
A combien s'élève le droit d'inscription ?
- Avez-vous déjà eu recours au fihivava ?
- Quelles sont les sûretés les plus couramment utilisées dans la pratique ?
- Quel est l'impact des procédures collectives d'apurement du passif sur les sûretés ?
- Lorsque ce sont des sûretés réelles, certaines créances restent-elles définitivement irrécouvrables ?
- Quelle est la différence entre un gage sur créances et un nantissement de créances ?

Annexe 4

UNIVERSITE D'ANTANANARIVO



FACULTE DE DROIT, D'ECONOMIE,
DE GESTION ET DE SOCIOLOGIE
(D. E. G. S.)

B.P. 905 – ANTANANARIVO 101

DEPARTEMENT DROIT

MASTER 2 - DROIT

ATTESTATION DE RECHERCHE

Le Responsable de la Formation en Master II – Département Droit de la Faculté de Droit, d'Economie, de Gestion et de Sociologie à l'Université d'Antananarivo, soussigné, atteste que

R A H A G A Dina Narindra

Etudiante en MASTER 2 en Droit des Affaires

est régulièrement inscrite à la Faculté de Droit, d'Economie, de Gestion et de Sociologie de l'Université d'Antananarivo, au titre de l'année 2015-2016.

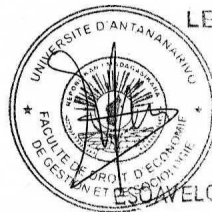
Dans le cadre de la préparation de la rédaction de son mémoire « *La Fiducie-surêté* », elle est amenée à effectuer des travaux de recherche auprès de divers institutions et/ou organismes.

Le Département Droit et le Responsable soussigné remercient d'avance tous ceux et toutes celles qui pourront les recevoir dans le cadre de ce travail de recherche.

La présente attestation est délivrée pour servir et valoir ce que de droit.

Antananarivo, le 17 janvier 2017

LE RESPONSABLE, *p.i.*



*L'intéressée s'est présentée le
jour au service juridique
de l'Université d'Antananarivo.*

[Signature]

20/01/2017

H. Tsolauha RABOANIRAKA

ESCAVELOMANDROSO Faratiana

Annexe 5

UNIVERSITE D'ANTANANARIVO



FACULTE DE DROIT, D'ECONOMIE,
DE GESTION ET DE SOCIOLOGIE
(D. E. G. S.)

B.P. 905 – ANTANANARIVO 101

DEPARTEMENT DROIT

MASTER 2 - DROIT

ATTESTATION DE RECHERCHE

Le Responsable de la Formation en Master II – Département Droit de la Faculté de Droit, d'Economie, de Gestion et de Sociologie à l'Université d'Antananarivo, soussigné, atteste que

R A H A G A Dina Narindra

Etudiante en MASTER 2 en Droit des Affaires

est régulièrement inscrite à la Faculté de Droit, d'Economie, de Gestion et de Sociologie de l'Université d'Antananarivo, au titre de l'année 2015-2016.

Dans le cadre de la préparation de la rédaction de son mémoire « *La Fiducie-surêté* », elle est amenée à effectuer des travaux de recherche auprès de divers institutions et/ou organismes.

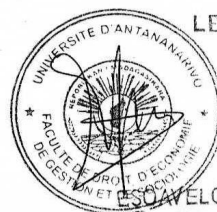
Le Département Droit et le Responsable soussigné remercient d'avance tous ceux et toutes celles qui pourront les recevoir dans le cadre de ce travail de recherche.

La présente attestation est délivrée pour servir et valoir ce que de droit.

RAKOTOMANANJATO Em'ia
Directeur des Affaires Juridiques
DDA - MADAGASCAR

12.1. AVR 2017

Antananarivo, le 17 janvier 2017



LE RESPONSABLE, p.i.

ESOWELOMANDROSO Faratiana

Annexe 6

QUESTIONNAIRE D'ENQUÊTE RELATIVE AUX GARANTIES BANCAIRES

(Veuillez encadrer, souligner, ou cocher votre réponse)

1) La "**cession fiduciaire**" est une nouvelle garantie bancaire introduite dans la loi n° 2003-041 sur les sûretés. Elle consiste pour un emprunteur, à transférer la propriété de ses créances professionnelles à l'établissement bancaire en garantie d'un crédit accordé. Ce transfert de propriété s'effectue par le biais d'un bordereau.

- La **cession fiduciaire** est-elle une garantie que vous avez déjà utilisée dans votre établissement pour garantir le crédit que vous accordez à vos clients ?

☒ OUI

☐ NON

- Si oui, est-elle une pratique fréquente ou l'utilisez-vous rarement ?

☒ PRATIQUE FREQUENTE

☐ PRATIQUE RARE

2) Le bordereau utilisé en matière de cession fiduciaire n'est transmissible qu'entre établissements de crédit.

- Dans ses rapports avec les autres banques, votre établissement a-t-il déjà eu recours à cet instrument (A) ou vous a-t-on déjà transmis un tel bordereau (B) ?

☐ A

☐ B

3) Un emprunteur peut aussi mettre en gage ses créances contre ses propres débiteurs.

Diriez-vous que la mise en gage d'une créance est une pratique courante ?

☐ OUI

☐ NON

☐ JAMAIS PRATIQUEE

4) Le "fehivava" est une garantie bancaire typiquement malgache. Elle consiste pour le débiteur à remettre à son créancier, un bien immeuble (maison, lopin de terre) pour garantir sa dette. Le créancier a alors une jouissance pleine et entière sur cet immeuble, tel un usufruitier, jusqu'au remboursement de la créance garantie. (ex: le créancier peut donner en location une maison objet de fehivava et récupérer le loyer)

- Votre établissement a-t-il déjà eu recours à cette garantie bancaire?

OUI

NON

- Si oui, est-elle souvent ou rarement utilisée? /

SOUVENT UTILISEE

RAREMENT UTILISEE

5) Lorsqu'on parle de garantie bancaire, on pense souvent à l'hypothèque ou au gage.

-Selon vos constatations et votre expérience, quelles sont les garanties bancaires les plus utilisées par votre établissement?

HYPOTHEQUE /

CAUTION /

NANTISSEMENT /

RESERVE DE PROPRIETE

CREDIT-BAIL

GAGE

-Ces garanties sont elles satisfaisantes?

OUI

NON

-Quelles sont les difficultés que vous rencontrez par rapport à ces garanties bancaires lorsque l'emprunteur est insolvable?

- LA PROCEDURE (SAISIE, VENTE AUX ENCHERES, ...) EST LONGUE ET COUTEUSE
- CONFLIT AVEC D'AUTRES CREANCIERS QUI BENEFICIENT DE LA MEME GARANTIE
- AUCUNE DIFFICULTE PARTICULIERE, TOUT SE REGLE A L'AMIABLE (SAISIE, VENTE...)

-S'agissant des entreprises en faillite, les garanties qu'elles avaient offertes sont-elles généralement efficaces?

OUI, GENERALEMENT

NON (DETTES DE L'ENTREPRISE NON PAYEES/ PAYEES PARTIELLEMENT)

OUI, MAIS APRES DES ACCORDS A L'AMIABLE

-----Fin du questionnaire, merci pour votre patience et votre collaboration !-----

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- BEGUIN Jean-Marc, BERNARD Arnaud, *L'essentiel des techniques bancaires*, Edition Groupe Eyrolles, 2008, 295 pages.
- BOURASSIN Manuella, *Droit des sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2012, 730 pages.
- CABRILLAC Michel, MOULY Christian, *Droit des sûretés*, 4^{ème} édition, Litec, 1997, 794 pages.
- FLOUR Jacques et al., *Droit civil Les obligations 3.Le rapport d'obligation*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2009, 459 pages.
- JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, Précis, 6^{ème} édition, 2005, 682 pages.
- JEANTIN Michel, LE CANNU Paul, *Droit commercial Entreprises en difficulté*, 7^{ème} édition, Dalloz, 2007, 874 pages.
- LE CORRE Pierre-Michel, *Droit et pratique des procédures collectives*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2008-2009, 2212 pages.
- LE CORRE Pierre-Michel, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2011, 220 pages.
- MAINGUY Daniel, *Contrats spéciaux*, 6^{ème} édition Dalloz, 2008, 631 pages.
- MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Cujas, 1994/1995, 311 pages.
- MERLE Philippe, *Droit commercial Sociétés commerciales*, 12^{ème} édition, Dalloz, 2008, 947 pages.

- PIEDELIEVRE Stéphane, *Les sûretés*, 3^{ème} édition, Dalloz, Armand Colin, Paris, 2001, 355 pages.
- RAHARINARIVONIRINA Alisaona, BERTONE Alexandre, *Droit civil Les biens et les sûretés*, édition du centre malgache de promotion du livre, 1983, 263 pages.
- SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des sûretés*, Dalloz, 5^e éd., 2010, 267 pages.
- SIMLER Philippe, DELEBECQUE Philippe, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2012, 862 pages.
- THERY Philippe, *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 1988, 437 pages.
- TIMBAL Pierre-Clément, *Droit romain et Ancien droit français Régimes matrimoniaux Successions- Libéralités*, Dalloz, 1960, 150 pages.

OUVRAGES SPECIFIQUES

- AYNES Augustin, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, 111 pages.
- BERGER Pierre, *La responsabilité de l'avocat fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, 111 pages.
- CROCQ Pierre, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, 111 pages.

- DELEBECQUE Philippe, *La responsabilité du fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, 111 pages.

- DE WULF Christian, *The trust and corresponding institutions in the Civil Law*, Bruxelles, établissements Emile Bruylant 1965, 201 pages.

- GOURIO Alexandre, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, 111 pages.

- GRIMALDI Michel, *La propriété fiduciaire*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, 111 pages.

- NEAU-LEDUC Philippe, *Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011.

- PETERKA Nathalie, *Le droit des incapacités à l'épreuve du contrat de fiducie*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, 111 pages.

- PIEDELIEVRE Stéphane, *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ?*, Actes du colloque *La fiducie dans tous ses états*, organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée nationale Tome XV/ Paris-Est Créteil, édition Dalloz, 2011, 111 pages.

LOIS

TEXTES NATIONAUX

-Loi n° 2003-041 du 3 septembre 2004 sur les sûretés, Journal Officiel n°2939 du 8 novembre 2004, page 4273 et suivants.

-Loi n° 2003-042 du 03 septembre 2004 sur les procédures collectives d'apurement du passif, Journal Officiel n°2939 du 8 novembre 2004, page 4300 et suivants.

-Loi n°2004-052 du 28 janvier 2005 sur le Crédit Bail, Journal Officiel n°2967 du 2 juin 2005, page 3478 et suivants.

TEXTES INTERNATIONAUX

-Code civil français.

-Code de commerce français.

-Code monétaire et financier français.

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

-Civ. 1^{ère} 8 juillet 1969, société DIAC contre Oswald, N° de pourvoi : 67-12467.

-Com. 28 octobre 1986, banque Pelletier contre la Caisse régionale du crédit agricole du Sud-ouest, N° de pourvoi : 85-15612, Bulletin 1986 IV N° 194, page 168.

-Com. 20 juin 1989, Banque nationale de Paris contre Société micro-informatique et de télécommunications, N° de pourvoi 88-11720, Bulletin 1989 IV N°197, page 131.

-Com. 3 octobre 1989, société Marquet contre société Transports Rochais-Bonnet, N° de pourvoi : 87-15725, Bulletin 1989 IV N°244 page 163.

-Com. 9 avril 1991, Banque française de l'agriculture et du crédit mutuel contre société La Blanche Porte, N° de pourvoi: 89-20871, Bulletin 1991 IV N° 121 page 87.

-Com. 28 mai 1996, Banque nationale de Paris contre société Eurohaul France, N° de pourvoi : 94-10361, Bulletin 1996 IV N° 151 page 131.

-Com. 14 octobre 1997, société Procrédit contre sociétés Durr développement et systèmes et Aegys technology, N° de pourvoi: 95-10006, Bulletin 1997 IV N° 257, page 224.

-Com. 17 mars 1998, société Meijac contre société Seeri Froid, N° de pourvoi : 95-11209, Bulletin 1998, IV, N° 108, page 187.

-Com. 12 janvier 1999, société Lyonnaise de banque et Banque populaire provençale contre société Schneider, N° de pourvoi : 96-13723, Bulletin 1999 IV N°8, page 8.

-Com. 23 avril 2003, M. X... contre Banque française, N° de pourvoi : 02-11015.

-Com. 21 février 2006, Société Ceratherm contre la société Poncinoise de charpente et de menuiserie, N° de pourvoi : 04-19672, Bulletin 2006 IV N°43 page 44.

LEXIQUES

- GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 14ème édition, 2003, 619 pages.

MEMOIRES

- EYOUM WONJE Marie, *La fiducie en immobilier*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 en droit des financements et des investissements immobiliers, Université de Cergy Pontoise France.

- GLEIZES Nicolas, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), 119 pages.

RAPPORTS D'ETUDES

-Commission Fiducie, *4^{ème} assises de l'expertise immobilière*, MIAILHE Vincent (dir.), 28/05/2012, 18 pages.

ARTICLES

- RAMAROLANTO-RATILARAY, *Du Fehivava (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles)*, *Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, 551 pages.
- RANDRIAMAROTIA Harijaona S., *Réflexions sur les mécanismes d'affectations des créances à la garantie d'une dette en droit français*, *Regards sur le droit malgache*, Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, éditions Jurid'ika, 2010, 551 pages.

REVUES

- BARRIERE François, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, Bulletin Joly Sociétés, n° 4, 01 avril 2007, page 440 à 455.
- BARRIERE François, *Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007*, Bulletin Joly Sociétés, n° 5, 01 mai 2007, page 555 à 578.
- BARRIERE François, *La fiducie-sûreté en droit français*, Mc Gill Law Journal 584, 2013, page 869 à 904.
- DWARKA Ashvin Krishna, *Fiducie en common law ou trust en droit civil : le paradoxe mauricien*, Mauritius Business Law Review, 2011, volume 3, page 25 à 30.
- DWARKA Ashvin Krishna, *La fiducie en tant que sûreté réelle: un potentiel inexploité*, Mauritius Business Law Review, 2012, volume 4, page 15 à 20.
- GRIMALDI Michel, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 17, 15 septembre 1991, page 897 à 919.
- GRIMALDI Michel, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Répertoire du Notariat Defrénois, n° 18, 30 septembre 1991, page 961 à 990.
- JADAUD Bernard, *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites affiches, 10 juin 2009, n° 115, page 4 à 21.

- LIBCHABER Rémy, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Répertoire du notariat Defrénois, n° 15, 1^{ère} partie, 30 août 2007, page 1094 à 1112.
- LIBCHABER Rémy, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Répertoire du notariat Defrénois, n° 17, 2^{ème} partie, 15 septembre 2007, page 1094 à 1112.
- PELLIER Jean-Denis, *Regard sur la fiducie-sûreté*, Les Petites Affiches, 21 mars 2007 n° 58, page 6 à 14.
- RAMAROLANTO-RATIRAY, ANDRIANAIVO RAVELONA Rajaono, *Tendances et évolution du droit des affaires à Madagascar*, Revue internationale de droit comparé, volume 44 N° 2, Avril-juin 1992, page 409-454.
- TORT Eric, *Les spécificités des opérations de lease-back immobilier*, Revue Française de Comptabilité, juillet-août 2011, n°445, page 39 à 42.

WEBOGRAPHIE

- ANDRIAMAMPANDRY Rado, *Les jeunes se désintéressent de l'entrepreneuriat*, L'express de Madagascar, [en ligne], 28/07/2016, adresse URL : www.lexpressmada.com/blog/actualites/les-jeunes-se-desinteressent-de-lentrepreneuriat/, consulté le 12/04/2017.
- Association Française des Fiduciaires, *La fiducie : une opportunité pour le financement des entreprises*, FY, [en ligne], 7/12/2015, adresse URL : www.reddit.com/submit?url=http%3A%2F%2Fwww.finyear.com%2FLa-fiducie-une-opportunit%C3%A9-pour-le-financement-des-entreprises_a34767.html&title=La+fiducie+%3A+une+opportunit%C3%A9+pour+le+financement+des+entreprises, consulté le 26/04/2017.
- BERNET-ROLLANDE Luc, BERNET-ROLLANDE Hugues, *La mobilisation Dailly*, Banque Info, [en ligne], adresse URL : www.banque-info.com/fiches-pratiques-bancaires/la-mobilisation-dailly, consulté le 26/04/2017.
- *Comparez les taux de votre mensualité !*, ImmoPub.fr, [en ligne], adresse URL : www.immopub.fr/comment-calculer-frais-hypothèque.php, consulté le 26/04/2017.
- CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, consulté le 23/04/2017.
- DAMMANN Reinhard, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, adresse URL : <http://droit-des-affaires.efe.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/>, consulté le 15/04/2017.
- DANOS Frédéric et THOMAS Bruno, *Les avantages de la fiducie-sûreté de portefeuille de titres financiers sur le nantissement de compte-titres*, LANDWELL & ASSOCIES, [en ligne], novembre 2014, adresse URL : www.optionfinance.fr, consulté le 9/04/2017.
- DUBOIS Marie-Dominique, *Le coût de la garantie d'un crédit immobilier peut varier du simple au triple*, Le Monde Economique, [en ligne], 10/12/2012, mis à jour le 18/12/2012, adresse URL : mobile.lemonde.fr/economie/article/2012/12/10/le-cout-de-la-garantie-d-un-credit-immobilier-peut-varier-du-simple-au-triple_1802268_3234.html, consulté le 15/04/2017.
- Equitis, *Le régime fiscal et comptable de la fiducie*, Equitis Gestion de fonds et fiducies, [en ligne], adresse URL : Equitis.fr/fiducies/le-regime-fiscal-et-comptable-de-la-fiducie/, consulté le 13/04/2017.

- HALLER David, *IMMOBILIER La fiducie-sûreté : une nouvelle garantie immobilière pour les banques*, Chaintrier Avocats, [en ligne], adresse URL : www.chaintrier.com/content/immobilier-la-fiducie-surete-une-nouvelle-garantie-immobiliere-pour-les-banques-, consulté le 16/04/2017.

- La Banque Privée 1818, *La fiducie sûreté : outil de gestion du patrimoine personnel et professionnel*, Vision Patrimoine, [en ligne] 14/04/2014, mise à jour le 18/04/2014, adresse URL : <http://www.gestionprivee.caisse-epargne.fr/patrimoine/fiducie-surete/>, consulté le 15/04/2017.

- LABARRIERE Xavier, *Comment marche un lease-back ?*, ECL Direct, [en ligne], 24/09/2013, mise à jour le 21/09/2016, adresse URL : <https://www.expert-comptable-tpe.fr/articles/comment-marche-un-lease-back/>, consulté le 26/04/2017.

- *Les garanties réelles : nantissement et inscriptions hypothécaires*, Notaires Paris-Ile-de-France, [en ligne], 06/02/2017, adresse URL : www.notaires.paris-idf.fr/entrepreneur/les-garanties-reelles-nantissement-et-inscription-hypothecaires, consulté le 16/04/2017.

- RATSIAZO Léa, *2% seulement des jeunes se lancent dans l'entrepreneuriat*, Tribune.com Madagascar, [en ligne], 13 novembre 2014, adresse URL : www.madagascar-tribune.com/2-seulement-des-jeunes-se-lancent_20467.html, consulté le 12/04/2017.

- REYGROBELLET Arnaud, *Cession Dailly et procédures collectives : une efficacité bien tempérée*, Option Finance, [en ligne], 7/09/2015, adresse URL : www.lexplicite.fr/cession-dailly-et-procedures-collectives-une-efficacite-bien-temperee/, consulté le 24/04/2017.

- TC Conseils, *La fiducie*, [en ligne], adresse URL : www.tcconseils.com/fiducie.php, consulté le 15/04/2017.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	1
ABREVIATIONS.....	2
INTRODUCTION.....	4
 <u>Partie I : La recherche d'un équilibre entre les différents droits et intérêts mis en jeu</u>	 8
<u>Chapitre préliminaire : Quelques notions de base</u>	8
<i>Section I : Autour des questions étymologiques</i>	8
<u>Paragraphe I</u> : De la distinction entre sûreté et garantie	8
<u>Paragraphe II</u> : Sûreté réelle et sûreté personnelle : quelles différences ?.....	11
 <i>Section II : La raison d'être des sûretés : la situation précaire du créancier chirographaire</i>	 13
<u>Paragraphe I</u> : L'insuffisance du droit de gage général et des mécanismes de protection du droit commun.....	13
<u>Paragraphe II</u> : Les sûretés, indissociables du crédit.....	15
 <u>Chapitre I : La fiducie-sûreté : une sûreté moderne aux origines anciennes</u>	19
<i>Section I : Evolutions historique et législative</i>	19
<u>Paragraphe I</u> : De l'Antiquité au Moyen-âge.....	19
A- La <i>fiducia cum creditore</i> du droit romain.....	19
B- Le <i>trust</i> anglo-saxon.....	23
 <u>Paragraphe II</u> : Le régime juridique de la fiducie-sûreté	28
A- De la fiducie bancaire à la fiducie-sûreté : l'évolution du droit français	28
B- La cession fiduciaire et le cas particulier du <i>fehivava</i> en droit malgache.....	33
 <i>Section II : De la reconnaissance de la fiducie-sûreté en tant que véritable sûreté</i>	41
<u>Paragraphe I</u> : Une difficile mais nécessaire introduction en droit français	41
<u>Paragraphe II</u> : La controverse autour de la « propriété-sûreté »	47

<u>Chapitre II : L'économie du contrat de fiducie-sûreté</u>	53
<i>Section I : Le débiteur constituant et le créancier fiduciaire</i>	53
<u>Paragraphe I</u> : Un effort de préservation du crédit du débiteur	53
<u>Paragraphe II</u> : La propriété fiduciaire, le patrimoine fiduciaire et les devoirs du fiduciaire	59
A- La propriété fiduciaire unitaire : la théorie généralement admise	59
B- La dualité de la propriété fiduciaire : une théorie alternative	64
C- Notion de patrimoine fiduciaire et la responsabilité du fiduciaire	68
<i>Section II : La protection des tiers au contrat</i>	75
<u>Paragraphe I</u> : Les droits concurrents	75
A : Les droits des créanciers du débiteur constituant.....	75
B : Les droits des créanciers du fiduciaire et des créanciers fiduciaires.....	82
<u>Paragraphe II</u> : Le bénéficiaire dans le contrat de fiducie-sûreté	87
 <u>Partie II : « Nouvelle reine des sûretés ? »</u>	94
 <u>Chapitre I: La constitution de la fiducie-sûreté</u>	94
<i>Section I : Les formalités et prescriptions de base</i>	94
<u>Paragraphe I</u> : La question du formalisme	94
A- La nécessaire protection du constituant personne physique.....	94
B- Une plus grande souplesse pour les fiducie-sûretés « innomées ».....	101
<u>Paragraphe II</u> : Une assiette théoriquement large.....	105
<i>Section II : La publicité, le régime fiscal et comptable de la fiducie-sûreté</i>	111
 <u>Chapitre II : Applications pratiques et réalisation</u>	120
<i>Section I : La question de la concurrence entre la fiducie -sûreté et d'autres sûretés</i>	120
<u>Paragraphe I</u> : La fiducie-sûreté face au gage et à l'hypothèque	120
A- Fiducie-sûreté et hypothèque : des domaines d'application différents ?.....	120
B- La fiducie-sûreté mobilière : quelles perspectives ?	129
1- De nombreuses incertitudes en matière de biens corporels	129
2- Un plus grand succès en matière de biens incorporels.....	133

<u>Paragraphe II</u> : La fiducie-sûreté face aux autres propriété-sûretés	138
A- Un avantage commun : l'exclusivité conférée au créancier.....	138
1- Le cas de la clause de réserve de propriété	138
2- Le crédit-bail : un instrument de financement sécurisé	143
B- Un domaine d'application relativement restreint dans la pratique.....	148
<i><u>Section II : La redoutable efficacité de la fiducie-sûreté à l'aune des procédures collectives</u></i>	153
<u>Paragraphe I</u> : Sa résistance face à certains principes des procédures collectives	154
<u>Paragraphe II</u> : Une réalisation toujours possible.....	162
CONCLUSION	172
ANNEXES	175
BIBLIOGRAPHIE	183
WEBOGRAPHIE	190