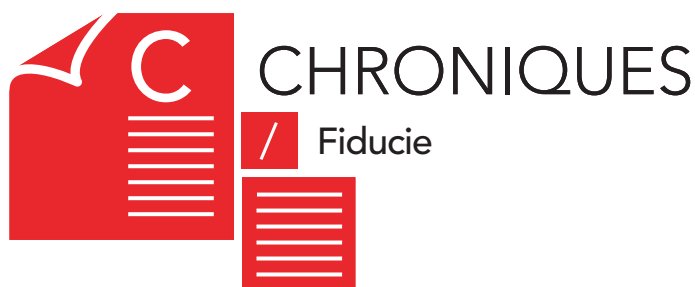


ÉTUDES ET COMMENTAIRES



Les parties au contrat de fiducie

par **Matthieu Dubertret**, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Membre de l'IRDA, Administrateur de l'Association Française des Fiduciaires,
Avocat à la Cour

L'essentiel > Quinze ans après son introduction dans le code civil, le contrat de fiducie reste pour beaucoup un instrument méconnu. Pour autant, en autorisant des montages jusqu'alors impossibles en droit patrimonial, en droit des sociétés ou en droit bancaire et financier pour lesquels il fallait autrefois avoir recours à des droits étrangers, la fiducie participe aujourd'hui pleinement au dynamisme et à l'attractivité de la Place de Paris. D'où l'importance de rendre plus accessible cet outil souple et efficace. Étudier la notion de parties au contrat de fiducie est sans doute le premier pas indispensable pour mieux appréhender cet instrument certes complexe, mais au potentiel extraordinaire.

716

1. Depuis 2007, la fiducie se déploie avec un dynamisme certain¹, tout en restant largement sous utilisée². Il faut reconnaître que cet outil est complexe puisque le transfert temporaire de propriété qu'il opère dissocie les régimes juridique, comptable et fiscal des actifs sous-jacents, ce qui suppose de maîtriser à tout le moins ces trois aspects, sans oublier les aspects prudentiels, réglementaires ou opérationnels propres à chaque montage. Il n'est d'ailleurs pas rare que certaines structures réalisables d'un point de vue juridique échouent en raison de contraintes comptables, d'exigences prudentielles ou de risques opérationnels trop importants. Les fiduciaires auront, par ailleurs, des exigences différentes selon leur nature et leur degré d'expertise³ et certains montages ne pourront être réalisés par certains fiduciaires⁴.

Cette complexité conduit aujourd'hui encore la plupart des acteurs à regarder cet instrument avec une certaine réserve d'autant plus justifiée que l'expérience montre qu'il n'existe pas vraiment de modèle en matière de fiducie. Chaque fiducie reste dessinée sur-mesure. Chaque structure engendre ses propres contraintes, notamment en raison des biens mis en fiducie, de la mission assignée au fiduciaire ou du but du montage, sans oublier le contexte réglementaire de l'opération.

L'instrument demeure donc nouveau et reste parfois mal maîtrisé, même au regard d'une notion aussi essentielle que celle de partie au contrat de fiducie, qui peut sembler simple, mais demeure parfois mal appréhendée. Démystifier l'outil fiducie suppose de mieux connaître ses acteurs tant à travers l'étude

(1) Environ 300 fiducies mises en place en France entre 2012 et 2020, les banques étant en valeur de très loin les plus importants fiduciaires de la place, suivies par quelques très rares sociétés de gestion et, enfin, quelques avocats dont la capacité juridique limite toutefois grandement leur faculté (impossibilité de recevoir des fonds du public ou des créances non échues par ex.). (2) Alors qu'il est parfaitement adapté à certains montages comme les LBO ou permet des montages à la fois plus sûrs et moins coûteux en matière de promotion immobilière ou de crédit-bail immobilier, il reste quasiment absent de ces domaines (V. M. Collet et M. Dubertret, Du recours à la fiducie-sûreté dans le cadre des opérations de LBO, pour une plus grande sécurité juridique et fiscale, RTDF 2012, n° 2). (3) Le niveau d'exigence des fiduciaires varie grandement selon la nature des acteurs, une structure repoussée par un fiduciaire pourra voir le jour sous une autre signature moins regardante. (4) L'un des exemples les plus connus étant l'apport en fiducie de créances non échues qui n'est possible qu'auprès de fiduciaires établissements de crédit, sauf à violer le monopole bancaire (V. *infra*, n° 9).

des différentes qualités qu'ils peuvent prendre que de la possibilité de cumuler ces différentes qualités.

I – Les différentes qualités des parties au contrat de fiducie

Celles-ci sont au nombre de trois : le constituant et le fiduciaire, qui sont indispensables, et le bénéficiaire, dont la présence n'est que facultative.

A – Le constituant

2. Il est souvent enseigné que toute personne physique ou morale peut être constituant, ce qui n'est pas tout à fait exact puisque la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 encadre cette capacité⁵.

L'article 13 de la loi prévoit, en effet, une condition de résidence tant pour le constituant que le fiduciaire en indiquant que : « Le constituant et le fiduciaire doivent être résidents d'un État de la Communauté européenne ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale en vue d'éliminer les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale ».

3. Cela n'est le plus souvent pas gênant tant l'activité bancaire et financière avec les territoires dits « non coopératifs » s'est réduite comme peau de chagrin ces dernières années. Néanmoins, certains territoires géographiquement proches de la France abritent des entités qui interviennent couramment en matière de financements structurés sans avoir conclu avec la France de convention fiscale en vue d'éliminer les doubles impositions.

4. L'Île de Man, par exemple, n'est pas liée avec la France par une convention fiscale, mais par une simple convention d'assistance administrative⁶. Faut-il alors considérer l'Île de Man comme territoire qualifiant ou non ? Autrement dit, un résident de l'Île de Man peut-il être constituant d'une fiducie ?

Une interprétation strictement littérale conduirait à écarter l'Île de Man au motif que celle-ci n'est *stricto sensu* pas liée avec la France par « une convention fiscale en vue d'éliminer les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale », mais simplement par un accord relatif à l'échange de renseignements en matière fiscale⁷.

Toutefois, la condition de résidence posée par l'article 13 de la loi a pour but, clairement affiché, de lutter contre la fraude et le blanchiment grâce à l'existence de dispositifs de transparence fiscale permettant l'obtention d'informations sur des personnes susceptibles d'être redevables d'une imposition en France. L'article 13 ne requiert donc l'existence d'une convention fiscale que pour autant qu'elle contienne une clause d'assistance administrative prévenant les abus éventuels, motif repris tant dans les rapports de la commission des finances du Sénat⁸ que de l'Assemblée nationale⁹.

5. La loi de finances rectificative pour 2011 a, par ailleurs, opéré le toilettage d'un certain nombre de dispositions du code général des impôts¹⁰, à l'occasion duquel les références à une « convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales »¹¹ ont été remplacées par l'expression « convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales »¹², permettant d'harmoniser le droit applicable et de mettre l'accent sur l'existence de la clause d'assistance qui est le véritable critère d'application de ces textes¹³, la convention étant jugée insuffisante si elle est dénuée de clause d'assistance.

6. Lorsqu'un texte fiscal vise une convention contenant une clause d'assistance, l'élément qualifiant de la convention est donc bien l'existence de la clause d'assistance et non la convention fiscale. L'Île de Man est d'ailleurs un pays qualifiant au regard de l'application de ces textes¹⁴, qui parfois reprennent une rédaction identique à celle de l'article 13 de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007¹⁵.

Le pays de résidence du constituant est donc qualifiant dès lors que celui-ci est lié avec la France par un accord d'assistance administrative en matière fiscale, quel que soit son support.

(5) La seule règle concernant le constituant reprise dans le code civil était celle concernant la soumission du constituant à l'impôt sur les sociétés, indiquée à l'origine à l'art. 2014 C. civ. et abrogée par la L. n° 2008-776 du 4 août 2008 à compter du 1^{er} févr. 2009. (6) Accord relatif à l'échange de renseignements en matière fiscale en date du 26 mars 2009, Décr. n° 2010-1252 du 21 oct. 2010. (7) V. *supra*, note 6. (8) Le rapport de la commission des finances du Sénat énonce explicitement qu'« afin de prévenir ou, le cas échéant, sanctionner l'utilisation frauduleuse de la fiducie, notamment à des fins de financement d'activités illicites ou de blanchiment de capitaux, votre commission estime souhaitable d'exclure du bénéfice de la fiducie instituée par le droit français les résidents d'États refusant de pratiquer l'échange d'informations », Rapp. n° 11, déposé le 11 oct. 2006 par M. H. de Richemont. (9) Le rapport de l'Assemblée nationale souligne que : « Très judicieusement, le Sénat a instauré une obligation de résidence pour les constituants de la fiducie, établissant par la même occasion des critères de moralité se fondant sur le comportement des autres États en matière de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale », Rapp. n° 3655, déposé le 1^{er} févr. 2007 par M. X. de Roux. (10) Rapp. AN, n° 4006, 23 nov. 2011. (11) Présente, not., aux art. 150 0 B ter, 210 0 A, 81 A ou 155 B CGI. (12) Reprenant la formule déjà utilisée, par ex., aux art. 885 G ter, 119 ter, 216 ou 990 E CGI. (13) V. not., sur l'exigence d'une clause d'assistance administrative en vigueur, CE 13 avr. 2016, n° 377899. (14) Par ex., BOI-ANXX-000349-20150805, pour l'application du 3° de l'art. 990 E CGI. (15) L'art. 210-O A CGI, concernant le régime de faveur des fusions, prévoit que ce régime de faveur ne peut pas s'appliquer aux opérations mettant en présence une société qui a son siège dans un « État ou territoire n'ayant pas conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ». La référence est donc identique à celle opérée par l'art. 13 de la L. n° 2007-211 du 19 févr. 2007.

C'est la seule condition posée pour le constituant. Elle se retrouve de manière identique pour le fiduciaire dont le statut est, toutefois, encadré de manière plus précise.

B – Le fiduciaire

7. L'article 2015 du code civil encadre le statut du fiduciaire en énonçant que : « Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code, les sociétés de gestion de portefeuille¹⁶ ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire ».

L'ensemble des acteurs en capacité d'être fiduciaires étant des entités réglementées, il n'est pas apparu nécessaire de constituer cette nouvelle activité en une nouvelle profession réglementée. C'est à ces qualités d'entités réglementées que ces entités sont autorisées à exercer les fonctions de fiduciaire. Elles relèvent ainsi pour l'ensemble de leurs activités – y compris fiduciaires – de leur régulateur naturel¹⁷.

8. Aucun texte ne vient *per se* limiter la capacité à agir du fiduciaire, qui dispose à cet égard d'une pleine capacité juridique d'exercice et de jouissance. L'article 2023 du code civil indique que, « dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire », ce qui n'est pas sans rappeler la formule de l'article L. 225-56 du code de commerce décrivant les pouvoirs du directeur général. Comme le directeur général, le fiduciaire pourra dans le cadre de sa mission réaliser tout acte de disposition ou de gestion sur les actifs fiduciaires, qu'il s'agisse de louer, acheter, vendre, prêter, emprunter, consentir des sûretés, exercer des droits d'associés, agir en justice, engager des experts, *etc.* – tout comme il pourrait le faire pour son propre patrimoine. Mais il le fera « pour le compte de la fiducie », comme l'indique l'article 2021 du code civil, puisqu'il représente à ces qualités le patrimoine fiduciaire en qualité de propriétaire.

9. Si cette capacité juridique n'est limitée par aucun texte, elle doit néanmoins s'inscrire dans les limites du cadre réglementaire qui régit l'activité habituelle du fiduciaire. Cela peut paraître évident, mais mérite d'être rappelé. La fiducie est parfois perçue comme une pierre philosophale qui transforme tout ce qu'elle touche, à commencer par le fiduciaire, en or. Ce n'est pas le cas : être fiduciaire ne modifie pas la nature juridique de l'entité qui exerce cette fonction fiduciaire, ni le cadre réglementaire dans lequel s'inscrit son activité, notamment fiduciaire.

L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) a été la première à rappeler cette règle de bon sens. Interrogée par un fiduciaire non bancaire qui souhaitait recevoir des créances non échues en fiducie, elle a rappelé que, si rien ne s'opposait à ce qu'un fiduciaire réalise des opérations de crédit, c'est à la condition que celui-ci soit un établissement de crédit¹⁸. *A contrario*, si le fiduciaire n'est pas un établissement de crédit, il ne peut réaliser d'opérations relevant du monopole bancaire. Autrement dit, la fonction fiduciaire d'une entité ne l'emporte pas sur sa nature et cette entité ne peut exercer ses fonctions fiduciaires que dans les limites naturelles qui sont les siennes¹⁹. Une société de gestion ne pourra donc pas réaliser d'opérations de banque en qualité de fiduciaire (prêt, acquisition de créances non échues²⁰, réception de fonds du public, ...), pas plus qu'un avocat fiduciaire ne pourra opérer de gestion pour compte de tiers. Les différents fiduciaires, qu'ils soient établissement de crédit, entreprise d'assurance, entreprise d'investissement, société de gestion de portefeuille ou avocat, demeurent régis par les agréments qui sont les leurs, ce qui limite nécessairement leur capacité à agir en qualité de fiduciaire aux activités réglementées pour lesquelles ils sont agréés²¹.

10. Concrètement, un fiduciaire ne pourra recevoir n'importe quel bien, ni accepter n'importe quelle mission. Tout dépendra de sa nature et de l'étendue de son agrément. Les établissements de crédit disposant de l'agrément le plus large apparaissent comme les fiduciaires les plus capables. Ils seront, en effet, les seuls à pouvoir accepter l'apport en fiducie de certains biens – comme les créances non échues – ou la réalisation de certaines missions – comme la réception de fonds du public,

(16) La mention depuis le 3 janv. 2018 des sociétés de gestion de portefeuille ne vient pas ajouter au texte ancien, mais simplement maintenir la possibilité pour les sociétés de gestion de portefeuille, désormais exclues de la catégorie des entreprises d'investissement, d'être fiduciaires. En effet, depuis le 3 janv. 2018, l'art. L. 531-1 C. mon. fin. regroupe au sein de la catégorie des prestataires de services d'investissement trois catégories d'acteurs différents : les entreprises d'investissement, les sociétés de gestion de portefeuille et les établissements de crédit ayant reçu un agrément pour fournir des services d'investissement. Les sociétés de gestion de portefeuille constituent donc désormais une catégorie autonome distincte de celle des entreprises d'investissement. (17) À cet égard, le fiduciaire, s'il est une entité réglementée, demeurera, y compris pour les activités qu'il exerce en qualité de fiduciaire, sous la supervision de son régulateur naturel, par ex. l'ACPR pour les établissements de crédit ou l'AMF pour les sociétés de gestion de portefeuille, qui devra vérifier que son activité fiduciaire s'inscrit bien dans le cadre de son agrément. (18) J.-F. Adelle, Les conditions de la fiducie bancaire se précisent, *Rev. Banque* juin 2012, p. 50. (19) Autrement dit, la fiducie ne dote pas le fiduciaire de « supers pouvoirs », cela a parfois été oublié par certains fiduciaires trop enthousiastes qui, remarquant que les établissements de crédits pouvaient être fiduciaires, ont considéré que le fait d'être fiduciaire leur donnait le droit de se comporter en établissement de crédit... (20) À noter que le fait que la société de gestion ait pu obtenir un agrément ELTIF pour certains de ses fonds ne change rien puisque l'agrément bénéficie aux fonds d'investissement, et non à la société de gestion de portefeuille qui ne reçoit aucun agrément spécifique de ce fait. La société de gestion demeure donc en tant que fiduciaire strictement limitée à son seul agrément et ne saurait prétendre bénéficier de certaines prérogatives liées au monopole bancaire en dehors de la gestion desdits fonds agréés ELTIF. (21) Il serait d'ailleurs difficile de comprendre sur quel fondement les parties à un contrat de fiducie pourraient délier le fiduciaire des obligations légales et réglementaires qui sont les siennes.

le prêt d'argent à titre habituel, la gestion de portefeuilles de créances, etc. Et, si l'on imagine sans difficulté un établissement de crédit émettre pour le compte de la fiducie des obligations lui permettant ensuite de prêter le montant ainsi levé à un emprunteur ou d'investir dans tel ou tel type d'actifs²², la construction serait difficilement envisageable pour une société de gestion ou un avocat. Les établissements de crédits sont également les seuls fiduciaires à permettre une protection complète du patrimoine fiduciaire contre les procédures collectives²³. Ces différents avantages font ainsi effectivement apparaître les banques comme les « reines des fiduciaires »²⁴.

Les deux parties indispensables à la conclusion d'un contrat de fiducie étant mieux connues, reste un dernier acteur, souvent présent mais pas nécessairement, le bénéficiaire.

C – Le bénéficiaire

11. Le bénéficiaire n'est pas nécessairement partie au contrat de fiducie. L'article 2019, alinéa 3, du code civil prévoit d'ailleurs expressément la conclusion du contrat de fiducie en l'absence de bénéficiaire puisqu'il indique que « si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure (doit), à peine de nullité, donner lieu à un acte enregistré dans les mêmes conditions ». Il peut même être inconnu au jour de la signature, l'article 2018 du code civil indiquant alors qu'il suffit d'indiquer « les règles permettant [sa] désignation ».

12. L'article 2028 du code civil prévoit également que le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire²⁵, raison pour laquelle le bénéficiaire, une fois connu, deviendra le plus souvent partie au contrat de fiducie. L'acceptation du bénéficiaire rend alors la fiducie irrévocable, ce qui est indispensable si celle-ci joue à titre de garantie.

13. Le bénéficiaire pouvant n'être que déterminable, très peu de conditions pèsent sur lui²⁶. Toutefois, cette qualité est souvent attribuée à tort à des tiers au contrat de fiducie au motif qu'ils pourraient à terme disposer de certains droits sur le patrimoine fiduciaire.

Ce point mérite d'être clarifié. Le fait de prévoir, dans le contrat de fiducie, que, dans telle ou telle circonstance, un actif fiduciaire devra être vendu ou donné à Paul, ne fait pas de Paul le bénéficiaire du contrat de fiducie. En effet, Paul ne recevra pas la propriété du bien au titre du contrat de fiducie, mais au titre d'un autre contrat – de vente ou de donation – à conclure avec le fiduciaire en exécution du contrat de fiducie²⁷. Les bénéficiaires d'un contrat de fiducie sont les personnes qui ne peuvent se voir attribuer tout ou partie du patrimoine fiduciaire que par le seul effet du contrat de fiducie²⁸ et non en exécution d'un autre contrat, serait-il conclu en exécution du contrat de fiducie.

14. Enfin, il convient de noter qu'au titre de l'article 2030 du code civil, le constituant est toujours bénéficiaire de la fiducie *in fine*, mais en qualité de constituant et non de bénéficiaire. Il s'agit d'un effet automatique du retour de plein droit du patrimoine fiduciaire au constituant au terme du contrat de fiducie. Ce bénéfice est donc lié à sa qualité de constituant et non à celle de bénéficiaire. Il est donc inutile de le viser comme bénéficiaire²⁹, sauf s'il est par ailleurs bénéficiaire de la fiducie sans que cette qualité ne soit liée à sa qualité de constituant³⁰.

Ces trois qualités – constituant, fiduciaire et bénéficiaire – ayant été explicitées, il convient désormais de s'interroger sur leur cumul par un même acteur.

II – Le cumul de qualités des parties au contrat de fiducie

Le cumul de qualités au titre d'un contrat de fiducie par un même acteur est tout à fait possible et présente de nombreuses utilités.

A – La possibilité du cumul

15. L'article 2016 du code civil dispose que « le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie ». Le cumul des qualités de bénéficiaire et de constituant ou de fiduciaire est très courant en pratique.

(22) Avec d'autant moins de difficulté que, depuis 2017, une fiducie peut constituer un véhicule de titrisation à la condition, en droit français, que le fiduciaire soit un établissement de crédit (Règl. UE 2017/2402 du 12 déc. 2017) – possibilité qui présente toutefois peu d'intérêt puisque – en droit français – fiducie et titrisation sont plutôt deux outils distincts avec des régimes juridiques, comptables et fiscaux différents. (23) M. Dubertret, La fiducie bancaire dans les montages de droit du financement et de droit des sociétés, *in* La fiducie : assise théorique et applications pratiques, Colloque 29 sept. 2017, LexisNexis, coll. FDNE, 2018, p. 131, spéc. p. 133 s. (24) J.-F. Adelle, *ibid.*, p. 51. (25) Ce n'est qu'« après acceptation par le bénéficiaire, [que] le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice » (C. civ., art. 2028). (26) Not. au niveau fiscal, il n'en demeure pas moins qu'ils sont désormais visés par les obligations habituelles liées à la connaissance du client (Dir. 2015/849/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 et Ord. n° 2016-1635 du 1^{er} déc. 2016). (27) Par ex. il peut parfaitement être prévu qu'une fiducie soit mise en place pour réaliser sous certaines conditions une donation de Pierre à Jacques. Jacques n'en sera pas pour autant bénéficiaire de la fiducie, puisque, si les conditions sont réunies, le fiduciaire réalisera avec Jacques un contrat de donation qui suivra le régime normal – not. fiscal – de toute donation. Si Jacques était indiqué comme bénéficiaire de la fiducie avec mission au fiduciaire de transférer sans contrepartie la propriété du patrimoine fiduciaire à Jacques sous certaines conditions, nous serions, en revanche, dans le cadre d'une fiducie libéralité soumise à une nullité d'ordre public au titre de l'art. 2013 C. civ. (28) L'exemple typique étant celui du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté. (29) Ce qui arrive malgré tout lorsque certaines parties au contrat exigent cette mention inutile. (30) Situation qui suppose que le constituant soit bénéficiaire durant l'exécution du contrat de fiducie et non uniquement au titre du retour des actifs fiduciaires en fin de contrat.

16. Le cumul des qualités de constituant et de fiduciaire est plus rare. Par le passé, il a parfois été discuté au motif qu'il ne pourrait y avoir de transfert de propriété entre le constituant et le fiduciaire – et donc de constitution du patrimoine fiduciaire – si le constituant et le fiduciaire étaient la même personne³¹.

Cette affirmation repose sur une double confusion. La première consiste à confondre personne juridique et capacité juridique, une même personne pouvant parfaitement intervenir à un acte en deux qualités distinctes. La seconde est de confondre patrimoine fiduciaire et patrimoine du fiduciaire. Alors que le patrimoine du fiduciaire est le patrimoine propre de la personne qui agit en qualité de fiduciaire, le patrimoine fiduciaire est un patrimoine autonome distinct du patrimoine propre du fiduciaire qui bénéficie en tant qu'entité juridique indépendante d'une existence propre tant au niveau juridique que comptable ou fiscal.

17. Dès lors qu'une personne agit en deux qualités juridiques distinctes, elle peut parfaitement être constituant et fiduciaire. Le constituant, agissant en cette qualité, transfère des actifs de son patrimoine propre vers le patrimoine fiduciaire, patrimoine autonome constitué entre ses mains en qualité de fiduciaire.

Le fait que le constituant et le fiduciaire soient la même personne et que cette personne soit concomitamment propriétaire de ces deux patrimoines distincts pour lesquels elle agit de manière indépendante n'interdit pas le transfert de propriété de l'un à l'autre. Il y a bien transfert de propriété d'un patrimoine (propre du constituant) à un autre patrimoine (fiduciaire du fiduciaire) avec les conséquences juridiques, comptables et fiscales habituellement attachées à tout transfert de propriété : le bien quitte le patrimoine propre du constituant pour entrer dans le patrimoine fiduciaire du fiduciaire.

18. D'ailleurs, si ce transfert de propriété entre constituant et fiduciaire était impossible, il le serait également entre fiduciaire et bénéficiaire lorsque la même personne revêt ces deux qualités. Or le principe de ce transfert est expressément prévu par le code civil. Les articles 2372-2 et 2372-3 comme les articles 2488-3 et 2488-4 du code civil prévoient l'attribution en pleine propriété des actifs fiduciaires au bénéficiaire, alors même que le fiduciaire et le bénéficiaire sont la même personne. Ces actifs passent alors du patrimoine fiduciaire de la personne agissant en qualité de fiduciaire au patrimoine propre de la même personne agissant en qualité de bénéficiaire. Il y a bien transfert du patrimoine fiduciaire (du fiduciaire) au patrimoine propre (du bénéficiaire), peu importe que ces deux patrimoines appartiennent à la même personne ; celle-ci agit en deux qualités distinctes.

19. D'autres dispositions du code civil réglementent également ce transfert parfois même pour l'interdire. Ainsi, l'article 1596, alinéa 5, du code civil interdit l'acquisition par « les fiduciaires, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire »³², ce qui montre que le transfert de propriété entre le patrimoine propre du fiduciaire (acquéreur) et le patrimoine fiduciaire du fiduciaire (vendeur) est possible. À défaut, le législateur n'aurait pas pris soin de l'interdire. Le texte n'interdit d'ailleurs que l'achat et non la vente. Une personne agissant pour compte propre peut donc vendre des actifs lui appartenant en propre à un patrimoine fiduciaire dont elle est fiduciaire, ce qui est courant en pratique³³ ; et si le fiduciaire peut, agissant pour compte propre, vendre des biens lui appartenant au patrimoine fiduciaire, *a fortiori* peut-il en qualité de constituant les apporter en fiducie.

20. Enfin, l'article 2025 du code civil prévoit que « le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine », le premier d'entre eux étant évidemment le fiduciaire qui, en cas de non-paiement de ses honoraires, frais ou débours par le constituant, dispose, à titre personnel, d'une créance propre contre le patrimoine fiduciaire née de la gestion du patrimoine fiduciaire. Cette interaction des deux patrimoines montre, non seulement la possibilité du transfert de biens entre patrimoine fiduciaire et patrimoine propre, mais également que le patrimoine propre de la personne agissant comme fiduciaire peut être créancier du patrimoine fiduciaire, que ce soit au titre du paiement de ses honoraires, frais et débours, du remboursement d'un prêt, de l'exécution d'un contrat d'échange ou de tout autre contrat qu'il aurait pu passer pour compte propre avec la fiducie.

21. C'est encore rappeler qu'en matière de fiducie, il faut raisonner en « patrimoine » et non en « personne », ce qui est déjà le cas aujourd'hui dans d'autres domaines de notre droit (EIRL, FCT, etc.), et qu'à ce titre une même personne peut parfaitement intervenir à un acte en des qualités juridiques distinctes. Il n'y a ici aucun contrat avec soi-même.

La possibilité du cumul de qualités par un même acteur établie, encore reste-t-il à s'interroger sur l'utilité de ces cumulés.

B – L'utilité du cumul

22. Certains cumulés présentent une utilité évidente. Le cumul des fonctions de fiduciaire et de bénéficiaire se retrouve classiquement dans le cadre des fiducies conclues à titre de garanties dans lesquelles le fiduciaire est également le ou l'un des prêteurs et donc l'un des bénéficiaires de la garantie constituée

(31) Cette idée n'a jamais été avancée par le législateur. Durant les travaux préparatoires, les rapporteurs avaient pensé interdire ce cumul en raison de craintes de fraudes fiscales, en réalité impossibles du fait de la neutralité et de la transparence fiscales de la fiducie. (32) Il s'agit néanmoins d'une interdiction sanctionnée par une nullité relative susceptible de confirmation par la personne protégée, ici le constituant. À noter que, si cette règle se comprend pour protéger le constituant personne physique, elle est sans doute inutile lorsqu'il est une personne morale. (33) Il convient de prévoir que le fiduciaire agit uniquement sur instruction du constituant ou dans le cadre de conditions objectives prédéfinies. C'est toujours le cas en matière de fiducie bancaire. Le constituant décide donc seul de l'opportunité et des conditions de l'acquisition sans aucune intervention du fiduciaire ce qui permet d'éviter tout conflit d'intérêts.

entre ses mains. Il n'est d'ailleurs pas conseillé de choisir un fiduciaire qui ne serait pas l'un des prêteurs, ce serait pour une banque comme bénéficiaire d'une cession Dailly à titre de garantie sans être le cessionnaire Dailly des créances cédées. Cela n'aurait pas grand sens et certains dossiers ont montré ces dernières années toute la faiblesse d'une garantie s'appuyant sur un fiduciaire non prêteur.

23. De la même manière, le cumul des fonctions de constituant et de bénéficiaire recouvre la situation très classique dans laquelle une personne confie la gestion d'un bien au fiduciaire afin d'accomplir une mission déterminée. Ces structures permettent une multitude de montages, qui vont de la gestion d'un portefeuille de créances à celle d'un pacte d'actionnaires en passant par l'adaptation des règles d'attribution ou de comportement d'un bien ou d'une garantie, l'organisation d'une augmentation de capital conditionnelle, la sanctuarisation d'un ou plusieurs actifs, le cantonnement d'une branche d'activité ou d'une filiale susceptible de ralentir une fusion, etc.

24. Certains cumuls, tout aussi fréquents en pratique, présentent une utilité peut-être moins évidente. Le cumul des

fonctions de constituant et de fiduciaire, que l'on pourrait croire inutile, prend pourtant place dans de nombreux montages qu'il s'agisse de syndiquer un prêt bilatéral sans en modifier la documentation juridique, de ségréguer temporairement des actifs, de réaliser une opération de défaisance, de déconsolider certaines obligations, de préparer de futures opérations sur capital ou de modifier au profit de tiers la loi naturelle de certains biens ou garanties dont bénéficie le constituant.

25. Tous ces montages s'appuient sur les différentes facettes de cet outil et permettent de donner toute sa dimension à la fiducie. Il faut évidemment oublier le dogme de l'unicité du patrimoine posé par Aubry et Rau au XIX^e siècle sans aucune nécessité logique, et c'est heureux pour notre système juridique. Grâce à ce nouvel outil, une multitude de nouvelles constructions autrefois impossibles deviennent réalisables sous droit français alors qu'il fallait autrefois se tourner vers d'autres systèmes juridiques. L'efficacité et la compétitivité économique du droit français en profitent dans de multiples domaines.

Aux juristes désormais d'adapter leur habitude de penser. Gageons que ce ne sera, peut-être, pas le plus aisé.

/ Procédure pénale

Palpations et fouilles corporelles en matière pénale

par Thomas Lebreton, Magistrat

L'essentiel > Acte de procédure mobilisé par les forces de l'ordre dans la quasi-intégralité des enquêtes pénales, les palpations et fouilles corporelles se voient appliquer des régimes divers, variant selon l'objectif poursuivi par leur auteur et l'intensité de l'intrusion qu'elles imposent à la personne qui en fait l'objet. Elles sont soumises à des règles reposant sur des fondements hétéroclites et dont la lecture révèle l'extrême sensibilité de la matière en termes de droits et libertés individuels. En ce qu'elles constituent bien régulièrement le premier acte procédural d'investigations souvent longues et complexes, leur validité est essentielle.

Prémices de nombreuses enquêtes pénales, le contrôle de ce qu'un individu a en sa possession immédiate, voire transporte sur lui, conduit à révéler de multiples infractions. Si ce contrôle permet, le plus souvent, de mettre en évidence des infractions d'une gravité relative (port d'arme blanche, détention de modestes quantités de cannabis, etc.), il conduit parfois à la découverte de faits bien plus sérieux (transport de quantités importantes de stupéfiants, recel, détention de fausse

monnaie ou d'armes à feu, etc.). Qu'il soit l'élément quasiment unique d'une procédure ou qu'il constitue le premier acte de longues investigations, le contrôle d'un individu, par palpations ou par fouille, obéit à des règles variables en fonction de son intensité et du moment où il intervient procéduralement. Sa régularité est essentielle puisqu'en cas d'annulation, les actes d'enquête postérieurs, dont il constitue bien souvent le support nécessaire, seraient annulés par contagion.