

à la une

Département : Droit des Affaires – Contentieux et Arbitrage

Face à la globalisation du « trust », le droit français est sur le point d'intégrer cette figure contractuelle dans le Code Civil sous le nom de « fiducie », le but étant notamment de moderniser certaines parties du Code Civil et de répondre à une demande pressante des acteurs économiques qui ont déjà recours à ce mécanisme à l'étranger. La fiducie a vocation à s'intégrer dans notre droit sans perturber les autres institutions juridiques auxquelles elles empruntent certaines de ses caractéristiques.

Elle se définit comme la relation résultant d'un contrat par lequel le constituant transfère tout ou partie de ses droits à un fiduciaire, à charge pour celui-ci d'agir dans un but déterminé au profit des bénéficiaires.

Le thème du mois : l'instauration de la fiducie en droit français

Le 8 février 2005, le Sénateur Philippe Marini a déposé une proposition de loi visant à introduire en droit français un instrument juridique analogue à celui du « trust » anglo-saxon, déjà présent dans de nombreux pays¹.

Intéressons-nous à quelques aspects juridiques de la fiducie, étant précisé que la proposition de loi comporte en outre des dispositions fiscales et comptables.

■ Principes de la fiducie

La fiducie résulte d'un contrat par lequel un constituant transfère des droits de toute nature à une personne physique ou morale dénommée fiduciaire à charge pour elle de les administrer ou d'en disposer au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires (les biens transférés étant grevés d'une charge de gestion) conformément aux stipulations contractuelles à des fins de gestion, de garantie ou de transmission à titre onéreux, exclusivement ou cumulativement.

Le transfert s'opère dans un patrimoine d'affectation, appelé patrimoine fiduciaire, distinct du patrimoine personnel du fiduciaire et de tout autre patrimoine fiduciaire, le fiduciaire devenant titulaire ou propriétaire-fiduciaire des droits transférés.

L'auteur de la proposition précise que la fiducie n'emporte pas la création d'un droit réel et que, contrairement au droit anglais, elle n'implique pas de dédoublement de la propriété. Bien entendu, la fiducie peut néanmoins porter sur le transfert de biens immobiliers et/ou de droits réels.

Afin d'éviter toute fraude, la fiducie ne peut pas, à peine de nullité, être utilisée aux fins de transfert à titre gratuit des droits du constituant vers des tiers

Enfin, la fiducie est soumise aux dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux (articles L562-1 et suivants du Code Monétaire et Financier).

■ Formation de la fiducie

La fiducie se formerait nécessairement par un contrat écrit conclu entre un constituant et un fiduciaire, ces deux fonctions ne pouvant se cumuler. En revanche, la qualité de bénéficiaire peut se cumuler avec celle de constituant ou de fiduciaire.

En raison de sa fonction et de la confiance que le constituant place en lui, le fiduciaire ne doit pas avoir subi certaines condamnations pénales ou disciplinaires.

Le contrat doit déterminer ou rendre déterminables à peine de nullité : les droits faisant l'objet du transfert au fiduciaire ; la finalité de la fiducie ; les prérogatives d'administration et de disposition dont le fiduciaire est titulaire ; le ou les bénéficiaires ; les conditions dans lesquelles les droits doivent être transmis aux bénéficiaires ; et la durée qui ne peut excéder 99 ans à compter de la date d'entrée en vigueur du contrat.

■ Finalité de la fiducie

L'objet principal de la fiducie est un transfert de droits à titre onéreux, opposable aux tiers de manière simplifiée (lettre recommandée), accompagné d'une charge de gestion définie dans le contrat.

La finalité de la fiducie pourra être variée : un constituant, par exemple une personne vulnérable (sans pour autant faire l'objet d'une mesure de protection) pourra confier la gestion de ses biens à un fiduciaire.

Un constituant pourra créer une garantie au moyen d'une fiducie, présentant les avantages de la propriété-sûreté. Cette sûreté ne sera pas accessoire à la créance garantie et par conséquent ne s'éteindra pas malgré l'extinction de la créance. Le constituant pourra ainsi faire jouer la garantie au profit d'une nouvelle créance sans pour autant constituer une nouvelle fiducie (à condition que le contrat soit suffisamment précis).

De même si la créance garantie est cédée, le bénéfice de la fiducie-garantie n'est pas transmis de plein droit sauf convention contraire.

■ Aspect particulier de la fiducie : le patrimoine fiduciaire

Les droits transférés au fiduciaire vont former un patrimoine séparé distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, un véritable patrimoine d'affectation. Ces droits ne pourront être saisis ni par les créanciers du constituant, ni par ceux personnels du fiduciaire.

La séparation entre les différents patrimoines doit être stricte afin de faciliter la « traçabilité » des flux économiques. Ainsi le fiduciaire doit prendre toutes les mesures propres à éviter la confusion des droits transférés. A cette fin, le fiduciaire devra notamment ouvrir ès-qualité, auprès d'un établissement de crédit un compte dédié aux opérations liées à chaque contrat de fiducie.

Cette séparation permet d'assurer la protection du bénéficiaire et la réalisation effective de l'affectation.

¹ En effet, l'Ecosse, le Liechtenstein, l'Afrique du Sud, l'Ethiopie, Israël, Puerto Rico, le Japon, la Russie ont adopté un équivalent de « trust ». Le Luxembourg, par une loi publiée le 3 septembre 2003 a élargi le champ d'application de sa législation sur la fiducie.

■ Sort d'une créance cédée par bordereau Dailly en cas de procédure collective du Cédant

Alors que la Chambre mixte de la Cour de Cassation avait opéré un revirement en matière de saisie-attribution de créances à exécution successives², la Chambre commerciale n'avait pas eu l'occasion de statuer sur le sort des créances cédées par Bordereau Dailly (loi du 2 janvier 1982 codifiée sous les articles L.313-23 et suivants du Code Monétaire et Financier) en cas de procédure collective.

Par un arrêt du 7 décembre 2004³, la Cour de Cassation a jugé, sous le visa des articles L313-23, L313-24 et L313-27 du Code Monétaire et Financier, que « même si son exigibilité n'est pas encore déterminée, la créance peut être cédée, et que, sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de ce dernier postérieurement à cette date ».

En l'espèce, une société avait cédé, selon les modalités du Bordereau Dailly, à un établissement de crédit une créance qu'elle détenait sur un client au titre d'une commande que celui-ci lui avait passée.

Le débiteur cédé avait reçu notification de la cession, et avait réglé la facture au cédant, mis entre temps en redressement judiciaire. La banque cessionnaire avait réclamé le paiement de la créance au débiteur cédé.

La Cour d'Appel avait rejeté sa demande en considérant que la créance cédée était née de la livraison et même de la fabrication postérieure au jugement d'ouverture du redressement judiciaire du cédant et que ce jugement faisait obstacle aux droits de l'établissement de crédit sur les créances nées de l'exécution du contrat au cours de la période d'observation et exigibles au jugement d'ouverture.

La Cour de Cassation a cassé cet arrêt au motif que la cession prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le Bordereau, c'est-à-dire en l'espèce, avant l'ouverture de la procédure collective, de sorte que le paiement effectué par le client au cédant n'était pas libératoire.

■ Bail commercial : procédure collective et compensation entre dettes connexes

Un arrêt de la Cour de Cassation du 18 janvier 2005⁴ fait application de la règle selon laquelle l'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective ne fait pas obstacle au paiement par compensation de créances connexes (article L.621-24 du Code de Commerce).

En vertu d'un bail commercial le locataire avait versé au bailleur un dépôt de garantie et un fonds de roulement. Suite à la résiliation du bail, le locataire était débiteur d'arriérés de loyers.

Après la mise en liquidation judiciaire du locataire, le bailleur a déclaré sa créance d'arriérés de loyers et charges. Le liquidateur l'a assigné en paiement de la somme correspondant au montant du dépôt de garantie et du fonds de roulement.

La Cour d'Appel, approuvée par la Cour de Cassation, a rejeté la demande du liquidateur lequel soutenait, principalement, que le dépôt et le fonds de roulement remis par le locataire en garantie de l'exécution de ses obligations constituaient des gages sur les sommes correspondantes, et par conséquent des sûretés réelles devant être mentionnées expressément dans la déclaration de créance conformément à l'article L621-44 du Code de Commerce⁵.

² La Cour de Cassation (Ch mixte 22/11/2002n n°216, BRDA 1/03 inf. 12) a jugé qu'une saisie pratiquée avant la survenance d'un jugement mettant le débiteur saisi en redressement ou liquidation judiciaire produit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance après ledit jugement, lesquelles doivent revenir au créancier saisissant.

³ C.Cass. Ch. Com. 7 déc. 2004, n° de pourvoi 02-20732.

⁴ C.Cass. Ch. Com 18 janv. 2005, n° de pourvoi 02-12324.

⁵ L'article L.621-44 du Code de Commerce dispose dans son premier alinéa que « la déclaration porte le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances. Elle précise la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie ».

Selon le liquidateur, en l'absence de déclaration de ce gage, le bailleur aurait dû être privé du bénéfice de ces sûretés.

Sans se prononcer sur la nature du dépôt de garantie et du fonds de roulement, la Cour de Cassation a considéré que ces derniers constituent des créances du locataire sur le bailleur et que la créance de loyer du bailleur et la créance de restitution du locataire qui sont connexes se sont compensées à concurrence de la plus faible, peu important que le bailleur n'ait pas mentionné dans sa déclaration de créance l'existence du dépôt et du fonds de roulement.

■ Délai de rétractation de l'acquéreur dans le cadre d'une vente immobilière

L'article L271-1 du Code de Construction et de l'Habitation confère à l'acquéreur non professionnel d'un bien immobilier une faculté de rétractation, laquelle doit être exercée dans un délai de 7 jours.

Cet article dispose que le délai de rétractation court à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte de vente (acte sous seing privé ou acte authentique).

Il est précisé que cet acte est notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise.

Interrogé sur les formes que pouvait prendre la notification lorsqu'elle n'est pas faite par lettre recommandée, le Ministre du Logement a répondu⁶ qu'au rang des moyens de notification présentant des garanties équivalentes à celles de la lettre recommandée se trouvent l'exploit d'huissier et la remise de l'acte par un notaire en tant qu'officier ministériel qui dresse une attestation de remise de l'acte signée par lui-même et le bénéficiaire.

En revanche la remise directe de l'acte contre récépissé par le vendeur lui-même ou l'agent immobilier ne fait pas courir le délai de rétractation dans la mesure où elle n'offre pas les garanties requises, cette technique permettant d'antidater la remise de l'acte.

■ L'action des associations de consommateurs en matière de clauses abusives

Par quatre arrêts du 1^{er} février 2005⁷, la Cour de Cassation a déterminé les conditions de recevabilité de l'action des associations de consommateurs agréées tendant à la suppression de clauses abusives dans les contrats proposés ou destinés au consommateurs (Article L421-1 à L421-6⁸ du Code de la Consommation).

La Cour de Cassation a approuvé la Cour d'Appel qui avait jugé l'action des associations de consommateurs sans objet, et partant irrecevable, au motif que les clauses litigieuses n'étaient plus proposées aux consommateurs au moment de l'introduction de l'instance. En outre, la Cour a précisé que les associations ne pouvaient pas poursuivre au moyen de leur action préventive (associant à demander en justice la suppression de clauses abusives avant l'entrée en vigueur des contrats litigieux), l'annulation de clauses de contrats déjà conclus.

Enfin, malgré le silence de la loi, ces arrêts confirment la possibilité pour les associations de demander la réparation de tout préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs.

P.D.G.B Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo - 75116 Paris

☎ : 01.44.05.21.21 - 📠 : 01.44.05.21.00

www.pdgb.com

Gérald BACHASSON

Xavier HUGON

Philippe LAYE

Anthony BEM – Bertrand JARDEL – Philippe JULIEN

Hakim LAHLOU – Myriam MATAALI

⁶ JOAN 5 oct. 2004 p.7789, n°41440

⁷ C.Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} février 2005 pourvois n° 03-13.779 ; 02-20.633 ; 03-16.905 ; 03-16.935.

⁸ L'article L421-6 dispose que les associations agréées ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs « peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1^{er} de la directive » 98/27/CE. « Le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ».