



**HAL**  
open science

## Fiducie et propriété

Blandine Mallet-Bricout

► **To cite this version:**

Blandine Mallet-Bricout. Fiducie et propriété. S. Bros et B. Mallet-Bricout. Liber amicorum Christian Larroumet, *Economica*, p. 297 à 327, 2009. hal-00440994

**HAL Id: hal-00440994**

**<https://univ-lyon3.hal.science/hal-00440994v1>**

Submitted on 14 Dec 2009

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## FIDUCIE ET PROPRIÉTÉ

Blandine MALLET-BRICOUT

*Professeur à l'Université de Lyon (Jean Moulin)*

1. « *Le droit (...) a cessé d'être une école de traditionalisme, de conservatisme, pour devenir une matière en ébullition. (...) le phénomène existe et se développe avec une force irrésistible*<sup>1</sup>. » S'il est une institution juridique qui illustre actuellement cette observation visionnaire de Josserand, c'est bien la fiducie, objet d'une remarquable ébullition législative depuis son apparition en droit français en 2007<sup>2</sup>... Le dedicataire de ces lignes l'appelait de ses vœux dès 1990, à l'heure où un avant-projet de loi avait laissé espérer l'introduction prochaine de la fiducie dans le Code civil<sup>3</sup>. Mais l'ébullition législative d'alors n'avait eu pour effet que l'explosion en vol d'un projet de loi<sup>4</sup> et, plus positivement, le déclenchement de plusieurs travaux d'ampleur sur la fiducie et le *trust*<sup>5</sup>... Dix-sept ans plus tard, le débat s'étant brutalement dénoué, Christian Larroumet dénonçait cette fois avec vigueur les errements du législateur, pris entre deux inspirations, celle de la *fiducia* romaine et celle du *trust* anglo-

1. L. Josserand, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », in *Mélanges N. Sugiyama*, Tokyo, 1940, p. 95.
2. Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. La fiducie n'était toutefois pas ignorée du droit français avant cette loi : plusieurs textes spéciaux, et la jurisprudence, s'étaient déjà appuyés sur ce mécanisme, mais sans aller jusqu'à consacrer le patrimoine d'affectation (v. par exemple, le portage d'actions, le réméré d'obligations, le gage-espèces, la cession « Dailly »). L'objet de cette contribution est la nouvelle fiducie, née de la loi du 19 février 2007, dont la réglementation figure dans le Code civil.
3. C. Larroumet, « La fiducie inspirée du *trust* », *D.* 1990, 119.
4. Un projet de loi adopté en Conseil des ministres en février 1992 n'a eu aucune suite, en dépit de nombreuses questions parlementaires formulées à ce sujet dans les années 1990 et 2000.
5. Not., R. Family, *L'acte de fiducie. Étude de droit interne et de droit international privé*, th. Paris II, 2000 ; F. Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004 ; C. Kuhn, *Le patrimoine fiduciaire*, th. Paris I, 2003. Antérieurement, une autre thèse de référence relative à la fiducie avait déjà marqué le débat : C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, th. Strasbourg, Economica, 1981.

*Liber amicorum Christian Larroumet*  
Economica, 2010

saxon<sup>6</sup>. Cette fois, l'ébullition avait abouti à une figure juridique nouvelle, et se poursuivait encore durant des mois, nourrie par un feu de textes en tous genres, le législateur se plaisant à modifier, améliorer et compléter le régime de la fiducie par petites touches successives<sup>7</sup>. La doctrine assistait à la naissance d'un nouveau contrat spécial<sup>8</sup> avec un intérêt marqué<sup>9</sup>, peut-être davantage portée dans un premier temps à commenter l'ébullition des règles plutôt qu'à analyser en profondeur les bouleversements juridiques suscités par la fiducie. Car il s'agit sans aucun doute d'une petite révolution juridique, tant la fiducie semble s'échapper d'un certain classicisme à la française, aussi bien en ce qui concerne la notion de patrimoine que celle de propriété.

2. La « propriété fiduciaire » constitue ainsi un élément-phare de l'institution : c'est elle que le législateur français a voulu mettre en avant, d'abord discrètement puis plus récemment de manière patente<sup>10</sup>, car elle est la justification même de la fiducie, aux côtés du patrimoine d'affectation : pour que la fiducie soit efficace, elle doit reposer sur un transfert de propriété réalisé par le constituant, d'un bien ou d'un ensemble de biens, à un tiers – le

- 
6. C. Larroumet, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », in dossier « La fiducie », *D.* 2007, 1350.
  7. V. les textes suivants : loi n° 2007-211 du 19 février 2007 relative à la fiducie, loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 réformant le droit des procédures collectives, ordonnances n° 2009-112 et n° 2009-104 du 30 janvier 2009, loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification du droit, proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, article 6 sexies B (texte n° 1728 transmis à l'Assemblée nationale le 9 juin 2009 et voté en seconde lecture le 17 septembre 2009). Est également attendu, un décret créant un registre national des fiducies (v. art. 2020 C. civ.).
  8. En ce sens, v. not. F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3<sup>e</sup> éd. PUF, 2008, n° 255 ; P. Puig, « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et patr.* juin 2008, p. 68. Des auteurs contestent toutefois que la fiducie puisse être analysée en un contrat : R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defr.* 2007, art. 38631, spéc. n° 17, selon lequel « la fiducie n'est qu'un contrat d'apparence » ; L. Kaczmarek, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, 1845, spéc. n° 2.
  9. Il est impossible de citer tous les commentaires, articles, chroniques consacrés à la fiducie depuis le début de l'année 2007 tant ils sont nombreux. Soulignons cependant plusieurs dossiers publiés dans diverses revues (« La fiducie », dossier *D.* 2007, n° 20, p. 1347 s. ; « Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire », dossier *Dr. et patr.* juin 2008 ; « La fiducie, un nouvel instrument performant de gestion et de garantie ? », dossier *RLDC* mai 2009, p. 63 ; « Fiducie : un nouvel équilibre juridique », dossier *Dr. et patr.* oct. 2009). Nous évoquerons en outre tout au long de cette contribution diverses réflexions publiées par la doctrine ou par des praticiens du droit, relatives à la nouvelle fiducie.
  10. V. proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, article 6 sexies B : « Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires selon les stipulations du contrat de fiducie ». Ce texte est appelé à devenir l'alinéa second de l'article 2011 du Code civil.

fiduciaire, qui va les placer dans un patrimoine distinct de son propre patrimoine. Sans cette mise à l'écart des biens placés en fiducie, sans ce transfert de propriété corrélatif, la fiducie ne présente plus d'intérêt, les objectifs visés étant d'une part, d'éviter que des tiers à l'opération de fiducie puissent venir puiser dans cette masse de biens (fiducie-sûreté), d'autre part, de favoriser une gestion dynamique des biens par le fiduciaire (fiducie-gestion).

Le concept de « propriété fiduciaire » est donc certainement ce qui permet de caractériser le lien fort, qui existe dans la nouvelle fiducie française entre droit des biens et droit des obligations. Sans doute la figure contractuelle a-t-elle une vocation naturelle à servir de support juridique aux opérations de transfert de propriété (ou de droits réels plus largement) et l'on doit convenir que la fiducie vient augmenter la typologie des contrats, variés, qui permettent de telles opérations. Est-elle cependant une simple technique juridique nouvelle de transfert de la propriété ? Rien n'est moins sûr, et c'est l'objet de cet article que de s'interroger sur la réalité de cette « propriété fiduciaire », en passe d'être très officiellement reconnue par la loi<sup>11</sup>.

La fiducie est en effet présentée comme mettant en œuvre une technique de double transfert de propriété, un premier transfert de propriété du patrimoine propre du constituant au patrimoine dit « fiduciaire » du fiduciaire, puis un second transfert, à l'extinction de la fiducie, du patrimoine fiduciaire au patrimoine propre du bénéficiaire de la fiducie (qui peut être un tiers ou le fiduciaire lui-même)<sup>12</sup>.

Mais c'est surtout la prééminence du contrat de fiducie sur l'opération de transfert de propriété qui doit être soulignée et analysée dans ses effets : dans l'opération de fiducie, le contrat n'apparaît pas comme le simple support du transfert de propriété, il est en réalité le *cœur* du mécanisme, la « propriété fiduciaire » (si elle existe) n'étant qu'un *instrument* au service d'une finalité économique bien définie. L'équilibre traditionnel entre droit des obligations et droit des biens, lorsque les deux matières se rencontrent, est ainsi perturbé dans le cadre de la fiducie : la propriété devient l'instrument de rapports obligationnels dominants, au risque de perdre sa substance même.

11. Les dispositions originelles relatives à la fiducie (art. 2011 s. C. civ.) donnaient déjà à penser qu'un double transfert de propriété était mis en œuvre dans le cadre de la fiducie, dans la mesure où un « transfert de biens, droits ou sûretés » est visé à plusieurs reprises dans ces dispositions (*contra*, R. Libchaber, art. cit., n° 25, qui considère que « *les indices d'absence de propriété abondent* » parmi elles). La proposition de loi (*précitée* note 10), sur laquelle nous reviendrons (*v. infra* n° 28 s.) ne fait que confirmer expressément cette analyse.
12. Pour une telle présentation de la fiducie, v. F. Zenati-Castaing et T. Revet, *op. cit.* n° 255, 261 et 287 ; P. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, 3<sup>e</sup> éd. Defrenois, 2007, n° 757 ; P. Puig, art. cit, p. 72 ; plus nuancés, R. Libchaber, art. cit., n° 2 et 19 s. M. Grimaldi, art. cit., n° 13 (« *la formule selon laquelle la fiducie serait un contrat translatif de propriété est à manier avec prudence puisqu'elle n'opère aucun transfert de richesse* »).

3. La « propriété fiduciaire » peut-elle ainsi, véritablement, trouver ses racines dans la notion de propriété telle que nous l'entendons en droit français ? Déjà Saleilles considérait qu'il fallait « *recréer de toutes pièces la propriété fiduciaire dans notre droit* », précisant que c'était « *défigurer la réalité* » que de vouloir ramener la propriété fiduciaire (entre autres) à la propriété de droit commun<sup>13</sup>. Faut-il alors admettre que la « propriété fiduciaire » constitue une nouvelle forme de propriété, aux côtés ou bien rattachée aux propriétés conditionnelles, à la figure de la propriété-garantie, ou encore à la catégorie plus évanescence des « propriétés imparfaites »<sup>14</sup> ? Faut-il aller plus loin et considérer que cette nouvelle forme de propriété manifeste plus radicalement une dérive du droit français vers une conception plus anglo-saxonne que civiliste du concept même de propriété ? Le dedicataire de cet ouvrage soulignait déjà en 1990 que si la fiducie s'inspirait sans doute du *trust* anglo-saxon, celui-ci ne pouvait être « *transposé tel quel dans un pays de droit civil* », une « *adaptation technique* » étant nécessaire<sup>15</sup>. C'était pointer là une difficulté essentielle, car comment adapter en droit français un concept qui repose sur des fondements théoriques si différents des nôtres ? On sait que la notion de propriété n'est pas envisagée de manière unitaire en droit anglo-saxon, ce système juridique distinguant le *legal ownership* (dont le *trustee* est investi) du *beneficial ownership* (revenant au bénéficiaire). Cette dissociation du concept de propriété, qui trouve elle-même ses racines dans la distinction que fait le droit anglais entre *common law* et *equity*, permet de comprendre le mécanisme du *trust*, ce dernier réalisant « *un véritable démembrement de la titularité d'un droit entre le trustee et le bénéficiaire* »<sup>16</sup>. Or, cette dissociation juridique est inconnue du droit français, du moins dans une conception classique de la propriété, celle de l'article 544 du Code civil.

Cette différence de socle juridique entre le droit anglo-saxon de la propriété et le droit français de la propriété explique sans aucun doute l'originalité du régime légal de la fiducie française inspirée du *trust*<sup>17</sup>. Le législateur s'est attaché à créer une figure juridique répondant aux attentes des praticiens, dans un contexte de concurrence des systèmes juridiques désormais

13. R. Saleilles, *De la personnalité juridique, Histoire et théories, Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, préf. H. Capitant, 2<sup>e</sup> éd. Rousseau 1922, p. 496 (cité par F. Barrière, *th. précitée*, n° 412).

14. Sur lesquelles, v. not. S. Ravenne, *Les propriétés imparfaites, contribution à la théorie de la structure du droit de propriété*, th. Paris-Dauphine, 2007.

15. C. Larroumet, art. cit. (D. 1990).

16. C. Larroumet, art. cit. (D. 1990).

17. Sur la reconnaissance d'une inspiration nette de la fiducie française fondée sur le *trust* anglo-saxon plutôt que sur la *fiducia* romaine, v. not. C. Larroumet, art. cit. (D. 2007) ; R. Libhaber, art. cit., n° 1. En effet, la fiducie française se distingue de la fiducie romaine par un élément essentiel : l'existence d'un patrimoine d'affectation. Dans la *fiducia* d'origine romaine, les biens qui font l'objet de la fiducie ne sont pas séparés de ceux appartenant au fiduciaire.

présent dans tous les esprits, en ayant conscience des impacts théoriques que cela pouvait entraîner ... mais probablement qu'une conscience relative. À moins que des impératifs de politique économique et juridique ne soient venus supplanter sans vergogne un autre impératif, considéré alors comme secondaire : le maintien d'une *cohérence* juridique. Le droit français ne doit certes pas rester replié sur lui-même et gagne sans doute, au contraire, à s'ouvrir à « *ce qui a fait ses preuves ailleurs* »<sup>18</sup>, mais doit-il pour autant accepter de porter atteinte à l'un des « piliers » du droit civil que constitue la propriété<sup>19</sup> ?

4. Le débat sur la « propriété fiduciaire » a déjà été brillamment lancé<sup>20</sup> et semble plus récemment rebondir en doctrine<sup>21</sup>. La gêne est toutefois bien présente, lorsque l'on tente d'aborder le sujet sous un angle à la fois de politique économique et de théorie juridique, d'où la tentation, parfois, de se cantonner à la première approche en négligeant la seconde<sup>22</sup>.

Il est donc nécessaire de « revenir aux fondamentaux » si l'on veut mener une analyse précise de cette « propriété fiduciaire » créée de toutes pièces par le législateur : partir de la notion même de propriété et de la philosophie qu'elle porte, afin de déterminer si la « propriété fiduciaire » mérite cette dénomination ou si elle réalise ... une usurpation. Techniquement, les enjeux pratiques de cette discussion ne sont pas négligeables<sup>23</sup>. Philosophiquement, la fiducie pose une question essentielle : quel avenir doit-on donner à notre conception civiliste de la propriété ? doit-on considérer qu'elle est dépassée, en perdition ? faut-il la sacrifier sur l'autel de la nécessaire efficacité économique des concepts juridiques ? ou bien faut-il accepter, peut-être, l'idée d'une dissociation nouvelle du concept même de propriété en droit français, une dissociation qui irait bien au-delà des manifestations plus ou moins récentes d'un éclatement de la propriété, déjà

18. C. Larroumet, art. cit. (*D.* 2007).

19. Selon l'expression du doyen Carbonnier (in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, p. 255).

20. F. Barrière, th. précitée, n° 419 s. ; R. Libchaber, art. cit., spéc. n° 19 s. ; M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre », *Defr.* 1991, p. 897, n° 7 s.

21. V. en particulier Y. Emerich, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au *trust* de la *common law* : entre droit des contrats et droit des biens », *RIDC* 2009/1, p. 49 ; L. Kaczmarek, art. cit. ; F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, *Economica* 2007, n° 43 ; R. Boffa, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, *Defrénois coll. thèses*, T. 32, 2008, n° 397.

22. V. le rapport au Sénat n° 442 de M. Philippe Marini sur la proposition de loi précitée (note 10) : l'auteur insiste en premier lieu sur « l'objectif : permettre l'émission de *sukuk* en France », avant de proposer d'« adapter le dispositif de la fiducie », « approprié mais imparfait » pour répondre à ce but précis. La proposition de loi précitée constitue ainsi une réponse directe à un objectif spécifique, alors même qu'elle introduit dans le Code civil une règle générale qui suscite pour le moins discussion (v. *infra* n° 28 s.).

23. V. *infra* n° 22 s.

relevé par Josserand en 1940<sup>24</sup> ? Celle-ci verrait alors cohabiter une propriété ordinaire, qu'on pourrait appeler primaire, le pilier sur lequel reposent nos rapports à la terre (et aux choses de manière plus générale), et une propriété moderne, évoluée, dérivée de la première mais rattachée à elle par un fil bien mince, la « propriété fiduciaire », elle-même éclatée en propriété économique et propriété juridique<sup>25</sup>.

On atteindrait alors le paroxysme de l'instrumentalisation de la propriété, une instrumentalisation déjà avérée depuis des décennies, mais sans que les évolutions marquantes de la propriété n'atteignent ses racines mêmes. Cette fois, l'enjeu est autre et l'on peut se demander s'il était bien nécessaire, pour arriver au but visé, de passer par un tel dévoilement du concept de propriété. On sait en effet que l'objectif de l'introduction de la fiducie en droit français est avant tout de permettre la mise en place d'un patrimoine « séparé », la possibilité pour une même personne d'être titulaire de plusieurs patrimoines. Pour le législateur français et la majorité des auteurs, notre conception du patrimoine est en lien direct et nécessaire avec la propriété : un patrimoine ne saurait en effet se concevoir sans un propriétaire à sa tête<sup>26</sup>. D'où l'impératif qui a consisté à étirer, déformer le concept de propriété au point d'en faire émerger la « propriété fiduciaire », attachée au nouveau patrimoine fiduciaire d'affectation. N'y avait-il pas une autre solution, touchant cette fois au seul concept de patrimoine ? Le patrimoine, dont on connaît l'abstraction et dont on sait à quel point la théorie classique qui le fonde est critiquée en doctrine depuis des décennies, se prêterait peut-être mieux que la propriété, ancrée dans le concret et marquée philosophiquement, à une évolution radicale répondant aux métamorphoses des techniques économiques et financières. Il faudrait néanmoins, pour cela, aller au bout du dépassement de l'obstacle « patrimoine » relevé en doctrine à propos de la fiducie<sup>27</sup>.

Ce questionnement va ainsi nous amener à confronter, dans un premier temps, la « propriété fiduciaire » au concept français de propriété (I), avant de montrer, dans un second temps, que l'admission par le législateur de la « propriété fiduciaire » est propre à entraîner un réel bouleversement de notre conception originelle de la propriété (II).

24. L. Josserand, art. cit., p. 101 : « *il existe, non pas une propriété, mais des propriétés, soumises à des statuts diversifiés et spécialisés.* » Cette citation doit toutefois être replacée dans son contexte, celui d'une diversification de la propriété au regard des catégories de biens sur lesquels elle peut porter ; l'auteur considère par ailleurs qu'il existe un « droit-souche » de propriété (p. 98) dont on peut relever « l'essence ».

25. Sur cette distinction, v. *infra* n° 29 s.

26. V. M. Grimaldi, art. cit. (*Defr.* 1991), n° 21 s. ; R. Libchaber, art. cit., n° 23 ; R. Boffa, th. précitée, n° 560-1. Egal., N. Bollon, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit des régimes matrimoniaux et des successions*, Th. Lyon 3, 2008, n° 455 s.

27. R. Libchaber, art. cit., n° 23.

## I. – FIDUCIE ET PROPRIÉTÉ, UNE ALLIANCE CONTRE NATURE

5. Il est singulier d'observer que dans la grande majorité des discussions qui ont pu avoir lieu autour de la fiducie à partir des années 1990, le débat s'est porté essentiellement sur l'obstacle civiliste de la théorie classique du patrimoine (outre les obstacles fiscaux, qui ont également fait reculer le législateur pendant des années). C'est principalement cet obstacle qu'il fallait surmonter, la théorie de la propriété n'étant pas ou rarement évoquée lors des débats, alors qu'il semble qu'elle puisse constituer, elle aussi, un obstacle important à l'introduction de la fiducie en droit français<sup>28</sup>.

Il est certes difficile de mettre en lumière une définition de la propriété qui fasse l'unanimité en doctrine. S'opposent ainsi bien souvent les tenants d'une conception classique du droit de propriété<sup>29</sup>, dont la définition repose à la fois sur ses éléments constitutifs (ou attributs) : *usus, fructus, abusus*, et sur ses caractères propres : absolutisme, exclusivisme et perpétuité, et les tenants d'une conception plus objective du droit de propriété, fondée essentiellement sur l'idée d'une relation d'appartenance exclusive<sup>30</sup> et reléguant comme étant secondaire la question des prérogatives du propriétaire sur la chose. Il semble cependant que la majorité des auteurs s'accorde à considérer que la propriété réunit toutes les utilités des biens, qu'elle est le droit réel le plus complet que l'on puisse exercer sur une chose et qu'elle se manifeste essentiellement par l'exclusivité<sup>31</sup> qu'elle confère au titulaire du droit de propriété et par sa vocation à la perpétuité. Parce qu'il est seul maître de son bien, le propriétaire peut en user, en tirer les fruits et surtout en disposer. Le droit de disposer des choses est ainsi « l'expression la plus complète de son pouvoir »<sup>32</sup>, un attribut spécifique du droit de propriété qu'on ne retrouve pas dans les autres droits réels. Ces caractéristiques générales du droit de propriété peuvent ainsi être

- 
28. Comp., en droit québécois, la vive controverse doctrinale qui a eu lieu sur le concept même de « propriété fiduciaire » : v. F. Barrière, *op. cit.*, n° 362 s., pour un exposé détaillé de ce débat.
29. A laquelle se rattachent de nombreux auteurs tels J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Ciamonti, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, 2000, n° 79 s. ; P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 431 s. ; F. Terré et P. Simler, *Droit civil. Les biens*, 7<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2006, n° 74 s. ; G. Cornu, *Droit civil. Les biens*, 13<sup>e</sup> éd. Domat, 2007, n° 26 s.
30. V. not. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, Paris, LGDJ 1960, spéc. n° 12 ; F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305, ainsi que sa thèse : *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon 3, 1981.
31. *Contra*, toutefois, C. Larroumet, *Droit civil*, T. 2. *Les biens. Droits réels principaux*, 5<sup>e</sup> éd. Economica, 2006, n° 197, pour qui l'exclusivisme est un « caractère douteux » du droit de propriété, tout droit subjectif étant exclusif au profit de son titulaire. Selon cet auteur, l'originalité du droit de propriété (droit direct et immédiat sur une chose) autorise seulement une « sanction particulière de son exclusivisme », l'action en revendication.
32. J.-L. Bergel, *La propriété*, Dalloz coll. Connaissance du droit, 1994, p. 25 ; égal. C. Larroumet, *op. cit.*, n° 244.



confrontées à la nouvelle « propriété fiduciaire », ce qui va nous permettre de mettre en exergue l'esprit inversé de la « propriété fiduciaire » (A), ses difficultés à répondre aux caractères classiques de la propriété (B) et enfin l'originalité de la fiducie, qui consiste à organiser un réseau complexe de droits réels et d'obligations personnelles sur le bien objet de la fiducie, une concurrence de droits qui s'accorde mal avec l'unité du droit de propriété (C).

### A. – L'esprit inversé de la « propriété fiduciaire »

6. Si l'on retient que le droit de propriété confère à son titulaire la possibilité de tirer profit de toutes les utilités de la chose, qu'il lui permet d'exercer en principe un pouvoir complet sur celle-ci, la « propriété fiduciaire » laisse perplexe. En effet, le fiduciaire, à qui l'on accorde sans ambiguïté le transfert de la propriété du bien mis en fiducie<sup>33</sup>, semble au contraire fort limité dans l'exercice de prérogatives sur le bien. Certes, les dispositions du Code civil relatives à la fiducie ne retirent pas expressément au fiduciaire telle ou telle prérogative traditionnellement attachée au droit de propriété<sup>34</sup>, mais elles contiennent en germe de nombreuses limitations aux attributs de la propriété. Ainsi, le fiduciaire a théoriquement l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* attachés à la « propriété fiduciaire », mais en réalité, il sera fréquent que ces prérogatives lui soient retirées ou qu'elles soient fortement limitées dans leur exercice. Les articles 2011 et suivants du Code civil ne semblent aucunement conférer au fiduciaire une propriété ordinaire, une propriété puissante et individuelle ; au contraire, l'esprit qui anime ces dispositions est inverse de celui que l'on reconnaît à l'article 544 du Code civil.

L'article 2018-6° prévoit ainsi que les pouvoirs d'administration et de disposition du fiduciaire puissent être délimités par le contrat de fiducie, l'article 2018-1 prévoit la possibilité pour le constituant de conserver « *l'usage ou la jouissance* » du bien placé en fiducie, l'article 2023 envisage lui aussi l'hypothèse d'une limitation des pouvoirs du fiduciaire sur le patrimoine fiduciaire du point de vue de son opposabilité aux tiers, les articles 2372-3 et 2488-3 évoquent quant à eux la « *libre disposition* » du bien mis en fiducie, au profit du fiduciaire-crédancier, si la dette garantie reste impayée, ce qui laisse entendre *a contrario* que le fiduciaire ne détient pas de pouvoir de disposition pendant la durée du contrat de fiducie-sûreté et enfin, le futur alinéa 2 de l'article 2011, objet d'une récente proposition de loi, disposerait que « *le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire (...) selon les stipulations du contrat de fiducie* ». Peut-on plus nettement renverser l'esprit de l'article 544 du Code civil ?

33. V. l'article 2011 C. civ. et son futur alinéa 2 (proposition de loi précitée) ; égal. les articles 2372-1 et 2488-1 C. civ., ainsi que l'article 2019 al. 3 C. civ.

34. Le sénateur P. Marini, dans son rapport précité, affirme d'ailleurs que « *le fiduciaire dispose des attributs juridiques de la propriété* ».

7. Ce n'est guère que lorsque la fiducie est mise en œuvre comme technique de gestion dynamique des biens que l'on peut imaginer un fiduciaire autorisé à exercer toutes les prérogatives d'un propriétaire sur les biens placés dans le patrimoine fiduciaire, et encore faut-il postuler que ce contrat repose sur une confiance totale placée, par le constituant, dans le fiduciaire. Car c'est bien en effet le constituant qui « autorise »<sup>35</sup> ou non le fiduciaire à exercer telle ou telle prérogative sur le bien mis en fiducie. Et on aborde là le cœur des interrogations que suscite la « propriété fiduciaire ». Il semble en effet que le fiduciaire ne soit titulaire des prérogatives d'un propriétaire sur sa chose que si le constituant ne décide pas de les limiter (ce qu'il fera dans la grande majorité des hypothèses), et dans la mesure de ces limitations. La situation du fiduciaire relève donc d'un esprit contraire à celui qui anime le droit de propriété ordinaire : le fiduciaire n'est pas le propriétaire entendu comme seul maître de sa chose, mais bien davantage un gestionnaire (fiducie-gestion) ou un conservateur (fiducie-sûreté), soumis à un impératif de respect du « *but déterminé* » de l'opération (art. 2011) et des pouvoirs que le constituant lui a ... laissés. Ainsi, du point de vue de l'exercice de toutes les utilités de la chose par le propriétaire, on peine à reconnaître dans le fiduciaire une telle qualité<sup>36</sup>.

8. Bien évidemment, le « propriétaire » fiduciaire n'est pas le seul propriétaire qui verrait ses prérogatives limitées, du moins pendant un temps. Dans l'hypothèse de la propriété réservée (clause de réserve de propriété), on retrouve cette nécessaire limitation aux prérogatives du propriétaire. Mais une différence importante entre ces deux hypothèses de propriété finalisée doit être soulignée. Dans l'hypothèse de la propriété réservée à titre de garantie, les prérogatives du vendeur propriétaire sont temporairement limitées, car il conserve le droit de propriété dans l'unique but que celui-ci lui serve de garantie : les attributs de la propriété lui importent peu, du moins temporairement. Si le prix de la chose vendue et délivrée est ensuite régulièrement payé, le vendeur réservataire perd tout droit de propriété sur la chose, au bénéfice de l'acquéreur qui pourra désormais user, jouir et disposer de celle-ci. Au contraire, si le prix n'est pas payé, le vendeur réservataire recouvre sur la chose toutes ses prérogatives de propriétaire de manière exclusive : aucun autre créancier ne peut alors exercer un droit sur cette chose, c'est bien là l'intérêt de ce mécanisme de garantie.

---

35. Ce n'est pas, bien sûr, d'une autorisation au sens juridique du terme dont il s'agit en l'espèce, car la fiducie naît de la conclusion d'un contrat entre le constituant et le fiduciaire. Ce que nous voulons ici exprimer est l'idée que le rapport de force contractuel penche clairement en faveur du constituant : en pratique, c'est lui seul qui décide de constituer un patrimoine fiduciaire, qui décide de son contenu, de sa finalité et des pouvoirs attribués au fiduciaire. V. égal. *infra* n° 13.

36. Comp., du point de vue du caractère exclusif de la propriété, *infra* n° 12 s.

9. Dans l'hypothèse de la fiducie, l'esprit est certes proche lorsque celle-ci est utilisée aux fins de garantie et que le fiduciaire est aussi le créancier<sup>37</sup>. Mais dans les autres hypothèses, les limites posées aux prérogatives du fiduciaire « propriétaire » ne lui sont pas temporairement imposées, elles le sont de manière définitive pour la bonne raison que ces limites visent à préserver les droits du tiers bénéficiaire ou du constituant (selon l'issue qui sera donnée au contrat de fiducie). Dès lors, ces limitations aux prérogatives tirées du droit de propriété se justifient plus difficilement, dans la mesure où elles ne sont pas mises en place dans l'intérêt du fiduciaire propriétaire, mais dans l'intérêt d'un tiers. C'est ce qui amène des auteurs à reconnaître dans la « propriété fiduciaire » une forme de propriété pour le compte d'autrui<sup>38</sup>. Mais peut-on encore parler de propriété lorsque le fiduciaire ne possède pas les prérogatives classiques d'un propriétaire, de manière définitive et dans l'intérêt d'autrui ?

## B. – L'exclusion des caractères de la propriété

10. Si l'on s'intéresse à présent aux caractères fondamentaux du droit de propriété, du moins ceux qui semblent être généralement considérés en doctrine comme étant de véritables caractéristiques de la propriété, exclusivité et perpétuité<sup>39</sup>, que ressort-il de leur confrontation avec la « propriété fiduciaire » ?

11. La *perpétuité*<sup>40</sup>, en premier lieu, n'est aucunement attachée à la « propriété fiduciaire » : celle-ci, au contraire, est par essence temporaire (limitée à un maximum de 99 ans à compter de la signature du contrat, selon l'article 2018-2° C. civ.<sup>41</sup>), ainsi que le soulignent nombre d'auteurs<sup>42</sup>. Certains la

37. Sur les conséquences de cette observation, v. *infra* n° 30.

38. V. F. Danos, *op. cit.*, n° 43, qui évoque une « "propriété" au service d'autrui » ; L. Kaczmarek, art. cit., n° 11, qui voit dans la fiducie une « propriété dans l'intérêt d'un tiers ».

39. Le caractère absolu du droit de propriété, affirmé à l'article 544 du Code civil, subit tellement d'atteintes en droit positif qu'il n'est fréquemment plus considéré comme un caractère distinctif du droit de propriété : en ce sens, v. not., G. Cornu, *op. cit.*, n° 29 ; C. Larroumet, *op. cit.*, n° 211 s. ; J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *op. cit.*, n° 93 s. ; M. Grimaldi, art. cit., n° 16 s. ; plus nuancés, F. Terré et P. Simler, *op. cit.*, n° 140 s. ; *contra*, P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 431 et 455. Il apparaît en tout état de cause très difficile d'affirmer que le fiduciaire aurait un droit de propriété absolu sur les biens placés en fiducie, tant ses prérogatives sont limitées.

40. Le caractère perpétuel du droit de propriété est entendu ici dans un sens communément admis en doctrine, selon lequel ce droit ne s'éteint pas par le non usage de la chose, il dure en principe aussi longtemps que la chose sur laquelle il porte (v. not. C. Larroumet, *op. cit.*, n° 257 ; F. Terré et P. Simler, *op. cit.*, n° 148 s. ; J.-L. Bergel, *op. cit.*, p. 33). Sur cette question, v. en particulier J.-J. Barbiéri, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, th. Toulouse, 1977 ; Aulagnon, « La pérennité de la propriété », *Rev. crit. législ. et jurispr.* 1934, p. 277.

41. V. aussi l'article 2028 relatif à la révocation du contrat de fiducie par le constituant, et l'article 2029 sur la fin du contrat de fiducie.

qualifient même de « propriété de passage »<sup>43</sup>, d'autres insistent sur l'idée d'une rétrocession future et prévisible de la propriété dès la constitution du patrimoine fiduciaire<sup>44</sup> et il faut bien admettre que la « propriété fiduciaire », si elle existe, n'a rien de perpétuelle<sup>45</sup>. Tout juste peut-on souligner l'hypothèse dans laquelle le fiduciaire serait aussi le bénéficiaire de la fiducie et à ce titre susceptible de devenir un jour pleinement propriétaire des biens placés dans le patrimoine fiduciaire. Mais même dans ce cas, il s'opère juridiquement un transfert des biens du patrimoine fiduciaire au patrimoine propre du fiduciaire : ce dernier exerce donc dans un premier temps une « propriété fiduciaire » vouée à disparaître pour, dans un second temps, devenir une propriété ordinaire. Donc, quelle que soit la forme de fiducie mise en œuvre, la « propriété fiduciaire » présente la caractéristique d'être, *par essence*, temporaire. Cette propriété s'oppose en cela nettement à la propriété ordinaire, dont la vocation à la perpétuité a été clairement admise en jurisprudence, aussi bien en ce qui concerne les immeubles qu'en ce qui concerne les meubles<sup>46</sup>, et qui ne semble pas devoir être sérieusement remise en question par la réforme récente de la prescription civile – en dépit d'une rédaction ambiguë de certaines dispositions relatives au droit de propriété et à l'action en revendication<sup>47</sup>. Certes, on peut relever quelques exceptions au caractère perpétuel du droit de propriété, en particulier en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, mais encore faut-il admettre qu'il s'agisse de véritables droits de propriété, ce qui est débattu en doctrine<sup>48</sup>.

42. Not. M. Grimaldi, art. cit., n° 16 ; F. Barrière, Rép. Dalloz civil, V° *Fiducie*, 2008, n° 56 ; R. Libhaber, art. cit. (*Defr.* 2007), n° 22 ; L. Kaczmarek, art. cit., n° 11 ; P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 757 ; de manière plus incidente, F. Terré et P. Simler, *op. cit.*, n° 150 note 3.
43. F. Danos, *op. cit.*, n° 43.
44. Cette rétrocession aura lieu, notamment, dans l'hypothèse de la fiducie-sûreté, si la garantie n'a pas lieu d'être réalisée en fin de contrat.
45. Dans sa thèse (*op. cit.*, n° 39), M. Boffa établit un lien intéressant entre le caractère perpétuel de la propriété et la destination donnée au bien approprié. En principe, le choix de la destination du bien, et son éventuelle modification, sont l'apanage du propriétaire, qui peut seul imprimer un usage pérenne (*ie.* destination) à son bien, car il exerce un droit perpétuel et exclusif sur celui-ci. Or, c'est justement parce que le fiduciaire doit respecter la destination donnée au bien par un tiers, destination sur laquelle il n'a aucune maîtrise, qu'il est dès lors logique que ses droits sur la chose ne puissent qu'être temporaires. Perpétuité et liberté de fixer la destination du bien seraient ainsi, selon cet auteur, éminemment liés.
46. Cass. req. 12 juil. 1905 *DP* 1907, 1, 141 rapp. Potier ; S. 1907, 1, 273 note A. Wahl ; Cass. civ. 3<sup>e</sup> 2 juin 1993, *D.* 1993, somm. 306 obs. A. Robert ; 1994, 582 note B. Fauvarque-Cosson ; *JCP.G.* 1994, I, 3750, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet ; *RTD civ.* 1994, 389 obs. F. Zenati ; *Defr.* 1994, 414 obs. H. Souleau.
47. V. sur ce point, nos obs. au *D.* 2008, Pan « Droit des biens », p. 2460 s.
48. Sur ce débat, v. not. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 6<sup>e</sup> éd. PUF, 2007, n° 14 s. ; C. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, th. Strasbourg, 2008, n° 165 s. ; C. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *Dr. et patr.* 2005, n° 137, p. 90. F. Terré et P. Simler (*op. cit.*, n° 150)

12. L'*exclusivité*, en second lieu, pose également difficulté à propos de la « propriété fiduciaire ». Brièvement, que signifie ce terme appliqué à la propriété ? La doctrine s'accorde à reconnaître que l'exclusivité établit un « rapport privatif » et confère au propriétaire le « pouvoir d'exclure », c'est-à-dire de faire échapper la chose au pouvoir de toute autre personne que lui-même<sup>49</sup>. Dans cette perspective, le propriétaire est en mesure de se réserver les utilités de la chose, ou de décider seul d'en conférer une partie à d'autres individus. L'idée générale qui sous-tend le caractère exclusif de la propriété est donc celle d'une maîtrise de la chose et de ses utilités par le seul propriétaire de celle-ci : il en est le seul maître<sup>50</sup>. Or, la « propriété fiduciaire » ne semble aucunement conférer au fiduciaire une telle maîtrise sur le patrimoine fiduciaire, bien au contraire. En effet, il apparaît à la lecture des dispositions du Code civil applicables à la fiducie, non seulement que le fiduciaire est bien loin d'être le seul maître des biens mis en fiducie mais encore qu'il n'est pas en mesure d'empêcher autrui d'exercer des pouvoirs sur ces biens ... C'est au contraire le fiduciaire lui-même, qui peut être exclu de ce rapport aux biens par l'effet de la décision du constituant ou du tiers bénéficiaire<sup>51</sup>.

13. Ainsi, plusieurs dispositions rendent compte d'un remarquable *pouvoir de contrôle* de la gestion des biens mis en fiducie, accordé au constituant. L'article 2018-6° du Code civil, tout d'abord, exprime clairement que le contrat de fiducie détermine *l'étendue des pouvoirs* du fiduciaire : celui-ci n'a donc aucune véritable plénitude de pouvoirs de principe, sur les biens mis en fiducie. Certes, on pourrait objecter que le fiduciaire a donné son accord à une telle limitation puisque celle-ci découle du « contrat de fiducie ». Mais en pratique, le fiduciaire ne fait que se conformer à la « mission »<sup>52</sup> que lui confie le constituant : c'est bien le constituant qui décide ou non de lui accorder tel ou tel pouvoir, ce n'est pas le fiduciaire qui décide, parce qu'il y trouverait un intérêt, de limiter ses propres prérogatives<sup>53</sup>. Le fiduciaire doit en outre rendre des comptes au constituant (art. 2022) et il est responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission (art. 2026). Les articles 2372-3 et 2488-3 du Code civil (relatifs à la fiducie-sûreté), qui ont déjà été

---

considèrent ainsi qu'il convient « d'atténuer l'importance de ces dérogations en soulignant le caractère très spécial de ces prérogatives ». Pour des exemples de propriétés temporaires en droit boursier et en droit financier, v. F. Barrière, *op. cit.*, n° 393 s.

49. V. F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3<sup>e</sup> éd. PUF, 2008, p. 315 s.

50. En ce sens, J.-L. Bergel, *op. cit.*, p. 31 ; F. Terré et P. Simler, *op. cit.*, n° 143.

51. Notamment lorsque celui-ci décide de réaliser la fiducie-sûreté (v. art. 2372-3 et 2488-3 C. civ.).

52. Le terme, fort révélateur de l'esprit de la fiducie, est employé à plusieurs reprises dans le Code civil, aux articles 2018-6°, 2022, 2026. On le retrouve également dans la décision à caractère normatif n° 2009-001 (« L'activité de fiduciaire ») portant réforme du règlement intérieur national (R.I.N.) de la profession d'avocat.

53. Il convient toutefois de réserver l'hypothèse de la fiducie-sûreté dans laquelle le fiduciaire est aussi créancier-bénéficiaire de la garantie.

relevés antérieurement<sup>54</sup>, accèdent par ailleurs l'idée selon laquelle le fiduciaire n'acquiert la libre disposition des biens placés en fiducie qu'à l'issue de celle-ci, dans l'hypothèse où la dette n'a pas été payée par le débiteur. En outre, l'organisation d'un contrôle de l'exercice de la « propriété fiduciaire » est particulièrement mise en exergue à l'article 2017 du Code civil, qui prévoit la possibilité, à tout moment, pour le constituant de « désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat » : le fiduciaire agit alors sous l'œil d'un censeur, représentant du constituant. Il ne fait donc aucun doute, à la lecture de l'ensemble de ces dispositions, que la « propriété fiduciaire » n'est pas entendue comme une propriété libre. Le sénateur Marini la qualifie ainsi sans détour de « *propriété d'un nouveau type, une propriété avec charge* »<sup>55</sup>, ce qui est une manière habile d'éviter de creuser en profondeur la question délicate de la réalité d'une telle propriété asservie. Il apparaît, au contraire, que le fiduciaire n'est, par essence, aucunement le seul maître sur son bien, car il doit agir conformément à la mission qui lui a été confiée et sous contrôle.

14. Bien plus, le fiduciaire peut se voir retirer son droit de « propriété fiduciaire » contre sa volonté, dans plusieurs hypothèses. L'article 2027 du Code civil organise en effet son remplacement, soit dans le cadre des stipulations contractuelles qui peuvent en prévoir librement les conditions, soit (surtout) sur des fondements légaux : manquement à ses devoirs, mise en péril des intérêts qui lui sont confiés, ouverture à son encontre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Dans ces hypothèses, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers visé à l'article 2017 « *peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire* ». Si le juge décide de faire droit à cette demande, sa décision « *emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant* ».

Quelle est cette « propriété » que l'on peut perdre, à la demande d'un tiers, au motif que l'on subit l'ouverture d'une procédure collective ou que l'on n'a pas respecté la mission confiée ? Il faut bien admettre que le fiduciaire a bien moins de prérogatives sur le patrimoine fiduciaire que celui qui est à l'origine de sa constitution (le constituant) ou que celui qui en sera le bénéficiaire. Il s'agit là, éminemment, d'une opération finalisée et dans laquelle le principal acteur (ou supposé tel) est en réalité asservi aux décisions et choix d'autres protagonistes à l'opération. Le caractère finalisé de l'opération ne s'oppose pas à la qualification de propriété ; en revanche, l'asservissement du soi-disant propriétaire s'y oppose.

15. Y a-t-il en effet propriété sans liberté ? C'est essentiellement cette question que pose la fiducie telle qu'elle est conçue par le législateur français, et on perçoit bien évidemment l'importance philosophique du débat. Un

54. V. *supra* n° 6.

55. V. rapport au Sénat n° 442 du 27 mai 2009, article 6 sexies B (nouveau).

auteur en particulier s'est interrogé sur les fondements philosophiques de la propriété et relève que, de ce point de vue, la propriété peut être « le gage de l'indépendance du citoyen » car elle est « dégagée de toute obligation personnelle »<sup>56</sup>. Il établit ensuite un lien consubstantiel entre propriété et liberté, développé longuement dans cet ouvrage : « La propriété est donc à la fois conditionnée par la liberté substantielle qui est celle de n'être jamais conduit, et se réalise pleinement dans l'acquisition des vertus qui la légitime et dont elle est le signe »<sup>57</sup>. L'argument est fort. Au regard du régime de la fiducie, il crée le doute sur l'existence d'une véritable « propriété fiduciaire »<sup>58</sup>, à moins d'admettre que le fiduciaire puisse être un propriétaire asservi, ce qui nous semble être une position intenable d'un point de vue philosophique. En effet, si la doctrine débat du point de savoir si la propriété est davantage une liberté qu'un droit<sup>59</sup>, elle semble s'accorder sur le fait que celle-ci repose sur l'idée générale que le propriétaire exerce en principe librement la plénitude de ses pouvoirs sur sa chose<sup>60</sup>. On sait que la défense d'intérêts collectifs peut légitimer des entorses

- 
56. M. Xifaras, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 89.
57. *Op. cit.*, p. 90 ; v. égal. p. 280 s., les développements de l'auteur sous un paragraphe intitulé « la liberté du propriétaire patrimonial ». V. aussi, sur les liens historiques entre liberté et propriété, *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland, S. Rials), V<sup>o</sup> *Propriété* par A.-M. Patault, PUF Lamy, 2003.
58. En ce sens, R. Libchaber, art. cit., n<sup>o</sup> 25 s. ; égal. R. Boffa, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 397 (qui fonde le rejet de la qualification de propriété sur le fait que le fiduciaire « doit non seulement respecter la destination du bien fixée par le constituant, mais doit aussi et surtout employer les biens dans l'intérêt d'autrui ») ; contra : P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 757 ; M. Grimaldi, art. cit. (*Defr.* 1991), n<sup>o</sup> 9 ; F. Barrière, « Commentaire de la loi n<sup>o</sup> 2007-211 du 19 février 2007 (2<sup>e</sup> partie) », *Bull. Joly soc.* 2007, n<sup>o</sup> 3, p. 555, et Rép. Dalloz civil, V<sup>o</sup> *Fiducie*, 2008, n<sup>o</sup> 56 ; B. Balivet, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, th. Lyon 3, 2004 (à paraître aux éd. Defrénois), n<sup>o</sup> 230 s. ; M. Bouteille, *Les propriétés conditionnelles*, préf. F. Pérochon, PU Aix-Marseille, 2008, n<sup>o</sup> 793 s. (qui oppose nettement la propriété conditionnelle « libre » à la propriété fiduciaire « affectée » ou « asservie », sans toutefois rejeter la qualification de propriété pour cette dernière) ; L. Kaczmarek, art. cit., n<sup>o</sup> 11 s. ; C. de Lajarte, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *RLDC* mai 2009, p. 71.
59. Certains auteurs considèrent en effet que la propriété est une liberté : F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, spéc. p. 316 ; G. Cornu, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 29 ; Y. Strickler, *Les biens*, PUF Thémis, 2006, n<sup>o</sup> 218 s. ; v. égal. C. Atias, *Droit civil, Les biens*, 6<sup>e</sup> éd. Litec, n<sup>o</sup> 59 (qui évoque « la liberté de la propriété ») ; M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, 443 ; rappr. H. Capitant, « Sur la nature des droits réels », in *Mélanges N. Sugiyama*, Tokyo, 1940, p. 29 s. (pour qui les droits réels sont des « libertés privées », au premier rang desquelles figure le droit de propriété).
60. V. encore M. Xifaras, *op. cit.*, p. 91 : « l'état de propriétaire est l'expression d'une liberté pleinement effectuée (...). Le propriétaire est en outre (...) un Maître, sui juris ». C'est bien cette conception que défend l'article 544 du Code civil. Conscient de cette difficulté, M. Barrière tente de démontrer brièvement que le fiduciaire est un propriétaire libre, par l'argument suivant : « La liberté du sujet de droit récipiendaire du droit de propriété est aussi préservée puisqu'il connaît nécessairement les modalités affectant le droit qu'il accepte » (*op. cit.*, n<sup>o</sup> 409). Il admet pourtant par ailleurs et sans réserve, que la propriété transmise au

à la liberté de principe accordée au propriétaire, mais la fiducie est une opération juridique individualiste, contexte qui ne permet pas de légitimer une telle atteinte aux fondements philosophiques de la propriété individuelle.

16. Ainsi, il apparaît difficile de reconnaître au fiduciaire un droit de propriété exclusif sur les biens placés en fiducie<sup>61</sup>. Certes, un pouvoir de maîtrise sur les biens peut éventuellement lui être reconnu dans le contrat de fiducie, mais l'objet même de ce contrat est de délimiter les prérogatives du fiduciaire, ce qui est contraire à l'esprit qui anime le droit de propriété. On ne peut reconnaître dans les pouvoirs du fiduciaire un véritable « *pouvoir d'exclure* », le pouvoir de se réserver l'exclusivité des utilités de la chose, ou de décider seul d'en accorder certaines à des tiers. Dans l'esprit de la fiducie, ce n'est pas le fiduciaire, mais bien le constituant, qui a la maîtrise des prérogatives exercées sur les biens fiduciaires : c'est lui qui décide de la destination des biens, de la « mission » exercée par le fiduciaire, de son éventuel remplacement dans certaines circonstances, ou encore de la révocation du contrat de fiducie (art. 2028 C. civ.). Et lorsque l'esprit d'une institution est en contradiction avec la technique sur laquelle elle est censée reposer, il semble légitime de se demander, en l'occurrence, si la « propriété fiduciaire » ne serait pas qu'une apparence de propriété.

### C. – La concurrence des droits sur le bien mis en fiducie

17. La qualification de « propriété fiduciaire » peut également être critiquée du point de vue des droits exercés sur le bien mis en fiducie par les différents acteurs de la fiducie.

On a vu à quel point le fiduciaire pouvait voir ses droits sur la chose réduits ou contrôlés, on peut donc immédiatement en déduire que si une concurrence de droits exercés sur la chose peut être mise en lumière dans le cadre de la fiducie, ces droits ne sont pas égaux et ne peuvent ainsi fonder une

---

fiduciaire est « asservie » (n° 387), ce qui nous semble davantage correspondre à la réalité juridique de la fiducie.

61. *Contra* : F. Barrière, not. in « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP.E.* 2007, 2053, n° 19 ; L. Kaczmarek, art. cit., n° 11 ; M. Grimaldi, art. cit. (*Defr.* 1991), n° 17 (qui nuance toutefois sa position et admet ensuite (n° 18) que dans la fiducie-gestion, « un même bien se trouve faire l'objet de deux exclusivités : une exclusivité de gestion, qui constitue la propriété du fiduciaire, une exclusivité économique, qui constitue la propriété du fiduciaire ou du bénéficiaire de la fiducie ». Une question mérite toutefois d'être soulevée : peut-on encore parler d'exclusivité lorsque celle-ci est démembrée entre deux individus ?) ; S. Ravenne, *op. cit.*, n° 331-354. Précisons, toutefois, que M. Ravenne défend l'opinion selon laquelle les propriétés imparfaites seraient « incompatibles » avec la « définition classique du droit de propriété » (n° 307 s.), mais qu'elles répondraient à la « définition exclusiviste du droit de propriété », défendue par M. Zenati dans sa thèse (n° 331 s.).



propriété collective<sup>62</sup>. Fiduciaire, constituant et bénéficiaire (ou deux parmi les trois) ne se partagent pas la propriété exclusive du bien placé en fiducie.

Le mécanisme fiduciaire mis en place par le législateur repose sur le principe d'un double transfert : le constituant décide de placer le bien en fiducie, dans l'unique but de séparer ce bien de son propre patrimoine, et peut par la suite recouvrer la pleine propriété de ce bien, à moins que celui-ci ne devienne la propriété d'un tiers, le bénéficiaire. Les hypothèses de dénouement de la fiducie sont ainsi très diverses, selon qu'il s'agit d'une fiducie-gestion ou d'une fiducie-sûreté, selon que le fiduciaire est aussi bénéficiaire de la fiducie (v. art. 2016 C. civ. et les dispositions relatives à la fiducie dans le livre IV du Code civil), selon que le constituant exerce ou non son pouvoir de révocation de la fiducie (art. 2028), ou encore s'il décède en cours de contrat (art. 2029 et 2030). Ainsi, à l'issue du contrat de fiducie, la pleine propriété des biens peut revenir au fiduciaire-bénéficiaire, au constituant (il s'agit alors d'une forme de rétrocession, à lui-même ou à sa succession) ou à un tiers bénéficiaire.

18. Le double transfert réalisé par la fiducie conserve ainsi une part de mystère : autant est-il facilement admis qu'à l'issue de la fiducie, celui à qui sont remis les biens exerce un droit de propriété ordinaire sur ces derniers, autant la question de l'objet exact du premier transfert peut être discutée, comme on l'aura compris.

M. Libchaber considère ainsi que le constituant demeure propriétaire des biens placés en fiducie<sup>63</sup>.

Une autre analyse peut être proposée, celle d'un transfert de droit réel qui ne s'apparenterait pas à un transfert de propriété : le fiduciaire exercerait alors un droit réel sur la chose d'autrui<sup>64</sup>, non un véritable droit de propriété, ce qui permettrait d'expliquer le caractère temporaire et limité de ses prérogatives sur la chose. L'idée est séduisante, car elle permet de mieux comprendre le réseau de droits et d'obligations qui naît du contrat de fiducie : plutôt que d'user d'expressions (qui laissent perplexe) telles que « propriétaire obligé »<sup>65</sup> ou « propriété avec charge »<sup>66</sup>, n'est-il pas préférable de voir dans la fiducie le transfert au fiduciaire d'un droit réel sur le bien d'autrui, auquel

62. Sur cette notion, v. en dernier lieu, F. Zenati-Castaing, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges G. Goubeaux*, 2009.

63. Art. cit., n° 20 s. et 25 s. Comp., à propos d'un *trust* et d'un point de vue fiscal, Com. 31 mars 2009 n° 07-20219, D. 2009, AJ. 1089 obs. X. Delpech. Un autre auteur (L. Kaczmarek, art. cit., n° 13) considère, d'une part, que le fiduciaire est « titulaire de pouvoirs » plutôt que de « véritables droits subjectifs » et d'autre part, qu'il est bien un « propriétaire temporaire par l'effet du contrat » : les deux affirmations semblent difficilement compatibles.

64. En ce sens, R. Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine ... », in *Mélanges Ph. Malaurie, Liber amicorum*, Defrénois 2005, p. 303, spéc. n° 13 s., et art. cit. (*Defr.* 2007), spéc. n° 25 ; égal. F. Danos, *op. cit.*, n° 43 ; P. Crocq, *op. cit.*, n° 242.

65. C. Kuhn, « La mission du fiduciaire », *Dr. et patr.* juin 2008, p. 52.

66. P. Marini, rapport *précité*.

serait attaché un certain nombre d'obligations (découlant de la « mission » confiée au fiduciaire) et un droit de propriété futur (en suspension), du bénéficiaire désigné de la fiducie ? Dans ce schéma, pendant la durée de la fiducie, divers droits pourraient ainsi être exercés sur le bien et, en tout état de cause, le fiduciaire conserverait et gèrerait le patrimoine fiduciaire, sur lequel il exercerait alors simplement un droit réel *sui generis*. C'est une analyse envisageable, sous réserve d'admettre la possibilité de constituer un droit réel à contenu variable (en fonction des limitations aux prérogatives du fiduciaire figurant dans les clauses contractuelles de la fiducie) et même un droit réel ôtant à son titulaire ... toute prérogative tirée du droit réel principal que constitue la propriété. Lorsque le fiduciaire n'a ni l'usage, ni la jouissance, ni le droit de disposer du bien placé en fiducie, quel est le contenu de ce supposé droit réel d'un nouveau genre ?

En tout état de cause, la question peut rebondir selon l'analyse que l'on fait alors des droits conservés ou transférés par le constituant.

On pourrait tout d'abord considérer que le constituant conserve le droit de propriété sur les biens mis en fiducie, amputé du droit réel accordé au fiduciaire, dans l'attente de recouvrer à l'issue de la fiducie une pleine propriété sur le bien ou d'en transférer la propriété ordinaire au bénéficiaire. Le bénéficiaire, selon qu'il aurait ou non « accepté » le contrat de fiducie (v. art. 2028 C. civ.), serait alors titulaire d'un droit futur ou seulement potentiel sur les biens.

On pourrait aussi considérer que le constituant, ayant confié les biens en fiducie, n'est plus propriétaire de ceux-ci (ce qui correspondrait d'ailleurs davantage à l'objectif visé par le législateur : la séparation de patrimoines et le dépouillement de propriété corrélatif), du moins pendant la durée de la fiducie. Il ne serait alors titulaire que de droits personnels à l'égard du fiduciaire, droits qui fonderaient le contrôle exercé sur la gestion des biens mis en fiducie. Le fiduciaire n'étant pas davantage propriétaire, il faudrait alors considérer que le droit de propriété existe à l'état latent durant l'exécution du contrat de fiducie, droit en sommeil<sup>67</sup>, potentiellement rattaché au bénéficiaire<sup>68</sup> ou au constituant selon les hypothèses. Cela impliquerait dans certains cas d'admettre l'éventualité de propriétaires alternatifs<sup>69</sup>, et surtout

67. Comp., l'approche de ce que M. Grimaldi nomme la « propriété-pouvoirs » (art. cit., n° 15), dans laquelle il souligne que « les pouvoirs refusés au fiduciaire sont des pouvoirs perdus », ce qui crée une « situation de mainmorte ».

68. Un auteur défend ainsi l'idée selon laquelle le fiduciaire serait débiteur d'une obligation de donner à l'égard du bénéficiaire : C. de Lajarte, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *RLDC* mai 2009, p. 71.

69. Ce serait par exemple l'hypothèse de la fiducie-sûreté tant que la dette garantie n'a pas encore été payée, ou de la fiducie-gestion tant que le bénéficiaire n'a pas « accepté » le contrat de fiducie. Ces situations peuvent être distinguées de celle, notamment, de la clause de réserve de propriété, car même si l'on retrouve dans cette clause l'idée sous-jacente de propriétaires alternatifs (selon que le paiement du prix a lieu ou non), le

d'admettre l'existence d'un patrimoine séparé sur lequel personne n'exercerait de propriété<sup>70</sup>.

Il faut reconnaître que ces schémas sont complexes et qu'ils reposent sur des concepts juridiques pour certains mal définis. En outre, ils ne répondraient pas, selon certains auteurs<sup>71</sup>, à l'objectif primordial visé par le législateur : permettre la création d'un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine propre du fiduciaire. En effet, selon ces auteurs, un véritable patrimoine d'affectation ne peut exister que si une véritable propriété peut être exercée sur ce patrimoine, les deux concepts étant indissociables.

19. Plutôt que de s'engager dans de telles analyses complexes, risquées et ne permettant pas de répondre facilement aux demandes des praticiens du droit et des acteurs économiques, le législateur français a préféré s'en tenir au concept flou de « transfert de biens, droits ou sûretés » sans plus de précision, et plus récemment au concept critiquable de « propriété fiduciaire », tout en donnant des indications claires sur ce qu'il convient d'entendre par là<sup>72</sup>. Il faut désormais prendre acte de la gestation officielle de cette figure juridique, et des interrogations que celle-ci suscite au regard de l'avenir du concept plus général de propriété en droit français.

## II. – FIDUCIE ET PROPRIÉTÉ, OU LA PROPRIÉTÉ CIVILISTE EN DÉRIVE

20. La « propriété fiduciaire » est sans doute à même de révolutionner le concept de propriété tel qu'il est entendu en droit français. On a vu, en effet, que la « propriété fiduciaire » ne s'est pas vu insuffler l'esprit de la propriété classique, celle de l'article 544 du Code civil, et qu'elle peine à répondre à ses caractéristiques fondamentales. Il s'agit ainsi, sans aucun doute, d'une « *propriété d'un nouveau type* », comme l'a exprimé récemment le sénateur Marini<sup>73</sup>. L'expression peut faire frémir, tant elle semble aller au-delà des évolutions déjà reconnues de la propriété vers les propriétés finalisées (telle la propriété-garantie) ou encore les propriétés temporaires. Cette fois, on assisterait à la naissance d'une nouvelle propriété, qui serait admise à cohabiter avec la propriété ordinaire, concept-pilier ancré dans le droit civil français. Il est dès lors nécessaire de se demander quels peuvent être les impacts théoriques et pratiques d'une telle métamorphose de la propriété « à la française » (A), qui tend à admettre ainsi dans son giron le paroxysme de la propriété instrumen-

---

droit de propriété reste pleinement attaché au vendeur, il n'est pas « latent » en attendant de connaître son titulaire final.

70. Sur cette question, v. *infra* n° 31.

71. V. en particulier R. Boffa, *op. cit.*, n° 560-1 ; comp. R. Libchaber, *art. cit.*, n° 23 s.

72. V. *infra* n° 29 s., la distinction entre propriété juridique et propriété économique, proposée par le rapporteur Philippe Marini comme grille de lecture de la nouvelle « propriété fiduciaire ».

73. Rapport *précité*.

talisée (B), au point de dériver vers une conception plus anglo-saxonne que civiliste de la propriété, celle d'une nouvelle propriété dissociée (C).

### A. – La « propriété fiduciaire » ou les métamorphoses de la propriété

21. Qu'est-ce finalement que la « propriété fiduciaire » ? La doctrine et les praticiens, le législateur lui-même, ne tarissent pas d'imagination pour qualifier cette nouvelle propriété : d'aucuns insistent sur le fait qu'il s'agit d'un droit de propriété créé et exercé dans un but déterminé (« propriété finalisée »<sup>74</sup>, « modelée »<sup>75</sup>, « pour compte d'autrui »<sup>76</sup>), d'autres sur l'idée que cette propriété est l'objet d'un contrôle appuyé (« propriété asservie »<sup>77</sup>), ou encore que le propriétaire fiduciaire doit respecter des obligations dans l'exercice de sa propriété (« propriété avec charge »<sup>78</sup>, « propriétaire obligé »<sup>79</sup>), que cette propriété n'est pas destinée à durer (propriété « temporaire »<sup>80</sup>, « éphémère »<sup>81</sup>, « de passage »<sup>82</sup>), d'autres encore admettent implicitement qu'il est difficile de reconnaître dans la « propriété fiduciaire » tous les caractères de la propriété classique puisqu'ils la disent « imparfaite »<sup>83</sup>, « affectée »<sup>84</sup> ou « amoindrie »<sup>85</sup>. Nombreux sont d'ailleurs ceux qui ne parviennent pas à trancher entre tous ces qualificatifs et qui affublent donc la « propriété fiduciaire » d'une lourde charge qualificative, qui ne fait qu'accroître l'impression d'un certain embarras à l'égard de sa véritable nature. En tout état de cause, il semble bien difficile de retenir une définition simple et unanime de cette nouvelle propriété, dont l'originalité s'exprime

74. C. Witz, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au « trust » », *D.* 2007, p. 1369.

75. F. Barrière, art. cit. (*JCP E.* 2007), n° 19.

76. S. Ravenne, *op. cit.*, n° 142.

77. M. Bouteille, *op. cit.*, n° 795. V. aussi les développements de B. Balivet, *op. cit.*, n° 242 s., sur le contrôle étendu exercé sur le gérant fiduciaire dans le cadre d'une propriété-gestion.

78. P. Marini, rapport *précité*.

79. C. Kuhn, art. cit., p. 52. Égal., J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 2, éd. PUF Quadrige, 2004, n° 751, qui évoque une propriété « repêtrée par une série d'obligations ».

80. M. Grimaldi, art. cit., n° 16.

81. S. Ravenne, *op. cit.*, n° 156 s., qui distingue la propriété éphémère de la propriété temporaire, en ce que la première repose sur un acte translatif qui, dès l'origine, fixe un terme à ce transfert.

82. R. Libchaber, art. cit. (*Defr.* 2007), n° 21.

83. S. Ravenne, *op. cit.*, n° 1.

84. F. Zenati-Castaing et T. Revet, *op. cit.*, n° 263 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, *op. cit.*, n° 748 ; P. Puig, « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et patr.* juin 2008, p. 68 s., spéc. p. 76 ; L. Kaczmarek, art. cit. n° 11 ; M. Bouteille, *op. cit.*, n° 793 s.

85. F. Barrière, *op. cit.*, n° 412, citant R.-J. Pothier, *Traité du droit de domaine de la propriété*, in *Œuvres de Pothier*, T. 8, éd. Charles Béchét, 1835, n° 8. V. aussi R. Libchaber, art. cit. (*Defr.* 2007), n° 19, qui qualifie la propriété fiduciaire « d'avorton » de la propriété ordinaire.

tous azimuts. Si celle-ci est effectivement consacrée par le législateur et si nous voulions entrer dans cette course à la qualification, peut-être pourrions-nous la qualifier de « propriété dérogoire ». La « propriété fiduciaire » révèle, en tout état de cause, une nette dérive du concept de propriété, en ce qu'elle déroge manifestement à son esprit et sensiblement à ses principaux caractères. En cela, elle participe des métamorphoses actuelles de la propriété, qui certes ne ressemble plus en tous points à la définition marquante de l'article 544 du Code civil. On peut observer, néanmoins, que les rédacteurs d'un récent avant-projet de réforme du droit des biens ont jugé bon de conserver une définition classique de la propriété dans le Code civil<sup>86</sup>.

22. La « propriété fiduciaire » réalise une évolution marquante du concept de propriété en ce qu'elle autorise désormais la reconnaissance de propriétés asservies et dénuées de tout intérêt propre pour le « propriétaire »<sup>87</sup>. Il ne s'agit plus, comme dans les propriétés finalisées classiques, de se réserver ou d'obtenir le transfert d'un droit de propriété afin de préserver ses propres intérêts, mais de devenir propriétaire dans l'intérêt d'un tiers (dans la plupart des hypothèses de fiducie). Or, cette situation crée plusieurs difficultés pratiques, sources d'incohérences juridiques.

La qualification de propriété engendre en effet des effets secondaires, qui peuvent venir perturber l'organisation théorique d'un double transfert de propriété dans la fiducie. Que l'on pense, par exemple, aux règles d'inscription et d'enregistrement du droit de propriété portant sur certains biens, aux droits fiscaux de mutation, aux droits de préemption qui peuvent être attachés à certains biens, ou encore aux qualités et à la capacité requises pour pouvoir exercer les pouvoirs d'un propriétaire sur tel ou tel bien, et l'on pressent que la « propriété fiduciaire », officiellement reconnue et en même temps si faible, va poser difficulté.

23. Certaines difficultés ont été résolues par des textes, telle la question des droits fiscaux attachés au double transfert de propriété dans la fiducie. Afin de « dissociier le transfert juridique du transfert fiscal »<sup>88</sup>, le législateur s'est largement appuyé sur un principe de neutralité et de translucidité fiscales<sup>89</sup>. Ainsi, d'un point de vue fiscal, le transfert de propriété est considéré comme ayant lieu à l'issue de la fiducie ; pendant la durée du contrat, la « propriété fiduciaire » est pour ainsi dire ignorée, ou presque, de l'administration fiscale. Le législateur a seulement prévu, lors du transfert des biens dans le

86. Article 534 de l'avant-projet : La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent. L'avant-projet de réforme du droit des biens, remis au Garde des Sceaux le 31 octobre 2008, est disponible sur le site de l'Association Henri Capitant : [www.henricapitant.org](http://www.henricapitant.org)

87. Encore faut-il mettre à part les hypothèses dans lesquelles le fiduciaire est aussi bénéficiaire de la fiducie. V. *infra* n° 30.

88. F. Barrière, entretien à la *Rev. dr. aff. univ. Panthéon-Assas* 2007, p. 29 s., spéc. p. 38.

89. V. J.-L. Pierre, « Quelle neutralité fiscale pour la fiducie ? », *Dr. et patr.* oct. 2009 (et les réf. citées).

patrimoine fiduciaire, la perception d'un droit fixe de 125 euros (art. 1133 quater CGI) ou, s'il y a des immeubles ou des droits réels immobiliers, de la taxe de publicité foncière de 0,715 % (art. 1020 CGI). Et c'est le constituant, non le fiduciaire, qui subit la taxation des revenus éventuellement tirés des biens mis en fiducie, taxe déterminée à partir de la déclaration annuelle de résultats déposée par le fiduciaire. Au terme de la fiducie, en revanche, un droit sur les mutations à titre onéreux est perçu en cas de transfert du bien au bénéficiaire, ou un droit fixe de 125 euros est à nouveau perçu par l'administration fiscale si les biens retournent dans le patrimoine du constituant<sup>90</sup>. Ainsi que le résume un auteur, « *la constitution de la fiducie est traitée comme une simple opération intercalaire, le transfert de biens ou de droits dans le patrimoine fiduciaire n'étant pas un fait générateur d'imposition* »<sup>91</sup>. On ne saurait bien sûr déduire de l'approche fiscale de la fiducie une quelconque conclusion sur la nature juridique de celle-ci, en vertu du principe d'autonomie du droit fiscal, mais l'on observera simplement que la discutée « propriété fiduciaire » est fiscalement niée.

Le Code civil règle en outre la question de l'enregistrement du contrat de fiducie (ou de ses avenants) et de la publicité foncière lorsque le contrat porte sur un immeuble ou sur un droit réel immobilier, en imposant le respect de la formalité fusionnée des articles 647 et 657 du CGI (v. art. 2019 C. civ.).

24. D'autres questions, en revanche, restent sans réponse de la part du législateur, en particulier dans l'hypothèse de l'introduction dans le patrimoine fiduciaire de biens commerciaux. Prenons l'hypothèse de l'entrée en fiducie d'un fonds de commerce. Outre le fait que le fiduciaire ne pourra pas forcément gérer lui-même ce bien (notamment si le fiduciaire est un avocat, en raison des interdictions professionnelles qui sont attachées à ses fonctions<sup>92</sup>), *quid* de l'inscription au registre du commerce et des sociétés du nouveau propriétaire du fonds de commerce mis en fiducie ? Si la « propriété fiduciaire » en est bien une, une réponse s'impose : l'inscription devrait avoir lieu lors du premier transfert dans le patrimoine fiduciaire, au nom du fiduciaire « propriétaire », puis à nouveau lors du second transfert, à l'issue de la fiducie, au nom du bénéficiaire ou du constituant. Évidemment, cette solution, bien que logique au regard des choix théoriques faits par le législateur, n'est pas satisfaisante d'un point de vue pratique. Mais elle est révélatrice de l'ambiguïté du statut du « propriétaire fiduciaire », qui détient le plus souvent les biens mis en fiducie, non pas dans son intérêt personnel mais dans celui d'un tiers. Être inscrit au RCS en qualité de propriétaire du fonds

90. À certaines conditions toutefois : v. les articles 238 quater J et 238 quater K CGI.

91. J.-L. Pierre, art. cit. Comp., à propos d'un *trust*, Com. 31 mars 2009 n° 07-20219 : « le constituant avait le droit de jouir et de disposer des titres confiés [jusqu'à son décès], et [les titres] devaient être inclus dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune [du constituant] ».

92. La convention d'usage et de jouissance prévue à l'article 2018-1 permet toutefois de contourner facilement cet obstacle.

de commerce mis en fiducie ne correspond dès lors à aucune *réalité* économique (voire juridique).

25. Une autre difficulté peut survenir dans l'hypothèse où un droit de préemption est attaché au bien placé en fiducie : quand ce droit peut-il être exercé ? Le même dilemme que précédemment peut se poser dans cette hypothèse, auquel il est tout aussi délicat de répondre en raison de la qualification de « propriété fiduciaire » attribuée aux droits exercés par le fiduciaire sur les biens mis en fiducie. On mesure à quel point il serait problématique de considérer que le droit de préemption peut être mis en œuvre dès le premier transfert des biens dans le patrimoine fiduciaire, alors même que l'avenir de ces biens est encore incertain, puisqu'il est possible, au regard des textes du Code civil précédemment évoqués<sup>93</sup>, qu'ils reviennent dans le patrimoine propre du constituant en cours ou à l'issue du contrat de fiducie. La logique du droit de préemption légal, qui est de conférer un droit de priorité à telle ou telle catégorie de personnes publiques ou privées, motivé par un intérêt général spécifique, voudrait que ce droit ne puisse être mis en œuvre que lorsqu'il est *certain* que le bien concerné va changer de propriétaire. De ce point de vue et dans la logique de la législation relative à la fiducie, le premier transfert réalisé dans le cadre d'une fiducie n'est pas moins certain que le second, puisqu'il est officiellement présenté comme réalisant un transfert de propriété au profit du fiduciaire. Toutefois, en dépit de la qualification de « propriété fiduciaire » retenue par le législateur, il est admis que le transfert d'une « pleine propriété » n'a lieu qu'à l'issue de la fiducie, issue qui reste soumise dans de nombreuses hypothèses de fiducie à divers aléas (révocation du contrat, paiement de la dette garantie, détermination du bénéficiaire, etc.). Il serait dès lors plus cohérent de considérer que le droit de préemption ne pourra s'exercer qu'au moment du second transfert des biens mis en fiducie, oserait-on dire ... au moment du véritable transfert de propriété<sup>94</sup>.

26. Ces questions, et probablement d'autres qui naîtront de la situation très particulière créée par la reconnaissance d'une « propriété fiduciaire », devront sans doute faire l'objet d'une réponse claire du législateur, d'autant plus qu'aucune institution existante ne correspond en tous points à la situation juridique née de la fiducie (y compris la vente à réméré, d'un esprit pourtant proche à certains égards). Dans cette attente, il reviendra aux praticiens de choisir la solution la plus adaptée et de gérer le risque juridique associé à ces incertitudes. En tout état de cause, il faut convenir que les métamorphoses de la propriété civiliste, telles qu'elles se manifestent dans cette nouvelle forme de « propriété », perturbent le jeu des effets classiques de la propriété.

93. V. *supra* n° 16 s.

94. R. Libchaber voit ainsi dans le « passage par le fiduciaire (...) une sorte de palier technique entre deux propriétés absolues » (art. cit. *Deffr.* 2007, n° 21).

## B. – La « propriété fiduciaire » ou le paroxysme de la propriété instrumentalisée

27. Le tournant que vient de prendre le concept de propriété en droit français, par l'introduction de la « propriété fiduciaire » dans le Code civil, révèle sans doute une nouvelle approche de la propriété par le législateur. La loi du 19 février 2007, et ses suites, s'éloignent singulièrement des racines séculaires de la propriété civiliste<sup>95</sup>, au profit d'une approche très utilitariste du concept : la « propriété fiduciaire » constitue, pour ainsi dire, le paroxysme de la propriété instrumentalisée. Le phénomène d'instrumentalisation n'est certes pas nouveau ; il s'est déjà manifesté dans le passé par l'émergence, notamment, des propriétés-garantie, ainsi que par celle de fiducies spéciales qui ont précédé la loi du 19 février 2007<sup>96</sup>. Il ne saurait d'ailleurs être condamné en lui-même, dans la mesure où les institutions juridiques constituent des outils au service de l'homme et ne doivent leur pérennité qu'à leur efficacité sociale ou économique. Le fait qu'une institution telle que la propriété, fortement marquée philosophiquement dans ses origines, évolue dans le temps au gré des inventions de l'homme et des progrès techniques, n'est donc pas surprenant ni illégitime. Au regard de la fiducie, le problème est plutôt, comme on l'a vu, que la « propriété fiduciaire » constitue un dévoiement de la propriété<sup>97</sup> : le législateur, cette fois, est allé bien au-delà des précédentes évolutions de la propriété, en négligeant l'esprit de l'institution dans le but de consacrer une propriété-technique (de gestion des biens d'autrui<sup>98</sup> ou de garantie). Le régime de la « propriété fiduciaire » est en effet très révélateur de cette instrumentalisation de la propriété, à travers le vocabulaire employé par le législateur<sup>99</sup>. Il n'a d'autre

95. Sur lesquelles, v. not. J.-L. Halperin, *Histoire du droit des biens*, PUF, 2008, p. 179 s.

96. V. notamment l'article 49 de la loi n° 96-597 du 2 juil. 1996 et le commentaire de P. Decheix, « La fiducie ou du sens des mots », *D.* 1997, 35 ; H. de Vauplane, « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », *JCP.E.* 2007, 2051. Égal., P. Cénac et B. Castéran, « La fiducie avant la fiducie. Le cas du droit patrimonial de la famille », *JCP.N.* 2009, 1218 (à propos des alternatives actuelles à la fiducie successorale, appelée de leurs vœux par les auteurs de cette étude).

97. En ce sens, P. Decheix, art. cit.

98. Pour une analyse approfondie de la propriété utilisée dans un but de gestion, v. B. Balivet, *op. cit.*, n° 230 s. : l'auteur considère que la propriété utilisée comme technique de gestion des biens d'autrui est une propriété ordinaire – qui répond selon elle à la définition de l'article 544 – tout en étant une « propriété-fonction » ; comp. B. Lotti, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, contribution à la distinction de la propriété et des droits réels*, th. Paris 11, 1999, qui estime quant à elle, à propos du quasi-usfruitier, que celui-ci n'est pas un propriétaire, car il dispose d'un droit temporaire et supporte une obligation de restitution.

99. Les articles 2011 et s. du Code civil usent ainsi des termes et expressions habituellement employés dans la mise en oeuvre des diverses techniques de gestion des biens d'autrui, non dans le cadre de l'exercice d'un droit de propriété : mission, devoirs, responsabilité, révocation, agir pour le compte de, rendre compte, mise en péril des intérêts confiés,



but, en l'occurrence, que de permettre à un tiers de gérer à la demande du constituant des biens qui doivent au final revenir à une troisième personne<sup>100</sup>. Or, le droit de propriété doit clairement être distingué du droit d'administrer le patrimoine<sup>101</sup>.

28. La « propriété fiduciaire » sera ainsi le plus souvent utilisée non pas pour que son titulaire exploite librement les richesses des biens dans son propre intérêt, mais dans le but d'une *séparation* de ses biens du patrimoine propre du constituant. Certes, il se peut, dans l'hypothèse de la fiducie-sûreté lorsque le fiduciaire est créancier bénéficiaire de la fiducie, que la « propriété fiduciaire » soit alors constitutive d'une garantie à son profit, mais il ne s'agit là que d'un cas de fiducie, qui pose d'ailleurs la question délicate de l'unité de la nature juridique de cette opération<sup>102</sup>. La « propriété fiduciaire » découle ainsi directement de la reconnaissance en droit français d'un patrimoine d'affectation, comme plusieurs auteurs le soulignent<sup>103</sup> : sa justification se trouve donc dans le patrimoine d'affectation, elle n'est qu'un instrument au service de l'intérêt qui existe à admettre qu'une même personne puisse devenir titulaire de deux (ou plusieurs) patrimoines.

Cet objectif est particulièrement mis en avant par le sénateur Philippe Marini, dans son rapport au Sénat relatif à l'introduction dans le Code civil d'un second alinéa à l'article 2011 : « *Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires selon les stipulations du contrat de fiducie* ». Cette nouvelle disposition consacre de la manière la plus nette la « propriété fiduciaire » au profit d'autrui. Le sénateur Marini expose longuement dans son rapport les raisons d'un tel ajout dans le Code civil : il s'agit « *d'adapter le régime de la fiducie afin de permettre l'émission de "sukuk" sur la place financière de Paris* », ce que l'on peut traduire par un « formatage » de la fiducie française aux exigences posées par l'introduction de moyens de financement étrangers pour lesquels il est impératif de reconnaître au bénéficiaire de la fiducie « *un droit équivalent en termes économiques à un droit de propriété sur les actifs placés dans le patrimoine fiduciaire* »<sup>104</sup>. Les « *sukuk* » sont une forme d'obligations, qui répondent aux principes de la finance islamique, elle-même soumise aux prescriptions de la loi coranique. Les services bancaires et produits financiers créés par la finance islamique ne peuvent donc être développés en France que si certaines adaptations sont réalisées, répondant à plusieurs principes de l'islam financier. Le sénateur

---

remplacement, fiduciaire provisoire. La doctrine relève parfois cette instrumentalisation de la propriété : R. Libchaber, art. cit. (*Defr.* 2007), n° 21 ; C. Kuhn, art. cit., p. 52.

100. Sauf, toujours, l'hypothèse spécifique de la fiducie-sûreté dans laquelle le fiduciaire est aussi créancier-bénéficiaire.

101. M. Xifaras, *op. cit.*, p. 285 s. Sur les origines et les évolutions de la « propriété-gestion », technique primitive de gestion des biens d'autrui, v. B. Balivet, *op. cit.*, n° 195 s.

102. V. *infra* n° 30.

103. Sur le lien existant entre patrimoine d'affectation et « propriété fiduciaire », v. en particulier R. Libchaber, art. cit., n° 23 s.

104. Rapport *précité*, spéc. II-B-1.

Marini expose avec précision dans son rapport quels seraient les intérêts économiques de la place financière de Paris à pouvoir accueillir ce type de titres, d'autant plus que le marché de la finance islamique représente à l'heure actuelle une somme élevée (700 milliards d'euros environ). Dans un contexte de forte concurrence des places financières dans le monde, le rapporteur voit dans la fiducie « *l'instrument idoine* », bien « *qu'imparfait* », pour permettre le développement et l'ancrage de la finance islamique en France. Si l'objectif est compréhensible, le moyen l'est moins, car il aboutit à une perturbation sans précédent du droit français des biens. Il est en effet patent que le rapporteur de ce texte utilise le concept de « propriété fiduciaire », soit à défaut de trouver mieux, soit dans l'objectif avoué de transformer radicalement la propriété telle que nous la connaissons en droit positif. Pour preuve, le passage justifiant l'introduction d'un nouvel alinéa 2 à l'article 2011 : il faut faire en sorte que le bénéficiaire de la fiducie se voit reconnaître « *un droit équivalent en termes économiques à un droit de propriété* ». La « propriété fiduciaire » de l'article 2011 al. 2 ne serait pas vraiment un droit de propriété, elle serait un « *droit équivalent* » à celui-ci. Qui sait, dès lors, ce qu'elle est vraiment ? La confusion des genres semble régner, au point que le législateur choisit de dénommer « propriété fiduciaire » un droit qui ne relèverait pas de la théorie de la propriété.

Il est évident que l'expression « propriété fiduciaire » est utilisée dans ce texte parce que la propriété semble être, pour le législateur, la seule institution du droit des biens français qui puisse répondre aux exigences théoriques de l'introduction des « *sukuk* » en France : il faut en effet faire en sorte que le bénéficiaire de la fiducie, titulaire du « *sukuk* », puisse exercer un droit direct sur les actifs du patrimoine fiduciaire, et pas seulement agir à l'encontre de la personne du fiduciaire en cas de défaillance de sa part<sup>105</sup>. Ainsi, l'objectif recherché par le législateur est de consacrer ce droit direct sur les biens mis en fiducie au profit du *bénéficiaire* ... tout en ayant conscience que le Code civil organise par ailleurs le transfert de biens, droits ou sûretés, du constituant au *fiduciaire* (art. 2011 al. 1<sup>er</sup>). Il existerait donc désormais, et inévitablement, deux droits de propriété concurrents sur un même bien : voilà ce que renferme la nouvelle « propriété fiduciaire », « *nouveau concept de propriété* » selon le rapporteur<sup>106</sup>. On observera qu'en quelques lignes, le rapporteur appréhende la « propriété fiduciaire » successivement comme un droit équivalent à un droit de propriété puis comme une véritable propriété. On ne saurait mieux révéler la manipulation des concepts, l'instrumentalisation de la propriété. Dans ce contexte trouble, l'unité du concept de propriété est-elle encore envisageable ?

105. L'argument est clairement développé dans le rapport *précité*, *loc. cit.*

106. Rapport *précité*, II-B-2.

### C. – Démembrement du concept de propriété *versus* évolution de la théorie du patrimoine

29. Le rapport précité, déjà largement commenté, présente au moins le mérite de ne pas cacher ses intentions. En droite ligne de l'inspiration anglo-saxonne de la fiducie française, et sous couvert d'explicitier « *ce qui est déjà en germe dans l'article 2011 du Code civil* » [al. 1<sup>er</sup>], M. Marini, à la fin de son rapport, dévoile totalement la nouvelle analyse juridique qu'il convient de faire de la propriété dans la fiducie : « *le fiduciaire acquiert la propriété fiduciaire des biens, c'est-à-dire qu'il acquiert non la propriété de l'article 544 du Code civil (usus, fructus, abusus), mais une propriété d'un nouveau type, une propriété avec charge. (...) Pour résumer, le fiduciaire bénéficierait de la propriété juridique des biens alors que le bénéficiaire bénéficierait de la propriété économique des mêmes biens* ». La propriété en droit français serait donc désormais doublement éclatée : d'une part, entre la propriété ordinaire – celle de l'article 544 du Code civil – et la nouvelle « propriété fiduciaire »<sup>107</sup>, d'autre part, au sein même de la « propriété fiduciaire », entre la propriété juridique et la propriété économique. Et ce, sans que le futur alinéa second de l'article 2011 ne le dise expressément. On perçoit bien, derrière cette analyse, l'influence du droit anglo-saxon<sup>108</sup>, qui admet depuis bien longtemps une division entre *legal ownership* et *beneficial ownership*<sup>109</sup>.

Le droit français se dirigerait donc vers une nouvelle dissociation entre titularité du droit et profit du droit<sup>110</sup>, qui a déjà fait l'objet de quelques

107. Nettement en ce sens, à propos de l'article 49 de la loi du 2 juil. 1996, P. Decheix, art. cit. ; égal. F. Barrière, Rép. Dalloz civil, V<sup>e</sup> *Fiducie*, 2008, n<sup>o</sup> 56 ; A. Bénabent, « La fiducie (analyse d'un projet de loi lacunaire) », *JCP.N.* 1993, 275, n<sup>o</sup> 4, qui estime « *inexact de ranger la fiducie parmi les contrats translatifs de propriété* » au sens classique du terme, mais reconnaît néanmoins au fiduciaire une « propriété-fonction » (v. *infra* note 111).

108. Expressément reconnue par M. Marini dans son rapport, *précité, loc. cit.* V. aussi la question écrite de M. Marini : question n<sup>o</sup> 06166 en date du 13 novembre 2008.

109. Certains juristes anglo-saxons ont toutefois contesté cette division du titre de propriété : v. Y. Emerich, art. cit., p. 66 (et les réf.).

110. V. F. Barrière, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 336 s. ; M. Bouteille, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 800. M. Boffa analyse la situation différemment, considérant que le fiduciaire est investi des pouvoirs d'un propriétaire mais pas d'un « droit » de propriété, voulant exprimer ainsi que le fiduciaire n'agit pas dans son propre intérêt (*op. cit.*, n<sup>o</sup> 397). La distinction nous semble toutefois difficile à concevoir, dans la mesure où il semble contradictoire d'évoquer un « propriétaire » qui n'aurait pas de droit de propriété. Quant au bénéficiaire de cet ouvrage, il exprime dès 1990 l'opinion selon laquelle « *le démembrement entre le legal property et le beneficial property ne peut évidemment pas être admis en droit français qui ignore une telle dissociation des droits patrimoniaux* » (art. cit. *D.* 1990) ; v. égal. sur ce point, M. Cantin Cumyn, « L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue de civiliste d'outre-atlantique », *D.* 1992, 117 ; et déjà, H. Motulsky, « De l'impossibilité juridique de constituer un « Trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. crit. dr. intern. privé* 1948, 451.

études en doctrine<sup>111</sup>, sans cependant que les auteurs s'accordent sur les fondements juridiques de cette dissociation. M. Goyet distingue ainsi, dans sa thèse, la propriété économique du crédit-preneur ou du superficiaire de la propriété juridique du crédit-bailleur ou du tréfoncier. La propriété économique, temporaire et dépendante du contrat, s'éteindrait avec lui, tandis que la propriété juridique constituerait, selon l'auteur, « un droit réel à la valeur de la chose »<sup>112</sup>, une vocation à la propriété pleine et entière – éventuellement à titre de garantie. Cette thèse, fondée sur les seules hypothèses du crédit-bail et du bail superficiaire, s'accorde mal avec la fiducie, le fiduciaire n'ayant pas toujours vocation à devenir un jour pleinement propriétaire. M. Blanluet, quant à lui, ancre sa réflexion dans le droit fiscal et envisage sa réception en droit civil. Un même bien pourrait ainsi faire l'objet d'une propriété juridique, le propriétaire juridique étant privé de tout avantage économique tiré du bien, et d'une propriété économique, qui conférerait au propriétaire économique la totalité de la « substance économique » du bien, à titre exclusif<sup>113</sup>. Celui-ci serait alors titulaire de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* sur la substance économique de la chose, pour son propre compte. L'auteur ne reconnaît toutefois pas l'existence, en droit civil positif, d'une telle dissociation : sa démarche est, en ce domaine, seulement prospective. L'application de cette théorie à la fiducie pose difficulté : qui, du constituant ou du bénéficiaire, a la qualité de « propriétaire économique » ? La question peut être discutée. En outre, le fiduciaire peut dans certaines hypothèses exercer des prérogatives sur le bien mis en fiducie, même s'il ne le fait pas pour son propre compte et, dans ce cas, il faut se demander s'il agit alors en tant que « propriétaire juridique » ... ou de simple mandataire du « propriétaire économique ». La complexité et la diversité des hypothèses de fiducie rend difficile l'application à cette nouvelle figure juridique de telles théories de l'éclatement de la propriété. M. Ravenne, quant à lui, s'éloigne de ces deux

111. V. en particulier, les thèses de C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, LGDJ, 1983 ; G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ, Bibl. dr. privé, T. 313 ; S. Ravenne, *Les propriétés imparfaites. Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, th. Paris-Dauphine, 2007. Une autre thèse récente évoque la dualité du droit de propriété à propos des droits de jouissance à temps partagé : S. Pieraccini, *La « propriété temporaire », essai d'analyse des droits de jouissance à temps partagé*, th. Toulon, 2008, n° 203 s. V. aussi, spécialement à propos de la fiducie, M. Grimaldi, art. cit., n° 18, qui propose un dédoublement de la propriété dans la fiducie entre le fiduciaire, qui disposerait de la « propriété-pouvoirs » et le bénéficiaire ou le fiduciant, qui disposeraient de la « propriété-richesse » ; dans le même esprit, A. Bénabent, art. cit., n° 4, qui distingue la « propriété-fonction » (celle reçue par le fiduciaire) de la « propriété-actif » (qui renvoie à l'idée de richesse et ne s'applique pas au fiduciaire). M. Barrière reprend, dans sa thèse, la distinction de M. Grimaldi et en conclut que la propriété fiduciaire est « une forme de propriété », tout à fait compatible avec le droit français (*op. cit.*, n° 420 s.).

112. C. Goyet, *op. cit.*, n° 405.

113. G. Blanluet, *op. cit.*, n° 545.

analyses doctrinales, pour défendre sa propre conception de la structure du droit de propriété : il rejette l'idée d'une « double propriété » et défend celle d'une dissociation du droit de propriété dans sa structure même, en ce qu'il appelle le titre et l'émolument<sup>114</sup>. Les propriétés imparfaites – auxquelles la « propriété fiduciaire » peut être rattachée – tireraient donc leur imperfection de cette dissociation interne au droit de propriété entre le titre et l'émolument. Selon l'auteur, « *l'exclusivité du droit de propriété repose toute entière dans le titre, et l'absolutisme dans l'émolument* ». Il ajoute que « *le fiduciaire, par exemple, ne peut être qualifié de propriétaire, que si l'on admet que le titre existe indépendamment de son émolument* »<sup>115</sup>, puisque le fiduciaire détiendrait l'exclusivité sur le bien mais n'exercerait pas de prérogatives sur celui-ci<sup>116</sup>. Cette approche de la situation du fiduciaire nous semble toutefois discutable, dans la mesure où il n'est pas certain que le fiduciaire dispose de l'exclusivité sur le bien<sup>117</sup>. En outre, l'autonomie du titre par rapport à l'émolument, clairement affirmée par l'auteur<sup>118</sup>, pose question car elle porte atteinte à l'unité du concept de propriété et à son esprit même.

En tout état de cause, l'approche très économique du concept de propriété retenue par la proposition de loi du printemps 2009, semble perdre de vue que la propriété « *porte des valeurs qui ne sont pas seulement pécuniaires* »<sup>119</sup>. Ces valeurs sont celles que le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme s'attachent à défendre, en érigeant le droit de propriété au rang de droit fondamental.

30. Si l'analyse du rapporteur est reprise en jurisprudence<sup>120</sup>, l'unité de la propriété civiliste sortira fortement atteinte de cette évolution, ainsi d'ailleurs peut-être que l'unité de la fiducie elle-même. Ne faut-il pas distinguer en effet les hypothèses dans lesquelles le fiduciaire agit dans l'intérêt d'autrui (fiducie-gestion, et fiducie-sûreté lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier-bénéficiaire) des hypothèses dans lesquelles il détient le patrimoine fiduciaire dans son propre intérêt (fiducie-sûreté lorsque le fiduciaire est aussi créancier-bénéficiaire) ?

En effet, on peut estimer que la dissociation opérée entre propriété juridique et propriété économique (si elle existe) se retrouve dans l'ensemble des hypothèses, y compris dans le cas où le fiduciaire est aussi bénéficiaire de la

114. S. Ravenne, *op. cit.*, n° 303 s.

115. *Ibid.*, n° 306.

116. *Ibid.*, n° 355.

117. V. *supra*, n° 12 s.

118. *Ibid.*, n° 363 s.

119. M. Xifaras, *op. cit.*, p. 89 (à propos de la propriété foncière, mais l'expression nous semble pouvoir être étendue à la propriété ordinaire quel que soit son objet).

120. Dans la mesure où l'alinéa 2 de l'article 2011 serait intégré dans le Code civil uniquement pour répondre à un objectif précis (celui de la reconnaissance au profit du bénéficiaire de la fiducie d'un droit direct sur les biens mis en fiducie), il sera probablement difficile pour les juges de ne pas souscrire à cette interprétation de la nouvelle disposition (?).

fiducie, car alors il suffit de considérer que le fiduciaire réunit propriété juridique et propriété économique sur sa tête ... Mais n'est-il pas alors propriétaire au sens originel du terme ? Sa situation ressemble fort à celle de tout créancier muni d'une sûreté-propriété<sup>121</sup>, pour lequel la qualification de propriétaire ordinaire est généralement admise<sup>122</sup>. Il faut dès lors convenir que la nouvelle « propriété fiduciaire », telle qu'elle est présentée par le législateur, n'est pour le moins pas un facteur d'unité mais plutôt un facteur d'éclatement de la propriété<sup>123</sup>, voire d'éclatement de la fiducie<sup>124</sup>.

31. Cette évolution du concept de propriété en droit français était-elle indispensable ? On aura compris que le contexte actuel de mondialisation de l'économie fait pression sur le droit, afin qu'il soit en mesure de réagir positivement à ce mouvement. Il est donc légitime que le droit français ait souhaité évoluer vers la fiducie, dont les potentialités sont souvent relevées et qui répond sans aucun doute à un réel besoin exprimé par les praticiens<sup>125</sup>. Il

- 
121. En ce sens, v. R. Boffa, *op. cit.*, n° 397 note 270 ; F. Danos, *op. cit.*, n° 43 p. 52 et 54 (l'auteur ne distingue pas selon que le fiduciaire est bénéficiaire ou non de la fiducie, ce qui est contestable. Il exprime cependant clairement l'idée que la fiducie-sûreté peut s'adapter à la conception classique de la propriété, en ce qu'elle réalise une cession de propriété à titre de garantie, proche de la vente à réméré). La ressemblance avec les sûretés-propiétés classiques trouve cependant sa limite dans l'existence du patrimoine fiduciaire. Les similitudes entre ces dernières et la fiducie-sûreté doivent donc être relativisées. Adde, sur le traitement de la fiducie-sûreté en cas de procédure collective, G. Berthelot, « La fiducie – sûreté dans le cadre des procédures collectives », *Dr. et patr.* oct. 2009.
122. P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, n° 259 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des sûretés*, 8<sup>e</sup> éd. Litec, n° 577 s. ; P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ, t. 248, 1995, n° 100 et 507.
123. En ce sens, F. Barrière, *op. cit.*, n° 412 et 421, qui reconnaît sans difficulté que la propriété fiduciaire est différente de la propriété ordinaire ; égal. M. Grimaldi, art. cit., n° 11 ; J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, n° 751 (la propriété fiduciaire « s'écarte du concept unitaire de notre article 544 et évoque la décomposition féodale du domaine ») ; comp. M. Cantin Cumyn (« L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue de civiliste d'outre-atlantique », *D.* 1992, 117, et « La propriété fiduciaire, mythe ou réalité », (1984), 15 *RDUS* 7), qui tend à rejeter la qualification de propriété appliquée à la fiducie.
124. Dans sa thèse, M. Ravenne semble ainsi distinguer les propriétés imparfaites ayant une fonction de garantie de celles qui n'assurent pas une telle fonction (par exemple, la fiducie-gestion), pour en déduire qu'à tout le moins les secondes ne constituent pas de véritables propriétés si l'on s'en tient à la définition classique (ou « matérialiste ») de la propriété (*op. cit.*, n° 307).
125. Ainsi, la fiducie (sous diverses formes) est désormais intégrée dans de nombreux systèmes juridiques, tels le Luxembourg (v. C. Dergatcheff, « Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg », *JCP.E.* 2007, 2060), la Colombie (v. C. Larroumet, art. cit., *D.* 2007), l'Italie (v. A. Berlinguer, « *Trust* et fiducie en Italie », *D.* 2008, 600) ou encore le Québec (v. Y. Emerich, art. cit.). Cette mondialisation du *trust* et de la fiducie n'est pas sans créer des difficultés, notamment d'un point de vue fiscal (v. J.-L. Pierre, art. cit. ; Panorama « Droit du commerce international », *D.* 2007, 2562, obs. L. d'Avout), ou encore en ce qui concerne la ratification et l'application de la convention de La Haye de 1985 sur la loi

n'est pas non plus surprenant que le droit français se soit davantage inspiré du *trust* anglo-saxon que de la *fiducia* romaine pour créer le régime juridique de « sa » fiducie. En effet, la seconde ne repose pas sur le mécanisme du patrimoine d'affectation : elle ne crée « aucune séparation entre le patrimoine personnel du fiduciaire et les biens sur lesquels est constituée la fiducie »<sup>126</sup>, alors que cet aspect de l'opération fiduciaire a toujours constitué un point clé de la réflexion du législateur français.

Peut-être, toutefois, aurait-il été intéressant d'approfondir la question du patrimoine d'affectation dans ses liens avec la propriété avant de s'engager dans la voie qui a finalement été choisie, celle d'une « propriété » forcément reconnue au fiduciaire et qui peine beaucoup à s'harmoniser avec la propriété civiliste. La doctrine allemande, en particulier, a développé l'idée d'un patrimoine sans propriétaire, ou plutôt d'une « version objective du sujet »<sup>127</sup> titulaire du patrimoine : c'est la « doctrine des patrimoines à but »<sup>128</sup>, des patrimoines reposant sur une volonté, qui se cristallise dans l'affectation d'une masse de biens à une finalité déterminée. Bien évidemment, introduire un tel niveau d'abstraction en droit français mérite réflexion et peut sembler encore plus révolutionnaire que la « propriété fiduciaire », car il est en totale opposition avec la théorie subjective du patrimoine d'Aubry et Rau. Mais la théorie classique du patrimoine n'est-elle pas déjà vacillante<sup>129</sup> ? Fallait-il au contraire prendre le risque de s'attaquer au socle solide d'un pilier de notre droit des biens ? C'est une question délicate, mais qui méritait probablement d'être débattue. Le récent Code civil québécois a quant à lui franchi le pas, dans son article 1261 qui semble bien avoir totalement dissocié le patrimoine d'affectation de la propriété, en promouvant un patrimoine sans titulaire<sup>130</sup>. La fiducie française, au contraire, se situe très en retrait de cette conception du patrimoine. Elle peine même, manifestement, à mettre en place un véritable patrimoine d'affectation, ainsi que cela a pu être souligné en doctrine<sup>131</sup>.

---

applicable au *trust* et à sa reconnaissance (v. C. Witz, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au *trust* », *D.* 2007, 1369).

126. C. Larroumet, art. cit., *D.* 2007, n° 1 s.

127. Expression de M. Xifaras, *op. cit.*, p. 329.

128. V. Alois von Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, 2<sup>e</sup> éd., vol. II, Erlangen, A. Diechert, 1873-95. Égal. M. Xifaras, *op. cit.*, p. 292 s. ; F. Bellivier, « Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France », in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, dir. O. Beaud et P. Waschmann, PU Strasbourg, 1997, p. 165 s.

129. V. not. D. Hiez, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, 2003 ; A.-L. Thomat-Raynaud, *L'unité du patrimoine : essai critique*, préf. D. Tomassin, Defrénois, 2007 ; *adde*, F. Cohet-Corday, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.* 1996, 819 ; M. Fabbre-Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, 583 ; F. Zenati, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2003, 667.

130. V. Y. Emerich, art. cit., p. 65 note 82.

131. V. not. C. Larroumet, art. cit., *D.* 2007, n° 14 s. ; Y. Emerich, art. cit., p. 61 s. L'analyse

32. La « propriété fiduciaire » n'a « rien à voir avec la propriété de l'article 544 du Code civil, laquelle ne peut sortir indemne d'une rencontre avec la première nommée »<sup>132</sup> : on ne saurait mieux résumer les interrogations qui peuvent naître de cette nouvelle figure juridique du droit des biens. Peut-être la fiducie marque-t-elle un tournant dans l'histoire de la propriété en droit français. Elle manifeste en tous les cas une nette influence du droit anglo-saxon sur notre droit des biens, alors que celle-ci était jusqu'à présent très mesurée dans ce domaine<sup>133</sup>, ce qui au demeurant était fort logique au regard des différences structurelles existant entre système civiliste et système anglo-saxon en droit des biens.

Le droit de propriété est sans doute un droit adaptable, dont les utilités ne sont peut-être pas encore toutes connues : il reste à observer celle, nouvelle et bouleversante, qui vient d'être mise en lumière par le législateur français ...

« Le concept de propriété, tel qu'incrustedans le Code civil, est-il apte à saisir toutes ces nouveautés dans ses vieilles griffes ?<sup>134</sup> »

Lyon, le 25 septembre 2009

---

de l'article 205 du Code civil permet en effet de mettre en lumière une absence d'autonomie du patrimoine fiduciaire par rapport au patrimoine personnel du fiduciaire et au patrimoine personnel du constituant.

132. F. Danos, *op. cit.*, n° 43 p. 52. V. égal. C. Larroumet (*Droit civil*, T. 2, *op. cit.*, n° 32), qui souligne que la fiducie entraîne une transformation de « la propriété par rapport à ce qu'elle est naturellement » ; L. Aynès (« L'introduction de la fiducie en droit français », *RLDC* mai 2009, p. 63), pour qui la fiducie issue de la loi du 19 février 2007 est une « institution majeure susceptible de faire voler en éclats » une notion importante de la vie civile, celle de propriété ; S. Ravenne (*op. cit.*, n° 269), qui admet que les propriétés imparfaites « constituent en réalité autant d'anomalies par rapport à la théorie du droit de propriété ».
133. V. sur ce point, les développements de J.-L. Halperin, *op. cit.*, p. 340 et 350 ; égal., l'opinion de R. Libchaber, art. cit., n° 37.
134. J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 2, *op. cit.*, n° 737 *in fine*.