



**ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES ÉCONOMIQUES,
JURIDIQUES, POLITIQUES ET DE GESTION**
Université Clermont Auvergne

Ecole Doctorale des Sciences Economiques, Juridiques, Politiques et de Gestion
Centre Michel de L'Hospital (CMH, EA 4232)

LA PROPRIÉTÉ ÉCONOMIQUE EN DROIT PRIVÉ

Thèse présentée et soutenue publiquement le 7 novembre 2019

pour l'obtention du titre de Docteur en droit

par

Elodie POMMIER

sous la direction de M. Jean-François RIFFARD

Membres du Jury

M. Christophe ALBIGES, Professeur à l'Université de MONTPELLIER, **Rapporteur**

M. Bernard VAREILLE, Professeur à l'Université de LIMOGES, **Rapporteur**

Mme Anne-Blandine CAIRE, Professeure à l'Université CLERMONT AUVERGNE

Mme Annie CHAMOULAUD-TRAPIERS, Maître de conférences à l'Université de LIMOGES

M. Nicolas KILGUS, Professeur à l'Université CLERMONT AUVERGNE

L'Université Clermont Auvergne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur le professeur Jean-François RIFFARD pour avoir accepté de diriger ma thèse et pour ses précieux conseils, ainsi que les membres du jury pour l'attention qu'ils ont bien voulu accorder à mes travaux et pour l'honneur qu'ils me font en acceptant d'évaluer ce travail.

Ma vive reconnaissance revient également à ma famille et à mes proches pour leur soutien sans faille durant toutes ces années.

À mes enfants

RESUME / MOTS-CLES

Résumé :

En 2007, l'introduction de la fiducie en droit français a permis de redécouvrir le concept de propriété économique. Notion ancienne et oubliée au fil du temps, elle a néanmoins réintégré l'ordre juridique à cette occasion.

Cependant, cette redécouverte l'a été au travers du prisme du *trust*, ce qui a fait dire à beaucoup que la propriété économique est une émanation du *trust*. La fiducie a en effet été présentée comme étant un *trust* à la française, un *trust* de droit civil en quelque sorte. Ainsi, la propriété économique serait entièrement à élaborer, en France, car elle aurait été imposée à travers le cheval de Troie qu'est le *trust*.

En réalité, redécouvrir la propriété économique dans le cadre de la fiducie n'était pas le moyen adéquat pour en tirer le meilleur parti. Trop comparée à la propriété existant dans le cadre du *trust*, elle s'est vu reprocher très tôt de n'être qu'une réminiscence de la propriété dissociée du Moyen-âge.

Or en réalité il n'en est rien. La propriété économique peut être pensée d'une façon différente à condition de la saisir à travers une nouvelle grille de lecture. Perçue sous une approche renouvelée, elle permet ainsi de réinterpréter un certain nombre de mécanismes juridiques contemporains, et l'on constate assez rapidement qu'elle inonde en réalité déjà des pans entiers du droit : régimes matrimoniaux, certains baux à long terme, assurance-vie, société, etc..

Ainsi, si la fiducie a eu au moins le mérite de la remettre en lumière, il s'avère que la propriété économique faisait déjà partie de l'ordre juridique : les superpositions de propriétés s'intègrent donc parfaitement dans l'ordre juridique, et qu'il n'y a pas de problème de compatibilité.

En outre, au-delà d'une relecture de mécanismes existants, la propriété économique offre également aux praticiens de nouveaux outils de gestion patrimoniale.

Mots-clés :

Fiducie

Modalités de la propriété

Pouvoir

Propriété

Propriétés simultanées

Services économiques

Superposition de propriétés

Trust

Utilité

Valeur

SOMMAIRE

Principales abréviations	3
Introduction.....	7
1 ^{ère} partie Le réveil de la propriété économique par la fiducie : une approche manquée	29
Titre 1 Les racines de la propriété économique	31
Chapitre 1 Les précédents civils de la propriété économique : de l’apogée de la propriété économique à son oubli progressif.....	33
Chapitre 2 L’influence du <i>trust</i> quant au renouveau de la propriété économique en droit français	61
Titre 2 La réapparition <i>a minima</i> de la propriété économique au travers de la fiducie	89
Chapitre 1 Le choix de la fiducie comme moyen de réintroduire la propriété économique en droit français.....	91
Chapitre 2 Le gâchis de la propriété économique dans la fiducie	119
2 ^{de} partie Pour une approche renouvelée et dynamique de la propriété économique	187
Titre 1 La définition renouvelée de la propriété économique	189
Chapitre 1 La notion de propriété économique : la propriété des services économiques.....	191
Chapitre 2 La nature de la propriété économique : une modalité interne de la propriété	211
Titre 2 Les modalités et potentialités de la propriété économique renouvelée ..	285
Chapitre 1 Le champ d’application de la propriété économique renouvelée	287
Chapitre 2 Le régime juridique de la propriété économique renouvelée...	395
Bibliographie	443
Table des matières	475

PRINCIPALES ABREVIATIONS

ACNF :	Association Congrès des notaires de France
Act. :	Actualisation
Actes prat. ing. soc. :	Actes pratiques et ingénierie sociétaire
Actes prat. strat. pat. :	Actes pratiques et stratégie patrimoniale
AJDI :	Actualité juridique de droit immobilier
AJPI :	Actualité juridique de propriété immobilière
Art. :	Article
AN :	Assemblée nationale
BOI :	Bulletin officiel des impôts
Bull. :	Bulletin
C. ass. :	Code des assurances
C. civ. :	Code civil
C. com. :	Code de commerce
C. conso. :	Code de la consommation
C. env. :	Code de l'environnement
C. expr. :	Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique
C. pén. :	Code pénal
C. rur. :	Code rural et de la pêche maritime
C. urb. :	Code de l'urbanisme
CA. :	Cour d'appel
Cass. mixte :	Cour de cassation réunie en chambre mixte
Cass. civ. 1 ^{ère} :	Première Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^{ème} :	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 3^{ème} : Troisième Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. com. : Chambre commerciale, financière et économique de la
Cour de cassation

Cass. req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation

CcI. : Code civil italien

CcQ. : Code civil du Québec

Chap. : Chapitre

Chron. : Chronique

CNRS : Centre national de la recherche scientifique

Coll. : Collection

Cons. const. : Décision du Conseil constitutionnel

CGI. : Code général des impôts

CPC. : Code de procédure civile

CMF. : Code monétaire et financier

D. : Recueil Dalloz

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

Dr. et patrimoine : Droit et patrimoine

Dr. sociétés : Droit et patrimoine

Éd. : Edition

Fasc. : Fascicule

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

Ibid : Ibidem

In : Dans

Infra : Ci-dessus

JCL : JurisClasseur

JCP E : La Semaine juridique, édition entreprise et affaires

JCP G : La Semaine juridique, édition générale

JCP N : La Semaine juridique, édition notariale et immobilière

JDI : Journal du droit international

JO : Journal officiel

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA : Les Petites Affiches

LPF : Livre des procédures fiscales
Maj. : Mise à jour
Op. cit. : Opus citatum
OPCVM : Organisme de placement collectif en valeurs mobilières
P. : Page
PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF : Presses universitaires de France
PUL : Presses universitaires de Lyon
RDBF : Revue de droit bancaire et financier
RDF : Revue de droit fiscal
RDI : Revue de droit immobilier
RDLF : Revue des droits et libertés fondamentaux
Rép. min. : Réponse ministérielle
Rev. Juris-assoc : Revue Juris-association
Rev. proc. coll. : Revue des procédures collectives
RGD : Revue générale de droit
RGDA : Revue générale de droit des assurances
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RJPF : Revue juridique personnes et famille
RLDA : Revue Lamy droit des affaires
RLDC : Revue Lamy droit civil
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
Sén : Sénat
Supra : Ci-dessus
TGI : Tribunal de grande instance
Trib. : Tribunal
UCC. : Code de commerce uniforme
V. : Voir
Vol. : Volume

INTRODUCTION

C'est ainsi que va le monde du droit, un mélange d'innovations et de retours à un très ancien passé¹.

« La propriété individuelle prolonge la liberté individuelle ; elle permet ou tend à permettre l'épanouissement et la réalisation de celle-ci »². Qualifiée de droit inviolable et sacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la propriété a une place particulière dans l'ordre juridique. Au lendemain de la Révolution, elle est portée aux nues, et le Code civil de 1804 la désigne même comme absolue.

Cependant, l'euphorie passée, la propriété va, au fil des années se rétrécir à certains égards et perdre en intensité, en particulier par l'instauration d'un nombre croissant de limitations d'intérêt public³. Autrefois glorieuse, la propriété serait aujourd'hui sérieusement malmenée. « Il est en effet devenu un lieu commun que de déplorer la diminution des prérogatives du propriétaire dans des domaines aussi divers et variés que la propriété fiduciaire, la propriété intellectuelle, la copropriété, et le droit public (expropriation, urbanisme...). Surtout, la propriété immobilière, qui est la plus connue, a toujours attiré l'action législative [...] »⁴.

¹ MALAURIE, P. (2006). La réforme des successions et des libéralités. Defrénois 2006 (n° 22), faisant référence aux libéralités graduelles.

² TERRE, F., & SIMLER, P. (2018). *Droit civil - Les biens* (éd. 10). Paris: Dalloz, p. 128.

³ En matière immobilière, on pense en particulier au droit de l'urbanisme : servitudes d'urbanisme, documents locaux d'urbanisme, archéologie préventive, protection du littoral, opérations foncières d'aménagement, etc. : voir *Mémento Urbanisme Construction*. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre, n° 50 suiv., 1750 suiv., 6500 suiv., 8050 suiv., 25500 suiv. ; GERARD, P. (2013). *Pratique du droit de l'urbanisme : urbanisme réglementaire, individuel et opérationnel* (éd. 6). Paris: Eyrolles, p. 2 ; SAVARIT-BOURGEOIS, I. (2017). *L'essentiel du droit de l'urbanisme*. Issy-les-Moulineaux: Gualino Lextenso.

⁴ Extrait du programme : Colloque « La propriété malmenée ? » organisé par la Faculté de Droit et de Sciences politiques, Université d'Auvergne, et le Centre Michel de l'Hospital, le 5 avril 2012 à Clermont-Ferrand.

Concept en perdition, la propriété n'aurait plus rien à offrir... Faut-il en conclure qu'elle aurait été poussée dans ses derniers retranchements ? Cela n'est pas certain.

En effet, « le droit de propriété se transforme [...] pour correspondre aux besoins de son propriétaire, et parfois même, de ses utilisateurs. Les limitations participent à son évolution, elles l'adaptent aux besoins de la société. En ce sens, les limitations se comportent comme les témoins de l'adaptation du droit de propriété »⁵.

En outre, quelles que soient les restrictions qui s'abattent sur elle à certains égards, force est de constater que la propriété, toute égratignée soit-elle, tend, à l'inverse, à prendre de l'ampleur sous d'autres aspects, et gagne en étendue.

Plusieurs causes expliquent ces conquêtes du droit de propriété⁶. Tout d'abord les inventions permettent de renouveler les formes d'appropriation et de créer de nouveaux objets de propriété⁷, ensuite la multiplication et la valeur des biens immatériels a postulé pour la reconnaissance de leur appropriation sous forme de propriété. D'ailleurs le Conseil constitutionnel a régulièrement à se prononcer sur ces questions⁸, preuve, s'il en est, que cette matière présente des zones d'ombres qui n'ont pas encore été éclaircies, et que la question des nouveaux domaines du droit de propriété est toujours d'actualité.

Or, dans la droite ligne de cette évolution, et au-delà des mutations purement techniques, il nous semble que c'est l'appréhension même du concept de propriété qui est en mouvement. Et cela n'est pas inédit : le droit français a déjà connu ce type de changements, voire même des bouleversements, en la matière. En particulier, on considère traditionnellement que deux grands systèmes d'appropriation se sont opposés dans notre histoire⁹ :

- D'un côté, aux origines du droit et semble-t-il jusqu'à la Révolution, un système de propriétés simultanées, un même bien pouvant supporter une pluralité de propriétés, l'une économique et l'autre juridique, portant chacune sur un aspect différent du bien, et aucun des propriétaires (économique et juridique) ne l'étant véritablement pour le tout. Alors que le

⁵ ROLAIN, M. (2016). *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*. Thèse, Nice Sophia Antipolis, p. 27.

⁶ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, op. cit., p. 113.

⁷ Par exemple les logiciels sont des inventions récentes, à l'échelle du Droit civil.

⁸ Voir *infra*.

⁹ Concernant le sol : voir PATAULT, A.-M. (1989). *Introduction historique au droit des biens*. Paris: PUF, p. 15.

premier exploite les services économiques de la terre à titre de propriétaire, le second en a la valeur à titre de propriétaire.

- Et de l'autre, à partir de la Révolution, la propriété exclusive. Un bien n'a qu'un propriétaire et son droit porte sur tous les aspects du bien.

Mais cette distinction est-elle véritablement si nette ? Les propriétés simultanées - économique et juridique - ont-elles réellement disparu ? En réalité, si la notion de propriété juridique ne semble pas faire réellement débat puisqu'on l'assimile en général à *la propriété*, tel n'est pas le cas de la propriété économique, propriété qui fait l'objet des présents travaux et dont nous verrons que, bien que puisant ses sources dans des origines très anciennes, l'étude de cette notion n'aura jamais été autant d'actualité. En particulier, c'est une relecture du concept de propriété économique qui sera proposée ici, en adéquation avec l'évolution naturelle du droit, et trouvant d'ores et déjà écho dans nombre de situations actuelles.

En tout état de cause, avant d'étudier ces points dans les développements qui vont suivre, il convient de délimiter l'objet et les limites de la présente étude. En premier lieu, précisons que l'objet de nos développements se limite au domaine du droit privé, et au droit civil des biens en particulier : nous ne traiterons pas de la propriété en droit public¹⁰. En outre, bien que les termes s'en rapprochent, l'étude de la propriété économique ne consiste pas en l'étude de la théorie économique du droit de propriété et l'analyse économique du droit ①. Il s'agit en réalité ici d'étudier la propriété②, et en particulier un type original de propriété : la propriété économique ③.

① L'étude ne porte pas sur la théorie économique des droits de propriété et l'analyse économique du droit

Ainsi, il nous semble important de préciser dès le début de cette étude qu'elle n'a pas pour objet l'analyse de la « théorie économique des droits de propriété », laquelle peut être

¹⁰ En particulier sur la propriété publique, voir YOLKA, P., & GAUDEMET, Y. (1997). *La propriété publique : éléments pour une théorie*. Paris: LGDJ ; COLIN, F. (2016). *L'essentiel du droit administratif des biens*. Issy-les-Moulineaux: Gualino Lextenso ; DEGOFFE, M. (dir. de publication). (2014). *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique : mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Godfrin*. Paris: Mare & Martin ; ainsi que, bien entendu, le Code général de la propriété des personnes publiques.

définie comme une branche de l'analyse économique du droit portant sur les conséquences économiques des droits de propriété¹¹.

L'analyse économique du droit vise « à mieux comprendre l'impact des règles juridiques sur les comportements »¹². Apparue dans les années soixante dans les universités américaines, elle repose sur l'étude :

- De la *rationalité* économique des agents : buts, préférences et fonctions d'utilité pour la satisfaction desquels ces derniers mettent en œuvre des actions ;

- Et de *l'efficacité* des normes et décisions de justice : aptitude d'une règle à produire les effets pour l'obtention desquels on l'a adoptée, ou, plus largement, aptitude d'un système à faire advenir les phénomènes qui lui sont bénéfiques ; c'est le cas du marché¹³.

L'analyse économique du droit des biens en général, et du droit de propriété en particulier, se structure autour de deux axes que l'on peut rapidement résumer ainsi :

- Une analyse dite « positive » de la propriété, par laquelle on cherche à décrire et à expliquer « le droit comme il est, non pas comme il devrait être »¹⁴. Il s'agit ici d'expliquer comment les comportements des agents économiques sont influencés par les différents « systèmes de droit de propriété » et quelles en sont les conséquences sur le bien-être social et/ou les processus économiques¹⁵.

- Et une analyse dite « normative » de la propriété, par laquelle les différentes normes et la jurisprudence sont examinées en fonction de leur impact en termes d'efficacité, l'objectif étant, en substance, de savoir si les règles de droit en présence conviennent ou doivent être modifiées afin d'enrayer les inefficacités¹⁶ et d'atteindre « l'optimum social »¹⁷. La propriété est perçue comme source de richesse et de prospérité.

¹¹ « Les instruments juridiques qui sous-tendent les relations économiques sont depuis toujours contenus dans les notions classiques centrales du droit privé que sont, entre autres, la propriété et le contrat » : CANIVET, G. (2005). La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge. *LPA 2005* (n° 99). Voir également BARRAUD, B. (2016). L'analyse économique du droit. In *La recherche juridique (les branches de la recherche juridique)*. Paris: L'Harmattan, p. 141 suiv.. Pour une critique de l'analyse économique du droit : ENCINAS DE MUNAGORRI, R. (2006). L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation. *RTD civ. 2006*, p. 505.

¹² DEFFAINS, B. (2005). Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste. *LPA 2005* (n° 99).

¹³ FRISON-ROCHE, M.-A. (2005). L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit. *LPA* (n° 99).

¹⁴ DEFFAINS, B. (2005), *op. cit.*.

¹⁵ ROCHELANDET, F. (2008-2009). Chapitre 1 : La théorie économique des droits de propriété, In *Cours Économie du droit 2008-2009* à destination des étudiants de Licence 3^{ème} année, Université Paris-Sud, www.fabrice.rochelandet.free.fr.

¹⁶ DEFFAINS, B. (2005), *op. cit.*.

¹⁷ ROCHELANDET, F., *op. cit.*.

En somme, cette discipline traite de l'étude de la propriété, non pas en tant que telle, mais pour son rôle économique : par référence au marché¹⁸, et à travers les « comportements des grands acteurs économiques, principalement des groupes industriels et financiers » par la mise en évidence « de la contrainte patrimoniale qu'ils sont amenés à gérer ou contraindre à subir »¹⁹.

Or, déconnecté de la notion de marché et de toute analyse quant à l'influence du droit sur les comportements, l'objectif poursuivi dans la présente étude est tout autre. Il s'agit de l'analyse la notion *juridique* de propriété sous son acception économique.

② L'étude porte sur le concept de propriété

Si la notion de propriété a pu varier au cours du temps (a), nous verrons quelles sont les conceptions de la propriété qui sont développées aujourd'hui (b).

(a) L'évolution historique du concept de propriété

Avant d'étudier la propriété qualifiée d'économique, la première question qui se pose est de savoir ce qu'est la propriété. En effet, savoir si la possibilité même qu'une forme de propriété puisse être qualifiée d'économique implique de définir ce qu'on entend par propriété. Or la notion a beaucoup varié au cours du temps, suivant finalement les évolutions sociales et historiques de la société.

Schématiquement, dans les **sociétés primitives**, l'appropriation n'est envisagée que pour les choses mobilières et à usage personnel : vêtements, armes, bijoux... Le sol, quant à lui, fait l'objet d'une jouissance collective, il appartient à tous dans la mesure où les individus vivent de la chasse, de la pêche et de la cueillette des fruits sauvages. Dans cette mesure, aucune appropriation personnelle du sol n'est en effet concevable, mais l'appropriation collective d'un groupement d'individus, tribu ou communauté, est possible. Par la suite, l'apparition de l'agriculture et de l'élevage n'ont pas, pour autant, changé fondamentalement

¹⁸ La question a notamment été abordée par M. Boncœur dans son intervention portant sur le thème : « Des enclosures aux QIT, regard rétrospectif sur l'approche économique des droits de propriété », lors du Colloque international « La propriété à l'épreuve de la mer : enjeux et évolutions » organisé par l'UMR AMURE et le Centre de Droit et d'Économie de la Mer, Université de Bretagne Occidentale, Brest, les 2 et 3 juillet 2015.

¹⁹ MORIN, F. (1984). *Théorie économique du patrimoine*. Paris: Ellipses, p.3.

les choses, ces activités pouvant se faire en commun, et, en tout état de cause, les déplacements pour trouver des terres fertiles²⁰ impliquent qu'une parcelle de sol ne puisse pas être appropriée par une personne en particulier²¹. Le concept de propriété, et qui plus est de propriété personnelle, n'existe donc pas encore, mais l'idée d'une appropriation collective commence à germer.

Elle se justifie alors pour des raisons naturelles, et se fonde sur la prise en compte du besoin matériel. La justification de l'appropriation sur ce fondement n'implique pas l'affirmation d'un droit à l'appropriation privative, mais elle légitime le fait de s'approprier.²²

Le **droit romain** a quant à lui marqué un tournant dans l'histoire juridique de la propriété. Le partage privatif du foncier aurait été réalisé à Rome dès le règne du mythique roi Numa Pompilius au VIII^{ème} siècle avant notre ère. Initialement, la terre fait l'objet d'un partage temporaire de jouissance limité au temps de la culture, et retourne à la propriété collective une fois la récolte faite. Au fil du temps, chacun se voyant finalement attribuer les mêmes parcelles d'année en année, il y construit sa maison, et ce droit finit par muter vers une propriété individuelle et perpétuelle²³.

Cette transformation juridique se poursuit ainsi à l'époque des XII tables²⁴ avec le *mancipium*, c'est-à-dire le pouvoir du chef de famille sur les personnes et les choses soumises à son autorité²⁵. Il faudra encore attendre quatre siècles²⁶ pour que soit formalisé le *dominium ex iure quiritium*, c'est-à-dire le pouvoir exclusif qu'une personne a sur un bien : « le *dominium* n'était pas considérée par le droit romain comme un bien ni comme un droit, mais comme une puissance »²⁷. Le *dominium* peut également porter sur un droit : *dominium* d'un usufruit, d'une hypothèque, d'une créance, d'une succession, etc.²⁸.

²⁰ Faute d'engrais ou d'assolement, les qualités de la terre, même cultivée par un seul individu, se tarissent rapidement.

²¹ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 96, se référant à LÉVY, J.-Ph. (1985). Destins du droit de propriété, *Rev. Droits* 1985 (n° 1).

²² GUIBET-LAFAYE, C. (2014). La naturalisation de l'appropriation privative. *Revue de philosophie économique* 2014, Vol. 15 (n° 2), p. 35-68.

²³ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 97.

²⁴ Première œuvre romaine de codification et de réformation du droit coutumier, rédigée au V^{ème} siècle : Cf. WAREMBOURG M. (2007-2008), Chapitre premier : La genèse historique du droit romain, In *Cours Introduction historique au Droit 2007-2008*, à destination des étudiants de Licence 1^{ère} année, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, www.aseedsorbonne.files.wordpress.com/2010/10/cours_complet11-droit-historique.pdf.

²⁵ MALAURIE, P., & AYNES, L. (2017). *Droit des biens* (éd. 7). Issy-les-Moulineaux: LGDJ, p. 129.

²⁶ CHOUQUER, G. (2014). *Etude juridique et historique du dominium et de la propriété foncière dans le monde romain (Ier s. av. - Ier s. ap. J.-C.)*. Paris: Observatoire des formes du foncier dans le monde, p. 9.

²⁷ ZENATI-CASTAING, F. (2006). La propriété, mécanisme fondamental du droit. *RTD civ.* 2006, p. 445, citant Institutes de Justinien, 2, 4, 4.

²⁸ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T. (2008). *Les biens* (éd. 3). Paris: PUF, p. 262.

La *proprietas* n'apparaît qu'à la fin de l'histoire romaine, sous Justinien, pour désigner le caractère propre de la chose, que l'on pourrait rapprocher de la nue-propriété d'aujourd'hui, autour de laquelle gravite une « constellation d'éléments » que sont les utilités de la chose, revenant pour partie au nu-propriétaire, et pour partie à l'usufruitier, notamment *usus* et *fructus*²⁹.

Cependant, contrairement à une idée fréquemment répandue dans l'imaginaire collectif, le droit romain ne se limite pas à ces formes complètes de propriété et connaît également des propriétés différentes, en particulier la propriété prétorienne qui permet la coexistence sur un même bien, de deux droits de propriété : celui du propriétaire initial, dit quiritaire, et celui du possesseur *in bonis*, qui a une propriété utile. Certains baux conduisent également à un véritable aménagement de la propriété immobilière, qui peut être répartie entre plusieurs protagonistes comme la superficie romaine et emphytéose³⁰.

Cette conception de la propriété va encore évoluer et se transformer au Moyen-âge, le **droit féodal** et l'**Ancien droit** faisant une distinction entre la propriété mobilière et la propriété immobilière.

Les biens meubles corporels sont principalement les objets de consommation qui périssent ou se détériorent par l'usage qu'on en fait³¹, et on considère alors à cette époque qu'ils n'ont aucune valeur : *res mobilis, res vilis*³². Le droit de propriété à leur égard est alors « personnel et absolu ». C'est par ailleurs au XVI^{ème} siècle que naît la maxime « en fait de meubles, la possession vaut titre » pour ne pas entraver les transactions et la libre circulation des biens meubles sous forme de marchandises³³. Les droits incorporels d'importance, comme les offices ou les rentes, sont quant à eux rattachés au régime des immeubles³⁴.

Concernant les biens immobiliers, contrairement à la propriété romaine³⁵, la propriété féodale n'est pas un pouvoir exclusif : le principe de conservation des biens dans la famille gouverne les règles applicables aux régimes matrimoniaux, libéralités et successions³⁶, avec

²⁹ ZENATI-CASTAING, F., La propriété, mécanisme fondamental du droit, *op. cit.*, p. 445 s., se référant à VILLEY, M. (1946). L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains, RHD 1946-47.201 suiv. ; V. également VILLEY, M. (1976). *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*. Paris: Dalloz, p 10.

³⁰ Nous développerons ces points dans la présente étude.

³¹ La notion pourrait éventuellement se rapprocher de celle actuelle de consomptibilité.

³² Chose mobilière, chose vile. Le rapprochement avec la consomptibilité s'arrête là, les biens consomptibles ayant en principe, de nos jours, une valeur.

³³ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 97.

³⁴ *Ibid.*, p. 99.

³⁵ Puissance personnelle.

³⁶ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 129.

les principes de réserve héréditaire, d'obligation de emploi ou encore d'inaliénabilité, etc., empêchant au moins en partie le propriétaire de disposer librement de ses biens au détriment de ses proches. Par ailleurs, la propriété féodale est divisée : on assiste à une démultiplication des prérogatives s'exerçant sur une même terre du fait des liens de suzeraineté et des tenures³⁷. Initialement, les suzerains sont propriétaires des terres, le « domaine éminent », et, en contrepartie du paiement de redevances, ils en concèdent la jouissance à des tenanciers afin qu'ils les exploitent : leur propriété de fait est dite « domaine utile ». Cette distinction donnera par la suite naissance à des « propriétés simultanées »³⁸, non pas en indivision, mais dans les rapports réciproques des parties.

Au fil du temps, ces concessions finissent par attribuer au domaine utile les services essentiels de la terre, le domaine éminent devenant un simple attribut de seigneurie : « ainsi, le domaine utile est-il devenu la véritable propriété »³⁹ et les droits des suzerains perçus comme des atteintes intolérables à ce droit de propriété. La **Révolution** de 1789, sacralisant la propriété⁴⁰, simplifie le droit de la famille et la circulation des terres⁴¹, consacre l'abolition des droits féodaux et du domaine éminent, et donne à la propriété foncière les mêmes caractères absolu, individualiste et perpétuel déjà reconnus à la propriété mobilière⁴².

³⁷ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 262.

³⁸ PATAULT, A.-M., *op. cit.*, p. 15, 107 et 108 ; LEVY, J.-P., & CASTALDO, A. (2010). *Histoire du droit civil* (éd. 2). Paris: Dalloz, p. 425.

³⁹ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 98 : en parallèle naît la notion de domaine éminent du pouvoir royal (« *le roi est seigneur en son royaume* »), justifiant alors l'intervention de l'État dans la réglementation de la propriété individuelle. Voir également R.-J. Pothier, Œuvres, éd. Bugnet, 1846, n° 3, cité par MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 130.

⁴⁰ DDHC, 26 août 1789, art. 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* » et art. 17 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* ».

Voir également DDHC, 24 juin 1793, art. 1 et 2 « *Le but de la société est le bonheur commun. - Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la puissance de ses droits naturels et imprescriptibles.* » « *Ces droits sont l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété.* », art. 8 : « *La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés.* », art. 16 : « *Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie.* », et art. 19 : « *Nul ne peut être privé de la moindre portion de sa propriété sans son consentement, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* ».

⁴¹ Par l'organisation la publicité des transactions et des hypothèques.

⁴² GARAUD, M. (1958). *La révolution et la propriété foncière*. Paris: Sirey, p. 167 suiv., 186 suiv. et 225 suiv. ; GAUTHIER, F. (1988). L'idée générale de propriété dans la philosophie du droit naturel et la contradiction entre liberté politique et liberté économique 1789-1795. In *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ? : actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986. Tome 1*. Paris: CNRS-PUF, p. 161 suiv. ; LIBCHABER, R. (2004). La recodification du droit des biens. In *Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire*. Paris: Dalloz-Litec, p. 304.

La propriété poursuit son évolution avec le **Code civil** de 1804. En son article 544⁴³, il indique que « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. ». Le terme « absolue »⁴⁴ montre bien l'importance accordée au droit de propriété individuelle⁴⁵, et les rédacteurs du Code civil affirment même que la propriété est un droit naturel⁴⁶. D'ailleurs, une importante partie du Code civil est consacrée à la propriété, qui s'y est vue affecter deux livres sur trois : le « Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété » ainsi que le « Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété »⁴⁷⁴⁸. Certains ont alors même parlé d'un « Code de propriétaires »⁴⁹.

Depuis la rédaction de l'article 544, plus de deux siècles ont passé. Si l'intensité de la propriété s'est sérieusement restreinte avec l'apparition de contraintes toujours plus importantes vis-à-vis du propriétaire, en particulier concernant les réglementations strictes du droit de l'urbanisme, de la construction, de l'environnement, etc.⁵⁰, son domaine a, en revanche, connu une extension considérable qui tient à l'évolution des technologies et à l'expansion de la vie économique. En 1804, la richesse est immobilière, voire mobilière corporelle, et le droit de propriété est conçu et règlementé comme portant sur ces choses matérielles. Il est clair que les dispositions qui nous intéressent ici ont été établies à une époque annonçant à peine la révolution industrielle, dans le moule d'une société principalement rurale et dont l'élan d'urbanisation n'avait pas commencé. Si le Code civil n'ignore pas les biens incorporels, il ne les connaît qu'à travers les droits, et n'envisage pas

⁴³ Créé par la Loi du 27 janvier 1804 promulguée le 6 février 1804.

⁴⁴ Certains ont souligné le pléonasme (la *plus* absolue) : MALAURIE, P., & AYNES, L. (2017). *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁵ Est rejetée toute idée de domaine éminent de l'État.

⁴⁶ PORTALIS, J.-E.-M. (1999). *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (Discours prononcé le 21 janvier 1801)*. Bordeaux: Confluences, p. 65 ; ou encore J PORTALIS, J.-E.-M. (1844). Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété présenté le 26 nivôse an XII. *In Discours, rapports et travaux inédits, sur le Code civil*. Paris: Joubert, p. 209. D'autres déclarations fondent au contraire la propriété sur la loi civile : TRONCHET, F.-D. (1827). Séance du 30 nivôse an XI, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Tome 11, Paris:Treuttel et Würtz Libraires, p. 67.

⁴⁷ Qui regroupe pêle-mêle et notamment les successions, les libéralités, les contrats, les régimes matrimoniaux, la vente, l'échange, la société, la fiducie... qui ne sont donc envisagés qu'à travers la notion de propriété. Cependant l'objet du livre III est plus vaste que son titre puisqu'il traite également des différentes manières dont on acquiert les droits.

⁴⁸ Désormais le Code civil compte cinq livres, et la propriété se retrouve également au « *Chapitre IV : De la propriété retenue ou cédée à titre de garantie* » du livre IV consacré aux sûretés.

⁴⁹ Ripert, cité par REVET, T. (2004). Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire. *Dr. et Patrimoine 2004* (n° 124).

⁵⁰ Pour le Conseil constitutionnel, le droit de propriété et les restrictions qui lui sont apportées sont par principe compatibles, sauf lorsqu'elles ont une ampleur ou une intensité qui les fait équivaloir à une privation de propriété.

les productions incorporelles : or, désormais, force est de constater que la fortune, de plus en plus, a pour support l'incorporel, d'où la création de nouvelles propriétés dématérialisées⁵¹ qui ont pour support le travail de leur titulaire.

On trouve notamment ici le fonds de commerce, ensemble composite analysé comme une universalité de fait, c'est-à-dire un groupement de biens formant un ensemble et qui a une unité, tout en étant un groupement hétérogène, certains de ses éléments étant corporels (outillage) et d'autres incorporels (clientèle, nom commercial, droit au bail, enseigne, etc.)⁵².

Est également visée ici la propriété intellectuelle, laquelle se subdivise en deux branches : la propriété littéraire et artistique (protection des droits des auteurs et des artistes) et la propriété industrielle (protection des marques de fabrique, brevets d'invention, dessins et modèles, obtentions végétales et animales, bases de données, logiciels, etc.), dont les modalités sont réglées, non pas par le Code civil, pourtant siège historique du droit des biens et de la propriété, mais par un code qui lui est tout spécialement consacré : le Code de la propriété intellectuelle.

Mais ces propriétés particulières qui reposent sur le fruit d'un travail, qui sont souvent intimement liées à la personne de leur titulaire, et dont le régime juridique s'est développé hors du Code civil, peinent à trouver leur place dans la classification traditionnelle⁵³ des droits réels⁵⁴ et des droits personnels⁵⁵. Il semblerait qu'elles se rapprochent des droits réels, puisque conférant un droit exclusif d'exploitation : « aussi, dans la pratique, les appelle-t-on souvent propriétés »⁵⁶, mais cette qualification de *propriétés* est contestée par certains⁵⁷, se fondant notamment sur l'absence dans le Code civil d'une quelconque référence à la possibilité même d'une propriété de l'immatériel⁵⁸.

⁵¹ Termes de MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 135.

⁵² *Ibid.*, p. 84 ; voir également PEDAMON, M., & KENFACK, H. (2011). *Droit commercial* (éd. 3). Paris: Dalloz, p 239 sur la qualification de propriété incorporelle.

⁵³ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 80.

⁵⁴ Droit donnant un pouvoir direct et immédiat sur une chose sans l'entremise d'un autre individu, voir *infra*.

⁵⁵ Droit d'une personne, le créancier, d'exiger d'une autre, le débiteur, une certaine prestation. On parle également de droit de créance, voir *infra*.

⁵⁶ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 82.

⁵⁷ V. notamment MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 135 : « Sans doute, ce ne sont pas de véritables propriétés, au sens technique du terme ».

⁵⁸ V. également Cass. com. 7 mars 2006, n° 04-13569 qui refuse d'appliquer l'article 2279, devenu l'article 2276 du Code civil (al. 1 : « En fait de meubles, la possession vaut titre. »), à un bien incorporel, en l'occurrence une licence d'exploitation de débit de boissons.

Concernant la question de la propriété des créances : FRANCOIS, J. (2010). Les créances sont-elles des biens ? *In Liber amicorum Christian Larroumet*. Paris: Economica, p. 149 suiv. : « les créances étant elles-mêmes des instruments d'appropriation, ne sont pas appropriées. (...) ce n'est pas parce que le droit de créance porte sur un bien qu'il est en lui-même un bien. Il demeure un droit dont il se trouve que l'objet est un bien ».

Pour d'autres⁵⁹, en revanche, dont la position est partagée par le Conseil constitutionnel, « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; [...] parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins »⁶⁰. Plus largement, les actions ont été reconnues comme constituant des objets de propriété⁶¹, et on peut également citer l'exemple des créances, bien que la question reste discutée dans ce dernier cas⁶². En revanche, sont exclus de cette qualification les autorisations d'exploiter des services de transport public de personnes⁶³ ou encore les droits à pension de retraite⁶⁴. Nous partageons cette idée que la propriété puisse s'appliquer aux choses corporelles comme aux droits et autres biens immatériels⁶⁵ : il nous semble en effet que les pans de droit développés en dehors du Code civil ne sont finalement « que la mise en œuvre, dans un domaine particulier, d'une appropriation qui leur [préexistait] et [entrent] dans le giron de l'article 544 du Code civil »⁶⁶.

⁵⁹ CARON, C. (2004). Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle. *JCP G 2004* (n° 39) ; VIVANT, M. (2005). *Le droit des brevets* (éd. 2). Paris: Dalloz, p. 82 suiv ; LUCAS, A. (2001). *Traité de la propriété littéraire et artistique* (éd. 2). Paris: Litec, p. 24 suiv. ; CHAVANNE, A., BURST, J.-J. B., AZEMA, J., & GALLOUX, J.-C. (2012). *Droit de la propriété industrielle* (éd. 7). Paris: Dalloz, p. 2 ; PASSA, J. (2009). *Droit de la propriété industrielle : marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles, Tome 1* (éd. 2). Paris: LGDJ, p. 12 ; MOUSSERON, J.-M., SCHMIDT-SZALEWSKI, J., & VIGAND, P. (1984). *Traité des brevets, Tome 1 : L' Obtention des brevets*. Paris: Litec, p. 47 suiv. ; RAYNARD, J. (1990). *Droit d'auteur et conflit de lois : essai sur la nature juridique du droit d'auteur*. Paris: Litec, p. 333 ; Comp. GAUTIER, P.-Y. (2017). *Propriété littéraire et artistique* (éd. 10). Paris: PUF, p. 31 ; POLLAUD-DULIAN, F. (2010). *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*. Paris: Economica, p. 23 suiv.

⁶⁰ Cons. const. 27 juill. 2006 n° 2006-540 DC, obs. REVET, T. (2006). Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété. *RTD civ. 2006 p. 791*.

⁶¹ V. notamment Cons. const. 16 janv. 1982 n° 81-132 DC « Postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général » ; Cons. const. 11 fév. 1982 n° 82-139 DC.

⁶² Cons. const. 29 déc. 1999 n° 99-425 DC ; Cons. const. 10 juin 2010 n° 2010-607 DC ; REVET, T. (2010). La consécration de la propriété des créances par le Conseil constitutionnel. *RTD civ. 2010, p. 584* ; LAURENT, J. (2012). *La propriété des droits*. Paris: LGDJ-Lextenso, p. 21, qui étend la propriété à l'ensemble des droits, y compris les créances. V. également MILLEVILLE, S. (2013). La propriété des créances est-elle constitutionnellement consacrée ? *RDLF 2013* (chron. 22).

⁶³ Cons. const. 30 déc. 1982 n° 82-150 DC.

⁶⁴ Cons. const. 16 janv. 1986 n° 85-200 DC.

⁶⁵ REVET, T., *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire, op. cit.* ; ZENATI, F., *Pour une rénovation de la théorie de la propriété, op. cit.* ; LIBCHABER, R., *La recodification du droit des biens, op. cit.*, p. 333.

⁶⁶ CICILE-DELFOSSÉ, M.-L. (2009). Le droit et l'incorporel à l'orée du XXI^e siècle : état des lieux. *RLDC 2009* (n° 65). V. également REVET, T., *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire, op. cit.*.

(b) Les différentes approches actuelles de la notion de propriété

En tout état de cause, et plus globalement, la doctrine n'est pas unanime quant à la définition à donner à la propriété. D'une façon générale, deux visions différentes s'opposent :

- La conception classique du droit de propriété, qui repose sur les composantes⁶⁷ (*usus*, *fructus* et *abusus*) et sur les caractères (absolutisme, exclusivisme et perpétuité) de la propriété.

- Et une conception plus récente du droit de propriété, qui met plus l'accent sur la relation d'appartenance exclusive entre la personne et le bien, plus que sur la structure du droit de propriété et les prérogatives du propriétaire.

Sous son **approche classique** (ou matérialiste), le droit de propriété est « le plus important des droits réels »⁶⁸, le « droit réel par excellence » dirait-on même, puisqu'il permet à son titulaire d'exercer sur sa chose la plénitude des prérogatives d'une personne sur une chose : c'est la *plena in re potestas*⁶⁹. Il « crée un rapport immédiat et direct entre une chose et une personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise d'une manière plus ou moins complète »⁷⁰. Cette primauté lui confère ainsi le rang de « prototype des droits subjectifs », et les autres droits réels, que sont l'usufruit et les servitudes, ne sont en réalité que des démembrements du droit de propriété.

Sous son analyse classique, le droit de propriété est composé d'un ensemble d'**attributs**, de prérogatives, liées entre elles qui permettent au propriétaire de tirer de la chose toutes ses virtualités : le droit d'usage de la chose (*usus*), le droit de jouissance de la chose (*fructus*) et le droit de disposition de la chose (*abusus*).

Usus, fructus et *abusus* : les trois composantes du droit de propriété. Alors que les deux dernières prérogatives (*fructus* et *abusus*) sont expressément visées par l'article 544 du Code civil (« La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue [...] »), les deux premières prérogatives, combinées entre elles, (*usus* et *fructus*) constituent

⁶⁷ Ou prérogatives du propriétaire.

⁶⁸ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, op. cit., p. 95.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 132.

⁷⁰ AUBRY, C., & RAU, C.-F. (1897). *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Tome 2 (éd. 5). Paris: LGDJ Marchal et Billard, p. 172.

l'usufruit, qui fait, en particulier, l'objet des articles 578 à 581 du Code civil⁷¹. L'usufruit est ainsi défini comme étant « le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. »⁷². S'il porte sur des biens consommables, voire sur des biens fongibles, alors il prend alors la forme du quasi-usufruit⁷³.

La propriété présente également certains **caractères**⁷⁴, qui sont au nombre de trois : absolu, exclusif et perpétuel. Un auteur souligne que « cette trilogie s'est constituée par étapes. Charles Aubry et Frédéric-Charles Rau auraient identifié les deux premiers caractères du droit, tandis que Charles Demolombe aurait ajouté le troisième, à savoir la perpétuité »⁷⁵, la perpétuité étant selon lui une qualité découlant du caractère absolu.

De façon synthétique, l'absolutisme du droit de propriété rejaillit de l'article 544 du Code civil lui-même : « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ». Le propriétaire peut faire ce qu'il veut de son bien, sa maîtrise est illimitée, ou du moins il peut accomplir tous les actes juridiques ou matériels qui ne sont pas interdits spécialement, et notamment il ne peut pas faire un usage de son droit qui serait « prohibé par les lois ou par les règlements »⁷⁶ : sont notamment concernés ici les textes relatifs à l'urbanisme⁷⁷ ou encore à la protection de l'environnement⁷⁸.

Autre limite à l'absolutisme du droit de propriété : le propriétaire ne peut pas abuser de son droit. Ce principe a été dégagé par la jurisprudence aux termes de l'arrêt dit « Clément-Bayard » : abuse de son droit de propriété le voisin du propriétaire d'un hangar à ballons dirigeables qui a érigé sur son champ des « carcasses en bois de seize mètres de hauteur

⁷¹ Ainsi que d'autres références, telles que l'usufruit du conjoint survivant (C. civ. art. 756 suiv.).

⁷² C. civ. art. 578.

⁷³ C. civ. art. 587.

⁷⁴ Nous nous limitons ici aux caractères du droit de propriété en termes de droit privé (on pourrait par exemple parler en matière constitutionnelle du « caractère fondamental » du droit de propriété mais tel n'est pas le sujet de ces lignes).

⁷⁵ NORMAND, S. (2006). La notion de modalité de la propriété. in *Mélanges offerts au professeur Frenette F., Étude portant sur le droit patrimonial*. Québec: PUL, p. 257, faisant référence à : ZACHARIÆ K.-S. (1839). *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand par Aubry et Rau*, Strasbourg, F. Lagier, p. 391 et 400-401, et DEMOLOMBE C. (1866). *Traité de la distinction des biens, Tome 1* (éd. 3). Paris, Auguste Durand/Hachette et Cie, p. 461-462.

⁷⁶ C. civ. art. 544 *in fine*.

⁷⁷ Par exemple les schémas de cohérence territoriale, plans locaux d'urbanisme et cartes communales : C. urb. art. L 121-1 suiv..

⁷⁸ Par exemple la protection et l'aménagement du littoral : C. env. art. L 321-1 suiv..

surmontées de tiges de fer pointues » dans l'unique but de faire crever les ballons qui décollent ou atterrissent⁷⁹.

Le propriétaire est également tenu de réparer les dommages causés par son bien, ce qui renvoie notamment à la théorie des troubles anormaux du voisinage : engage sa responsabilité, même en l'absence de faute⁸⁰, celui dont l'exercice de la propriété cause un préjudice à son voisin par un trouble anormal⁸¹. Initialement fondée sur l'abus de droit, cette théorie s'en est progressivement détachée, la Cour de cassation se fondant désormais sur « le principe de la responsabilité pour troubles de voisinage » sans se référer à un texte quelconque⁸².

Le caractère exclusif du droit de propriété, quant à lui, renvoie au monopole⁸³ du propriétaire : seul le propriétaire peut user de la chose⁸⁴ et a le droit d'en *exclure* toute autre personne, et ce, même s'il ne subit pas de préjudice, grâce aux actions dont il dispose⁸⁵. En d'autres termes, lorsqu'un bien est approprié, il n'appartient qu'à une seule personne, ce qui appelle certaines remarques :

- Dans le cadre de l'indivision et de la copropriété, où les membres sont titulaires de droits identiques, mais conjoints, les prérogatives de l'un s'arrêtent là où commencent celles de l'autre, et c'est à ce titre qu'il n'y a pas atteinte au monopole reconnu au propriétaire unique.⁸⁶

- Lorsque plusieurs personnes sont investies de droits réels de natures différentes, comme un usufruitier et un nu-propriétaire, alors le démembrement de la propriété supprime, dans leurs relations, le caractère exclusif de la propriété.⁸⁷

- Lorsque la propriété est conditionnelle, il n'y a pas atteinte au caractère exclusif de la propriété, puisque les deux propriétaires - l'un sous condition suspensive et l'autre sous condition résolutoire - sont investis de droits opposés et complémentaires sur une même chose. Or l'évènement qui anéantira les droits de l'un consolidera au contraire les droits de

⁷⁹ Cass. req. 3 août 1915 : théorie de l'abus de droit appliquée au droit de propriété.

⁸⁰ V. Cass. civ. 3^{ème} 20 déc. 2006 n° 05-10855.

⁸¹ Les inconvénients normaux du voisinage ne pouvant pas être indemnisés.

⁸² Par exemple Cass. civ. 27 nov. 1996 n° 94-15.530 : « Vu le principe que nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage ».

⁸³ CORNU, G. (2005). *Droit civil : introduction, les personnes, les biens* (éd. 12). Paris: Montchrestien, p. 446.

⁸⁴ Ou ne pas en user.

⁸⁵ Actions civiles en restitution et en réparation, mais également actions pénales (vol, abus de confiance, contrefaçon, etc.).

⁸⁶ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 150.

⁸⁷ *Ibid*, p. 151.

l'autre : il n'y aura donc, à un moment donné, qu'un seul propriétaire exclusif, et ce, de façon rétroactive.⁸⁸

Enfin, contrairement aux démembrements que sont l'usufruit et la servitude, la propriété présente un caractère perpétuel, c'est-à-dire qu'elle dure autant que son objet : elle ne s'arrête pas au décès de son titulaire puisqu'elle est héréditaire, et elle ne s'atteint pas par non-usage car il n'y a pas de prescription extinctive de la propriété, même s'il peut y avoir une prescription acquisitive.⁸⁹

Une autre caractéristique de la conception classique de la propriété est de rattacher la propriété à la catégorie des droits réels, elle est même « le plus plein, le plus complet des droits réels »⁹⁰, voire « le plus important des droits réels »⁹¹. Le droit réel est « le pouvoir juridique exercé directement sur une chose et permettant d'en retirer tout ou partie des ses utilités économiques »⁹², ce qui englobe ainsi tant la propriété que l'usufruit, la servitude ou encore l'hypothèque.

L'un des corollaires de l'assimilation de la propriété au droit réel concerne le démembrement de propriété. En effet, le droit réel de propriété est divisible en ce sens que ses éléments constitutifs peuvent être dévolus à des personnes différentes entre lesquelles les prérogatives du propriétaire se trouvent réparties. Or ces éléments démembrés sont de la même nature que la propriété elle-même : ce sont des droits réels, opposables à tous, emportant droit de préférence et droit de suite, cessibles et susceptibles d'hypothèque, et en principe acquis par prescription acquisitive.⁹³

Partant, « tous les droits réels, en tant que prérogatives sur une chose, étant contenus dans la propriété, la constitution d'un droit réel sur la chose d'autrui ne peut être qu'un fractionnement du droit du propriétaire. [...] La propriété, de par sa plénitude même, interdirait que coexistent sur un bien des droits réels qui lui sont étrangers. Ceux-ci ne peuvent qu'en être retranchés et en constituent ainsi des démembrements »⁹⁴.

⁸⁸ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, op. cit., p. 151 suiv..

⁸⁹ CARBONNIER, J. (2004). *Droit civil : les biens, les obligations* (Vol. 2). Paris: PUF (coll. Quadrige), p. 1642.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 1642.

⁹¹ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, op. cit., p. 95.

⁹² CARBONNIER, J. (2004). *Droit civil : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple* (Vol. 1). Paris: PUF (coll. Quadrige), p. 317.

⁹³ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, op. cit., p. 697.

⁹⁴ RAVENNE, S. (2007). *Les propriétés imparfaites. Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*. Thèse, Paris-Dauphine, p. 243 (réfutant l'analyse).

Cependant, certains ont pu noter que ce concept usuel de démembrement constitue une « approximation commode »⁹⁵, puisque les droits ainsi présentés ne « se caractérisent pas par une redistribution rigoureuse des prérogatives attachées à la pleine propriété et ne constituent pas des fractions de celle-ci, dont l'addition serait égale au tout que serait la propriété pleine et entière »⁹⁶. L'usufruitier a moins de pouvoirs que le propriétaire n'en perd, et le nu-propriétaire a moins de pouvoir que ce qu'il aurait si son droit était ce qu'il reste de la propriété après ablation de l'*usus* et du *fructus*⁹⁷. En effet, ce qui est reçu par l'un n'est pas nécessairement retiré à l'autre : la servitude de passage et la servitude *non aedificandi* en sont de parfaits exemples.

En outre, si l'on ne définit la propriété que par ses prérogatives - *usus, fructus, abusus* - tout en considérant les autres droits réels comme des démembrements, il faudrait alors en conclure que la propriété démembrée n'est pas une propriété⁹⁸. Ainsi, la doctrine a pu évoluer (théorie plus « ouverte ») pour définir la propriété comme « le droit de retirer d'une chose tous ses services sauf exception »⁹⁹. Selon cette conception de la propriété, tous les droits réels sur la chose d'autrui ne constituent plus des démembrements de propriété, même s'ils limitent les droits du propriétaire : sa propriété reste « entière, parfaite, puisque l'intégrité de sa structure est préservée. »¹⁰⁰. Ainsi, certains ont pu avancer que, à condition d'admettre que l'idée de démembrement « est plus une image que l'expression d'une vérité physique », alors elle « n'est pas contraire à la réalité »¹⁰¹. En tout état de cause, elle a au moins des vertus pédagogiques.

Ainsi, cette analyse de la propriété « insist[e] sur cette troublante particularité : elle est la position la plus complète, la plus étendue, mais elle demeure elle-même, malgré toutes les amputations et restrictions qu'elle peut subir. Ce pourrait être une façon de reconnaître qu'elle est essentiellement une vocation à un ensemble de prérogatives que le titulaire ne peut pas toujours exercer ; potentielles, elles suffisent à la qualification de propriété »¹⁰². En somme, « la propriété, conçue comme le droit réel le plus complet, est [...] définie comme le pouvoir

⁹⁵ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, op. cit., p. 697.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 698.

⁹⁷ Citant ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T. (2008). *Les biens* (éd. 3). Paris: PUF.

⁹⁸ RAVENNE, S., op. cit., p. 244.

⁹⁹ VAREILLES-SOMMIERES, G. (1905). La définition et la notion juridique de la propriété. *RTD civ.* 1905, p. 443, n° 47 et n° 1. « Sans renier l'assimilation au droit réel, Varelle-Sommière réfute ainsi nettement la théorie du démembrement. L'auteur reste néanmoins dans l'orbite matérialiste, définissant toujours le droit de propriété par les prérogatives qu'il confère » : RAVENNE, S., op. cit., p. 244.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 244, faisant lui-même référence à VAREILLES-SOMMIERES, op. cit. (n° 47).

¹⁰¹ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, op. cit., p. 698.

¹⁰² ATIAS, C. (2007). Une propriété sans objet (propriété, vocation et contrat). *D.* 2007, p. 2415.

juridique qu'à une personne de tirer profit de l'intégralité des utilités économiques d'une chose »¹⁰³. Cette conception de la propriété « met l'accent sur le pouvoir direct que le propriétaire exerce sur son bien »¹⁰⁴.

Cependant, même plus ouverte, cette conception matérialiste classique de la propriété n'emporte pas toutes les convictions. Certains ont développé, depuis les années soixante, une analyse différente¹⁰⁵. Cette **approche**, dite **exclusiviste**, repose sur l'idée de la relation d'appropriation du bien.

Ainsi, Ginossar affirme que la propriété, contrairement aux démembrements, n'est pas un droit réel : « elle se meut sur un plan plus élevé »¹⁰⁶. Elle est une *relation d'appartenance* d'une chose à une personne¹⁰⁷. En effet, pour lui, dans la mesure où le propriétaire peut ne pas avoir le pouvoir entier sur son bien¹⁰⁸, puisqu'il peut être donné à bail ou encore soumis à un usufruit, alors « ni le pouvoir total, permanent et exclusif, ni aucun des éléments qui le composent, ni même la faculté de disposition, ne peuvent être considérés comme attributs essentiels de la propriété »¹⁰⁹.

Cependant, il remarque que l'usufruit va s'éteindre, le bail va arriver à son terme, la clause d'inaliénabilité va prendre fin, et le propriétaire retrouvera l'exercice de son pouvoir. Ainsi, estimant que la propriété ne peut pas être définie comme la somme des utilités d'une chose, ni comme le droit d'en disposer, il réfute ainsi la définition matérialiste de la propriété, y compris dans son acception ouverte, en déniaut à la propriété la nature de pouvoir ou de maîtrise d'une chose¹¹⁰.

Pour lui, « si le droit de propriété peut n'être ni total, ni perpétuel, il sera toujours *résiduaire*, c'est-à-dire qu'il semble porter directement sur la chose même : il confère au

¹⁰³ DANOS, F. (2007). *Propriété, possession et opposabilité*. Paris: Economica, p. 27, faisant référence à M. Carbonnier qui définit le droit réel comme étant « le pouvoir juridique qu'à une personne de retirer directement tout ou partie des utilités économiques d'une chose » : CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations*, *op. cit.*, p. 1580.

¹⁰⁴ ATIAS, C., Une propriété sans objet (propriété, vocation et contrat), *op. cit.*, p. 2415 s..

¹⁰⁵ GINOSSAR, S. (1960). *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*. Paris: LGDJ, p. 32 suiv. et p. 112 suiv.. ; ZENATI, F. (1981). *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*. Thèse, Lyon, p. 541 suiv. ; ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 259.

¹⁰⁶ GINOSSAR, S., *op. cit.*, p. 112.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 33.

¹⁰⁸ Ce pouvoir se décomposant en trois facultés énumérées sous la formule *usus, fructus* et *abusus* : *Ibid.*, p. 29-30.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 31.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 31.

propriétaire tous les avantages autres que ceux, partiels ou temporaires, reconnus ou concédés aux titulaires d'autres droits sur ou par rapport à la chose. [...] En d'autres termes, la propriété n'est pas nécessairement le droit de retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer : mais si le propriétaire ne peut toujours la retirer effectivement, il en conserve à tout moment l'expectative, la potentialité »¹¹¹.

Ainsi, la propriété est « la relation par laquelle une chose appartient à une personne, par laquelle elle est à lui, elle est sienne » : alors que le créancier « aura » la chose (au futur), le propriétaire l'« a » (au présent) quand bien même il ne la tiendrait pas¹¹².

Par la suite, M. Zenati puis M. Revet prolongent ce raisonnement : pour eux, l'exclusivité constitue l'essence du droit de propriété¹¹³, et non pas seulement un caractère de ce droit¹¹⁴. L'exclusivité permet au propriétaire de retirer de son bien des avantages illimités : « c'est parce qu'il jouit du pouvoir d'interdire sa chose à autrui qu'il bénéficie de toutes les utilités qu'elle est susceptible de procurer, et non en vertu des prérogatives spéciales inhérentes au droit de propriété. [...] Contrairement aux droits réels, le droit de propriété n'est pas le droit de faire ce qui est permis, mais au contraire, de faire tout ce qui n'est pas interdit. »¹¹⁵. Ils ne considèrent pas les utilités de la chose comme des pouvoirs entrant dans la structure de la propriété¹¹⁶.

Pour ces auteurs, « la propriété est le caractère de ce qui est propre et le droit par lequel ce caractère s'établit »¹¹⁷. La propriété « constitue donc le rapport existant entre les personnes et les biens qui leur appartiennent, sous toutes leurs formes »¹¹⁸. Ainsi, la propriété n'est pas un droit réel ni un droit incorporel, elle ne constitue pas un bien¹¹⁹ mais le « rapport juridique

¹¹¹ *Ibid.*, p. 32.

¹¹² *Ibid.*, p. 33.

¹¹³ ZENATI, F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 541 ; ZENATI, F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *op. cit.*, p. 305 s..

¹¹⁴ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 265.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 332.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 333.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 259.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 259.

¹¹⁹ Ils rejettent l'opinion (matérialiste) qui confond la propriété et la chose sur laquelle elle porte, et expliquent que la confusion est née de l'interprétation du droit romain par les post-glossateurs (romanistes médiévaux) : « Dès lors que la propriété est confondue avec le *jus in re* sur lequel elle portait initialement, elle épouse ses contours et passe de l'état de virtualité à celui de prérogative rigoureusement délimitée. En faisant de la propriété un droit réel, les post-glossateurs l'ont réduite aux utilités que l'on inventorie habituellement pour délimiter les prérogatives accordées au possesseur de la chose d'autrui. » : ZENATI, F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *op. cit.*, p. 305 s.. Voir également ZENATI, F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 265 suiv. et 339 suiv..

grâce auquel les choses deviennent des biens »¹²⁰. Ainsi, le droit de propriété « est inapte à la transmission [...] ; propre à un bien et une personne donnés, il se reconstitue à chaque fois qu'un bien est transmis. Il est donc attaché à la personne »¹²¹. Ainsi, l'article 544 du Code civil (jouir et disposer) donne la définition de la propriété, et non l'énumération de ses attributs¹²² : la jouissance mentionnée à cet article doit s'entendre comme étant un rapport d'exclusivité (distincte de l'*usus-fructus*) qui lui donne le droit de disposer, c'est-à-dire de passer des actes juridiques en ce qui concerne le bien (le *commercium*¹²³, distinct de l'*abusus*)¹²⁴.

Ces auteurs rejettent ainsi la qualification de la propriété de droit réel, et même de droit patrimonial, pour l'identifier comme étant *le droit subjectif*¹²⁵.

En ce qui nous concerne, si cette dernière position n'emporte pas notre conviction absolue, le Code civil présentant lui-même la propriété comme un droit réel¹²⁶, nous ne renions cependant pas tous ses aspects. En particulier, l'exclusivisme nous semble être le caractère le plus important de la propriété, mais sans être le seul pour autant.

Il s'ensuit que la propriété peut, selon nous, revêtir une forme différente de celle que l'on veut bien lui prêter, et que cet exclusivisme doit être pris dans un sens plus large, tout en faisant la part belle aux autres caractères de la propriété ainsi que nous le verrons.

③ L'étude porte sur la propriété économique

En tout état de cause, et quel que soit le sens donné au caractère exclusif de la propriété par ces différentes approches doctrinales, il semble, en tout cas de prime abord, qu'aucune

¹²⁰ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 260.

¹²¹ *Ibid.*, p. 260.

¹²² ZENATI, F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, op. cit.*, p. 413.

¹²³ L'aptitude de la personne au commerce juridique : ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 338.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 335.

¹²⁵ La propriété n'est pas *un* droit subjectif, elle « se confond avec le droit subjectif lui-même » : ZENATI, F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, op. cit.*, p. 750.

¹²⁶ Cette affirmation est certes contenue dans le Livre V « Dispositions applicables à Mayotte », mais nous ne pensons pas que cela lui enlève sa portée générale concernant l'interprétation de caractère réel de la propriété : C. civ. art. 2521 (créé par l'Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés - art. 1 JORF 24 mars 2006 ; modifié par la Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 10 ; et par l'ordonnance n° 2010-462 du 6 mai 2010 créant un livre IX du Code rural relatif à la pêche maritime et à l'aquaculture marine- art. 1) : « Sans préjudice d'autres droits dont l'inscription est prévue par les dispositions du présent Code, d'autres codes ou de la législation civile applicables à Mayotte, sont inscrits sur le livre foncier, aux fins d'opposabilité aux tiers : 1° Les droits réels immobiliers suivants : a) La propriété immobilière [...] ».

d'entre elles ne puisse s'accommoder d'une multiplicité de propriétaires ayant chacun des droits exclusifs sur une même chose.

Et pourtant, ne pourrait-on pas interpréter le terme d'exclusivisme de façon différente ? Ne pourrait-on pas considérer que plusieurs personnes peuvent avoir un droit exclusif sur un bien, mais sur des aspects différents de ce même bien ? Sur des plans différents ?

Dès lors, l'existence de deux propriétaires devient possible, l'un juridique et l'autre économique, sans pour autant que la conception habituelle de la propriété ne soit compromise.

Nous verrons en effet que la propriété économique - étudiée sous ce nouvel angle - a en réalité déjà inondé des pans entiers du droit privé. Pourtant, et paradoxalement, on a l'habitude d'entendre que la propriété économique a disparu de notre droit à la Révolution. Mais *qu'est-ce que* la propriété économique exactement ? Affirmer qu'elle a disparu implique de savoir ce que recouvre cette notion : est-elle véritablement une forme de propriété, ou simplement une sous-catégorie d'un ensemble plus important ?

D'une façon générale, il s'agit d'admettre qu'un même bien peut faire l'objet de plusieurs propriétés superposées, chacune portant sur un aspect différent dudit bien : la propriété juridique, qui porte sur la valeur du bien, et la propriété économique, qui, elle, est attachée aux services économiques offerts par le bien.

Les termes peuvent surprendre : l'association des mots « propriété » et « économique » n'est pas évidente de prime abord, tant la sphère économique semble éloignée du monde juridique. En réalité, il ne faut pas entendre le terme « économique » comme faisant référence à l'économie, mais comme qualifiant une propriété qui n'est pas la propriété traditionnelle, puisque portant essentiellement sur les qualités économiques du bien.

Aussi, un double axe de réflexion se dessine : quel bilan est-il possible de dresser de la propriété économique aujourd'hui et quelles sont les perspectives qui s'offrent à elle ?

Ainsi que nous le verrons dans un premier temps, la notion de propriété économique est ancienne, et a été très ancrée dans notre droit. Plus précisément, la propriété économique médiévale correspond au « domaine utile », c'est-à-dire à la propriété liée à l'usage du bien immobilier *via* son exploitation, par opposition au « domaine éminent », qui, lui, correspond à la propriété juridique de ce même bien, c'est-à-dire la propriété de celui qui concède, en échange de services, l'utilité du bien.

Nous verrons que si la propriété économique médiévale, sous cette forme, a disparu, un autre type de propriété économique existe bien aujourd'hui, et on commence tout juste à la redécouvrir¹²⁷. En effet, contrairement à ce qui est communément admis, la propriété économique n'a jamais disparu de l'ordre juridique.

En particulier, c'est l'introduction de la fiducie en droit français en 2007 qui a remis sous le feu des projecteurs la notion de propriété économique. L'essor à l'international du *trust* anglo-saxon, qui présente également cette superposition de propriétés, y est d'ailleurs pour beaucoup. Nous développerons ainsi l'idée selon laquelle non seulement la fiducie a de nouveau mis en lumière le concept de propriété économique, mais que, au surplus, la propriété économique *existe* dans le cadre de la fiducie. Pour autant, trop engoncée dans la fiducie, trop limitée, elle peine à trouver sa place, et cette redécouverte récente de la propriété économique est finalement plutôt décevante (partie 1).

Cependant, et ainsi que nous l'étudierons dans un second temps, il est possible d'analyser la propriété économique sous un autre angle, et en particulier en dehors de toute fiducie. Sous cette nouvelle acception, il apparaît qu'en réalité, elle n'a jamais quitté notre droit. Précisons d'emblée qu'il ne s'agit pas pour nous de bouleverser la conception de la propriété, mais de proposer une nouvelle grille de lecture qui permet alors d'intégrer la propriété économique dans l'ensemble plus vaste que constitue le droit des biens.

Au demeurant, perçue sous ce nouveau jour, il s'avère finalement que la propriété économique renouvelée offre des perspectives d'application significatives *via* la relecture de nombre de mécanismes déjà existants dans notre droit, et permet même, à défaut pour la fiducie d'avoir rempli ce rôle, de concurrencer le *trust* en offrant aux praticiens de nouveaux outils d'organisation et de gestion du patrimoine (partie 2).

¹²⁷ En témoigne le peu d'études consacrées à la propriété économique. Voir par exemple : BLANLUET, G. (1999). *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*. Paris: LGDJ ; FORTI, V. (2012). *La titrisation des créances en droit comparé, Contribution à l'étude de la propriété*. Clermont-Ferrand: Fondation Varenne ; BEYNEIX, I. (2012). Apport et utilité de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial français à l'aune du *trust* anglo-saxon, de la fiducie et de l'EIRL. *LPA 2012* (n° 67).

1^{ERE} PARTIE

LE REVEIL DE LA

PROPRIETE ECONOMIQUE

PAR LA FIDUCIE : UNE

APPROCHE MANQUEE

La propriété économique fait partie intégrante de l'ordre juridique français. Sa redécouverte dans le cadre de la fiducie en témoigne, même si cela a pu être discuté en doctrine. En réalité, les discussions ont plus porté sur la nature de la propriété du fiduciaire que sur celle du bénéficiaire, mais, selon nous, reconnaître la *propriété fiduciaire* au fiduciaire, qui est une propriété juridique, implique inévitablement de reconnaître la propriété économique du bénéficiaire (titre 2).

Ainsi, l'introduction de la fiducie dans l'ordre juridique français en 2007 a permis de remettre en lumière la propriété économique, notion qui avait été oubliée au fil des années. En effet, la propriété économique dans le cadre de la fiducie n'a pas été créée de toutes pièces : elle trouve ses sources tant dans notre histoire juridique que dans les droits étrangers. La fiducie fut ainsi l'opportunité de remettre sur le devant de la scène une notion ancienne et connue (titre 1). Cependant, ainsi que nous le verrons, la fiducie n'était peut-être pas le meilleur moyen pour arriver à cette fin.

TITRE 1

LES RACINES DE LA PROPRIETE

ECONOMIQUE

La propriété économique a déjà existé dans notre histoire juridique, à des heures anciennes, certes, mais le fait est que notre droit l'a bel et bien déjà connue. Elle trouve en effet ses origines en premier lieu dans le droit romain, puis dans le droit féodal (chapitre 1). Elle résulte alors d'une superposition de propriétés sur un même bien : la propriété économique d'une part, et la propriété juridique d'autre part, dont elle est le corollaire.

Même si la Révolution française a eu, par la suite, pour objectif de faire table rase du passé, en optant, au moins en surface, pour une définition unitaire de la propriété, force est de constater que la propriété économique est redécouverte en 2007 par l'introduction de la fiducie en droit français ainsi que nous le verrons.

On peut donc affirmer qu'il ne s'agit donc que d'une *parenthèse d'un peu plus de cent-cinquante ans* dans notre histoire¹²⁸, période pendant laquelle la propriété économique a été oubliée.

L'autre source de la propriété économique qui a inspiré le législateur est bien entendu le *trust* anglo-saxon (chapitre 2), qui n'a pas manqué d'être cité en priorité lors des travaux préparatoires à la loi instituant la fiducie en droit français¹²⁹.

¹²⁸ Sur la survie des propriétés simultanées jusqu'à la moitié du XIX^{ème} siècle, voir *infra*.

¹²⁹ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

CHAPITRE 1

LES PRECEDENTS CIVILS DE LA PROPRIETE ECONOMIQUE : DE L'APOGEE DE LA PROPRIETE ECONOMIQUE A SON OUBLI PROGRESSIF

L'histoire sert le droit de plusieurs façons : « 1° en permettant [...] d'établir des lois générales d'évolution des institutions juridiques, 2° en éclairant les institutions du droit actuel, qui ont souvent leur origine, directe ou indirecte, dans le droit des siècles passés, 3° en fournissant au juriste d'aujourd'hui, qui doit interpréter, construire, voire habiller de droit l'équité, un fonds d'observation et de réflexions amassées par les siècles. [...] Plus généralement, on peut dire que le droit trouve dans l'histoire son milieu propre, car il est essentiellement durée, mémoire, rattachement des générations les unes aux autres, enracinement de l'avenir dans le passé, et même quand il est révolutionnaire, il aimera se redécouvrir des titres anciens que des siècles d'oppression n'avait pu effacer »¹³⁰.

Cette affirmation est particulièrement vraie concernant le domaine qui nous intéresse ici : la propriété économique. En effet, l'étude historique de la propriété économique est essentielle à l'étude de la propriété économique contemporaine, nombre de dispositions et concepts ayant été influencés par l'histoire juridique, y compris l'aversion de certains à cette notion. L'histoire expliquant un certain nombre de données, il nous apparaît essentiel d'étudier les racines historiques de la propriété économique actuelle, et en particulier le droit romain, auquel le droit français a beaucoup emprunté.

Or, même si cela peut surprendre car on a l'habitude d'enseigner - de façon focalisée - la propriété exclusive du droit romain, la propriété économique y existait déjà (section 1), en particulier au Bas-Empire¹³¹, influencé par les traditions orientales, pour finalement renaître, après un certain temps d'oubli, au XII^{ème} siècle à l'époque féodale (section 2).

¹³⁰ CARBONNIER, J., *Droit civil : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, op. cit., p. 60.

¹³¹ Période tardive de l'Empire Romain, qui débute, selon les historiens, dès 192 ap. JC (mort de Commode), voire plus tardivement en 235 (chute de la dynastie des Sévères, fin de la grande époque de l'Empire), voire même en 284 (avènement de Dioclétien, renouveau d'un monde qui tente de faire face à ses difficultés.), et qui se termine, en 395 (mort de Théodose et scission de l'Empire entre, d'une part l'Empire d'Orient, et d'autre part l'Empire d'Occident), ou 476 (fin de l'Empire d'Occident) : IMBERT, J. (1994). *Le droit antique* (éd. 4). Paris: PUF (Coll. Que sais-je ?), p. 71.

Section 1 La propriété économique du droit romain

Les juristes romains n'ont pas développé d'analyse dogmatique des droits du propriétaire : ils ont été dégagés de l'étude des démembrements de la propriété. En réalité, ce sont les juristes du Moyen-âge et de l'époque moderne qui ont, à partir des textes romains, formulé la conception absolutiste de la propriété par extrapolation d'un texte du Digeste de Justinien. Cette notion fut par la suite reprise par Pothier - la puissance du propriétaire s'exprimant par la trilogie *usus, fructus et abusus* -, la Révolution, quant à elle, portant aux nues le droit de propriété comme étant sacré et inviolable.

En effet, lorsque l'on envisage la propriété romaine, au premier abord, on pense à la propriété quiritaire. Le terme technique est *dominium ex iure Quiritium*, soit la propriété en tant que Quirites, c'est-à-dire les citoyens romains, donc seul un certain pan de la population. Ce droit ne peut porter que sur des choses romaines. En réalité, le terme *proprietas* est plus tardif¹³². La propriété quiritaire est le droit réel le plus complet et le plus total pour les Romains. « Les anciens auteurs mettent en évidence trois attributs du droit de propriété. Si les Romains ne les ont donc pas eux-mêmes groupés dans une seule énumération, il leur revient pourtant d'avoir inventé les termes qui désignent ces éléments : l'*usus* [le droit d'user de la chose], le *fructus* [le droit d'en jouir, d'en recueillir les fruits, et plus généralement, les revenus], et l'*abusus* [le droit de disposer de la chose, soit matériellement (en la détruisant), soit juridiquement (en l'aliénant)] »¹³³. Ainsi, bien que les caractères de la propriété quiritaire n'aient pas été formulés par les Romains eux-mêmes, il a été analysé, sur la base de textes romains, que cette propriété serait « par essence, et de toute éternité, un droit absolu, exclusif et perpétuel »¹³⁴.

Or pour cerner la notion romaine de propriété, il faut prendre en compte non seulement l'évolution d'une souveraineté absolue du propriétaire¹³⁵ vers une souveraineté relative¹³⁶, mais également l'évolution d'une souveraineté exclusive vers une souveraineté partagée¹³⁷ :

¹³² LEVY, J.-P., & CASTALDO, A. (2010). *Histoire du droit civil* (éd. 2). Paris: Dalloz, p. 337.

¹³³ *Ibid.*, p. 338 et 339.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 340.

¹³⁵ Le *mancipium* de l'époque archaïque et le *dominium* de la fin de la République.

¹³⁶ En raison des limitations fondées sur l'intérêt public et l'abus de droit.

¹³⁷ CORIAT, J.-P. (1995). La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble. In *Le sol et l'immeuble, les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII - XIXème siècle) : actes de la table ronde des 14 et 15 mai 1993*. Lyon: PUL (éd. O. FARON et E. HUBERT), p. 17 et suiv..

nous verrons ainsi que la propriété romaine pouvait, dans certains cas, être dissociée (I), y compris par l'intermédiaire de baux (II).

I Les cas de dualité du droit de propriété

Ainsi, la propriété quiritaire étant réservée aux Romains et ne portant que sur des choses romaines, on peut aisément imaginer que d'autres formes de propriété ont eu cours dans la Rome antique, tous les habitants n'étant pas romains ni n'ayant exclusivement des choses romaines. Celles qui nous intéressent ici sont celles susceptibles d'être qualifiées de propriété économique.

En particulier, la propriété dite prétorienne relève, selon nous, de l'existence d'une propriété économique. En effet, coexistent le droit du propriétaire initial, dit quiritaire, et le droit du possesseur *in bonis*, qui a une propriété utile (A).

Le cas de la propriété provinciale est plus ardu, puisque se combinent le droit de l'État romain propriétaire des sols provinciaux qui relèvent de l'*ager publicus*, et le droit du possesseur exploitant. Bien que le droit dudit exploitant n'ait pas été qualifié de « propriété », il nous semble que l'on doit néanmoins se poser la question de savoir s'il ne s'agit pas d'une propriété économique (B).

A La propriété prétorienne

L'expression « propriété prétorienne » est somme toute assez récente, on parle également de « propriété bonitaire » car les Romains employaient le terme *in bonis habere* qui signifie « avoir dans ses biens ».

1 Une propriété superposée

L'*in bonis* suppose que les formalités civiles de transfert de propriété n'ont pas été employées (*ius civile*)¹³⁸, toutes les autres conditions de la propriété quiritaire étant par ailleurs réunies : la chose n'est pas un fonds provincial et les parties ont le *commercium*, c'est-à-dire la possibilité d'effectuer des actes juridiques selon le mode romain, ce qui inclut les

¹³⁸ *Ius civile*.

Latins¹³⁹, mais pas les Pérégrins¹⁴⁰. Ainsi, celui qui a la chose entre les mains n'est donc pas propriétaire quiritaire, les conditions de transfert de propriété n'étant pas remplies, mais il possède néanmoins le bien. Alors qu'en tant que possesseur il pourrait devenir propriétaire au bout d'un certain délai par usucapion¹⁴¹, l'*in bonis* va lui permettre d'avoir, dès à présent, donc sans attendre le délai, un droit équivalent à celui d'un « vrai » propriétaire.

Selon Gaius, la conséquence est « qu'il existe dans ce cas une division de la propriété (*divisio domini*) : une personne, le *tradens*, est toujours propriétaire en vertu du droit des Quirites, tandis qu'une autre, l'*accipiens*, n'a que l'*in boni* »¹⁴².

2 Les effets de la propriété prétorienne

Les effets de la propriété prétorienne sont forts, puisque le propriétaire quiritaire est dépouillé de ses attributs, y compris vis-à-vis des tiers. Ses droits sont limités au *nudum dominium*, que l'on peut traduire par « propriété nue »¹⁴³. L'*abusus* du propriétaire prétorien, quant à lui, est à peine égratigné puisque les seules limites de son droit sont les suivantes :

- Si le propriétaire prétorien peut affranchir l'esclave objet de sa propriété prétorienne, il ne le peut que vis-à-vis de lui-même, et non vis-à-vis de la cité. L'esclave sera ainsi libre pour l'ex-proprétaire prétorien, mais restera esclave dans les autres cas, quoique cette situation fût régularisée sous Tibert par la loi *Junia Norbana*, l'affranchi devenant Latin Junien sous certaines conditions¹⁴⁴.

- Le propriétaire prétorien ne peut pas léguer directement, avec transfert de propriété (*legs per vindicationem*), le bien objet de sa propriété prétorienne. En revanche il peut obliger son héritier à le livrer à son légataire (*legs per damnationem*).

- Et enfin, le propriétaire prétorien ne peut aliéner que sa propriété prétorienne, et non la propriété quiritaire¹⁴⁵.

Ces exceptions mises à part, il nous semble bien que le propriétaire prétorien dispose de droits extrêmement étendus sur la chose.

¹³⁹ Habitants du Latium (région près de Rome) dotés d'une condition privilégiée.

¹⁴⁰ Sauf si des traités leur ont octroyé spécifiquement le *commercium*. Les Pérégrins sont des étrangers, néanmoins libres, habitant les provinces conquises par Rome, mais ne disposant pas de la citoyenneté romaine, ni du statut juridique des Latins.

¹⁴¹ Un an concernant les meubles, et deux ans concernant les immeubles : LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 628.

¹⁴² *Ibid.*, p. 362.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 363.

¹⁴⁴ Renouvellement correct de l'affranchissement ou événement le faisant bénéficier d'une assimilation aux citoyens.

¹⁴⁵ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 364.

Le bien supporte ainsi le droit du *tradens*, propriétaire juridique, et celui du propriétaire prétorien, propriétaire économique.

3 La protection de la propriété prétorienne

La protection de la propriété prétorienne n'est pas l'action en revendication ou voie pétitoire, celle-ci étant réservée à la propriété quiritaire¹⁴⁶, mais une action spéciale : l'action publicienne¹⁴⁷ (ou *rei vindicatio utilis* ou action *in rem utilis*), néanmoins calquée sur la formule *petitoria*¹⁴⁸ de l'action en revendication : concrètement, l'*intentio* (partie de l'écrit du magistrat mentionnant les prétentions du demandeur, vérifiées par le juge) évoque la *fiction* que le délai d'usucapion est écoulé et fait référence à l'*emit*, c'est-à-dire le titre d'acquisition, puis, comme dans la revendication, suivent la *clausula restituararia* ou *arbitraria* (clause de restitution suivant l'*arbitrium*, c'est-à-dire la décision du juge), et la *condemnatio* (les instructions du juge)¹⁴⁹.

Par cette action, le propriétaire prétorien peut agir¹⁵⁰ :

- Contre un tiers qui aurait la possession de l'objet.
- Contre le propriétaire quiritaire lui-même qui aurait repris l'objet après l'avoir transmis. Ce dernier pourrait certes toujours invoquer une « exception »¹⁵¹ *iusti dominii* fondée sur sa propriété quiritaire, mais le propriétaire prétorien peut y répondre, et l'emporter, par une « réplique¹⁵² pour dol » ou par une « réplique de la chose vendue et livrée » (*replicatio rei venditae et traditae*).

Si, à l'inverse, c'est le propriétaire quiritaire qui agit contre le propriétaire prétorien par la voie d'une action en revendication, ce dernier peut lui opposer l'exception publicienne, à

¹⁴⁶ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 347.

¹⁴⁷ Du nom d'un préteur connu, Publicius, probablement vers le milieu du I^{er} siècle après J.-C. : HALPERIN, J. L. (2008). *Histoire du droit des biens*. Paris: Economica, p. 28.

¹⁴⁸ La « formule » est un type de procédure. En particulier, la procédure *per formulam petitoriam vel arbitriam* est une des procédures applicables à la revendication de la propriété quiritaire, en parallèle du *sacramentum in rem* et de la procédure *per sponsionem* : LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 348 suiv..

¹⁴⁹ Dans un premier temps, si le défendeur s'obstinait à ne pas restituer la chose, le juge ne pouvait lui infliger qu'une condamnation pécuniaire, à hauteur de la valeur de la chose objet du litige, mais sur une valorisation réalisée par le demandeur sur serment... le défendeur prenait alors le risque d'être condamné à devoir payer une somme supérieure à la valeur vénale de ladite chose... Par la suite, sous Justinien, la condamnation à la chose elle-même (*ad ipsam rem*) devient possible, avec concours de la force publique, concernant l'action en revendication.

¹⁵⁰ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 364 suiv..

¹⁵¹ L'« exception » est la partie de la formule qui se situe entre l'*intentio* et le *condemnatio* et qui permet d'écarter le droit civil au profit de l'équité.

¹⁵² La réplique (*replicatio*) est la réponse du défendeur à l'exception. Elle peut elle-même être suivie d'une duplique (*duplicatio*) du demandeur, à laquelle peut même s'ajouter un triplement (*triplicatio*) du défendeur : LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 24.

laquelle le propriétaire quiritaire peut répondre par une réplique *iusti dominii* fondée sur sa propriété quiritaire, le propriétaire prétorien l'emportant néanmoins par une duplique de dol ou une duplique de la chose vendue et livrée.

- Contre un autre acquéreur prétorien qui aurait acquis la chose du même propriétaire quiritaire, mais après lui. Le premier propriétaire prétorien (*Primus*) peut alors agir contre le second acquéreur (*Secundus*) par l'action publicienne. *Secundus* peut alors opposer une exception publicienne, mais *Primus* l'emporte nécessairement par une réplique de priorité (*replicatio rei prius venditae*). En effet, le propriétaire quiritaire ne pouvait pas céder une seconde fois le bien à un autre propriétaire prétorien, car il n'en avait plus la propriété, le second acquéreur ayant alors acquis *a non domino*, c'est-à-dire d'une personne qui n'en était pas propriétaire.

- Contre un possesseur de bonne foi qui a acquis *a non domino*, par exemple d'un usurpateur ou encore d'un locataire se faisant passer pour le propriétaire. Dans ce cas, le propriétaire prétorien intentera l'action publicienne, à laquelle le possesseur de bonne foi répliquera par une exception de publicienne, mais le propriétaire prétorien l'emportera par une réplique d'acquisition *a domino*, c'est-à-dire du vrai propriétaire.

Notons que le possesseur de bonne foi¹⁵³ dispose également lui-même de l'action publicienne, qu'il peut tenter :

- Contre un tiers, auquel cas il gagnera.
- Contre le propriétaire quiritaire ou le propriétaire prétorien, mais il ne pourra triompher pour les raisons évoquées ci-dessus.
- Contre un autre possesseur de bonne foi ayant lui aussi acquis *a non domino* : dans ce dernier cas, si les deux possesseurs ont « acquis » successivement de la même personne, c'est le premier « acquéreur » qui l'emportera. S'ils n'ont pas « acquis » de la même personne, alors c'est celui qui possède actuellement le bien qui l'emportera (*possessor potior est*), l'objectif étant de laisser la situation en l'état jusqu'à ce que le véritable propriétaire demande à récupérer le bien.

La propriété prétorienne va finir par disparaître sous Justinien en fusionnant avec la propriété quiritaire pour former la propriété (tout court) : le *dominium*. En revanche l'action publicienne du possesseur de bonne foi va survivre, malgré son peu d'utilité après la

¹⁵³ *Ibid.*, p. 365 suiv..

disparition de la propriété prétorienne et l'existence d'une protection spécifique du possesseur en tant que tel. On peut même dire qu'elle jouera un rôle important au Moyen-âge, car, en tant qu'action « utile », elle contribuera à permettre aux glossateurs d'édifier leur construction du « domaine utile » (voir *infra*) qui a permis d'expliquer les fiefs et les censives. Toujours présente chez Pothier dans son Traité du droit de propriété, le Code civil l'a cependant abandonnée, les actions possessoires suffisant à protéger le possesseur de bonne foi¹⁵⁴.

Ainsi, la propriété quiritaire s'est élargie à l'époque classique pour admettre l'existence de la propriété prétorienne, celle-ci opérant une dissociation de la propriété entre le propriétaire quiritaire et le propriétaire prétorien. Une autre forme de propriété permet de ce type de partage de la propriété : la propriété provinciale.

B La question de la propriété provinciale

La dénomination de « propriété provinciale » est somme toute assez récente : Gaius parle de « sol provincial », de « fonds provinciaux » (*praedia provincialia*)¹⁵⁵. Son origine est due à l'élargissement du monde romain dans l'espace, du fait des conquêtes.

En effet, la propriété quiritaire ne pouvant revenir qu'à des Romains et ne porter que sur les terres romaines (*ager romanus*), et les terres conquises ne répondant pas à cette définition¹⁵⁶, les Romains considéraient la propriété de ces terres d'une façon particulière, selon la situation¹⁵⁷ :

- Concernant les terres laissées aux étrangers soumis : alors que les peuples alliés de Rome (*foederati*) ayant passé un traité de paix ont conservé tant leur liberté que leurs terres, les vaincus (ceux qui ont fait *deditio*), en revanche, sont *sine civitate* (sans cité). Leurs terres sont devenues la propriété de l'État romain, nommée *ager publicus*, mais elles leur sont néanmoins été laissées à titre précaire puisque les Romains ont la possibilité de la leur reprendre à tout moment. En réalité, la propriété étrangère n'étant pas reconnue en droit romain, le terme de « propriété » est soigneusement évité : il est dit que ces terres sont « à eux » (*eorum sunt*), que ce sont des « terres occupées » (*agri occupatorii*), qu' « il leur est permis de les avoir, de les posséder, d'en user, d'en jouir » ou encore « de les vendre et de les

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 369.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 370.

¹⁵⁶ L'assimilation a néanmoins eu lieu plus tard : *Ibid.*, p. 370.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 344 suiv..

laisser à leurs héritiers », moyennant, dans ce cas, le versement d'une redevance versée à l'État romain, en nature ou en argent : *vectigal*, *stipendium* ou *tributum*.

- Concernant les terres réattribuées officiellement : certaines terres enlevées aux peuples soumis pouvaient être conservées par l'État romain lui-même¹⁵⁸, ou bien attribuées à des particuliers¹⁵⁹, soit en lots individuels, soit de façon collective. D'autres terres étaient également louées, les *agri quaestorii* par des questeurs¹⁶⁰, ou encore les *agri censorii* par des censeurs¹⁶¹, moyennant une redevance, le *vectigal*. D'autres encore (les *agri scripturarii*) étaient données en pâturage moyennant une redevance nommée *scriptura*. Dans tous les cas, les terres relevaient de l'*ager publicus*.

- Concernant les autres terres : les autres terres spoliées se trouvaient dans les mains des Romains. Elles constituaient de vastes domaines, les *latifundia*, mais dont le statut juridique n'était pas très clair. En revanche on sait qu'elles relevaient de l'*ager publicus*. Le possesseur de ces « terres occupées » (*agri occupatorii*) ou « champs non bornés » (*agri arcifinales*) devait probablement verser une redevance, le *vectigal*.

D'une façon générale, ces *agri occupatorii* sont mis en valeur par des particuliers, qui peuvent être des pérégrins, c'est-à-dire des étrangers¹⁶², ou des Romains, cela important peu, le statut relevant de la situation du sol, et non pas de son occupant. La redevance payée se distingue de l'impôt foncier, qui est une contribution aux charges publiques, en ce qu'elle est plutôt une sorte de loyer ou de fermage versé à l'État en tant que propriétaire¹⁶³.

Ainsi, si les Romains n'y voient pas une propriété au sens strict, mais un simple état de fait, une sorte de concession, il nous semble néanmoins que l'on puisse qualifier cette situation de propriété économique, en ce sens que les tenanciers ont une situation assez stable puisqu'elle se perpétue par l'hérédité et peut se transmettre. Si l'hérédité n'est pas une

¹⁵⁸ Les anciens domaines royaux.

¹⁵⁹ A des Romains ou Latins alliés de Rome.

¹⁶⁰ Gardiens du Trésor public, ces magistrats romains revêtent le rôle de comptables des finances, c'est-à-dire de responsables du règlement des dépenses et de l'encaissement des recettes publiques dans les provinces.

¹⁶¹ Les censeurs sont des magistrats qui ont, notamment, un rôle d'administrateur de la « fortune publique » puisqu'ils assurent en particulier la collecte des impôts et attribuent les marchés de travaux publics d'investissement (édifications des voies romaines, etc.).

¹⁶² La propriété est dite pérégrine lorsque le sujet du droit de propriété n'est pas romain, mais pérégrin, c'est-à-dire un habitant d'un territoire conquis. Les pérégrins n'ont pas le *commercium* (or c'est une condition de la propriété quiritaire, voir *supra*). Il existe deux sortes de pérégrins, selon qu'ils appartiennent à une cité ou non : « Le droit de propriété, ou l'équivalent d'un droit de propriété, d'un pérégrin *cum civitate*, est réglée par son droit national », alors que le pérégrin *sine civitate* bénéficie du *dominium iuris gentium* (la « propriété du droit des gens », par opposition à la propriété du droit des Quirites). Cela dit, les effets de cette institution sont sensiblement identiques à ceux de la propriété quiritaire. Cette propriété pérégrine a peu à peu disparu, au fur et à mesure que les pérégrins sont devenus romains : LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 369 suiv..

¹⁶³ *Ibid.*, p. 371.

condition suffisante de la propriété économique, son existence nous semble en revanche très révélatrice de la situation de propriété économique.

D'ailleurs, certains parlent même de la propriété provinciale comme d'une « propriété éminente » en référence au droit de l'État, ou encore de « fiction juridique » puisque les particuliers des provinces avaient pratiquement tous les droits de la propriété. Or cette fiction était efficace puisqu'elle autorisait à lever un impôt sur ces terres provinciales alors que la propriété quiritaire n'était pas imposable¹⁶⁴.

Finalement, la propriété provinciale finit par disparaître par l'assimilation progressive de toute l'Italie par les Romains, l'*ager romanus* faisant alors place à l'*ius italicum*. Cette « romanisation » eut pour conséquence de faire progressivement disparaître les propriétés de statut inférieur à la propriété quiritaire, par fusions entre elles. Les compilations de Justinien ont ainsi laissé une propriété unifiée¹⁶⁵, qui ne survivra cependant pas à l'époque féodale.

Si le droit romain a pu connaître des formes directes de propriété dissociées comme nous venons de le voir, il exista également un autre domaine du droit au sein duquel on retrouve une propriété économique, sans que le terme de propriété ne soit écarté : il s'agit de certains baux.

II Les formes superposées de la propriété immobilière par les baux

Dans les cas présentés ici - superficie romaine (A) et emphytéose (B) - un véritable aménagement de la propriété immobilière est opéré, conduisant à sa répartition entre plusieurs protagonistes. Il s'agit d'un véritable transfert à un propriétaire économique de la propriété *via* des baux à long terme.

A La superficie romaine

En principe, le propriétaire du sol devient également propriétaire de la construction édifiée sur son terrain, en vertu de l'accession : c'est le principe *superficies solo cedit*¹⁶⁶. Le

¹⁶⁴ TESTARD, A. (2003/1). Propriété et non-propriété de la Terre, l'illusion de la propriété collective archaïque (1ère partie). *Etudes rurales* (165-166), p. 209.

¹⁶⁵ HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 31.

¹⁶⁶ CORIAT, J.-P., *op. cit.*, p. 22.

droit romain a cependant su s'adapter aux exigences de la pratique en créant un mécanisme, la « superficie », permettant au locataire-constructeur immobilier, dit « superficiaire », d'être propriétaire de son ouvrage, en lieu et place du propriétaire du sol, sous certaines conditions.

1 Un droit contractuel

Création de la pratique romaine, le droit de superficie est une exception au principe de l'accession, mais à condition que le contrat stipule expressément que le locataire, autorisé à construire sur le terrain, sera propriétaire de ladite construction¹⁶⁷ : tout locataire constructeur n'est pas donc *automatiquement* propriétaire des constructions ainsi édifiées.

S'agissant d'une construction immobilière, donc destinée à durer dans le temps et onéreuse, le constructeur doit être en mesure de jouir durablement de son droit : ainsi, s'agit-il d'un bail à long terme entre le propriétaire du sol et son locataire.

Initialement, ce type de bail est conclu par l'État romain lui-même, propriétaire foncier, puis par des cités, comme Pouzzoles en Campanie (actuelle Italie). Ainsi toutes les boutiques du Forum¹⁶⁸ sont construites sur le domaine public par le locataire du terrain. Les banques sont les principales bénéficiaires de ce type de contrat. Imitant les cités, des particuliers ont également pu constituer des superficies sur leurs propres terres.

2 Les droits et obligations des parties

Le droit de superficie étant un droit purement contractuel, c'est naturellement le contrat qui détermine les droits et obligations des parties. Cependant, de façon constante, le superficiaire dispose de l'*usus* et du *fructus*, mais également de l'*abusus* de son droit puisqu'il peut l'aliéner, l'hypothéquer ou encore constituer des servitudes et le transmettre à cause de mort, et ce, dans la mesure où les constructions édifiées par lui lui appartenant « en propre »¹⁶⁹. En contrepartie, il doit verser une redevance nommée *pensio* ou *solarium*, dont le défaut de paiement entraîne la résiliation du contrat et l'expulsion du superficiaire¹⁷⁰.

¹⁶⁷ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 384 suiv..

¹⁶⁸ Le Forum constitue le cœur commercial, politique, judiciaire et religieux de la cité sous la République ; il s'agit de son centre de la vie civique. On y trouve des édifices politiques, des édifices religieux et des basiliques, lieux de réunion couverts où l'on rend parfois la justice. Son aménagement remonte au VI^e siècle av. JC : voir Une visite au Forum. (2009). *Histoire, Vol. 341* (n° 4), p.58.

¹⁶⁹ BART, J. (2009). *Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIXe siècle* (éd. 2). Paris: Montchrétien, p. 230.

¹⁷⁰ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 385.

Inversement, le superficiaire dispose de protections contre le propriétaire ou éventuellement les tiers : lorsque le contrat est conclu par l'État ou les cités, le contrat relève du droit administratif, et lorsqu'il est conclu par un propriétaire foncier particulier, le superficiaire dispose de l'action *conducti*, qui est relative au louage d'ouvrage d'une façon générale¹⁷¹, mais également de « l'interdit¹⁷² de superficie » qui est spécifique au bail à long terme avec droit de superficie¹⁷³.

3 Nature du droit de propriété

Selon le principe *superficies solo cedit*, la propriété s'étend du sol au-dessus et au-dessous jusqu'au tréfonds. Or dans le bail avec droit de superficie, la propriété se trouve « *partagée, dissociée*, car le droit de superficie confère à son titulaire la propriété de l'immeuble construit sur le sol loué »¹⁷⁴. Selon nous, cette situation s'apparente¹⁷⁵ très exactement à une superposition sur un même bien d'une propriété juridique (celle du bailleur) et d'une propriété économique (celle du superficiaire). Le superficiaire, propriétaire économique, dispose de toutes les utilités du bien immobilier, la seule limite à son droit étant de ne pas avoir l'*abusus* de la « galette de terre » située sous la construction et allant jusqu'au tréfonds, réservé au bailleur.

Le droit de superficie est une création assez ancienne, qui subsiste néanmoins encore dans le droit justinien¹⁷⁶. Mécanisme très utilisé au Moyen-âge et sous l'ancien droit, il fut repris indirectement par le Code civil à l'article 553¹⁷⁷. Ce précédent - qui plus est en droit romain - atteste bien, selon nous, de la possibilité de l'existence d'une propriété économique en droit positif, d'autant plus que le droit romain connaissait également une autre forme dissociée de la propriété immobilière : l'emphytéose.

¹⁷¹ Action de bonne foi datant du I^{er} siècle av. JC, relative au contrat de louage d'ouvrage d'une façon générale : *Ibid.*, p. 729 suiv. et p. 732.

¹⁷² L' « interdit » est un ordre de faire ou de ne pas faire : *Ibid.*, p. 23. D'une façon générale, les interdits protègent la possession (*Ibid.*, p. 536 suiv).

¹⁷³ Action réelle créée probablement à l'époque tardive, protégeant la possession du superficiaire, mais non son droit de propriété : CORIAT, J.-P., *op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 22.

¹⁷⁵ Toutes proportions historiques gardées.

¹⁷⁶ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A. (2010), *op. cit.*, p. 384.

¹⁷⁷ On trouve également un air de ressemblance avec l'actuel bail à construction (Code de la construction et de l'habitation, art. L. 251-1 et suiv. et R. 251-1 et suiv.), voir *infra*.

B L'emphytéose romaine

À la différence de la superficie, l'emphytéose porte sur le sol lui-même et sa fonction économique est davantage la plantation et la mise en valeur de terres cultivables que la construction¹⁷⁸.

1 L'emphytéose, un contrat spécial

Le terme « emphytéose » vient du grec *emphuteuein*, qui signifie « mettre en plantation ». Institution d'origine grecque¹⁷⁹, on trouve l'emphytéose dès le IV^{ème} siècle avant J.-C. en Grande Grèce, ce qui correspond aujourd'hui au sud de l'Italie et à certaines îles de la mer Égée, puis elle s'est répandue en Afrique puis en Europe et spécifiquement en Italie¹⁸⁰.

L'emphytéose porte d'abord sur les domaines de l'empereur (*fundi patrimoniales*), puis sur ceux des particuliers à partir de 476 après. J.-C.¹⁸¹ et même ceux de l'Église¹⁸².

Au début du Bas-Empire, l'emphytéose est une technique de concession à long terme (sous forme de bail emphytéotique) ou perpétuelle (sous forme de vente emphytéotique) de terres en friche, par un exploitant appelé emphytéote, moyennant, en plus d'une obligation de culture, le versement d'une redevance modeste nommée « canon », ainsi que d'un prix en ce qui concerne la seule vente emphytéotique¹⁸³. A la fin du V^{ème} siècle¹⁸⁴, la constitution de Zenon confond les deux contrats et déclare que l'emphytéose n'est ni l'un ni l'autre, mais un contrat spécial¹⁸⁵.

2 Les droits et obligations des parties

L'emphytéose permet au propriétaire d'être assuré de la mise en valeur ou de l'amélioration de la terre par l'emphytéote. En effet, l'emphytéote doit défricher la terre si elle lui a été remise inculte puis la planter, voir améliorer la culture en fonction de l'état dans lequel elle se trouve au moment de la conclusion du contrat. L'autre obligation de

¹⁷⁸ CORIAT, J.-P., *op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁹ Des origines plus lointaines de l'emphytéose se retrouvent dans la pratique du régime foncier de l'Égypte et de l'Afrique du nord : *Ibid.*, p. 23.

¹⁸⁰ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 387 suiv..

¹⁸¹ Par l'empereur d'Orient Zénon, à la chute de l'Empire d'Occident.

¹⁸² Sous Justinien cinquante ans plus tard.

¹⁸³ BART, J. (2009), *op. cit.*, p. 229.

¹⁸⁴ CORIAT, J.-P., *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁵ V. également LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 388.

l'emphytéote est de payer une redevance modeste, le canon, le défaut de paiement pendant trois ans est sanctionné par la résiliation de l'emphytéose¹⁸⁶.

L'emphytéose diminue cependant nettement la portée du droit réel du propriétaire bailleur puisqu'en raison de sa très longue durée qui est de 99 ans, un siècle, voire même perpétuelle, l'emphytéote a sur la chose un droit transmissible à ses héritiers (*ius emphyteuticum*). Il peut également aliéner à titre onéreux son emphytéose, mais alors avec l'obligation de notifier la vente au propriétaire en lui indiquant le montant du prix. Ce dernier doit en effet autoriser l'aliénation, et percevra à cette occasion une taxe de 2 % du prix (le *laudemium*)¹⁸⁷. Le propriétaire dispose même d'un droit de préemption pour recouvrer son bien¹⁸⁸.

3 Nature du droit de propriété

Le bien nous semble ici également faire l'objet d'une superposition de propriétés entre le propriétaire bailleur (qui est alors en réalité le propriétaire juridique) et l'emphytéote (propriétaire économique), non seulement parce que le droit de l'emphytéote se transmet à ses héritiers et parce que le propriétaire juridique dispose d'un droit de préemption en cas de vente, mais surtout parce que les actions qui protègent les droits de l'emphytéote sont celles habituellement applicables à la propriété. En effet, si les droits de l'emphytéote sont protégés, lorsqu'il s'agit du domaine impérial, de façon administrative, ils sont protégés, et dans tous les autres cas, par toutes les actions réelles délivrées « à titre utile » qui protègent la propriété¹⁸⁹. Son droit relève donc bien de la propriété. En revanche, compte tenu de la nature de l'emphytéose, cette propriété n'est qu'économique, c'est-à-dire liée à l'utilité de la chose objet du contrat.

L'emphytéose, qui avait fini par absorber toutes les tenures préexistantes, eut un long avenir au Moyen-âge puisqu'elle fut utilisée afin d'expliquer le régime des censives. Au final, la superficie et l'emphytéose marquent le début de la « dissociation de la propriété immobilière »¹⁹⁰ débouchant sur une dépossession du premier propriétaire par l'exploitant.

¹⁸⁶ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 388.

¹⁸⁷ CORIAT, J.-P., *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁸ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 388.

¹⁸⁹ Nouvelles 7 et 120 de Justinien. CORIAT, J.-P., *op. cit.*, p. 23, et LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 389.

¹⁹⁰ CORIAT, J.-P., *op. cit.*, p. 24.

Elles préfigurent ce que sera la propriété de l'époque médiévale. « La notion romaine de propriété a conservé une souplesse qui lui a permis d'être à la base de conceptions différentes, liées aussi bien au développement du droit romain, au Moyen-âge féodal, au droit naturel classique qu'à notre droit civil moderne »¹⁹¹.

Section 2 La propriété économique féodale et dans l'Ancien droit

La période étudiée ici court de l'an mil au siècle des lumières¹⁹², soit huit ou neuf siècles, qui ont connu somme toute une certaine unité dans la matière qui nous intéresse ici. L'histoire du droit étant faite de permanences et de continuités, le droit féodal ne s'est pas construit en faisant table rase du passé : il a, au moins dans un premier temps, beaucoup emprunté au droit romain¹⁹³.

Cependant, au fil du temps, le concept romain de propriété a subi d'importantes transformations : « les théories romaines de la propriété et de la possession sont le résultat de l'élaboration savante de la jurisprudence romaine ; elles heurtent directement les conceptions plus réalistes de tous les droits coutumiers »¹⁹⁴. En particulier, le concept de propriété a subi de profondes altérations afin de s'appliquer au système féodo-seigneurial, qui reconnaît alors le concept de « double domaine » (I), qui implique l'existence d'une propriété économique (II).

I Le double domaine

Le double domaine a une origine ancienne (A), et il a eu un régime juridique assez stable (B).

¹⁹¹ SCHMIDLIN, C. & CANNATA, A. (1984). *Droit privé romain* (T. I). Lausanne : Payot, p.152, cité par : CORIAT, J.-P., *op. cit.*, p. 24.

¹⁹² BART, J., *op. cit.*, p. 91.

¹⁹³ OURLIAC, P., & GAZZANIGA, J.-L. (1985). *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*. Paris: Albain Michel, p. 15.

¹⁹⁴ BART, J., *op. cit.*, p. 223, citant lui-même OURLIAC, P., & GAZZANIGA, J.-L. (1985). *op. cit.*.

A La construction médiévale de la propriété

Les origines de l’Ancien droit sont plus anciennes que le droit romain primitif. Le Haut Moyen-âge voit en effet le droit revenir à un état antérieur, abandonnant le droit romain pourtant déjà très évolué¹⁹⁵.

Cependant, si la chute de l’Empire Romain a eu pour conséquence un oubli progressif de ses constructions (très élaborée) en droit, en particulier concernant la propriété, il faut noter que la consolidation du droit féodal a été concomitante à la redécouverte en Italie du droit romain à la fin du XI^{ème} siècle. Commence alors la rédaction de compilations de règles coutumières et de sentences féodales (*Libri Feudorum* - Livre des Fiefs), qui ont par la suite donné lieu à des annotations (les « gloses ») des romanistes italiens. « Le droit féodal se trouve ainsi mêlé avec le droit romain et avec le droit canonique pour élaborer la théorie du double domaine »¹⁹⁶.

La redécouverte du droit romain est un « choc »¹⁹⁷ pour les juristes féodaux, qui ne peuvent alors que constater le fossé qui sépare, d’une part le droit féodal coutumier et non théorisé, et d’autre part le droit romain très élaboré et conceptualisé. Les glossateurs des XII et XIII^{ème} siècles, auteurs des gloses, cherchent alors à rattacher le droit féodal aux concepts romains, malgré le contraste saisissant existant entre les notions. Cette recherche d’un « habillage juridique »¹⁹⁸ se poursuivra jusqu’aux XIV et XV^{ème} siècle par les post-glossateurs et les commentateurs.

D’une façon générale, les glossateurs ont pu comparer le fief féodal (voir *infra*) à une donation romaine avec charge, mais l’idée de transformer la concession du fief en transfert de propriété ne les satisfait pas. Ils pensèrent également à l’usufruit romain, mais il était trop « minimaliste des droits du vassal », et incompatible avec l’hérédité des fiefs¹⁹⁹. C’est finalement l’emphytéose romaine qui trouva grâce aux yeux des romanistes du XII^{ème} siècle : en effet, une « action réelle, donnée à titre utile »²⁰⁰ est reconnue à l’exploitant.

¹⁹⁵ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 397.

¹⁹⁶ HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 72.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 72.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 72.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 72.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 73.

Puis, de la reconnaissance d'une action réelle et utile en faveur du vassal, à la reconnaissance d'un domaine utile²⁰¹, il n'y avait qu'un pas, franchi par les glossateurs du XIII^{ème} siècle pour expliquer la superposition de droits sur les tenures.

Au XIV^{ème} siècle, on distingue clairement le domaine direct du seigneur et le domaine utile du vassal, ce dernier étant un *dominium* inférieur au premier, mais doté de toutes les utilités de la propriété, et en particulier le droit de faire protéger son droit contre les usurpations, *via* une action utile. Cette théorie s'enrichit encore par la hiérarchisation des droits de chacun, selon l'angle de vue observé : le vassal détient le domaine utile du fief par rapport à son seigneur (suzerain), mais il détient le domaine direct vis-à-vis des paysans tenanciers²⁰² : il en résulte ainsi une cascade ininterrompue de domaines. Finalement, cette dissociation de la propriété est suffisamment souple pour s'adapter à toutes les situations.

De fait, cette recomposition du droit des biens, *via* cette volonté de classifier grâce au droit romain les situations de détention et d'utilisation des biens à l'époque féodale, finit par déformer la notion romaine de propriété. Les glossateurs transforment ainsi l'opposition romaine entre actions réelles et actions personnelles, en une distinction que ne connaissaient pas les Romains, à savoir entre le droit de créance (*jus in personam*) et le droit de la chose (*jus in re*). « Ce faisant, la propriété n'est plus isolée par rapport aux droits (les choses incorporelles), mais intégrée dans une nouvelle catégorie, celle des droits réels qui englobe les servitudes, le domaine utile de l'emphytéote ou du tenancier. Au même moment le *dominium* est analysé comme l'addition de l'usage (*usus*), de la jouissance (*fructus*) et du pouvoir d'aliéner la chose (*abusus*) : ainsi décomposée, la propriété se rapproche des autres droits réels, formés à partir de morceaux de propriété (à commencer par le plus simple usage de la chose), ce qui permet d'expliquer que, dans la société féodale, il y a autant de "propriétés" que de manières de jouir d'une terre. Ainsi brisé en morceaux, le *dominium* n'absorbe plus la chose et perd son caractère corporel : il devient lui aussi chose incorporelle, un droit [...]. Au XIV^{ème} siècle, [...] le *dominium* [est défini] comme un *jus*, celui de disposer parfaitement d'une chose corporelle »²⁰³.

Ces terminologies, d'abord employées en Italie, pénètrent assez rapidement la France, les droits du seigneur constituant le « domaine direct » (on évoquera plus tard un « domaine

²⁰¹ Le seigneur ayant conservé le domaine direct.

²⁰² HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 73.

²⁰³ *Ibid.*, p. 73 et 74.

éminent », ou « la directe »), et ceux du vassal constituant le « domaine utile ». Ainsi, un même bien se trouve être le support de deux propriétés, deux droits distincts ayant chacun pour objet un aspect du bien.

Finalement, dans le régime féodal, l'important est d'être *détenteur de tel ou tel droit* sur la terre, d'où l'existence des tenures, terres dont la propriété était dissociée entre différents protagonistes²⁰⁴.

B Le régime des biens à propriété dissociée : les tenures

Concrètement, il existe trois sortes de tenure : le fief, la censive et la tenure servile. Nous ne développerons pas ici la tenure servile dans la mesure où le serf (le tenancier) est « taillable et corvéable à merci ». Il pèse sur lui des charges (taille, corvées, chevage) plus lourdes que sur les autres tenanciers, et surtout elles sont arbitraires²⁰⁵. Dans cette mesure, il ne nous semble pas qu'il détienne une quelconque part de la propriété du domaine qu'il exploite. Aussi nous concentrerons-nous sur le fief et sur la censive.

1 Les prérogatives du vassal dans le fief

Le fief (*feodum*) est l'un des éléments caractéristiques de son époque, à laquelle il a d'ailleurs donné son nom. La hiérarchie des fiefs est copiée sur celles des personnes : le fief servant du vassal est soumis au fief dominant du seigneur. Par exemple, un écuyer peut tenir son fief d'un chevalier, le chevalier d'un baron, le baron d'un comte et le comte du roi²⁰⁶.

Le fief est une terre concédée à charge de foi et d'hommage de services nobles, c'est-à-dire d'obligations militaires, d'aides et de conseils. A l'origine, cet hommage créait entre le vassal et son seigneur un lien personnel de subordination et de fidélité : en effet, si

²⁰⁴ On notera que pour certains (CROCQ, P. (1996). *Propriété et Garantie*. Paris: LGDJ, p. 192), « ces droits pouvaient être appelés droit de propriété par ce qu'en droit coutumier, on ne considérait pas la propriété comme conférant l'intégralité des prérogatives sur le bien, et notamment pas l'abusus sur le bien. En effet le droit coutumier, en matière immobilière, fait de la jouissance l'élément essentiel du droit de propriété ; ce qui se comprend parfaitement s'agissant de la propriété foncière car d'une part, l'abusus se conçoit mal lorsqu'il a pour objet le sol et non le droit sur le sol, et parce que d'autre part, dans la conception chrétienne, la terre appartient à Dieu qui n'en concède que la jouissance aux hommes par l'intermédiaire du Roi ». Nous ne partageons pas cet avis, le terme de propriété étant, selon nous, parfaitement approprié compte tenu des prérogatives de chacun. D'ailleurs, si tel n'était pas le cas, il nous semble que le législateur de la Révolution n'aurait pas pris tant de soin à écarter la conception féodale la propriété.

²⁰⁵ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 409.

²⁰⁶ IMBERT, J. (1996). *Histoire du droit privé* (éd. 8). Paris: PUF (Coll. Que sais-je ?), p. 36.

initialement le vassal vivait à la table de son seigneur ou recevait armes, chevaux ou argent, par la suite c'est « la concession d'une terre [qui] fut considérée comme la rémunération normale des services du vassal ». Dès lors, on finit par y voir « la *cause* de l'hommage et de ses obligations féodales », et dès le XII^{ème} siècle, « l'accent va être mis sur l'aspect réel et patrimonial de l'opération »²⁰⁷, même si des fiefs sans attaches terriennes purent perdurer²⁰⁸, comme le « fief-rente »²⁰⁹, ou le « fief-fonctions »²¹⁰.

Au fil du temps, le fief devient un bien « comme un autre » : objet d'hérédité, puis d'aliénabilité, il peut même être cédé à un bourgeois au XIII^{ème} siècle (voir *infra*). Une personne peut également recevoir des fiefs de différents seigneurs, ce qui a pu générer des difficultés²¹¹. Le système du fief va finir par décliner au XIV^{ème} siècle, le service militaire du vassal n'ayant alors plus grand intérêt du fait du tarissement des guerres féodales, sous l'impulsion de la paix insufflée par la royauté²¹².

2 Les prérogatives du tenancier dans la censive

La même distinction entre *dominium directum* et *dominium utile* se retrouve dans les censives : le concédant, détenteur de la propriété confie à un « vilain » (un paysan) un droit de jouissance moyennant le paiement d'une redevance : le cens, qui est payé en argent ou en denrées, est annuel, fixe ou proportionnel à la récolte. Si, au fil du temps, le montant du cens se réduit à peau de chagrin²¹³, son existence reste juridiquement très importante puisqu'elle est la marque récongnitive des droits seigneuriaux²¹⁴.

Contrairement au fief, la censive²¹⁵ n'a qu'une fonction économique. Il s'agit d'une terre concédée en vue de sa culture.

²⁰⁷ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 408.

²⁰⁸ IMBERT, J. (1996), *op. cit.*, p. 36.

²⁰⁹ Droit de percevoir chaque année une somme d'argent.

²¹⁰ Droit de détenir une fonction, d'en toucher les revenus et d'en exercer les prérogatives.

²¹¹ Le vassal devant alors l'hommage-lige au seigneur prioritaire, et le simple hommage aux autres seigneurs : IMBERT, J., *op. cit.*, p. 37.

²¹² LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., p. 408.

²¹³ Certains seigneurs s'évertuent à ajouter à ce « menu cens » des « sur cens » ou des « gros cens ».

²¹⁴ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 409.

²¹⁵ Terme employé par les historiens, mais la terminologie est en réalité très diverse selon les régions : *roture*, *villénage*, ou encore *fief roturier* à Toulouse ; tenures analogues : *bourgage* en Normandie, *échevinage* ou *mainferme* dans le nord de la France, *bordelage* en Nivernais et Bourbonnais, *albergement* dans les Alpes, en Provence ou en Languedoc : *Ibid.*, p. 409.

L'hérédité et l'aliénabilité sont, de ce fait, apparues très tôt, aucun lien personnel ne liant le seigneur et censitaire, l'essentiel étant que ce dernier paie à bonne date la redevance, et effectue les corvées, lesquelles ont d'ailleurs fini par disparaître.

Le censitaire n'ayant aucune obligation de service ou de cour à fournir au seigneur, il peut abandonner la tenure, se libérant par là-même des corvées et redevances financières²¹⁶. Le censitaire peut vendre la censive, avec l'accord du seigneur, qui perçoit alors une redevance à cette occasion : un droit de vente. Le seigneur peut également ne pas agréer l'acquéreur et alors reprendre la censive. De la même façon, les héritiers du tenancier doivent une redevance au seigneur lors de la transmission par décès²¹⁷.

3 Les prérogatives du seigneur

« Les droits superposés sur un même bien déterminent des prérogatives différentes. Au tenancier, qu'il soit vassal, roturier, [...] sont reconnus la plupart des avantages que l'on peut tirer de la chose concédée ; il en a l'usage, il en perçoit les fruits ; il peut même disposer de la chose [...] »²¹⁸, caractéristiques, qui font que, selon nous, le tenancier dispose de la propriété que nous pourrions qualifier d'économique aujourd'hui.

De son côté, le seigneur conserve des droits importants, « qui constituent l'essence du domaine éminent »²¹⁹, à savoir, non seulement les droits militaires et politiques, même s'ils se sont estompés, et les droits économiques²²⁰, mais également des prérogatives judiciaires, le seigneur jouissant de la justice dite *foncière* ou *domaniale*, lui permettant de traiter lui-même les conflits concernant les tenures concédées par lui. La sanction de ce tribunal peut aller jusqu'à la confiscation définitive de la tenure.²²¹

Le seigneur bénéficie également du *droit de ban* : les banalités sont des installations techniques mises en place par le seigneur, qui a l'obligation de les entretenir et de les mettre à disposition des habitants de sa seigneurie. En contrepartie, ces derniers ne peuvent utiliser *que* ces installations seigneuriales, payantes : il s'agit donc de monopoles. La plus connue de ces *banalités* consiste en l'obligation pour les cultivateurs d'aller moudre au *moulin banal*, mais il

²¹⁶ IMBERT, J., *op. cit.*, p. 38 et suiv..

²¹⁷ *Ibid.*, p. 39.

²¹⁸ BART, J. (2009), *op. cit.*, p. 231.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 231.

²²⁰ Redevances, services, etc. que nous avons vus *supra*.

²²¹ BART, J., *op. cit.*, p. 231.

existait également le *four banal* ou encore le *pressoir banal*²²². Cependant, au fil des ans, des contestations s'élèvent : « si ces banalités ont jadis pu rendre service aux paysans, en [leur] permettant d'utiliser des installations souvent coûteuses confectionnées et entretenues par les seigneurs, elles ne sont plus ressenties que comme des objets de brimades »²²³.

En outre, sur les terres, le seigneur dispose des droits de chasse, de pêche et de colombier²²⁴, monopole des nobles, imposant aux tenanciers les chasses à courre y compris dans les blés mûrs, l'obligation de laisser passer le gibier sur leurs terres, et leur interdisant de faucher avant une certaine date pour laisser les perdrix couvrir dans les blés. L'exercice de ces droits a entraîné de gros dégâts, voire des dévastations²²⁵, à l'origine également de contestations avec le temps.

Le seigneur, par toutes ces prérogatives, éléments de la propriété éminente, dispose, selon nous, de ce que l'on peut aujourd'hui qualifier de propriété juridique.

Si le fief et la censive connaissent une superposition de propriétés entre le domaine utile du vassal et le domaine direct du seigneur, tel n'est pas le cas des « alleux » : il s'agit d'une terre sans seigneur féodal, où la pleine propriété demeure. Ils appartiennent en général à des familles bourgeoises ou à des ecclésiastiques²²⁶, et se situent principalement en région parisienne²²⁷, dans le Midi, en Guyenne, en Bourgogne, dans le Languedoc et en Auvergne, régions qui admettent la présomption « nul seigneur sans titre »²²⁸, les autres régions faisant quant à elles prévaloir l'adage « nulle terre sans seigneur ». L'alleutier ne subit ni redevance, ni corvées, il peut librement donner ou vendre sa terre sans être redevable d'un quelconque droit de mutation. Sur sa terre, l'alleutier a le *dominium* complet. Cependant, les alleux vont décliner au fil du temps, au profit du domaine utile.

II Du domaine utile à la propriété économique

Alors que les fiefs et censives se développent aux dépens des alleux, les coutumes se cristallisent à la redécouverte du droit romain, et se diffusent en Europe. La rencontre des

²²² On peut également ajouter le *ban* de moisson ou de vendange, interdisant de récolter avant que le seigneur n'ait donné sa permission, ou encore le *banvin*, interdisant de vendre son vin avant que le seigneur n'ait lui-même vendu toute sa production : LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 442.

²²³ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A. (2010), *op. cit.*, p. 442.

²²⁴ Monopole depuis l'ordonnance de 1669 : *Ibid.*, p. 443-444.

²²⁵ *Ibid.*, p. 444.

²²⁶ Dans ce cas la terre prend le nom d'*aumône* ou *franche aumône*.

²²⁷ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 407.

²²⁸ OURLIAC, P., & GAZZANIGA, J.-L., *op. cit.*, p. 219.

droits donne naissance à des constructions qui mêlent institutions féodales, droit romain et même droit canonique, et en particulier le double domaine (A). Dans ce cadre, la tenure supporte une pluralité de droits, correspondant aux différentes utilités de la chose dans le cadre de la saisine (B).

A La théorie du double domaine : nature de la propriété médiévale

La propriété médiévale présente certaines spécificités qui caractérisent l'existence d'une propriété économique au profit du vassal. Même sous forme de double domaine, elle conserve toute sa patrimonialité, caractéristique essentielle. Néanmoins, la propriété féodale présente des caractères particuliers (2).

1 La patrimonialité : hérédité et aliénabilité

La patrimonialisation des tenures apparaît dès le XI^{ème} siècle : le fief, puis la censive, intègre ainsi le patrimoine du vassal²²⁹ :

En effet, les départs en Croisades finissent par pousser les seigneurs à admettre la transmission successorale des fiefs, acceptant automatiquement le renouvellement de la foi et de l'hommage de l'héritier du vassal, généralement son fils aîné, suivi de son investiture. En échange, ils demandent le paiement d'un droit de mutation, le *relief* ou *rachat*, souvent fixé à un an de revenus du fief, et c'est d'ailleurs la renaissance du commerce à cette époque qui conduit les seigneurs à des besoins monétaires plus importants. En cas de minorité de l'héritier, un régime de garde au profit du parent le plus proche est organisé, mais pour des raisons militaires - et surtout d'âge, les ascendants sont exclus (« fiefs ne remontent »). Le fief peut être dévolu à une femme à condition d'être mariée, l'époux accomplissant le service à sa place, ce qui justifie d'ailleurs l'intervention du seigneur dans l'union.

Par la suite, au XIII^{ème} siècle, le vassal peut même aliéner son fief sans l'autorisation du seigneur, moyennant le paiement d'une taxe de mutation : le *quint denier*, à la charge du vendeur. En réalité, désormais, le seul moyen pour le seigneur d'avoir encore de l'emprise sur le choix de son vassal, est la possibilité de procéder au *retrait féodal*, c'est-à-dire de se substituer à l'acquéreur - en récupérant l'ensemble des droits du fief, et en lui remboursant le

²²⁹ HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 66 et suiv..

prix. Cela caractérise bien « l'inversion des rapports entre lien réel et lien personnel : alors que dans le schéma antérieur le lien personnel précédait le lien réel, dans le cas de l'aliénation, c'est l'achat du fief qui crée un lien réel (entre le seigneur et l'acheteur), cause d'un nouveau lien personnel (l'acheteur devenant vassal du seigneur dont relève le fief) »²³⁰.

La patrimonialisation du fief sera complète lorsque le fief pourra être acquis par un bourgeois, moyennant ici également le versement d'une taxe, le *franc-fief* : « la patrimonialité du fief correspond au déclin de son caractère militaire et à une dissociation entre le bien « noble » et son titulaire qui peut être bourgeois »²³¹. D'ailleurs, à la fin du Moyen-âge, l'organisation d'une armée royale permanente accentue encore « l'effacement des caractères militaires du fief et son évolution vers une forme particulière de propriété »²³².

Concernant les censives²³³, l'hérédité et l'aliénabilité sont reconnues très tôt compte tenu de l'absence de lien personnel entre les protagonistes (voir *supra*). Les tenanciers obtiennent des droits similaires aux vassaux, la question militaire ne se posant pas compte tenu de la nature exclusivement économique de la censive. Le tenancier dispose d'une grande liberté dans la jouissance de la tenure, pouvant la vendre²³⁴ ou la transmettre à ses héritiers, souvent de façon collective entre eux et sans droit d'ainesse, ces derniers étant alors solidairement tenus au paiement de la redevance. Ceci s'explique par la nature de la tenure : le but est de maintenir l'exploitation familiale de la terre.

En revanche, « cens sur cens ne vaut » : le tenancier ne peut sous-concéder sa tenure, compte tenu du caractère recognitif de seigneurie du cens²³⁵, ce qui n'interdit cependant pas de donner à *bail à rente* ladite tenure... quittant la terre, le tenancier devient alors crédentier, et le preneur débirentier. Dans cette configuration, la propriété n'est pas affectée, le débirentier n'ayant pas plus de droits qu'un locataire et ne disposant que de la jouissance de la terre. Le crédentier n'aliène pas la terre, et reste tenu du cens vis-à-vis du seigneur. Il n'y a donc pas de droits de mutation ni de droits de justice.

Un autre type de contrat, la *constitution de rente*, consiste, pour le censitaire ayant besoin d'argent, à obtenir le versement d'un capital par un tiers, à charge pour le premier de verser une rente au second. Dans cette configuration, le censitaire est débirentier, et reste sur

²³⁰ *Ibid.*, p. 67.

²³¹ *Ibid.*, p. 67.

²³² *Ibid.*, p. 68.

²³³ *Ibid.*, p. 68 et 68.

²³⁴ Bien que ce soit rare.

²³⁵ Il s'agit-là d'une différence importante avec le fief.

la terre. « Si l'opération ressemble économiquement à un prêt à intérêt et a servi à contourner l'interdiction canonique de l'usure, elle ne prévoit [en revanche] pas un terme avec remboursement du capital. Elle a été analysée comme une vente d'une partie des revenus de la terre par le tenancier »²³⁶.

Dans les deux cas, et dans un premier temps, le contrat est perpétuel, le débirentier ne pouvant se libérer qu'en quittant les lieux (*déguerpissement*). Par la suite, le contrat prévoit une clause de rachat, permettant au débirentier de rembourser le capital pour se libérer, et dès le XV^{ème} siècle, le rachat est possible même sans clause contractuelle le prévoyant.

Il nous semble que la patrimonialisation des droits est un marqueur important de l'existence d'une propriété économique du vassal/censitaire, et en particulier l'hérédité.

Concernant le fief comme la censive, il est clair que les caractères que présentait la propriété romaine « traditionnelle »²³⁷ ne se retrouvent plus. La propriété médiévale est un droit ni absolu, ni exclusif, ni illimité, ni perpétuel.

2 L'absence des caractères absolu, exclusif et perpétuel

La propriété féodale n'est pas exclusive : une personne peut avoir le domaine direct par rapport à son vassal ou censitaire, mais le domaine utile par rapport à son seigneur. En outre, et par exemple, « dans une même forêt, une personne peut avoir droit aux taillis, une autre aux arbres de haute futaie ; dans une prairie, l'un peut avoir droit aux premières herbes, l'autre au regain, dans un étang alternativement en eau ou à sec, l'un peut avoir droit aux poissons de quand l'étang est en eau, l'autre à la culture de la terre quand il est asséché. [...] Au plan juridique, les différents ayants-droit sont absolument à égalité et l'on ne peut pas dire que l'un a une propriété, et l'autre simplement un droit sur la chose d'autrui. On constate donc l'existence de propriétés “superposées” »²³⁸.

En outre, la perpétuité de la propriété n'est pas obligatoire : les droits peuvent n'être que viagers²³⁹, voire temporaires, par exemple avec les clauses d'inaliénabilité permettant le

²³⁶ HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 69.

²³⁷ Comprendre : quiritaire.

²³⁸ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 425.

²³⁹ Sans pour autant concevoir un usufruit.

retour du bien à défaut d'héritier direct²⁴⁰. Notons que nous retrouvons ces caractères dans certaines situations actuelles (voir *infra*).

Quant au principe de l'accession immobilière *superficies solo cedit* du droit romain (voir *supra*), il n'existe plus, le censitaire ayant tous les droits sur les constructions édifiées par lui.

Puis au Moyen-âge suit l'Ancien régime, période au cours de laquelle le régime de la propriété éminente a encore évolué.

B La propriété sous l'Ancien régime

Le régime féodal des tenures se maintient jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Alors même que les institutions militaires seigneuriales ont disparu (au profit de la royauté), « de plus en plus de terres sont intégrées dans une hiérarchie fondée sur la mouvance qui transforme le droit féodal en un instrument de nature fiscale au profit des seigneurs et du roi de France »²⁴¹. Le roi de France désormais « souverain fiefieux » de tout le royaume, au sommet de la hiérarchie féodale, revendique à ce titre tous les droits attachés à sa condition, en particulier la perception de la *directe royale*, impôt universel touchant même les alleux, et y compris sur les mutations par donation et succession.²⁴²

Par ailleurs, avec des noms et des taux différents, les taxes de mutation « cristallisent à partir du XVI^e siècle l'hostilité de certains juristes [...] à des droits considérés comme “odieux”, c'est-à-dire contraires au droit commun »²⁴³.

Aux XVI et XVII^{ème} siècles, la propriété éminente prend un caractère essentiellement fiscal : l'acte symbolique de foi et hommage est remplacé par un écrit notarié, la saisie du fief est prononcée par une juridiction royale, le retrait féodal²⁴⁴ suppose une procédure judiciaire et exclut la perception du *quint*, etc.. « Les droits utiles des vassaux sont consolidés au point de masquer ceux du suzerain. [...] La maîtrise que les tenanciers exercent apparaît essentielle, voire prééminente, au point que les juristes du XVIII^{ème} siècle comme Pothier, hostiles à la superposition des droits réels sur une même chose et séduits par l'exclusivisme attribué au *dominium* romain, voient en elle la véritable et seule propriété. [...] »²⁴⁵. Selon lui, « celui qui

²⁴⁰ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 426.

²⁴¹ HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 77.

²⁴² *Ibid.*, p. 78.

²⁴³ *Ibid.*, p. 78.

²⁴⁴ Lorsque le seigneur n'agrée pas l'acquéreur du fief.

²⁴⁵ BART, J., *op. cit.*, p. 232.

a le domaine utile se nomme propriétaire... Celui qui a le domaine direct s'appelle simplement seigneur. Il est bien propriétaire de son droit de seigneurie, mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement propriétaire de l'héritage »²⁴⁶.

Le régime féodal finit par perdre « sa raison d'être, non seulement politique, mais économique. [...] Le seigneur s'est transformé en une espèce de rentier, pour qui l'essentiel est, non plus la gestion de sa seigneurie, mais la perception de redevances, surtout pécuniaires »²⁴⁷. A la fin du XVIII^{ème} siècle, la seigneurie n'est plus, comme à son origine, une cellule économique et politique. Le poids des redevances en argent ou en nature²⁴⁸ et les modalités de leur recouvrement²⁴⁹, les autres prérogatives du suzerain, comme les droits de chasse²⁵⁰ ou encore les *banalités*, sont de plus en plus mal perçues. La situation se détériore encore à la fin du XVIII^{ème} siècle avec la renaissance de toutes sortes de droits oubliés que les seigneurs tentent d'imposer de nouveau, ou encore la substitution de redevances fixes en redevances proportionnelles, le tout coïncidant avec de nombreuses disettes dans la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle.

Finalement, la Révolution abolit le régime féodal et seigneurial, « la seigneurie utile, c'est la propriété ». La Déclaration des droits de l'Homme fait de la propriété un droit inviolable et sacré. Le Code civil de 1804 renchérit en définissant la propriété comme le « droit de jouir et de disposer des biens de la manière la plus absolue »²⁵¹. Les bases théoriques de la propriété absolue sont posées.

Elle ne s'établira cependant pas immédiatement dans la pratique.

III La survie des propriétés simultanées après 1804

Même si, en principe, la propriété est érigée au plus haut rang qui soit, les propriétés simultanées de l'Ancien droit n'ont pas réellement disparu après la Révolution et le Code civil, en tout cas pas immédiatement. En effet, « lorsqu'est promulgué le Code civil, consacrant l'exclusivisme, il subsiste encore bien des formes de propriétés simultanées sur le

²⁴⁶ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 445. Cependant un courant opposé voit dans le domaine utile une servitude sur la chose d'autrui, le domaine direct étant le véritable et principal propriétaire, sa propriété étant plus noble et parfaite que celle de son vassal (même source).

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 436.

²⁴⁸ Évaluées entre 15 et 20 % du revenu agricole par E. Labrousse, historien : *Ibid.*, p. 444.

²⁴⁹ Parfois vexatoires, en tout état de cause malaisées : perception totale du cens à la vingt-neuvième année pour éviter la prescription, redevances *portables* imposant un long voyage pour procéder au paiement, ou encore redevances quérables avec nécessité de laisser la récolte sur pied en attendant l'agent seigneurial avec risque de la perdre par un orage : *Ibid.*, p. 440 suiv..

²⁵⁰ Ou plutôt leurs conséquences sur les cultures.

²⁵¹ OURLIAC, P., & GAZZANIGA, J.-L., *op. cit.*, p. 228.

même fonds. Ces propriétés, qui ne portent que sur un élément ou une utilité de l'immeuble, ne répondent pas à la définition de l'article 544 et à l'esprit de l'exclusivisme. Propriété d'un usage, d'un produit, d'un matériau, d'un cycle de production, la propriété coutumière, exubérante et démultipliée, qui juxtapose deux, trois, quatre propriétés distinctes sur le même immeuble corporel, n'a pas disparu des réalités, du jour au lendemain, par le seul effet miraculeux de la volonté du législateur »²⁵².

Si certaines de ces propriétés sont analysées par la suite par la doctrine et la jurisprudence comme constituant des servitudes, des droits sur la chose d'autrui, des droits d'usage, etc., d'autres « résistent à la normalisation »²⁵³. « Les propriétés simultanées du passé ont survécu, malgré l'idéologie absolutiste, pendant plus d'un demi-siècle. Dans la première moitié du XIX^e siècle, deux droits de propriété ont ainsi coexisté. L'un officiel, celui du Code civil et de la doctrine, un droit individualiste, aux contours très vite précisés par les auteurs. L'autre, au fond des campagnes, qui prolonge les vieilles formes coutumières de la propriété solidaire, en marge du Code civil et de l'exclusivisme, survivance hors doctrine, qu'on perçoit seulement à l'occasion des procès »²⁵⁴.

Ainsi, dans un arrêt du 16 août 1832, alors que le Préfet des Vosges revendique la pleine propriété d'un terrain et la commune de Bresse la propriété des bois situés sur ce terrain, la Cour de Nancy « décide qu'il y a deux “propriétés simultanées”, “égales en droit et distinctes”, s'exerçant sur le même fonds ; elle reconnaît à l'État la propriété des chaumes, à la commune la propriété des bois »²⁵⁵.

Dans une espèce similaire, la Cour de Rouen (14 mars 1832, Caquelard/Lemoine) reconnaît l'existence de « deux propriétés foncières »²⁵⁶ concernant le terrain et les bois qui y ont poussé.

Quant à la Cour de Dijon, elle décide que le droit de regain d'un pré constitue une propriété foncière à part entière distincte de la propriété du pré lui-même (Dijon, 16 mai 1834, Préty/Bidermann), ou encore que le droit dont disposent des communes, riveraines d'un étang, de jouir du fond dudit étang lorsqu'il est asséché tous les trois ans, s'analyse en une

²⁵² PATAULT, A.-M., *op. cit.*, p. 242.

²⁵³ *Ibid.*, p. 242.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 243.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 244. C'est d'ailleurs, semble-t-il, la première fois que les termes de « propriétés simultanées » sont employés pour qualifier une telle situation (voir CROCQ, P., *Propriété et Garantie*, *op. cit.*, p. 192 citant le plan de l'ouvrage de Mme Patault, et MAS, P., & CALMELS, L. (2007). Unité foncière, droit de construire et démembrement de propriété. *Construction Urbanisme 2007* (n° 6) citant l'ouvrage de Mme Patault à la page 15).

²⁵⁶ PATAULT, A.-M., *op. cit.*, p. 244.

« propriété foncière » nonobstant le paiement d'une redevance au propriétaire de l'étang (Dijon, 3 janvier 1835, commune de Laperrière et autres/Magnoncourt)²⁵⁷.

En 1837, la Cour de Caen refuse de voir le droit d'embarquer et de débarquer du bois sur le terrain d'autrui comme une servitude, et le qualifie de « participation au droit de propriété » (Caen, 17 février 1837).

« Ces arrêts montrent que les propriétés simultanées résistent à l'idéologie absolutiste. Les magistrats [juges du fond] refusent qu'une jouissance d'utilité soit nécessairement une servitude »²⁵⁸.

La Cour de cassation, saisie de la plupart de ces décisions, a également une interprétation favorable quant à l'existence de propriétés simultanées et concurrentes. Pour elle, la coexistence de propriétés distinctes sur un même immeuble n'est tout simplement pas interdite ni « par aucune loi »²⁵⁹, ni par le Code civil, les articles 544 (affirmant la plénitude des pouvoirs du propriétaire), 546 (attribuant au propriétaire tout ce qui s'unit ou s'incorpore à sa chose) et 552 (reconnaissant au propriétaire du sol la propriété du dessous et du dessus) ayant un caractère supplétif²⁶⁰. « Il y a là une conception de la propriété qui n'est pas celle de l'individualisme et qui s'oppose à l'esprit du Code civil. La notion d'exclusivisme ne paraît pas avoir été le guide des solutions jurisprudentielles dans la première moitié du XIX^e siècle. En témoignent les formules des magistrats : “propriété du droit de parcours”, “propriété du droit de couper le bois”, qui confondent sous le même vocable la propriété corporelle et la jouissance d'une utilité de la propriété d'autrui. »²⁶¹

Quant à la nature de ces propriétés simultanées, elle reposerait sur la copropriété indivise du fonds. Cependant, les différents propriétaires n'ont pas des droits identiques sur la chose : ils ont des droits différents portant sur des aspects différents du bien. « La distinction entre la copropriété indivise du fonds et la répartition privative des jouissances est clairement affirmée dans l'arrêt Préty-Bidermann qui constate que la distinction des droits des parties “a seulement lieu pour la jouissance et pour un même mode de jouissance” ; aucune des parties n'est “propriétaire absolue” du fonds »²⁶². Pour autant, la Cour de cassation qualifie certaines propriétés concurrentes de propriétés exclusives, ce qui peut paraître antinomique de prime

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 244.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 245.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 247.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 245, citant trois arrêts rendus par la Cour de cassation : Cass. req. 13 fev. 1834, Cass. req. 25 juin 1834 et Cass. req. 5 juill. 1848.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 247.

²⁶² *Ibid.*, p. 246.

abord. En réalité, il faut entendre l'*exclusivisme* comme synonyme de *jouissance privative*²⁶³, à l'image du régime de la copropriété des immeubles bâtis issu de la loi du 10 juillet 1965²⁶⁴, en particulier concernant son article 2 : « Sont privatives les parties des bâtiments et des terrains réservées à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé. Les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque copropriétaire. ».

Finalement, comme que le relève Mme Patault, « dans la première moitié du XIX^e siècle, on voit ainsi s'organiser parallèlement et coexister dans les réalités et dans la jurisprudence deux systèmes de la propriété foncière, l'un multiséculaire, pragmatique, coutumier, collant aux usages ruraux, mais suspecté d'archaïsme, sans dynamisme et en voie de disparition, l'autre, nouveau, individualiste, posé par les textes, quelque peu abstrait, mais séduisant par la netteté de ses contours, sa charge affective de liberté et ses promesses d'efficacité économique. La longue résistance des propriétés coutumières révèle, au moins, que les formes de l'appropriation foncière ne se décrètent pas. Il a fallu un demi-siècle pour que l'exclusivisme s'impose [...] »²⁶⁵.

Aussi, « la propriété exclusive n'est pas sortie des textes de 1804 sous les traits d'un droit achevé »²⁶⁶, et les propriétés simultanées ont fini par être oubliées dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, en tout cas jusqu'à l'introduction de la fiducie en 2007²⁶⁷, qui verra s'éveiller à nouveau la propriété économique. Cependant, si cette dernière trouve ses origines au sein même de notre droit ancien, il ne faut pas négliger l'importance de l'influence des droits étrangers dans sa nouvelle conception. En effet, « le *trust* des pays de *Common law* n'a pas manqué d'être cité en priorité lors des travaux préparatoires. Les nombreuses références au *trust* se comprennent aisément, en raison de la multiplicité des rôles susceptibles d'être joués par cette institution-clef des pays anglo-américains et de son attraction sur les opérateurs français. »²⁶⁸

²⁶³ *Ibid.*, p. 246.

²⁶⁴ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

²⁶⁵ PATAULT, A.-M., *op. cit.*, p. 249.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 243.

²⁶⁷ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

²⁶⁸ WITZ, C. (2007). La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au *trust*. *D. 2007*, p. 1369.

CHAPITRE 2

L'INFLUENCE DU *TRUST* QUANT AU RENOUVEAU DE LA PROPRIÉTÉ ÉCONOMIQUE EN DROIT FRANÇAIS

La propriété économique existant déjà dans notre droit et en ayant néanmoins été oubliée, pour les raisons exposées *supra*, il fallut un élément extérieur « encourageant », « stimulant », pour qu'elle renaisse en droit français (section 2).

Cet élément déclencheur réside en l'utilisation des droits étrangers par les acteurs juridiques français, plutôt que leur propre droit, dans un contexte international. Or, « de nos jours, le *trust* imprègne la vie quotidienne de l'homme anglo-saxon. Dès son enfance, le jeune anglais ou le jeune américain entend parler des *trustees* de son école, de la bibliothèque de sa ville ou du centre de loisirs qu'il fréquente. Il sait que leur rôle est important, qu'ils détiennent les cordons de la bourse et orientent son environnement. S'il est orphelin ou si ses parents sont divorcés, il peut être bénéficiaire d'un *trust* de protection (*protective trust*). À l'inverse, s'il appartient à une grande famille, il sera bien rare qu'il jouisse un jour de la pleine propriété de sa fortune. Ses ancêtres auront pris soin de transférer leurs biens à un *trustee* et de faire de leurs descendants de simples bénéficiaires. [...]. En Angleterre et au pays de Galles, les immeubles possédés par plus d'une personne le sont sous la forme d'un *trust*. Les fonds des syndicats sont placés dans un *trust* au profit de leurs membres. Les retraités sont, au Royaume-Uni, payés par les *pension fund trusts* »²⁶⁹.

Or dans un contexte international d'interdépendances juridiques, la propriété économique française tire également bel et bien ses origines, au-delà de son histoire propre, de la conception de la propriété dans le *trust* anglo-saxon, (section 1). En effet, le *trust*, issu de l'évolution historique du droit des biens anglais, est très utilisé, non seulement dans les pays de *Common law*, mais également, dans une certaine mesure, dans des pays ne connaissant pas la notion en tant que telle, mais qui en admettent cependant les effets, en premier lieu la France (section 3) : comment, dans ce telles circonstances, ne pas admettre que le *trust* a nécessairement influé sur la réadmission de la propriété économique en France ?

²⁶⁹ BERAUDO, J.-P. (2012). *Trust. Répertoire de droit international*.

D'ailleurs, un auteur écrit même que « c'est le *trust*, et non la *fiducia* romaine²⁷⁰, qui a inspiré le législateur »²⁷¹ lors de l'introduction de la fiducie dans l'ordre juridique français, en raison de ses avantages.

Section 1 Les propriétés simultanées du *trust*

L'une des caractéristiques du *trust* est d'imposer des obligations au propriétaire légal (*legal owner*), le *trustee*. Il doit « user de cette propriété en faveur d'une ou plusieurs autre(s) personne(s) »²⁷². La reconnaissance de la qualité de propriétaire au *trustee* s'explique par « l'existence de propriétés simultanées où plusieurs personnes peuvent avoir différents intérêts, considérés comme droits de propriété, en même temps sur une même chose. Ainsi, le droit anglais a une vision fragmentée de la propriété. »²⁷³

Or, cette vision de la propriété trouvant son origine dans le féodalisme (I), et le droit anglais n'ayant jamais vraiment rompu avec ce système (II), il convient de l'expliquer à travers son Histoire²⁷⁴, en partie française.

I L'origine des superpositions de droits

Le droit anglais de la propriété trouve son origine au Moyen-âge, mais contrairement au reste de l'Europe, l'Angleterre a été étrangère à l'imprégnation du droit canonique et du droit romain. Cependant « la position septentrionale et l'insularité n'expliquent pas, à elles seules, cette singularité par rapport aux pays du continent européen qui se réclament eux d'un droit commun (« *jus commune* ») inspiré des textes romains et canoniques. L'Écosse a, en effet, développé un système juridique beaucoup plus nettement influencé par le droit romain et la rupture religieuse avec Rome, intervenant au XVI^e siècle dans le cadre de la Réforme, n'a pas empêché le maintien de certaines règles de droit canonique en Angleterre »²⁷⁵. En réalité, les causes tiennent également à la mise en place d'un régime féodal sans alleux, à l'absence de développement de seigneuries autonomes compte tenu de la puissance royale, et à un droit

²⁷⁰ Sur cette notion, voir *infra*.

²⁷¹ GRIMALDI, M. (1991). La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre. *Deffrénois 1991* (n° 17 et 18). Voir également LARROUMET, C. (1990). La fiducie inspirée du *trust*. *D. 1990*, p. 119.

²⁷² IBARRA GARZA, R. (2014). *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée : droit français-droit anglais)*. Paris: LGDJ, p. 140.

²⁷³ *Ibid.*, p. 140.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 141.

²⁷⁵ HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 128.

unique pour toute l'Angleterre mis en place par les institutions judiciaires centralisées. L'implantation du régime féodal commence avec la victoire d'Hastings de 1066 par les Normands, Guillaume le Conquérant important alors de Normandie - avec des termes français, ce qui est finalement assez ironique - le système des tenures (A). Apparaît également la technique des *uses* (B), ainsi qu'un régime *ad hoc* concernant les biens meubles (*goods and chattels*)²⁷⁶.

A Les tenures

Ainsi, en 1066, les Normands envahissent l'Angleterre à l'issue de la bataille de Hastings²⁷⁷, conduits par Guillaume, Duc de Normandie, qui devient Guillaume I^{er} roi d'Angleterre²⁷⁸. Il y impose alors le régime féodal normand, au sein duquel il est *le suzerain* en haut de la hiérarchie (*lord paramount*). Sous lui, les *lords in capite* sont des barons normands qui tiennent leur fief directement du roi, alors que les *mesne lords* se situent plus bas dans l'échelle. Guillaume le Conquérant fait alors rédiger en 1086 le *Domesday Book* qui inventorie toutes les tenures du royaume, « maintenant ainsi un lien direct entre le roi et ses sujets au travers de l'emprise seigneuriale »²⁷⁹. Les tenures nobles concédées par le roi à partir de 1066 ressemblent beaucoup aux fiefs du continent : hommage et foi, hérédité, etc.. Lorsque le vassal est mineur, le système de la garde seigneuriale ou royale s'applique, consistant en une libre disposition des ressources du fief par le seigneur en échange de l'entretien du mineur. Quant aux tenures paysannes, elles se divisent entre les tenures libres (*socage*) pour lesquelles les tenanciers doivent une redevance au seigneur (le *lord*), et les tenures en *villeinage* concédées à des serfs contraints à de lourdes corvées.

Alors que le renforcement de l'autorité royale et la création d'institutions judiciaires originales (trois Cours royales installées à Westminster qui délèguent des juges « itinérants » sur le territoire) marquent le règne d'Henri II Plantagenêt (1154-1189), la féodalité sous emprise royale perd la plupart de ses caractères militaires au XIII^{ème} siècle : le service militaire peut alors être racheté par une taxe (*scutage*), et le lien personnel s'efface avec les sous-inféodations et les aliénations de fiefs, qui sont libres après paiement d'une taxe au seigneur (*fine for licence*) puis au roi (droit de mutation).

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 128.

²⁷⁷ BOUET, P. (2014). *Hastings : 14 octobre 1066*. Paris: Tallandier, p. 11 suiv..

²⁷⁸ MARCHAIS-ROUBELAT, A. (2010). *Decidere : Guillaume le Conquérant à la bataille de Hastings et l'effet d'irréversibilité. Prospective et stratégie 2010* (n° 1), p. 173 suiv..

²⁷⁹ HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 129.

Parallèlement, les tenures en *socage* (*freehold*), ainsi que les tenures de *villeinage* (*copyhold*), deviennent héréditaires et aliénables après paiement d'une taxe de mutation. Les premières s'étendent au détriment des fiefs, et les secondes sont désormais concédées à des paysans libres même s'ils sont tenus à de lourds services.

Si les catégories juridiques romaines ne parviennent pas à pénétrer la pratique anglaise, qui n'utilise pas les termes de « domaine direct » et de « domaine utile », le système des tenures finit néanmoins par aboutir, comme sur le continent, à une superposition de droits sur la terre.²⁸⁰

B Les uses

Aux XII et XIII^{ème} siècle se développe la technique des *uses*, qui permet d'écarter certaines règles féodales. En effet, la *Common law*, c'est-à-dire le droit commun, issu des règles féodales, entrave la liberté liée à la propriété du tenancier, en particulier par la possibilité de confisquer la terre du tenancier au profit du suzerain en cas de condamnation du premier pour félonie, par le *droit de relief* perçu par le seigneur lors de la succession du tenancier, ou encore par le droit de tutelle (*wardship*) du seigneur sur l'enfant mineur du tenancier décédé lui permettant de jouir des terres sans avoir à rendre compte.²⁸¹

En particulier, la pratique s'est répandue, pour le vassal qui part en Croisade et qui craint de laisser épouse et enfants mineurs sous l'emprise d'un seigneur peu scrupuleux qui pourrait piller le domaine, d'utiliser - dans son intérêt - la possibilité d'aliénation de son fief, en transférant ses droits à une personne de confiance, à charge pour elle de tenir la propriété à l'avantage de bénéficiaires.²⁸²

C'est dans ces circonstances « qu'est née l'idée générale qu'une personne peut tenir un bien pour l'*use* d'une autre. Une personne pouvait ainsi transférer sa propriété, en employant un des modes de transfert reconnus par la *Common law*, à une autre personne, laquelle s'engageait à la tenir pour le compte et au profit (*to the use*) d'une troisième personne. La première personne, c'est-à-dire l'aliénateur, prenait le nom de *feoffor*. Le bénéficiaire, à qui la combinaison profitait et qui pouvait être soit le *feoffor*, soit un tiers, par exemple son héritier, s'appelait le *cesty que use* ou *cestui que use*, abréviation de l'expression originaire « cestui a

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 130 et 131.

²⁸¹ BADRE, A. (1932). *Le développement historique des "uses" jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*. Paris: Rousseau et Cie, p. 10 suiv..

²⁸² HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 132.

qui use le feffement fut fait''. Enfin, l'intermédiaire qui redevait la terre du *feoffor* pour le compte et au profit du *cestui que use* se nommait *feoffee to use*, 'l'inféodé pour profit' (sous-entendu au profit d'autrui). »²⁸³. La technique, vraisemblablement apparue vers 1230, devint de plus en plus fréquente à partir du XIV^{ème} siècle : « c'est ainsi que naquit la conception nouvelle d'une propriété immobilière appartenant, de façon permanente, à une personne, pour être utilisée par ladite personne selon les instructions d'une autre ». ²⁸⁴

En parallèle, l'*use* s'accompagne du développement de la juridiction d'équité (*Equity*) du Chancelier, ministre du roi, lui permettant de juger « en conscience »²⁸⁵ de demandes judiciaires en passant outre les rigueurs de la *Common law*. Au XV^{ème} siècle, cette justice « divergente » permet au bénéficiaire de disposer d'un recours en *Equity* contre le *feoffee* qui ne respecte pas ses engagements.²⁸⁶

II Le maintien des superpositions de droits

Au début du XVI^{ème} siècle, le système féodal anglais est en difficulté : les tenures finissent par perdre leur caractère militaire et la généralisation de la pratique de l'*use* fait échapper les propriétaires aux taxes royales de mutation. C'est dans ce contexte et dans le but d'augmenter les recettes fiscales que, sous le roi Henry VIII, le *Statute of uses* de 1535 a pour effet de transmettre directement aux *cestui que use* la propriété des biens, sans passer par les *feoffees*. Il est également mis fin à l'institution de l'*Equity*, et le roi rétablit la « féodalité fiscale en percevant les taxes de mutation. »²⁸⁷. Il rétablit également le privilège d'ainesse et interdit de disposer des terres par testament, avant finalement un retour en arrière en 1540 par le *Statut of Wills*, et une diminution des taxes, le tenancier pouvant alors disposer jusqu'aux deux tiers de ses terres sans imposition dans le cadre des tenures et *uses*.

L'existence des superpositions de propriétés va alors se maintenir pour évoluer finalement vers l'*estate* (A) et le *trust* (B).

²⁸³ BADRE, A., *op. cit.*, p. 13.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 14.

²⁸⁵ Comprendre : arbitrairement...

²⁸⁶ HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 132.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 134.

A Des tenures aux estates

Le *Tenure Abolition Act* pris sous le roi Charles II en 1660 abolit les fiefs de chevalier qui deviennent alors des *freehold*. « Il n'y a plus, désormais, que deux catégories de tenures : les *freehold* tenus directement du roi - dont l'intervention sur les terres est minimale, avec le remplacement des taxes de mutation par d'autres revenus de nature fiscale - et les *copyhold* tenus de seigneurs - dont le pouvoir de justice est plutôt restreint [...]. Si l'on ajoute que le nombre de tenanciers diminue avec la concentration de la propriété foncière, le poids de la féodalité est faible, notamment en termes de redevances. Au XVIII^e siècle le régime seigneurial apparaît moins impopulaire en Angleterre qu'en France dans la mesure où il pèse sur un moins grand nombre de paysans [...] »²⁸⁸ et avec des charges moins importantes.

Une nouvelle analyse de la superposition des droits sur une même terre voit également le jour avec l'*estate* (du latin *status*), défini au XVIII^{ème} siècle comme étant « un intérêt du tenancier dans la terre, la condition ou la circonstance dans laquelle le propriétaire (*owner*) se tient en rapport avec sa propriété [...]. Si le souverain est le propriétaire - quelque peu théorique - de l'ensemble des terres du royaume, chacun des tenanciers dispose d'une sorte de quantum de propriété. De ce fait, aucun des détenteurs d'*estate* n'a un droit subjectif qui porte directement et de manière exclusive sur la terre, il s'agit plutôt d'un droit (relatif à une chose incorporelle) sur l'*estate*, un même bien-fonds pouvant supporter plusieurs *estates*. »²⁸⁹

On en trouve des applications :

- Dans les contrats de location (*term of year*), le fermier pouvant transférer son *estate*,
- Ou encore dans la pratique de l'hypothèque (*mortgage*), permettant un transfert de propriété du débiteur vers le créancier, sans dépossession, grâce à une fragmentation de la propriété entre le *security interest* du créancier et l'*equitable interest* du débiteur,

- Mais également dans les successions, le détenteur de l'*estate* disposant : 1/ Soit d'un *fee simple absolute* transmissible à ses héritiers selon la *Common law* ; 2/ Soit d'un *estate for life* pour la durée de sa vie, le bien revenant alors ensuite aux héritiers, c'est notamment le cas de la veuve sur un tiers des terres de son époux décédé ; 3/ Soit d'un *fee tail*, le détenteur devant dans ce cas tenir compte des intérêts de ceux à qui le bien doit revenir dans le futur (*remainders* ou possesseurs en réversion), en général une certaine catégorie d'héritiers. Des combinaisons entre ces différents cas sont également possibles : par exemple, « un père de famille ayant un *fee simple absolute* [peut faire] donation d'une terre à son fils aîné qui se

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 134.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 134 suiv..

marie en précisant qu'après la mort de son fils aîné, le bien reviendra à son petit-fils aîné. Le donateur (*donor*) a transformé son *fee simple absolute* en *estate for life* (en retenant l'usufruit) et conféré au donataire (*donee*), son fils, un *fee tail* (qui se transformera à son tour en *for life* à la mort du père), sous réserve d'un *estate en remainder* (en réversion, ou d'une propriété « *in expectancy* », dans l'attente) pour le petit-fils (qui, en fin de parcours, récupère normalement un *fee simple*). Cette pratique, dont les effets ressemblent aux majorats ou fidécimmis d'Europe continentale, renforce la superposition des droits sur une même terre et l'interdépendance réciproque des différents titulaires, celui qui donne son bien n'abandonnant pas nécessairement toute forme d'*estate* (en se garantissant un droit de retour ou un *estate for life* »²⁹⁰.

B De l'use au trust

Par l'effet du *Statute of uses* de 1535 pris sous Henry VIII (voir *supra*), l'*use* devient *legal estate*, le *cestui que use* devenant alors immédiatement lié de toutes les obligations de la tenure²⁹¹²⁹². L'idée du *Statute of uses* est que « tous les biens ou droits tenus pour l'*use* d'une autre personne, qu'ils soient en *estate*, en *fee simple*, *in tail* (substitués), *for life* (à vie) ou à terme d'ans (*term of years*), une *réversion* ou un *remainder* (droit de réversion ou de réversibilité) passeront à la personne pour l'*use* de laquelle ils étaient tenus. »²⁹³

Aussi l'intention n'était nullement d'abolir les *uses*, mais « d'accorder la saisine légale (*seisin*) au *cestui que use* et convertir son droit de propriété d'équité en une propriété légale (*legal estate*) »²⁹⁴. Le statut ne s'appliquait donc pas à tous les *uses*, seulement à ceux impliquant une personne saisie (*seised*) pour l'*use* d'une autre, c'est-à-dire lorsque le *feoffee* n'était tenu que de l'obligation de permettre au *cestui que use* d'entrer en possession du bien et d'en jouir (obligation passive nommée *passive use*). « Au contraire, [le statut] ne s'appliquait pas lorsque le *feoffee* avait des obligations actives à remplir (par exemple vendre l'immeuble et affecter le produit de cette vente à une œuvre [...] »²⁹⁵ : on parle alors d'*active use* ou *special use*. C'est ainsi que l'*use* passif est aboli alors que l'*use* actif perdure. De

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 136.

²⁹¹ BADRE, A., *op. cit.*, p. 157.

²⁹² Y compris de fiscalité royale, mais cet effet fut supprimé en 1660 par l'abolition des tenures militaires qui portaient justement ces charges (voir *supra*).

²⁹³ BADRE, A., *op. cit.*, p. 143 suiv..

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 146.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 147.

même, l'interdiction ne s'applique pas aux *uses* de *chattels*²⁹⁶, ni à ceux qui portent sur un droit immobilier autre qu'une tenure libre (*freehold*)²⁹⁷.

En parallèle, au fil du temps, l'usage se répand de recourir à des doubles *uses*, c'est-à-dire au transfert d'un bien à une personne, pour le compte d'une seconde, bénéficiaire elle-même pour le compte d'une troisième²⁹⁸. Si la pratique est d'abord interdite, le second *use* ne s'appliquant alors pas, « la Chancellerie décida finalement de faire exécuter, dans tous les cas, sous le nom de *trust*, le second *use* [...] et [...] alors s'ouvrit un nouveau et important chapitre dans l'Histoire du Droit. Ainsi, la situation antérieure au “*Statute of Uses*” était rétablie. Les noms seuls furent changés : “le *use*” devint le *trust*, le *feoffee to uses*, le *trustee* ; le *cestui que use* devint le *cestui que trust*. »²⁹⁹

Cela dit, même si son mécanisme triangulaire est similaire à celui de l'*use*, le *trust* exerce une influence bien plus importante, car il n'est pas limité au seul droit foncier. Par exemple, en droit de la famille, le *trust* est utilisé pour protéger l'universalité des biens de l'enfant mineur jusqu'à sa majorité³⁰⁰, ou encore la propriété séparée (de celle de son époux) de la femme mariée³⁰¹. Pendant la durée du *trust*, la propriété des biens est dédoublée : le constituant transfère au *trustee* la propriété de *Common law*, alors que le bénéficiaire reçoit la propriété en *Equity*.³⁰²

Section 2 L'intérêt du *trust*

« A l'opposé du droit français, le droit anglais des biens ne doit rien au droit romain. S'il n'est pas exactement resté ce qu'il était au Moyen-âge, son évolution toute empirique, l'a

²⁹⁶ Les *goods and chattels* sont des biens qui ne sont pas concernés par les actions réelles réservées aux *hereditaments* (les terres), mais par des actions personnelles. Il s'agit plus ou moins de l'équivalent continental des biens meubles (par opposition aux immeubles), bien que les locations de terre pour une durée déterminée (*leasehold*) soient considérées comme des *chattels réels*. Le terme *chattel* vient du normand « cateux ». HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 133.

²⁹⁷ BADRE, A., *op. cit.*, p. 159.

²⁹⁸ HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 136.

²⁹⁹ BADRE, A., *op. cit.*, p. 167.

³⁰⁰ HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 136.

³⁰¹ BADRE, A., *op. cit.*, p. 184.

³⁰² « Dans la seconde moitié du XVII^{ème} siècle, les chanceliers - notamment Lord Nottingham qui joue un rôle important pour régulariser l'*Equity* dans le domaine des *trust* - dégagent une règle judiciaire contre les perpétuités [...]. Les *trusts* sont ainsi limités à deux générations. Il est fait exception pour les *trusts* charitables - reconnus depuis une loi d'Elisabeth I^{ère} en 1601 (le *Charitable Uses Act*) [...] » : HALPERIN, J. L., *op. cit.*, p. 137.

conduit à une construction tout à fait originale. »³⁰³ Si le terme *property* existe bien - ou *ownership*, lequel n'est toutefois pas utilisé pour les immeubles - il englobe à peu près tous les droits patrimoniaux, divisés en deux branches : font partie de la *personal property* les droits de propriété ou autres droits sur les meubles³⁰⁴, et de la *real property* les droits sur les immeubles. La première catégorie recouvre également les propriétés incorporelles du droit français, les droits des actionnaires et de créance, voire même, jusqu'à une époque récente, les droits sur les immeubles résultant d'une *leasehold* (location à terme fixe). Cette classification remonte au XIII^{ème} siècle et reposait alors sur une dualité des actions en justice, les unes (*in personam*) tendant à réparer les dommages par une indemnité en argent, les autres (*in rem*) ayant vocation en la restitution de la chose.³⁰⁵

De cette histoire du droit anglais des biens est né le *trust*, tel qu'il existe aujourd'hui dans sa définition (I), sa typologie (II) et son rapport à la propriété (III).

I La notion de *trust*

L'objet de cette étude ne consiste par, bien évidemment, en une analyse complète et exhaustive du *trust*. Pour autant, pour comprendre son influence dans l'admission de la propriété économique en droit français, il est nécessaire, préalablement, d'en cerner les contours. Nous allons voir ce que le *trust* est aujourd'hui (A), avant de voir ce qu'il n'est pas (B).

A Le concept du *trust*

Aujourd'hui, le *trust* est une institution extrêmement répandue dans la sphère juridique anglo-saxonne/américaine. Dans les grandes lignes, le droit anglais des biens trouve ses origines dans les règles élaborées au Moyen Âge à propos de la détention de la terre. « Il part des fragments de la propriété qui coexistent ou se succèdent à propos d'une même chose et qui peuvent éventuellement être réunis afin de former la propriété complète. Ainsi on y conçoit et on y admet aisément qu'une même chose serve de support à des droits multiples et variés qui ont une existence simultanée, mais qui ne donnent lieu à la possession que de

³⁰³ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 428.

³⁰⁴ *Chattels*.

³⁰⁵ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 429.

manière successive »³⁰⁶. C'est dire l'avantage que présente, en termes de souplesse et d'adaptation aux exigences du monde économique actuel, cette vision du droit de propriété.

On est évidemment aux antipodes de la notion unitaire et absolue de l'article 544 du Code civil³⁰⁷ et d'une distinction voulue nette entre les biens et les obligations. Au demeurant, il faut donc bien avouer que les domaines respectifs de la catégorie « biens » de l'un ou l'autre côté de la Manche ne coïncident pas du tout³⁰⁸.

En réalité, il n'existe aucune définition légale du *trust*³⁰⁹. Le *Trustee Act* de 1925 ne fournit aucune définition exhaustive, même si sa section 68 est consacrée à la définition du *trust*³¹⁰.

Plus tard, lors des négociations de la Convention de la Haye de 1985³¹¹, relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, les juristes des différents pays, spécialistes de l'institution, se sont abstenus de donner une définition générale du *trust*. L'article 2 limite la portée de ses dispositions à l'application de la convention en disposant que : « aux fins la présente convention, le terme “*trust*” vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant - par acte entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé ». L'alinéa 2 de cet article se contente ensuite de présenter les caractéristiques du *trust*.

Cette absence de définition officielle a conduit la doctrine³¹² et la jurisprudence³¹³ à tenter de définir la notion³¹⁴ :

³⁰⁶ PAPANDREOU-DETERVILLE, M.-F. (2004). *Le droit anglais des biens*. Paris: LGDJ, p. 1.

³⁰⁷ C. civ. art. 544 : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.* »

³⁰⁸ GORE, M. (2007). *Le droit anglais des biens*. *JDI Clunet*, janv. 2007 (n° 1, biblio. 7.).

³⁰⁹ Sous l'appellation *trust*, il est souvent fait référence, en France, aux cartels de sociétés ayant pour effet de fausser la libre concurrence des marchés. Cependant en droit anglais le mot *trust* ne signifie pas le regroupement d'entités économiques, même si la concentration d'entreprises peut en être une conséquence éventuelle.

³¹⁰ Le *Trustee Act* 1925 est toujours en vigueur ; il a toutefois été modifié et complété par le *Trustee Delegation Act* 1999 et le *Trustee Act* 2000.

³¹¹ Convention relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, La Haye, 1^{er} juill. 1985, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992 (voir *supra* et *infra*).

³¹² Exemples : UNDERHILL, A. & HAYTON, D.-J. (1987 et 1995). *Law of trusts and trustees* (éd. 14 et 15). Londres : Butterworths ; KEETON, G.-W. & SHERIDAN, L.-A. (1983). *The law of trusts*, (éd. 11). Londres : Pitman ; SCOTT, A.-W. (1967). *The law of trusts* (éd. 3). Boston : Little Brown ; LEWIN, T. (1964). *Trusts* (éd. 16). Londres : Sweet & Maxwell ; HANDBURRY, H.-G. & MARTIN, J.-E. (1997). *Modern Equity* (éd. 15). Londres ; Sweet & Maxwell ; Cités par PAPANDREOU-DETERVILLE, M.-F., *op. cit.*, p. 416.

³¹³ Exemples : *Smith v. Andersson* [1880], 15 Ch. D. 247 ; *Re Marshall's Will trusts* [1945], 1 All. E.R. 550 ; *Green v. Russell* [1959] 2 All. E.R. 525 ; Cités par PAPANDREOU-DETERVILLE, M.-F., *op. cit.*, p. 416.

³¹⁴ *Ibid.*, p.417 suiv..

A titre de simplification, on peut admettre que le *trust* engendre à la charge du *trustee* une obligation équitable, c'est-à-dire reconnue et exécutée en *Equity*, de détenir des biens et les gérer dans l'intérêt des bénéficiaires³¹⁵ ou dans un but déterminé charitable ou non. Plus précisément, il s'agit d'« une obligation équitable, liant une personne, appelée le *trustee*, en vue de gérer des biens sur lesquels elle exerce un contrôle, appelés les biens du *trust*, pour le bénéfice de personnes appelées bénéficiaires [...], dont il peut être l'une d'elles et de quiconque peut exiger l'exécution de l'obligation »³¹⁶.

Les biens détenus par le *trustee* forment une universalité distincte de son patrimoine propre, et les bénéficiaires jouissent non seulement de droits personnels, mais aussi de droits réels. Grâce aux premiers, ils peuvent contraindre le *trustee* à agir conformément à l'acte constitutif et les seconds leur permettent, à certaines conditions, de suivre les biens détenus en *trust*.

Il faut insister sur la distinction entre la gestion qui revient au *trustee*, et la jouissance qui est conférée au bénéficiaire : le *trustee* a la propriété-gestion, alors que le bénéficiaire a la propriété-jouissance.

Le *trust* est une institution qui est née de la confiance, comme son nom l'indique³¹⁷, confiance que la personne qui constitue le *trust*, le *settlor*, a dans le *trustee* à qui elle transfère la propriété d'un certain bien à charge d'en remettre le revenu ou le capital dans certaines conditions au bénéficiaire qui peut être le constituant lui-même ou d'autres personnes.

Rappelons, à toutes fins utiles, qu'il est également né de la fraude, car il a été imaginé pour tourner certaines interdictions ou éviter des taxes importantes en matière de transferts de fiefs à l'époque élisabéthaine. C'est d'ailleurs, au moins en partie, pour cette raison historique que le législateur français se méfie du *trust*...

B La comparaison avec les concepts français

Si l'on écarte bien évidemment l'assimilation pure et simple du *trust* à la fiducie française³¹⁸, force est de constater qu'il est également très difficile rattacher le *trust* aux catégories existantes du droit français.

³¹⁵ Depuis le *Trustee Act 1925*, le *cestui que trust* est appelé bénéficiaire.

³¹⁶ BERAUDO, J.-P., *op. cit.*, citant le juriste anglais UNDERHILL.

³¹⁷ *To trust* (verbe) : faire confiance, se fier à ; *trust* (nom) : confiance.

³¹⁸ Voir *infra*.

En premier lieu, le *trust* n'est pas un contrat, en ce sens qu'il ne naît pas d'un accord de volontés³¹⁹ : au contraire, c'est un acte unilatéral qui ne prend effet que par la seule volonté du constituant, et si le *trustee* refuse ses fonctions ou ne les exécute pas de la façon prévue, il est purement et simplement remplacé. Au demeurant, il n'y a aucune contrepartie au transfert des biens du constituant vers le *trustee*, alors que la contrepartie est la *consideration* en droit anglais. Enfin, le transfert des biens fait éclater le droit de propriété, le *trustee* recevant le titre, la propriété légale (*legal ownership*), dans un patrimoine cependant séparé du sien, tandis que le bénéficiaire reçoit la propriété équitable (*equitable ownership*), alors que cet éclatement ne se produit normalement pas dans un contrat³²⁰.

En second lieu, le *trust* n'est pas un mandat dans la mesure où le *trustee* est propriétaire légal des biens mis en *trust*, ce qui antinomique du mandat. Par ailleurs, en droit français, « le contrat [de mandat] ne se forme que par l'acceptation du mandataire »³²¹, or dans le *trust*, l'acceptation du *trustee* n'est pas « un élément constitutif du *trust* ». En outre, contrairement au mandat, le *trust* ne s'éteint pas par révocation ou décès du *trustee* ou du constituant³²².

II Les typologies de trusts

Il existe plusieurs façons de classer les différentes espèces de *trusts*, sachant qu'il existe des chevauchements entre les catégories. Il n'existe pas d'unanimité quant à la classification des *trusts* et « les noms des différents *trusts* sont des termes commodes plutôt que techniques »³²³. En ce qui nous concerne, nous retiendrons, deux formes de *trust* : le *trust* légal (A) et le *trust* volontaire (B).

A Le trust légal

Le *trust* légal (*statutory trust*) est imposé par la loi ou par le juge dans certains cas particuliers, par exemple en cas de faillite, de copropriété immobilière, de gestion de biens de

³¹⁹ C. civ. art. 1101 : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. ».

³²⁰ BERAUDO, J.-P., *op. cit.*, et BERAUDO, J.-P., & TIRARD, J.-M. (2006). *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*. Genève: Academy & Finance SA.

³²¹ C. civ. art. 1984.

³²² BERAUDO, J.-P., *op. cit.*.

³²³ PAPANDREOU-DETERVILLE, M.-F., *op. cit.*, p. 430.

mineurs ou encore de succession *ab intestat*³²⁴. Chacun de ces *trusts* a son propre régime juridique, élaboré par le législateur³²⁵.

Par exemple, dans le cadre d'une succession *ab intestat* et dans les systèmes anglo-américains, ladite succession fait toujours l'objet d'une administration sous contrôle judiciaire. La notion de saisine des héritiers ou légataires universels n'existe pas. Les biens sont transférés à un administrateur nommé ou agréé par le tribunal qui les tient en *trust* à charge de remettre le reliquat aux ayants-droit une fois les dettes et taxes payées. Lorsqu'il tient les biens en *trust*, l'administrateur successoral a, comme en cas de *trust* volontaire, un titre légal qui lui donne un véritable droit de propriété et les héritiers ou légataires ont la condition de bénéficiaires³²⁶.

B Le trust volontaire

Le *trust* volontaire, quant à lui, trouve son origine dans un acte juridique synallagmatique ou unilatéral. On compte les *trusts* publics (ou à but charitable) constitués à des fins de bienfaisance et les *trusts* privés créés au profit de bénéficiaires. Une catégorie intermédiaire est constituée des *trusts* à but non charitable ou *trust* privé qui, exceptionnellement, sont créés à une fin déterminée et non pour des bénéficiaires³²⁷.

Citons par exemple, le *trust inter vivos* : il est réalisé au moyen d'un acte entre vifs par lequel le *settlor*³²⁸ transmet de son vivant au *trustee* les biens qui en sont l'objet, à charge pour ce dernier de les administrer et éventuellement de lui reverser les revenus du capital sa vie durant, puis de transmettre à son décès, ou plus tard encore, le bénéfice du *trust* aux bénéficiaires désignés dans les conditions fixées. Établi pour organiser une transmission à cause de mort dans les rapports entre le *settlor* et les bénéficiaires désignés, il procède, pour autant, d'une transmission entre vifs dans les rapports entre le *settlor* et le *trustee*. Pour cette raison on parle à son sujet de *trust inter vivos*.

Le *trust* à finalité successorale peut aussi être réalisé au moyen d'un testament par lequel est désigné un *trustee* qui tiendra les biens successoraux en *trust* au bénéfice des

³²⁴ Dévolution successorale légale, c'est-à-dire lorsque le défunt n'a pris aucune disposition de dernières volontés (testament, donation entre époux de biens à venir).

³²⁵ PAPANDREOU-DETERVILLE, M.-F., *op. cit.*, p. 430.

³²⁶ DROZ, G., & REVILLARD, M. (2018). Libéralités, Donations, Trusts (fasc. 20). *JCL Civil Code, App. Art. 893 à 1100*, faisant référence à PETITJEAN, H. (1959). *Fondement et mécanisme de la transmission successorale en droit français et anglais*, Thèse, Paris, p. 87.

³²⁷ PAPANDREOU-DETERVILLE, M.-F., *op. cit.*, p. 430.

³²⁸ DROZ, G., & REVILLARD, M., *op. cit.*.

héritiers ou d'autres personnes et leur reversera le revenu ou le capital suivant les modalités fixées par le testament. Dans ce cas, le *trust* opère entièrement à cause de mort tant à l'égard du *trustee* que des bénéficiaires : il ne se réalise qu'au décès du constituant.

III Le mécanisme du *trust* quant à la propriété

Le *trustee* devient légalement propriétaire des biens livrés par le *settlor* (A), il a la *legal ownership*, il peut les administrer et en disposer librement en droit. Toutefois les biens objets du *trust* sont distincts du patrimoine personnel du *trustee* et sont donc soustraits à l'action de ses créanciers personnels (B).

Le bénéficiaire du *trust*, de son côté, n'est pas réduit au rang du simple créancier. Ses droits sont protégés « en équité » contre les actions du *trustee*, il a une *equitable ownership* et il peut faire valoir certains droits de distraction ou de suite. Mais les biens mis en *trust* sont également soustraits à ses propres créanciers, car ils n'entrent pas dans son patrimoine (C).

A La propriété et le *settlor*

Une fois le *trust* constitué, le constituant n'a plus aucun droit de propriété ou de pouvoir quelconque sur les biens objets du *trust*. Il en a transféré la propriété, et ils ne lui appartiennent plus. Il ne peut même pas révoquer le *trust*³²⁹, ni même le faire exécuter. Le sort du *trust* est entre les mains du bénéficiaire, lequel dispose, seul, du pouvoir d'exiger du *trustee* qu'il remplisse la mission dont il a la charge et édictée par le *trust*.

Cependant, dans le cadre d'un *trust inter vivos*, le constituant peut continuer à jouer un rôle dans le *trust*, non pas en sa qualité de constituant, mais de bénéficiaire ou de *trustee*, puisqu'il lui est possible de cumuler ces fonctions.

Lorsque le constituant est également *trustee*, il « déclare unilatéralement qu'il détient une partie de ses biens en tant que *trustee* dans l'intérêt des bénéficiaires, ses créanciers par exemple. Cette déclaration entraîne la division de son patrimoine en deux et l'affectation d'une des parties au but poursuivi par le *trust* »³³⁰. Il ne peut alors pas être le seul bénéficiaire, mais il peut faire partie *des* bénéficiaires. Ce sont alors les bénéficiaires dans leur ensemble

³²⁹ Sauf si le *trust* le prévoit.

³³⁰ PAPANDREOU-DETERVILLE, M.-F., *op. cit.*, p. 512.

qui s'assurent que le *trustee* exécute bien sa mission. Il peut également tout à fait être le premier bénéficiaire, par exemple dans le cadre de l'organisation de sa succession.³³¹

En tout état de cause, si le constituant se réserve des pouvoirs trop importants concernant le contrôle des biens mis en *trust*, et/ou la révocation dudit *trust*, il court le risque de voir le *trust* annulé par le juge, et requalifié en simple mandat révocable³³². En revanche, le constituant, agissant alors comme protecteur du *trust*, peut tout à fait se réserver le droit de désigner le nouveau *trustee*, ou de lui donner des instructions, ou encore de modifier les bénéficiaires³³³. Ainsi, on voit bien que le constituant, bien que n'ayant plus aucun droit de propriété sur les biens mis en *trust*, conserve néanmoins certains pouvoirs sur eux.

Également, il faut reconnaître que, dans le cadre d'un *trust* testamentaire, le constituant, bien que décédé, marque toujours le *trust* pendant encore une certaine durée, en ce sens qu'il lui est possible d'imposer sa volonté à ses héritiers sur deux générations³³⁴, ce qui peut représenter une durée assez longue.

B La propriété et le trustee

C'est l'acte constitutif du *trust* qui détermine quelles sont les obligations, tâches et pouvoirs confiés au *trustee* pour accomplir la mission qui lui est confiée. D'une façon générale, le *trustee* a l'obligation de se conformer audit acte constitutif, d'agir avec diligence (*duty of care*), d'agir conjointement avec les autres *trustees* s'il en est, de ne pas faire entrer en conflit son devoir de *trustee* et ses intérêts personnels, de maintenir le capital qui lui est confié et d'investir, de distribuer revenus et capital au bénéficiaire, ou encore de rendre comptes³³⁵. Il a également de larges pouvoirs pour accomplir sa mission puisqu'il dispose des pouvoirs d'administration comme la gestion et l'entretien, mais également de disposition, notamment de vente³³⁶.

« C'est toutefois le fait d'être investi de l'*estate* de *Common law* qui caractérise [son] statut particulier de propriétaire-gestionnaire au profit [du] bénéficiaire [...] »³³⁷. En effet, le

³³¹ *Ibid.*, p. 512.

³³² C'est souvent l'administration fiscale qui demande cette requalification lorsque le constituant se réserve les pouvoirs cumulés de révoquer le *trust* et de contrôler les biens : *Ibid.*, p. 513.

³³³ *Ibid.*, p. 513.

³³⁴ Voir *supra* concernant le *Rules against Perpetuities*.

³³⁵ PAPANDREOU-DETERVILLE, M.-F., *op. cit.*, p. 520 suiv..

³³⁶ *Ibid.*, p. 538 suiv..

³³⁷ *Ibid.*, p. 514.

constituant transfère au *trustee* la propriété des biens en *trust*, et le droit de propriété du *trustee* est soumis aux mêmes privilèges et charges que lui, en particulier, c'est à lui qu'il incombe d'intenter les actions destinées à protéger ledit droit de propriété lorsqu'il est en possession des biens en *trust*³³⁸. Le *trustee* est également celui qui a qualité pour se déclarer comme créancier en cas de faillite d'un débiteur du *trust* auquel il prend part, et c'est lui qui conserve les différents titres de propriété (*deeds*). Également, lorsque l'acte constitutif donne pour mission au *trustee* de gérer une affaire pour le compte de bénéficiaires, il peut être amené à conclure des contrats, en particulier de prêt, et il engage alors sa responsabilité personnelle en cas de non-remboursement : le contrat ne lie pas directement l'universalité des biens en *trust*.³³⁹

Cependant, le droit de propriété du *trustee* est « différent de celui dont est investi le tenancier en fief simple absolu en possession puisque le *trustee* exerce les prérogatives attachées à ce droit, non dans son intérêt, mais dans celui des bénéficiaires »³⁴⁰.

Ainsi, il doit garder les biens du *trust* de manière séparée de son propre patrimoine ainsi que de tout autre *trust* dont il pourrait être *trustee*, de sorte que chaque masse, qui forme une universalité propre de bien, soit à l'abri des saisies des créanciers des autres masses. En outre, son droit de disposition n'est pas complet puisqu'il ne peut pas détruire le bien mis en *trust* ou en faire donation. Ce n'est également pas lui qui supporte la perte dudit bien par vol ou disparition par cas fortuit. Le *trustee* n'a également aucun droit sur l'universalité des biens prise en tant que richesse, puisqu'il n'exerce pas le droit de propriété à son profit, mais dans l'intérêt du bénéficiaire.³⁴¹

C La propriété et le bénéficiaire

Si le bénéficiaire contrôle l'exercice par le *trustee* de ses obligations, contrôle ses pouvoirs et peut même mettre fin au *trust* ou en modifier les stipulations³⁴², il a surtout un droit de jouissance portant sur la richesse de l'universalité des biens en *trust*. En effet, le *trust* est un des moyens de « répartir entre plusieurs personnes les différentes utilités [de la propriété]. Le *trustee* qui est investi de l'*estate* de *Common law* a le contrôle des biens du

³³⁸ Lorsque c'est le bénéficiaire qui en a la possession, alors l'un ou l'autre peut agir.

³³⁹ PAPANDREOU-DETERVILLE, M.-F., *op. cit.*, p. 560.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 558.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 561.

³⁴² *Ibid.*, p. 563 suiv..

trust, non dans son propre intérêt, mais dans l'intérêt de celui du bénéficiaire. Sa propriété est une propriété que l'*Equity* a réduite à un service. Face à cette propriété-gestion, le bénéficiaire a une propriété ne lui conférant guère d'emprise sur les biens, mais se résumant à la jouissance des revenus qu'ils produisent grâce à l'administration du *trustee*. »³⁴³

Cependant, « lorsque le *trust* est simple (*bare*) et qu'il existe un seul bénéficiaire capable, le droit de ce dernier s'apparente à la propriété pleine et entière, le *trustee* détenant seulement le titre de *common law* de manière nominale. Il est tenu de transférer les biens en *trust* au bénéficiaire dès que celui-ci le demande. Il en va de même d'un *trust* dont tous les bénéficiaires, étant majeurs et capables et ayant entre eux la totalité du droit équitable, décident de mettre fin au *trust*. Dans ces situations, le ou les bénéficiaires sont les propriétaires auxquels il ne manque que le titre de *Common law* pour avoir la propriété complète. Les *trustees* ne sont dès lors que des conduits par lesquels passent les biens en attendant d'atteindre leurs véritables titulaires. »³⁴⁴

En tout état de cause, la question s'est posée par le passé de savoir si le droit du bénéficiaire est un droit réel ou personnel. Le débat ne portait pas sur les relations entre les parties, mais sur leurs effets vis-à-vis des tiers. Les partisans d'un droit réel estimaient que le bénéficiaire disposait d'un véritable droit de propriété, le droit réel du *trustee* n'étant finalement attaché qu'au titre, sans véritable effectivité, le *trustee* n'étant qu'un simple mandataire qui gère et administre les biens d'autrui. Les partisans d'un droit personnel estimaient, quant à eux, que le droit du bénéficiaire se limitait au bénéfice de l'obligation du *trustee*. Ce dernier, seul propriétaire des biens du *trust*, était tenu d'une obligation personnelle envers le bénéficiaire, lequel ne pouvant alors lui-même disposer que d'un droit personnel, pour autant opposable aux tiers en vertu de l'*Equity*. Le législateur et le juge ont tranché pour un droit réel (*interest*) équitable³⁴⁵. Pour autant la controverse existe toujours : pour certains, le bénéficiaire n'a qu'une chose mobilière incorporelle (*chose in action*) lui permettant d'agir contre le *trustee*, alors que pour d'autres, son véritable droit de propriété se justifie

³⁴³ *Ibid.*, p. 575.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 515.

³⁴⁵ *Law of property Act 1925* et *Baker v. Archer-Shee (1927)*, cités par PAPANDREOU-DETERVILLE, M.-F., *op. cit.*, p. 574.

notamment par l'importance des prérogatives dont il jouit, en particulier celle de pouvoir modifier le *trust* ou d'y mettre fin³⁴⁶.

En tout état de cause, certains considèrent « le droit du *cestuy que trust* comme un droit à mi-chemin entre le droit personnel et le droit réel, qui n'est purement ni l'un ni l'autre mais qui participe des deux »³⁴⁷. Certains vont même jusqu'à employer le terme de « quasi droit réel » pour qualifier les droits du bénéficiaire du *trust*³⁴⁸.

Ceci étant précisé, la question se pose désormais de savoir comment sont appliqués en France les *trusts* valablement constitués à l'étranger.

Section 3 L'application en France des *trusts* étrangers

Il nous semble pertinent que le fait de faire produire, en France, des effets à des *trusts* constitués à l'étranger, a pu concourir à l'ouverture de la sphère juridique française quant à l'appréhension du *trust*, et a pu ainsi jouer un rôle dans l'admission de la propriété économique en droit français (I), tout comme le fait de taxer en France ces *trusts* (II).

I La méthode de l'adaptation juridique

S'il n'est pas possible de constituer un *trust* de droit français (l'institution n'existant pas, en tant que telle, dans notre droit), les tribunaux français, ont, en revanche, souvent été confrontés au *trust*. En effet, le droit international privé impose de qualifier la relation juridique afin de donner une réponse au conflit de lois existant. Cette relation juridique va ainsi se fondre dans une catégorie de rattachement du *for*, et ce rattachement doit s'effectuer même si le droit interne ne connaît pas ce concept étranger. « Il convient donc d'utiliser la méthode d'interprétation théologique afin de traduire le mécanisme étranger dans une

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 574 suiv.. Ces pouvoirs n'existent cependant pas aux États-Unis, ils ne peuvent pas être la marque distinctive du *trust* ; en outre, l'Écosse et les États-Unis ne reconnaissent pas la dualité entre *Common law* et *Equity*.

³⁴⁷ CROCQ, P., *Propriété et Garantie*, *op. cit.*, p. 155, citant BATIFFOL, H. (1976). *Trusts - The trust problem as seen by a french lawyer*. In « *Choix d'articles* ». LGDJ, p. 241 et 243.

³⁴⁸ ELLAND-GOLDSMITH, M. (1991). *Le trust : ses emplois bancaires et financiers. La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens : Allemagne, Angleterre, Lichtenstein, Luxembourg, Suisse : colloque organisé le 29 novembre 1990*. Paris: Bulletin Joly (n° 4 bis), p. 70.

catégorie du *for* »³⁴⁹ (B), du moins tant que la France n'a pas ratifié la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 (A).

A L'inapplication de la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985

La Convention de la Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance³⁵⁰, du 1^{er} juillet 1985, a été signée par l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas, ainsi que la France le 26 novembre 1991, et est entrée en vigueur après sa ratification par l'Australie, l'Italie et la Grande-Bretagne. Certaines provinces du Canada l'ont à leur tour ratifiée le 1^{er} janvier 1993, suivies des Pays-Bas le 1^{er} février 1996, de Malte le 1^{er} mars 1996, d'Hong-Kong le 1^{er} septembre 1997 et du Luxembourg le 27 juillet 2003³⁵¹. En revanche, la France, bien que pays signataire, ne l'a jamais (ou pas encore...) ratifiée.

1 Le contenu de cette Convention

Dans un premier temps, la Convention dont il s'agit ici tente de définir le *trust*³⁵² en son article 2 : « Aux fins la présente convention, le terme “*trust*” vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant - par acte entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le *trust* présente les caractéristiques suivantes :

- a) les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee* ;
- b) le titre relatif aux biens du *trust* est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee* ;
- c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer et de disposer des biens selon les termes du *trust* et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

³⁴⁹ BARRIERE, F. (2004). *La réception du trust au travers de la fiducie*. Paris: Litec, p.116.

³⁵⁰ BERAUDO, J.-P. (1992). Les *trusts* anglo-saxon et le droit français. *LGDJ, Droit des affaires 1992* (n° 373) ; REVILLARD, M. (1986). La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au *trust* et sa reconnaissance. *Defrénois 1986* (art. 33731) ; MAERTEN, L. (1988). Le régime international du *trust* après la Convention de La Haye. *JCP N 1988* (n° 41).

³⁵¹ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, p.174.

³⁵² Sur les difficultés de donner une définition complète et exhaustive du *trust*, voir *supra*.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un *trust* ».

En réalité, il s'agit plus d'une description du *trust* que d'une définition³⁵³, description qualifiée par certains d'empirique et de « porte d'accès à la convention »³⁵⁴. Le champ d'application de cette Convention se limite par ailleurs au *trust* exprès, c'est-à-dire créé volontairement, sauf la possibilité donnée aux États qui le souhaitent de l'étendre aux *trusts* créés par décision de justice³⁵⁵.

Aux termes de cette Convention, la loi applicable au *trust* est celle choisie par le seul constituant³⁵⁶, ou à défaut de choix, celle avec laquelle le *trust* a les liens les plus étroits déterminés selon un faisceau d'indices³⁵⁷. La loi ainsi désignée est celle directement applicable, le renvoi n'étant pas admis.

La conséquence immédiate est que le *trust*, constitué conformément à la loi déterminée comme étant applicable par la Convention, « sera reconnu en tant que *trust* »³⁵⁸, ce qui signifie qu'il ne sera plus nécessaire d'essayer de le faire entrer dans l'une des catégories juridiques des États ne le connaissant initialement pas : le *trust* sera reconnu en tant que tel³⁵⁹, ainsi les « traductions » approximatives du *trust* en « langage national », et leurs conséquences, seront évitées. Le *trust* devient ainsi, en lui-même, une catégorie autonome de rattachement, supplémentaire.

La France, pourtant signataire de la Convention, ne l'a pourtant pas ratifiée.

³⁵³ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p.179, citant en particulier GAILLARD E. & TRAUTMAN (1986). La Convention de la Haye du 1 juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance. *RCDIP* (n° 1).

³⁵⁴ BERAUDO, J.-P., & TIRARD, J.-M., *op. cit.*, p. 369.

³⁵⁵ Articles 2 et 20 de ladite Convention.

³⁵⁶ A ce sujet, voir BERAUDO, J.-P., & TIRARD, J.-M., *op. cit.*, p. 376.

³⁵⁷ Articles 6 et 7 de ladite Convention. En cas de désignation par le constituant d'une loi dont le système juridique ne connaît pas le *trust*, la loi applicable est celle avec laquelle *trust* a les liens les plus étroits conformément à l'article 7 (article 6 al. 2).

³⁵⁸ Article 11 de ladite Convention.

³⁵⁹ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p.183, citant JACQUET M-J (1994). Aperçu de l'œuvre de la Convention de la Haye de droit international privé dans le domaine économique. *RCDIP* (n° 5).

2 La non-ratification par la France de cette Convention : des raisons indépendantes de la structure de la propriété

Aussi la Convention s'applique aux *trusts* à proprement parler, mais également aux institutions *structurellement* analogues au *trust*.

Cependant, la question s'est posée de savoir si les institutions qui, dans leur structure, ne sont pas des *trusts*, mais qui leur sont cependant fonctionnellement équivalentes³⁶⁰ étaient également concernées. Si, pour certains, la Convention ne peut pas s'appliquer aux outils juridiques qui ne sont « que » *fonctionnellement* comparables au *trust*³⁶¹, et en premier lieu la fiducie dans la mesure où elle ne procède pas d'un démembrement de la propriété et qu'elle nécessite un accord de volonté entre constituant et fiduciaire, il semblerait que la majorité des auteurs considèrent que la Convention s'applique à toute institution, y compris dans les pays de droit civil, répondant aux caractéristiques posées par son article 2³⁶², le *trust* n'opérant lui-même aucun démembrement de propriété - mais procédant d'une dualité de propriétés - et certains d'entre eux s'apparentant, dans les faits, à des échanges de consentements³⁶³.

Un autre obstacle aurait également pu tenir à la dualité des droits (*Common law* et *Equity*) dans le *trust*, dualité qui ne se retrouve pas dans les pays de droit civil. Or la « définition » du *trust* donnée à l'article 2 de la Convention ne mentionne nullement, dans ses caractéristiques, la distinction de droits reconnus en *Common law* et de droits reconnus en *Equity*. Cette absence militerait donc en faveur de la thèse selon laquelle la dualité de droits applicables n'est pas caractéristique du *trust*.³⁶⁴

En tout état de cause, le fait que la France n'ait pas ratifié la Convention pouvait se comprendre avant que la fiducie ne soit introduite dans son droit en 2007³⁶⁵, à défaut d'institution semblable au *trust* en droit interne. Mais force est de constater que, plus de dix ans après, cette ratification n'a toujours pas eu lieu.

³⁶⁰ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., p.185.

³⁶¹ FAMILY R. (2000), *L'acte de fiducie. Étude de droit interne et de droit international privé*, th. Paris II, cité par BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., p.186.

³⁶² Précité.

³⁶³ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., p.186.

³⁶⁴ *Ibid.*, p.188.

³⁶⁵ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

Une réponse ministérielle³⁶⁶ donne l'explication suivante « La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, signée par la France le 26 novembre 1991, contient des dispositions sur la loi applicable au *trust* et règle certaines difficultés relatives à sa reconnaissance. Son objectif est de faciliter le traitement du *trust* par les juges des pays qui ignorent cette institution. Si l'objet principal de la convention de La Haye est le *trust* des pays de *Common law*, la définition large retenue à l'article 2 de la convention permet de l'appliquer à des institutions structurellement comparables, existant dans des pays de tradition civiliste. Ainsi, au regard de la définition posée dans la convention de La Haye, la fiducie introduite en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 et complétée et modifiée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 et par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, est assimilable au *trust* puisqu'elle répond bien aux critères énoncés : des biens sont placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé ; les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee* ; le titre relatif aux biens du *trust* est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee* ; le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du *trust* et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi. Il en ressort que la fiducie française devrait bénéficier de la reconnaissance prévue par la convention de La Haye au profit du *trust* et des institutions qui lui sont apparentées [...] ».

Tout est dit.

Cependant, comme le poursuit ladite réponse ministérielle « [...] La décision de ratifier la convention de La Haye nécessite une réflexion approfondie. En effet, les *trusts* constitués à l'étranger devant alors être reconnus en droit interne, il convient de s'assurer que cela n'aboutira pas à une reconnaissance sans réserve, en France, de *trusts* de droit étranger qui ne seraient pas soumis aux mêmes règles - notamment de transparence, de lutte contre la fraude, l'évasion fiscale et le blanchiment - que celles imposées à la fiducie de droit français, dans des conditions qui viendraient concurrencer cette institution. La mesure de sauvegarde prévue à l'article 13 de la convention, permettant de ne pas reconnaître un *trust* dont les éléments significatifs sont rattachés plus étroitement à des États qui ne connaissent pas l'institution du *trust* ou la catégorie de *trust* en cause, ne pourrait être invoquée par la France, dès lors qu'elle possède désormais une institution, la fiducie, répondant aux caractéristiques posées par l'article 2 de la convention. Il est alors à craindre que la ratification n'entraîne une fuite à

³⁶⁶ Rép. min. Grosdidier JO Sénat 5 mai 2016, n° 16451 (préalablement : Rép. min. Marini JO Sénat 8 janv. 2009, n° 06210).

l'étranger d'opérations internes qui relèveraient du droit français et qui seraient ainsi soumises à un droit étranger que la France devrait reconnaître. Pour ces raisons, la question de la ratification de la convention de La Haye du 1er juillet 1985 fera l'objet d'une analyse précise dans les mois qui viennent ».

En tout état de cause, il ressort de ces lignes que le refus de ratifier ladite Convention, pour l'instant, n'a pas pour origine une aversion au *trust*³⁶⁷, ni même une incompatibilité entre le *trust* et la fiducie française, ou même une allergie à la superposition de propriétés dans le *trust* (*legal ownership, equitable ownership*), mais uniquement des craintes relatives à la transparence, à la lutte contre la fraude, à l'évasion fiscale et au blanchiment d'argent³⁶⁸.

Il ne faut cependant pas déduire que le défaut de ratification de cette Convention par la France empêche les *trusts* étrangers de recevoir une application en France, seulement la méthode est différente : il s'agit de « traduire » ce que représente le *trust* pour qu'il puisse se mouler dans l'une des institutions du droit français.

B L'assimilation du *trust* à l'une des catégories juridiques françaises

Les tribunaux français ont finalement souvent été confrontés au *trust*. Les premières décisions de jurisprudence apparaissent au milieu du XIX^{ème} siècle, et rares sont les décisions qui ont purement et simplement refusé de reconnaître les effets en France de *trusts* constitués à l'étranger, sauf en cas de violation de l'ordre public français ou de fraude à la loi³⁶⁹.

En réalité, au cas par cas, le juge retient le trait caractéristique du *trust* en cause puis transpose l'institution dans une catégorie du droit français³⁷⁰. Ainsi, le *trust* a pu être assimilé à un mandat³⁷¹, à une exécution testamentaire³⁷², à un contrat de mariage ou encore à une

³⁶⁷ La France ayant tout de même signé la Convention...

³⁶⁸ Notons que l'analyse qui devait avoir lieu « dans les mois qui viennent » n'a toujours pas eu lieu plus de trois ans après...

³⁶⁹ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p.122 suiv..

³⁷⁰ BERAUDO, J.-P., *Trust*, *op. cit.*, et BERAUDO, J.-P., & TIRARD, J.-M., *op. cit.*, p. 333 : A ce sujet, il est important de noter qu'il a été jugé que les pouvoirs d'administration du *trustee*, investi dans un testament homologué par le tribunal des successions et des tutelles du comté de New York, devaient être reconnus « indépendamment de toute déclaration d'exequatur » du moment que des actes d'exécution forcée ne sont pas accomplis en France (Cass. civ. 1^{ère} 3 nov. 1983 n° 82-14003).

³⁷¹ Pour faciliter le paiement d'une pension à une femme séparée (T. civ. Seine, 26 déc. 1894), organiser la masse des obligations d'une société britannique (Civ. 1^{re}, 19 fév. 1908), gérer une succession au-delà des obligations normales d'un exécuteur testamentaire (T. civ. Seine, 19 déc. 1916), gérer la fortune d'une femme mariée (Paris, 18 avr. 1929).

³⁷² T. civ. Nice, 2 mai 1905, T. Seine, 22 mars 1967, TGI Bayonne, ord. 1^{er} prés., 28 avr. 1975, Cass. civ. 1^{ère} 3 nov. 1983 n° 82-14003.

donation indirecte³⁷³, qualifications dans lesquelles il ne se moule cependant pas parfaitement³⁷⁴.

Un second courant, plus récent, tendrait à mieux respecter la nature particulière du *trust* en n'essayant pas de le fondre à tout prix dans une catégorie juridique française³⁷⁵ : ainsi, la chambre commerciale a admis qu'un *trustee*, soumis à la loi de New York, produise à une procédure collective en France, en tant que tel, même s'il était ensuite « tenu de redistribuer les sommes reçues aux porteurs de titres de créance »³⁷⁶. La reconnaissance du *trust* en tant que tel et, par voie de conséquence, de la qualité du *trustee* pour ester en justice, a été faite également sur le fondement de la convention de La Haye, considérée de fait comme une *ratio scripta*³⁷⁷. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a fait une référence expresse à la Convention dont elle reproduit l'article 2³⁷⁸. Également, le juge des tutelles de Paris 15^{ème} a validé la constitution d'un *trust* régi par la loi canadienne de Nouvelle-Écosse pour gérer les biens d'une incapable majeure, domiciliée dans sa circonscription, dont il contrôlait la tutelle^{379, 380}.

II L'application fiscale des trusts étrangers en France

Nonobstant la façon dont les *trusts* sont traités en France d'un point de vue juridique, le droit fiscal - autonome - ne les ignore pas³⁸¹.

Ainsi, à l'impôt sur le revenu³⁸², les produits distribués par un *trust*, quelle que soit la consistance des biens ou droits placés dans le *trust*, sont imposables³⁸³ en France à partir du moment où ils sont perçus par des personnes physiques domiciliées en France, et quel que soit le pays d'encaissement, en France ou à l'étranger. Ils le sont alors dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, en tant que valeurs mobilières étrangères. En revanche, les

³⁷³ Cass. civ. 1^{ère} 20 fév. 1996 n° 93-19855.

³⁷⁴ GODECHOT, S. (2004). *L'articulation du trust et du droit des successions*. Paris: Ed. Panthéon-Assas, p. 49, et PERRIN, J. (2006). *Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg*. Genève: Librairie Droz, p. 126 suiv..

³⁷⁵ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p.141.

³⁷⁶ Cass. com. 13 sept. 2011, n°s 10-25908, 10-25731 et 10-25533.

³⁷⁷ « Raison écrite ».

³⁷⁸ CA. Aix-en-Provence, 4 fév. 2004.

³⁷⁹ Paris, ord. J. tutelles, 3 nov. 2006.

³⁸⁰ BERAUDO, J.-P., *Trust*, *op. cit.*. Voir également BRENNER, C. (2017). Libéralités, Réserve héréditaire, Quotité disponible, Imputation des libéralités (fasc. 30). *JCL Civil Code*, Art. 912 à 930-5.

³⁸¹ *Mémento Fiscal*. (2018). Francis Lefebvre, n° 26505, 35730, 68670, 71150, 75965, 75977, 78275, 78307, et BERAUDO, J.-P., & TIRARD, J.-M., *op. cit.*, p. 399 suiv..

³⁸² CGI. art. 120 et 792-0 bis.

³⁸³ Après déduction de l'impôt étranger.

produits réinvestis dans un *trust* échappent, en principe, à la taxation au titre de l'impôt sur le revenu.

Concernant l'impôt sur les sociétés, une entreprise qui a transféré ou transfère hors de France, directement ou indirectement, par elle-même ou par l'intermédiaire d'un tiers, des éléments de son actif à une personne, à un organisme, dans un *trust* ou dans une institution comparable, en vue de les gérer dans son intérêt ou d'assumer pour son compte un engagement existant ou futur, comprend dans son résultat imposable les résultats qui proviennent de la gestion ou de la disposition de ces actifs ou des biens acquis en emploi³⁸⁴.

En termes de droits d'enregistrement, si la transmission réalisée par l'intermédiaire du *trust* peut être *fiscalement* qualifiée de donation ou de succession³⁸⁵, alors cette transmission est soumise aux droits de mutation à titre gratuit en fonction du lien de parenté existant entre le constituant et le bénéficiaire individuellement identifié, dans les conditions de droit commun. En revanche, si une part déterminée des biens, droits ou produits capitalisés est due *globalement* à des descendants du constituant, cette part est soumise à des droits de mutation à titre gratuit par décès au taux unique de 45 %³⁸⁶. C'est alors l'administrateur du *trust* qui est soumis aux obligations déclaratives.

Au sujet de l'impôt sur la fortune immobilière (IFI), les actifs immobiliers placés dans un *trust* sont compris, pour leur valeur vénale nette au 1^{er} janvier de l'année d'imposition, dans le patrimoine du constituant ou du bénéficiaire réputé être un constituant³⁸⁷ sauf si le constituant rapporte la preuve que les biens en cause ne lui confèrent aucune capacité contributive, cette preuve ne pouvant cependant pas résulter uniquement du caractère irrévocable du *trust* et du pouvoir discrétionnaire de gestion de son administrateur³⁸⁸. La taxation à l'IFI ne concerne toutefois ni les *trusts* « caritatifs » ni les *trusts* « retraite »³⁸⁹, selon l'administration³⁹⁰.

Par ailleurs, la taxe annuelle de 3 % sur les immeubles³⁹¹ concerne³⁹² toutes les entités juridiques qui, directement ou par entité interposée, qui sont à prépondérance immobilière et qui possèdent un ou plusieurs immeubles en France, ou des droits réels portant sur ces biens,

³⁸⁴ CGI. art. 238 *bis*-0 I, et Annexe III du CGI. art. 64 *bis* à 64 *quater*.

³⁸⁵ Que les biens, droits ou produits capitalisés restent dans le *trust* ou non.

³⁸⁶ CGI. art. 792-0 *bis* et 777.

³⁸⁷ CGI. art. 970.

³⁸⁸ Cons. const. 15 déc. 2017 n° 2017-679 DC (QPC).

³⁸⁹ BOI-PAT-ISF-30-20-30 n° 50.

³⁹⁰ Voir BOI-PAT-ISF-30-20-30 n° 50. Il existe un régime particulier en cas de défaut de déclaration des actifs placés dans le *trust*.

³⁹¹ Plus précisément sur la valeur vénale des immeubles.

³⁹² Sauf cas d'exonération.

qu'elles soient françaises ou étrangères, et qu'il s'agisse de personnes morales, organismes, fiducies ou institutions comparables et en particulier les *trusts*.³⁹³

En outre, l'administrateur d'un *trust*, dont le constituant ou l'un des bénéficiaires a son domicile fiscal en France au 1^{er} janvier de l'année considérée, ou qui comprend un bien ou un droit qui y est situé, ou s'il est lui-même domicilié en France, doit en déclarer la constitution, la modification ou l'extinction, ainsi que le contenu de ses termes, dans le mois suivant l'événement. De plus, il doit déclarer au plus tard le 15 juin de chaque année la valeur vénale au 1^{er} janvier des biens, droits et produits. Le non-respect de ces obligations déclaratives est sanctionné par une amende de 20 000 €, avec solidarité du constituant et des bénéficiaires avec l'administrateur, ainsi qu'une majoration éventuelle de 80 % sur tous les rappels d'impôt résultant du défaut de déclaration. Un registre public des *trusts* recense les informations déclarées, mais il n'est accessible qu'à certaines autorités dans le cadre de leurs missions : cellule de renseignement financier nationale, autorités judiciaires ou encore agents habilités des douanes et des finances publiques.³⁹⁴

³⁹³ CGI. art. 990 D à 990 G.

³⁹⁴ CGI. art. 1649 AB, 1736, IV *bis* et 1754, V-8.

|| CONCLUSION DU TITRE 1

La propriété économique tire ses origines de sources anciennes. Même si son existence fut jalonnée de hauts et de bas, on la retrouve finalement à toutes époques. Mécanisme connu des Romains, qui ne pratiquaient donc pas *que* la propriété exclusive, elle sera à son apogée à l'époque féodale puis sous l'Ancien régime. Or, contrairement à ce qui est communément admis, la Révolution ne la guillotina pas : les propriétés simultanées, certes sous une forme restreinte, survivront au-delà du Code civil de 1804, même si, par la suite, la doctrine, la jurisprudence et la pratique eurent tendance à vouloir l'oublier au profit d'autres mécanismes moins partisans.

Par la suite, au XX^{ème} siècle, époque à laquelle l'internationalisation des échanges, y compris juridiques, s'est accentuée, la propriété économique a refait surface en France sous la forme du *trust* : s'il n'est pas possible d'en constituer en France, les *trusts* étrangers trouvent néanmoins application sur le territoire, de sorte que la France s'est peu à peu réhabituaée au contact de la propriété économique. L'influence du *trust* n'a ensuite cessé de grandir.

Or il nous semble bien que la France s'en soit inspirée pour redécouvrir sa propre propriété économique, qu'elle avait oubliée depuis quelques siècles : le *trust* a été une inspiration.

Il lui a permis de se rappeler qu'elle connaissait elle aussi la propriété économique et il a très nettement influé sur la décision d'introduire en droit français la fiducie, « *trust* à la française »³⁹⁵.

L'on perçoit bien l'ironie de la situation : le régime des propriétés dissociées dans le *trust* anglais a, à l'origine, été importé de Normandie, pour finalement sombrer dans l'oubli en France suite à la Révolution³⁹⁶... mais pour y être redécouvert en 2007 sous une forme plus limitée.

³⁹⁵ Nous reviendrons plus tard sur le sens de cette expression : STAUB, A., & DELAVENNE, J.-F. (2007). Loi sur la fiducie : un *trust* à la française, mais à minima (de l'Anstalt à l'Ersatz). *La Revue Hammonds*, 20 fév. 2007.

³⁹⁶ Les années qui suivirent.

Si des raisons économiques, à l'origine en particulier de l'internationalisation du droit, en sont la cause, il faut insister sur le fait que les raisons historiques de sa précédente déchéance ne sont plus d'actualité aujourd'hui : réintégrer la propriété économique en droit français ne signifie évidemment pas un retour au droit féodal ou à l'Ancien droit³⁹⁷. Les raisons de la condamnation de la propriété économique suite à la Révolution ne sont pas les raisons de sa reviviscence aujourd'hui.

Ainsi, au fil du temps, la pratique, aidée du législateur, n'a cessé de mettre en place des opérations ayant pour effet l'instauration de propriétés économiques qui ne portent pas nécessairement leur nom³⁹⁸, parce que la société et ses pratiques ont évolué dans ce sens. Or le droit a fini lui aussi par suivre cette évolution en 2007 avec l'entrée fracassante de la fiducie dans l'ordre juridique français, et, par là-même, selon nous, la redécouverte de la propriété économique. Cependant, cette mise à jour de la propriété économique dans la fiducie l'a été de façon extrêmement restreinte.

³⁹⁷ D'ailleurs, les principaux États connaissant le *trust* sont des démocraties.

³⁹⁸ Nous verrons ces propriétés *infra*.

TITRE 2

LA REAPPARITION A *MINIMA* DE LA PROPRIETE ECONOMIQUE AU TRAVERS DE LA FIDUCIE

Ainsi, le concept de propriété économique n'est pas nouveau, le droit féodal et l'Ancien droit le connaissait, mais également, même si cela est plus étonnant, le droit romain - en parallèle de la propriété unitaire.

En droit français, des suites de la Révolution, et du moins jusqu'à l'introduction de la fiducie en 2007, la propriété unitaire a été mise en avant dans le Code civil, en son article 544, au détriment des superpositions de propriétés³⁹⁹.

Mais la fiducie, telle qu'elle a été prévue par le législateur a mis fin « officiellement »⁴⁰⁰ à ces quelques siècles de suprématie de la propriété unitaire unique, révélant ainsi de nouveau la possibilité de superposition de propriétés sur un même bien avec, d'une part, la propriété juridique, et d'autre part, la propriété économique.

Même si cette approche anticonformiste de la propriété, dans le cadre de la fiducie, a été source de nombreux débats, la fiducie a bel et bien revivifié la propriété économique après un longue période d'hibernation (Chapitre 1).

Cependant, même si le législateur a fait le choix final d'introduire la fiducie en droit français, il ne s'est décidé qu'après de nombreuses années de discussions et de doutes, et il n'a décidément pas vraiment oublié toutes ses craintes. En effet, la fiducie ainsi instituée, qui lui inspirait incertitude, inquiétude, et peur de la fraude fiscale, l'a finalement été dans un cadre juridique extrêmement serré et précis, laissant peu de place à l'imagination de la pratique quant à une utilisation optimale du mécanisme.

³⁹⁹ En tout état de cause sous les réserves que nous avons vu...

⁴⁰⁰ Nous verrons en effet *infra* qu'en réalité la propriété économique n'a jamais réellement disparu, mais c'est l'introduction de la fiducie en droit français qui l'a remise en lumière.

La conséquence première en est que la propriété économique, dans le cadre de la fiducie, est engoncée dans un carcan législatif bien trop étiqué pour elle, gâchant ainsi nombre de possibilités qu'elle aurait pourtant pu offrir (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LE CHOIX DE LA FIDUCIE COMME MOYEN DE REINTRODUIRE LA PROPRIETE ECONOMIQUE EN DROIT FRANÇAIS

Institution déjà connue du droit romain, qui a, par la suite, disparu du droit français, pour finalement ressusciter sous une forme un peu différente en 2007⁴⁰¹, pour les raisons que nous développerons (section 1), la fiducie permet, dans une relation triangulaire, le transfert de biens ou de droits du patrimoine d'une personne, dénommée *constituant*, vers celui d'une autre personne, le *fiduciaire*, dans l'intérêt d'une troisième, le *bénéficiaire* (section 4). Elle ressemble, par ses effets, à l'institution anglo-américaine du *trust* qui permet de faire assurer par un tiers la gestion d'éléments de son patrimoine au profit d'une autre personne, de façon séparée de son patrimoine personnel. Ainsi, la fiducie française s'inscrit dans la reconnaissance progressive du patrimoine d'affectation en droit français (section 2). Mais compte tenu du caractère, il faut bien le dire, explosif, de la fiducie, dans la mesure où elle a très vite été perçue comme un moyen d'évasion fiscale et d'atteinte à la réserve héréditaire, et puisqu'elle a marqué une certaine rupture dans l'idée que l'on se faisait alors de la propriété, organisant, ainsi que nous le pensons, le retour de la propriété économique en droit français, son introduction dans le droit français ne s'est pas faite sans heurts (section 3).

Section 1 Les raisons de l'introduction de la fiducie en droit français

De tout temps, le droit a circulé, soit en migrant avec les peuples eux-mêmes, soit de façon imposée par les conquérants⁴⁰². De nos jours, c'est « l'internationalisation économique [qui] a entraîné pour les acteurs économiques d'un pays donné une connaissance approfondie d'outils juridiques disponibles dans d'autres pays [...]. L'échange économique se traduit nécessairement par un acte juridique. Lorsque les parties sont localisées dans des systèmes juridiques différents, elles ont une tendance naturelle à se référer aux outils qui sont à leur disposition dans leur système national. Cependant, un seul droit aura finalement vocation à régir le lien juridique. [...] Certains pourront souhaiter avoir recours aux outils rencontrés et

⁴⁰¹ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

⁴⁰² Voir *infra* concernant le droit romain.

appréciés, dès lors qu'ils ont jugé que l'outil juridique étranger présente un avantage (ou moins d'inconvénients) que les outils mis à leur disposition par leur propre système de droit. Ce phénomène est donc un facteur d'incitation à la circulation des modèles juridiques [...] »⁴⁰³. Dans ces conditions, et dans un contexte d'internationalisation des échanges (II), le fait que des fiducies existent déjà dans d'autres pays de droit civil - et y soient appréciées - (I) a influé sur le droit français et l'introduction de ce mécanisme dans notre droit.

En effet, si le *trust* a été cité comme exemple pour la fiducie, notamment dans les travaux préparatoires, les droits des pays qui se sont inspirés du *trust* pour introduire dans leur droit des fiducies civilistes, l'ont été tout autant. « Les auteurs de la réforme [...] ont entendu consacrer une institution qui soit dans la mouvance de la fiducie des pays de tradition civiliste, sans perdre de vue les fonctions du *trust* »⁴⁰⁴.

I Les exemples appréciés de fiducies étrangères de pays de droit civil

Si jusqu'à présent la France était l'un des seuls pays à ne pas utiliser d'institution fiduciaire en Europe, tel n'est plus le cas. Il ne saurait être question ici de dresser une liste exhaustive des fiducies existant dans les systèmes civilistes, mais nous prendrons quelques exemples concernant le Luxembourg (A), l'Allemagne (B), l'Italie (C) et la province de Québec (D).

A Le Luxembourg

Le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983⁴⁰⁵ a institué un contrat nommé très restrictif : le contrat fiduciaire⁴⁰⁶. La fiducie luxembourgeoise a par la suite été réformée par une loi du 27 juillet 2003.

Le contrat fiduciaire est défini comme « un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec un établissement de crédit, le fiduciaire, que le fiduciaire sera rendu titulaire de

⁴⁰³ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 199.

⁴⁰⁴ WITZ, C., La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au *trust*, *op. cit.*, p. 1369 s..

⁴⁰⁵ Règlement à valeur législative, pris en application d'une loi d'habilitation du 24 décembre 1982.

⁴⁰⁶ HOSS, P. (1991). L'expérience luxembourgeoise. *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens : Allemagne, Angleterre, Lichtenstein, Luxembourg, Suisse : colloque organisé le 29 novembre 1990*. Paris: Bulletin Joly (n° 4 bis).

droits patrimoniaux (l'actif fiduciaire), mais que l'exercice de ces droits patrimoniaux sera limité par des obligations (le passif fiduciaire) déterminées par le contrat fiduciaire »⁴⁰⁷.

Aussi, la fiducie luxembourgeoise ne peut résulter que d'un contrat, ce qui a notamment pour conséquence qu'une personne ne peut se déclarer unilatéralement fiduciaire comme cela est le cas en matière de *trust* par une *self declaration of trust*.

Seuls les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les sociétés d'investissement à capital variable ou fixe, les sociétés de titrisation, les sociétés de gestion de fonds communs de placement ou de fonds de titrisation, les fonds de pension ainsi que les organismes nationaux ou internationaux à caractère public opérant dans le secteur financier, peuvent être fiduciaires, sous la surveillance de la commission de surveillance du secteur financier⁴⁰⁸.

Les obligations du fiduciaire sont prévues conventionnellement. Le contrat fiduciaire n'est cependant soumis à aucun formalisme, pas même un écrit, et aucune publicité en tant que telle n'est exigée, mais il conviendra de procéder aux formalités nécessaires qui sont spécifiques aux biens transmis : immeubles, brevets, aéronefs, bateaux, etc.⁴⁰⁹.

Les applications de la fiducie luxembourgeoise sont multiples, et en particulier pour réaliser des opérations financières, telles la gestion d'emprunts obligataires⁴¹⁰ : les prêteurs confient leurs fonds à une banque fiduciaire qui va, en son nom, souscrire les obligations et sera l'interlocuteur unique de l'émetteur, ce qui facilitera la gestion de la dette et nettement le service du coupon.

Ensuite, les praticiens ont recours à la fiducie pour mettre en place des opérations de type portage : la banque fiduciaire souscrit des titres pour le compte d'un fiduciant donneur d'ordre et suit ensuite les instructions données par ce dernier.

Par ailleurs, comme en droit allemand, la fiducie luxembourgeoise est utilisée à des fins de garantie : elle présente l'avantage de ne pas être signifiée par huissier et n'emporte pas dépossession du débiteur.

On notera également que la fiducie peut être utilisée à des fins de transmission : elle n'est pas à proprement parler une catégorie autonome, mais constitue plutôt une espèce du genre qu'est la fiducie-gestion et qui présente la particularité qu'au terme convenu, les biens ne sont pas restitués au fiduciant mais transmis à un tiers.

⁴⁰⁷ Règlement Grand Ducal 19 juillet 1983, art. 2.

⁴⁰⁸ HOSS, P., & SANTER, P. (2004). Le contrat fiduciaire en droit luxembourgeois. *In Droit bancaire et financier au Luxembourg. Vol. 2.* Louvain-la-Neuve: Larcier, p. 800 suiv..

⁴⁰⁹ HOSS, P., *op. cit.*.

⁴¹⁰ *Ibid.*.

En tout état de cause, les droits du fiduciaire sont strictement identiques à ceux d'un *trustee* : en effet, la loi 27 juillet 2003 précitée⁴¹¹ est venue indiquer que le « fiduciaire devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire », alors qu'auparavant il était indiqué que le fiduciaire n'était titulaire que des droits patrimoniaux par référence à des actifs et à des passifs. En réalité, cette nouvelle terminologie est en lien⁴¹² avec le fait que le Luxembourg ait, à l'occasion de cette réforme, ratifié la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985⁴¹³. Bien que propriétaire, les pouvoirs du fiduciaire sont limités contractuellement, et le bénéficiaire n'a qu'un droit de créance c'est-à-dire un droit personnel et non réel.

B L'Allemagne

L'Allemagne a quant à elle développé la fiducie sous le nom de *Treuhand* à partir des travaux de la doctrine et de la jurisprudence depuis la seconde moitié du siècle dernier. Il n'existe pas de réglementation générale concernant la *Treuhand*⁴¹⁴ : parmi les institutions basées sur des rapports fiduciaires, seules quelques unes font l'objet d'une réglementation par le législateur. La notion de *Treuhand* est de fait, beaucoup plus vague et imprécise que celle de fiducie, telle qu'elle est connue notamment au Luxembourg et en France, aussi une centaine de textes législatifs ou réglementaires mentionnent le *Treuhänder* (fiduciaire) sans en donner une définition.

Deux différenciations essentielles peuvent être faites parmi les opérations fiduciaires en droit allemand :

- Tout d'abord on distingue l'*echte Treuhand* (ou *Vollrechtstreuhand* : la fiducie authentique) de l'*unrechte Treuhand* (ou *uneigentliche Treuhand* : la fiducie non-authentique). La première reconnaît des droits au fiduciaire, notamment celui de distraire les

⁴¹¹ En son article 5.

⁴¹² PRÜM, A. (2005). *Trust et fiducie au Luxembourg. In Le trust en droit international privé, perspectives suisses et étrangères : actes de la 17ème journée de droit international privé du 18 mars 2005*. Lausanne: Schulthesse, p. 66 suiv.. Voir également PRÜM, A. & WITZ C. (2003). *La nouvelle fiducie luxembourgeoise. La convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise : actes du colloque tenu le 11 décembre 2003*. Luxembourg: Montchrestien, cité par GORE, M. (2006). Référence bibliographique. *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 58 (n° 3), p. 1019.

⁴¹³ Voir *supra*.

⁴¹⁴ Certains parlent d'une « fiducie sans texte » : RIEHM, T. (2010). *Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés. RLDA 2010 (n° 77)*.

biens en cas de faillite du fiduciaire et celui de former tierce opposition en cas de saisie opérée par un créancier fiduciaire⁴¹⁵, contrairement à la seconde.

- Ensuite, on distingue la *Verwaltungstreuhand* (la fiducie-gestion) de la *Sicherungstreuhand* (la fiducie-sûreté).

La première présente la particularité qu'en l'absence de précision de la convention, les relations fiduciaire/mandat sont régies par la réglementation de droit commun relative au mandat⁴¹⁶. Par exemple, c'est « le cas du notaire qui perçoit le prix de vente d'un immeuble dans l'intérêt des parties à la vente et ne le verse au vendeur que lorsque toutes les formalités du transfert de propriété sont réunies ; cela peut également être le cas de l'héritier principal qui détient la masse successorale dans l'intérêt de l'héritier subséquent. [...] Dans ces cas, la propriété du fiduciaire n'est que formelle, [et la] position du constituant est parfois nommée “propriété économique” »⁴¹⁷.

Quant à la fiducie-garantie, elle se décompose elle-même en deux sous-catégories, selon qu'elle porte sur les biens corporels (*Sicherungsübereignung*) ou incorporels (*Sicherungsabtretung*) :

Dans le premier cas, le fiduciaire transfère au fiduciaire des objets corporels en garantie d'une dette jusqu'à son complet remboursement. En règle générale, le débiteur-fiduciaire transfère non seulement ses droits actuels, mais également ses droits futurs de propriété. Ce transfert de propriété à titre de sûreté n'est pas soumis à publicité. En pratique, la fiducie-sûreté est utilisée par les banques en garantie des prêts accordés à un commerçant ou à un particulier⁴¹⁸. Elle est également utilisée par les acquéreurs de biens à construire pour garantir les acomptes versés au début et au cours de travaux contre l'insolvabilité du constructeur, le bien devenant alors la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de son achèvement⁴¹⁹.

Dans le second cas, le fiduciaire transfère une/des créances en garantie de la dette⁴²⁰ : la *Singularabtretung* est la cession d'une seule créance, et la *Globalabtretung* comprend toutes les créances présentes et futures du débiteur ou une catégorie de créances. La cession à titre de

⁴¹⁵ Sauf lorsque le créancier poursuit le paiement d'une créance née de la gestion du patrimoine fiduciaire ; dans ce cas, le fiduciaire ne bénéficie d'aucune protection et toutes les voies d'exécution peuvent être exercées sur les biens du patrimoine fiduciaire.

⁴¹⁶ Si le fiduciaire est rémunéré, ce sont les règles du *Geschäftsbesorgung* qui s'appliquent (sorte de mandat rémunéré).

⁴¹⁷ RIEHM, T., *op. cit.*

⁴¹⁸ Les principales sûretés réelles du droit allemand : fiducie-sûreté et clause de réserve de propriété, étude 523. (2017). *Le Lamy Droit des sûretés*, n° 523-20.

⁴¹⁹ Ce qui correspond en France à la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA), qui constitue une sous-catégorie de vente d'immeuble à construire (avec la vente à terme).

⁴²⁰ Les principales sûretés réelles du droit allemand : fiducie-sûreté et clause de réserve de propriété, *op. cit.*, n° 523-130.

garantie peut également intervenir accessoirement à une autre sûreté. Le cédant peut également s'engager à transférer des créances au fur et à mesure de leur naissance, en souscrivant à une convention de cession de créances cadre (*Mantelzession*)⁴²¹. Ces conventions se caractérisent par une très grande souplesse d'emploi. Le cessionnaire confère à son emprunteur le pouvoir d'encaisser les créances cédées, il peut également laisser l'emprunteur disposer librement des sommes reçues. Ce mécanisme de cession de créances à titre de sûreté joue un rôle important dans l'économie allemande. Cette technique ne se retrouve pas complètement en droit français notamment en raison du formalisme qui entoure la cession de créances.

Quant à la protection du constituant ou du tiers bénéficiaire, face aux créanciers personnels du fiduciaire qui risquent de saisir les biens remis au fiduciaire, la jurisprudence allemande n'assure la protection du fiduciant, propriétaire économique, qu'à l'égard des biens fiduciaires lui ayant appartenus, mais à l'exclusion des biens acquis auprès de tiers, que ce soit initialement ou en cours de fiducie, mais la protection jouant néanmoins pour les fonds déposés dans des comptes fiduciaires quelle que soit leur provenance⁴²².

En tout état de cause, en Allemagne, la *Treuhand* connaît un tel succès que les aliénations fiduciaires de meubles corporels et les cessions de créances à titre de garantie ont désormais supplanté le gage⁴²³.

C L'Italie

Le *trust* ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique, mais il est utilisé dans la pratique. En effet, au regard de la seule réglementation partielle existante sur le sujet, à savoir la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 que nous avons déjà évoquée, la jurisprudence majoritaire a affirmé l'utilité, la flexibilité du *trust* et même sa compatibilité avec le système juridique italien. Cette institution est ainsi utilisée dans des hypothèses très variées : dans un but de charité, dans le droit successoral, pour le financement des entreprises dans des opérations de *project finance* ou *securitization*, pour assurer l'affectation d'une somme,

⁴²¹ Voir également Financement de projets et garanties sur créances, étude 287 (2013). *Le Lamy Droit des sûretés*, n° 287-37.

⁴²² WITZ, C., La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au *trust*, *op. cit.*, p. 1369 s..

⁴²³ *Ibid.*, p. 1369 s.. Voir également FRANCOIS, B., Fiducie, *op. cit.* : « la fiducie (*Treuhand*) a supplanté les autres sûretés ».

garantir des obligations pécuniaires ou encore la conservation de biens, par exemple de biens familiaux. Il s'agit donc d'une institution très utile et utilisée⁴²⁴.

Techniquement, la *trust property* est inconnue du droit italien, mais il y existe plusieurs mécanismes qui se fondent sur elle et qui, en quelque sorte, rappellent le *trust*, tout en n'en ayant pas toutes les caractéristiques. « C'est le cas du *pactum fiduciae* dans lequel les parties prévoient le transfert de la propriété d'un bien au fiduciaire afin que celui-ci puisse la retransmettre, de sa part, au constituant ou à une troisième personne. Ici, l'élément fiduciaire est bien présent mais l'accord n'est pas opposable aux tiers : il manque alors l'effet typique du *trust*, c'est-à-dire l'affectation »⁴²⁵.

« Autres exemples, les *mandato senza rappresentanza* (art. 1707 *codice civile*), *fondo patrimoniale* (art. 168 [CcI.]) et *sostituzione fidecommissaria* (art. 692 [CcI.]) ressemblent par certains aspects au *trust*. Dans le premier cas, les créanciers du mandataire ne peuvent pas faire valoir leurs prétentions sur les biens meubles ou les crédits acquis par le mandataire, sauf si le mandat résulte d'un document avec date certaine antérieure à la saisie-exécution. Il y a une forme d'affectation, mais elle opère seulement pour le transfert des biens au mandant. Dans le deuxième cas, les époux ou une troisième personne destinent des biens (le fonds) aux besoins de la famille. Ici l'affectation est assurée envers les créanciers des constituants, mais ces derniers n'assument pas une obligation fiduciaire d'accomplir l'objet prévu par les constituants. Dans le troisième cas, les descendants ou conjoint du constituant majeurs souscrivent l'obligation de conserver et rendre le patrimoine reçu au bénéficiaire de personnes physiques ou morales qui ont pris soin d'eux pendant leur vie. Il s'agit donc d'une espèce de propriété transitoire qui opère de manière automatique sans obligations fiduciaires attribuées à des tiers. Enfin, l'*esecutore testamentario* (art. 700 [CcI.]), désigné par le *de cuius*, prend possession des biens et les administre. Il peut accomplir tous actes de disposition, y compris la vente. Il y a une sorte d'obligation fiduciaire et aussi une particulière forme d'affectation des biens. Toutefois, l'exécuteur ne devient jamais propriétaire des biens et il ne reste qu'un simple administrateur *pro tempore*. »⁴²⁶

Le système italien ne connaissant pas la combinaison des effets d'affectation des biens à un *trust* avec les obligations fiduciaires qui reposent sur le *trustee*, le législateur a essayé de promouvoir les institutions qui permettent certains effets du *trust*, en particulier le patrimoine affecté à un objet particulier (*patrimoni dedicati ad uno specifico affare*, CcI. art. 2447 bis) :

⁴²⁴ BERLINGUER, A. (2008). *Trust et fiducie en Italie*. D. 2008, p.600.

⁴²⁵ *Ibid.*, p.600 s..

⁴²⁶ *Ibid.*, p.600 s..

ainsi, une société peut affecter à une opération particulière une quote-part définie de son patrimoine net, dans une certaine limite. Ce patrimoine n'est pas saisissable par les créanciers de la société et n'est pas susceptible, sauf circonstances exceptionnelles, d'être inclus dans la faillite. Cela concerne également l'acte de destination (*atti di destinazione*, CcI. art. 2645 *ter*), mécanisme qui prévoit la transcription d'un acte de destination des biens, opposable aux tiers, pour des finalités spécifiques. En revanche, il n'y a pas de transfert de biens à un *trustee*, ni d'obligations fiduciaires à sa charge. « Il s'agit donc de premiers essais qui ne créent pas en Italie une institution avec les outils opérationnels du *trust* et qui ne sont que des interventions ponctuelles répondant à des problèmes spécifiques. »⁴²⁷

D La province canadienne de Québec

La province canadienne de Québec, quant à elle, a adopté un régime général et complet de fiducie nommée lors de la réforme de son Code civil en 1991, pour une entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994, permettant la mise en place de fiducies pour des fins personnelles, professionnelles ou altruistes⁴²⁸.

D'une façon générale, on distingue :

- La fiducie testamentaire, qui consiste en une fiducie exclusive en faveur du conjoint et en une fiducie d'éducation,
- De la fiducie entre vifs, c'est-à-dire la fiducie constituée dans un cadre de gel successoral, la fiducie exclusive en faveur du conjoint, la fiducie en faveur d'enfants majeurs et la fiducie en faveur d'enfants mineurs.

Les applications de la fiducie québécoise sont diverses : elle peut servir à protéger des actifs contre les créanciers des bénéficiaires, à assurer l'utilisation d'un bien par le conjoint jusqu'à son décès pour ensuite transférer le droit de propriété aux enfants, à assurer aux enfants un capital suffisant afin de pourvoir aux frais engendrés par leurs études, ou encore à diminuer l'impôt⁴²⁹.

⁴²⁷ *Ibid.*, p.600 s..

⁴²⁸ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 24.

⁴²⁹ Au Canada, le calcul du revenu imposable s'effectue pour chaque particulier et non pour un foyer fiscal. De plus, le régime d'imposition canadien repose sur la progressivité des taux d'imposition. Par conséquent, une méthode de planification fiscale courante consiste à fractionner le revenu entre autant de membres de la famille qu'il est possible afin d'utiliser les tranches d'imposition progressive de chaque membre de la famille. L'utilisation d'une société peut être un moyen intéressant d'effectuer un fractionnement du revenu. Par exemple, si un particulier transfère à une corporation certaines activités commerciales et s'il permet à d'autres membres de sa famille de détenir des actions dans le capital-actions de cette corporation, on créera de nouvelles possibilités de fractionnement de revenu. Cependant, la détention de certains actifs par des personnes mineures peut être

En tout état de cause, l'originalité de la solution québécoise vient du fait que les biens mis en fiducie constituent un patrimoine non rattaché à une personne : ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n'ont de droit réel sur le patrimoine fiduciaire.

En effet, le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine « autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel » ainsi qu'il ressort de l'article 1261 du Code civil du Québec (CcQ). La fiducie québécoise est ainsi détachée de la notion de droit réel⁴³⁰. « Le patrimoine d'affectation est un patrimoine impersonnel, détaché de la personnalité juridique, qui tient sa cohésion du but qui lui est imprimé plutôt que de la personne de son titulaire »⁴³¹

Pour certains, il s'agirait d'un « patrimoine sans maître »⁴³², mais la position majoritaire semble être celle d'une fiducie québécoise qui serait « détachée » de la propriété et du droit réel, par le biais du concept de patrimoine d'affectation : l'article 1278 du Code civil du Québec prévoit par ailleurs que le fiduciaire « agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration », ce qui est interprété comme un renvoi au titre 7 du même Code relatif à l'« administration du bien d'autrui ».

Pour autant, s'il n'y a pas de propriétaire, de qui acquiert-on, lorsqu'on acquiert des biens en fiducie ?⁴³³ Certains auteurs se demandent également qui est cet autrui dont le fiduciaire administre les biens. Ce n'est certainement pas le constituant qui, selon la définition même de la fiducie, n'est plus propriétaire des biens transférés en fiducie.

Il pourrait s'agir de la fiducie elle-même, certains ayant alors proposé de reconnaître la fiducie comme sujet de droit⁴³⁴, donc une « troisième espèce de sujet de droit, à côté de la personne humaine et de la personne morale »⁴³⁵.

problématique et la présence d'une fiducie devient alors indispensable : elle permet de contourner ces difficultés et laisse au fiduciaire le contrôle sur les droits que confère l'actionnariat (votes, dividendes, etc.).

⁴³⁰ EMERICH, Y. (2013). La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermède à la propriété ? *Mc Gill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 2013, Vol. 58 (n°4).

⁴³¹ EMERICH, Y., La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermède à la propriété ? *op. cit.*.

⁴³² LUCAS, F.-X. (1997). *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*. Paris: LGDJ, p. 292. *Contra* : NORMAND, S. (2000). Introduction au droit des biens, Montréal, Wilson & Lafleur, p. 25, et Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec, t 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 748 suiv., cités par EMERICH, Y., La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermède à la propriété ? *op. cit.*, pour qui les biens composant le patrimoine fiduciaire ne sont pas des biens sans maître, « puisque le fiduciaire en a la maîtrise et la détention ».

⁴³³ FRENETTE, F. (1985). La propriété fiduciaire. *Les Cahiers de droit*, 1985, Vol. 26 (n° 3), p 737.

⁴³⁴ NICOLLE, M. (2014). La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire. *D. 2014, p. 2071*, citant : Le Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues de l'Université McGill, ainsi que CASSAGNABÈRE, C. (2012). De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité : étude du concept de patrimoine d'affectation à travers l'exemple québécois, *RLDC* 2012. 92, n° 16, qui propose, pour sa part, de qualifier la fiducie de « personnalité démembrée », puisqu'elle « possède la capacité de jouissance inhérente à sa qualité d'universalité

« Cette thèse n’ayant pas été acceptée à ce jour, [...] s’agirait-il du bénéficiaire, qui pourrait être considéré comme un propriétaire, au moins en devenir, et dont le statut se rapprocherait de celui de l’appelé de la substitution ? Serait-il alors possible de considérer que le bénéficiaire a, sinon un droit de propriété actuel durant la fiducie, ce qui justifierait la lettre de l’article 1261 CcQ, du moins une “vocation à la propriété”, ce “droit certain” auquel l’article 1265 CcQ fait allusion? [...]. La fiducie québécoise pourrait alors être analysée [...] comme une parenthèse à la propriété, voire même comme un nouveau mode d’acquisition de la propriété »⁴³⁶.

Au-delà de la province canadienne du Québec et hors Union Européenne, plusieurs pays de droit civil ou ayant réceptionné pour partie le droit civil, possèdent également une institution fiduciaire dans leur système juridique, comme le Liechtenstein, l’Afrique du Sud, l’Éthiopie, Israël, la Louisiane⁴³⁷, Puerto Rico, le Japon, la République populaire de Chine ou encore la Russie.

Ainsi le contexte économique international a joué en faveur de l’introduction de la fiducie en droit français.

II La nécessité de s’adapter au contexte économique international : la mobilité juridique

Introduire la fiducie en droit français avait pour but premier d’éviter des délocalisations d’entreprises ou d’opérations financières vers des États qui disposaient déjà de ce dispositif, ou, à tout le moins, d’un dispositif similaire : en effet, l’ouverture des frontières et l’internationalisation des échanges rendaient indispensable la création d’un outil comparable afin de permettre aux investisseurs familiers du *trust* ou des fiducies étrangères de se sentir en confiance avec le droit français, parfois mal connu des partenaires internationaux⁴³⁸.

Aussi, si diverses formes de fiducies innomées existaient déjà en droit français, celles-ci n’avaient pas, toutefois, répondu suffisamment aux attentes des praticiens.

de droit, mais pas la capacité d’exercice de ses droits » ; ainsi que CANTIN-CUMYN, M. (2002). La fiducie, un nouveau sujet de droit ?, in Mélanges E. Caparros, J. Beaulne éd., Montreal, Wilson et Lafleur, 2002, p. 129 suiv..

⁴³⁵ EMERICH, Y., La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermède à la propriété ? *op. cit.*

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ État de droit civil, bien que membre de l’État fédéral des États-Unis d’Amérique.

⁴³⁸ Compte rendu intégral de la séance du 17 octobre 2006 (Sénat), JO Sénat n° 82 du 18 octobre 2006, V. Fiducie.

Or, « l'un des éléments qui peut influencer l'attractivité concurrentielle d'un État est son système juridique. Une décision d'investissement, par exemple, ne se fait pas sans la prise en compte des moyens juridiques qui pourront être utilisés pour l'atteindre »⁴³⁹.

Aussi les entreprises françaises ont souvent eu recours à des *trusts* étrangers faute de pouvoir disposer d'un instrument adapté en droit interne. Cette situation était regrettable puisqu'elle générerait une délocalisation des opérations financières hors de nos frontières. Par exemple, la Française des Jeux, Alstom ou encore la SNCF se sont tournées vers le *trust*⁴⁴⁰ : ainsi, pour mettre en place l'Euromillion, la Française des Jeux s'est alliée à d'autres entreprises de jeux européennes dans le cadre d'un *trust* britannique. En 1987, la société Peugeot, n'ayant pu mener à bien sur la base du droit français une opération d'allègement du passif de son bilan, a eu recours au droit américain, en usant d'un *trust* auquel avait été transféré le service de la dette, moyennant un transfert de liquidités et de titres devant permettre d'en assurer le remboursement. En 2004, Alstom a également eu recours, lors de sa restructuration, à la création d'un *trust*.⁴⁴¹

Le risque de délocalisation d'opérations économiques importantes par le biais du *trust* était donc réel⁴⁴², et cette concurrence livrée par le *trust* n'a pas manqué d'attiser les demandes des acteurs économiques que sont les entreprises, banques, notaires, avocats, etc., en faveur de l'introduction d'un système similaire en droit français.⁴⁴³

Or le *trust*, utilisé depuis le Moyen-âge en Angleterre, a connu un essor remarquable dans de nombreux pays, non seulement auprès de ceux relevant de la sphère anglo-américaine comme les États-Unis d'Amérique, le Canada ou encore Australie, mais aussi auprès de pays de tradition romano-germanique tels que l'Allemagne, la Suisse, le Luxembourg, la Province du Québec, la Louisiane ou plus récemment encore l'Italie, sous les traits d'un système fiduciaire, ce qui pouvait laisser penser que la France, elle aussi de tradition juridique romaine, pouvait intégrer un système similaire au sein de son droit. D'ailleurs, dès 1992, il avait été souligné que « l'ouverture des frontières peut [...] faire craindre une délocalisation

⁴³⁹ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 200.

⁴⁴⁰ LA PALME, E., & ENTREMONT, F. (2009). La réforme de la fiducie : un pas de plus vers le *trust*. *La Tribune*, 5 mars 2009.

⁴⁴¹ STAUB, A., & DELAVENNE, J.-F., *op. cit.*

⁴⁴² LA PALME, E., & ENTREMONT, F., *op. cit.*

⁴⁴³ 86e Congrès des notaires de France, Lille, 20-23 mai 1990, La transmission des entreprises : vaincre les obstacles - Compte rendu des travaux. (1990). *JCP N 1990* (n° 28).

Voir également CHARLIN, J. (1985). La fiducie-libéralité, Essai de synthèse en vue d'un contrat, *Les opérations fiduciaires*, Paris: LGDJ, p. 136, et L'HOMME, J. (1997). Quels obstacles à la Fiducie, *Plaidoyer pour la fiducie, Colloque organisé par la Chambre de commerce et de l'industrie de Paris le 22 avril 1997*, CERCLES, A. (1990). Le point de vue du banquier. *RDBF 1990*, p.117 : cités par BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 201.

des opérations économiques vers des pays plus attractifs d'un point de vue fiscal comme d'un point de vue juridique. [...] [E]n effet, on a pu constater que les entreprises françaises, lorsque le besoin s'en fait sentir, n'hésitent pas à utiliser le mécanisme du *trust*, en effectuant, en toute légalité, leurs opérations juridiques dans des États connaissant l'institution⁴⁴⁴. »

La concurrence économique est ainsi cause de transferts juridiques⁴⁴⁵, ou en tout cas d'influences juridiques.

On peut quand même noter que des lois - instaurant des mécanismes inspirés directement de la fiducie - furent déjà adoptées dans des domaines très spécifiques, mais sans pour autant la consacrer. Ainsi peut-on citer la loi Dailly⁴⁴⁶ qui a permis dès 1981 la cession de créances professionnelles à titre de garantie⁴⁴⁷.

Sur le plan international, la France ne pouvait toujours pas ratifier la Convention de La Haye⁴⁴⁸, et l'Europe manifestait l'intention d'uniformiser les règles communautaires dans ce domaine⁴⁴⁹. Pour toutes ces raisons, une « grande » loi sur la fiducie paraissait inévitable. Finalement ce fut le 19 février 2007 que l'Assemblée nationale adopta, sans aucun amendement et dans une indifférence médiatique assez notable, la proposition du sénateur Marini⁴⁵⁰.

Section 2 La genèse de la fiducie en droit français

La loi instituant la fiducie fait suite à une *très* longue démarche. En effet, alors que la fiducie fait son entrée en droit français en 2007, les premières tentatives d'introduction datent de... 1989. Il s'est donc écoulé pas moins de dix-huit années entre les deux (II). Cependant, il faut préciser qu'il s'agit en réalité plus d'une renaissance - que d'une naissance - de la fiducie

⁴⁴⁴ Exposé des motifs du projet de loi instituant la fiducie du 20 février 1992, voir *infra*.

⁴⁴⁵ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 202. Ainsi, le *trust* aurait directement inspiré le régime français des fondations ou encore celui des fonds communs de placement (même ouvrage, p. 204).

⁴⁴⁶ Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 dite Dailly facilitant le crédit aux entreprises.

⁴⁴⁷ Reposant sur un transfert de propriété temporaire, ce mécanisme juridique est pour beaucoup une application de la fiducie-sûreté.

⁴⁴⁸ Convention relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, La Haye, 1^{er} juill. 1985. Voir *supra*. Elle ne l'a d'ailleurs toujours pas fait.

⁴⁴⁹ *Communication de la Commission européenne*, 11 juill. 2001 (J.O.C.E. 13 sept. 2001), et *Résolution du Parlement européen*, 15 nov. 2001 (J.O.C.E. 13 juin 2002). Quoique cette raison est à nuancer car c'est davantage vers une amélioration de la qualité des textes et vers un cadre commun de référence qui formerait une « base de réflexion ultérieure sur un instrument optionnel dans le domaine du droit européen des contrats » (qui ne remplaceraient pas les droits nationaux existants) que la Commission s'oriente dorénavant » : BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 207.

⁴⁵⁰ Voir *infra*.

dans notre droit, puisque notre système juridique a déjà connu des techniques ayant servi de fondement à cette fiducie contemporaine (I).

I Les fondements de la fiducie française

On rencontre l'institution fiduciaire « à toute époque et dans toute contrée, que ce soit dans l'Égypte des pharaons, dans la Grèce antique, dans le droit musulman classique, au Japon 500 ans avant Jésus-Christ [...] »⁴⁵¹. En particulier, en ce qui nous concerne, la fiducie trouve pour partie ses origines dans le droit romain⁴⁵², et on la retrouve timidement dans l'Ancien droit. Elle est en revanche totalement absente du Code civil de 1804.

A La *fiducia* romaine

La fiducie française trouve, au moins en partie, ses racines dans le droit romain, au sein duquel elle y existait déjà dans le domaine du patrimoine, sous deux formes :

- La première qui consistait à transférer en pleine propriété à un tiers de confiance des biens qu'il devait gérer : cette *fiducia cum amico* permettait notamment, dans des périodes de trouble politique, à ceux menacés d'une confiscation, de mettre leurs biens à l'abri en les transférant à des amis sûrs ;

- Et la seconde (*fiducia cum creditore*) qui consistait pour le débiteur à transférer à son créancier, en garantie, la propriété d'un bien, qui lui était restituée après apurement de sa dette.

Ce double mécanisme, appelé *fiducia*, se présentait sous la forme d'un pacte (*pactum fiduciae*) adjoint à un transfert temporaire de biens⁴⁵³ d'une personne à une autre. Ce transfert était affecté à une fin précise, de gestion ou de garantie, comme dit ci-dessus. Ainsi, le contrat naît de deux actes : d'une part le transfert de propriété, de façon formaliste (mancipation ou *in ure cessio*), et d'autre part la convention (ou pacte, qui repose sur la *fides*) par laquelle

⁴⁵¹ WITZ, C. (s.d.). *Appréciation de la législation libanaise sur les opérations fiduciaires*. Récupéré sur Juristisches Internetprojekt Saarbrücken, Saarbrücken Bibliothek (projet internet juridique de la bibliothèque de Sarrebruck, Allemagne): www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek.

⁴⁵² Notons que pour certains, « C'est le *trust*, et non la *fiducia* romaine, qui a inspiré le législateur » : GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.*.

⁴⁵³ Le domaine de la *fiducia* romaine était limité au droit des biens, les droits de créance ne pouvant pas en faire l'objet.

l'acquéreur s'engage à ne pas conserver le bien définitivement et à le rendre à l'aliénateur lui-même ou à une personne désignée par lui⁴⁵⁴.

La fiducie a également des emplois en droit de la famille, par exemple avec le recours à un *familiae emptor*, c'est-à-dire un acheteur fictif⁴⁵⁵, chargé de remettre les biens ainsi reçus aux bénéficiaires indiqués par le testateur.⁴⁵⁶

La *fiducia* repose sur le transfert de propriété. Or cette propriété est finalisée. D'une part, elle n'est pas perpétuelle : en effet, elle n'est transmise au fiduciaire que le temps que dure l'objet de la *fiducia*, et la restitution des biens au fiduciaire est une caractéristique essentielle de la *fiducia*. D'autre part, la propriété transmise n'est pas libre de charge : le fiduciaire ne peut l'utiliser que conformément à la *fiducia* et il doit respecter ses obligations, prévues dans le pacte. Ainsi, le fiduciaire ne peut utiliser la chose que conformément à sa mission : gérer le bien ou le conserver à titre de garantie. « L'obligation qui [est] à la charge du fiduciaire [est] de nature contractuelle. Le droit pouvant le contraindre à respecter son engagement [est], corrélativement, de nature personnelle. Le bénéficiaire de la *fiducia* ne [peut] donc prétendre à aucun droit réel sur les biens objets de la *fiducia* alors que le fiduciaire, lui, se [voit] attribuer le droit de propriété, droit qui [vient] prendre place parmi l'universalité constituée par son patrimoine personnel »⁴⁵⁷. Caractérisée par le premier transfert de propriété, la *fiducia* se détermine également par la restitution en propriété de la chose par le fiduciaire à la fin de sa mission, au *fiduciant* ou à un tiers.

La *fiducia* a ainsi connu un très grand succès pendant nombre d'années. A titre d'exemple, la *fiducia cum creditore* a servi à la transmission de terres de façon fort fréquente.

Puis, malgré ce succès, la *fiducia* a progressivement disparu au profit d'outils plus souples ou offrant plus de garanties pour le créateur de la fiducie ou le bénéficiaire de cette dernière, comme le gage et au dépôt. Ainsi, la *fiducia* a disparu au Bas-Empire et ne figurera pas dans le *corpus* de Justinien⁴⁵⁸. En réalité, si, à ses origines, la *fiducia* couvrait à elle seule

⁴⁵⁴ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., p. 39 suiv..

⁴⁵⁵ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., op. cit., p. 1240.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 740.

⁴⁵⁷ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., p. 43.

⁴⁵⁸ Entre 529 et 534 après J.C. Le *Corpus juris civilis* de Justinien était composé de quatre éléments : le *Codex Iustiniani* (un recueil des compilations impériales : Codes Grégorien, Hergemorien et Théodosien), le *Digeste* (recueil de citations de juristes romains de la République ou de l'Empire Romain), les *Institutes* (destiné aux

toutes sortes de besoin⁴⁵⁹, son champ d'application s'est progressivement restreint, jusqu'à ce qu'elle tombe finalement en désuétude. La *fiducia* « était liée à la mancipation, vieil acte formaliste romain. Or, les Occidentaux, ne connaissant pas la mancipation, ne pouvaient pratiquer la fiducie. Justinien [en] a tiré [les] conséquence[s] »⁴⁶⁰.

B Le fidéicommiss et la substitution fidéicommissaire de l'Ancien droit

La *fiducia* connut une réminiscence pendant l'Ancien Régime : en effet, on la retrouve dans l'Ancien droit, où elle se manifeste timidement sous la forme des fidéicommiss, lesquels obligent l'héritier ou le légataire à conserver les biens transmis et à les retransférer à un tiers désigné d'avance, par opposition au legs qui constitue alors à cette époque une libéralité directe⁴⁶¹. On trouve deux types de fidéicommiss :

Le premier, dit tacite, permet au « testateur, pour éluder la disposition de la loi qui lui défend de rien donner ou léguer à une personne incapable de profiter de ses libéralités, [de faire] des legs au profit d'une personne capable, dans l'espérance qu'elle remettra le legs à l'incapable »⁴⁶². Le mécanisme, ainsi basé sur la fraude, repose sur la confiance placée en le légataire pour accomplir sa mission.

Le second, par opposition, est tout à fait licite : il permet de transmettre par libéralité, entre vif ou à cause de mort, à un premier gratifié, à charge pour lui de conserver les biens et de les retransmettre, souvent à son décès, à un bénéficiaire. L'objectif est ainsi de conserver les biens dans la famille, en évitant de les dilapider et en imposant au bénéficiaire non seulement de conserver le bien, mais en plus de le transmettre à la génération suivante. On parle alors de « substitution » - bien que le terme soit techniquement impropre⁴⁶³ - fidéicommissaire.

étudiants, il permettait l'apprentissage du droit romain) et les *Novelles* (recueil des nouvelles constitutions de Justinien I^{er}).

⁴⁵⁹ Dépôt, prêt à usage, le gage, etc..

⁴⁶⁰ LEVY, J.-P., & CASTALDO, A., *op. cit.*, p. 740.

⁴⁶¹ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français, op. cit.*, p. 33.

⁴⁶² DENISART, J.-B. (1773), *Collection de décisions nouvelles et notions relatives à la jurisprudence actuelle, Tome 2* (éd. 8). Paris. p. 357 : cité par WITZ, C., *La fiducie en droit privé français, op. cit.*, p. 34.

⁴⁶³ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français, op. cit.*, p. 35, note 4 : la substitution implique de remplacer une personne par une autre, afin qu'elle recueille les biens à la place de l'autre. Or le fidéicommiss ne permet pas de réaliser une substitution, il impose au contraire une appréhension des biens par le premier gratifié, à charge pour lui de retransmission.

Dans ce schéma, tout repose sur la condition : la charge de retransmettre le bien est conditionnée à un fait incertain, la survie du second gratifié. Pour autant, la réalisation de la condition ne résout pas rétroactivement les droits du premier gratifié : en effet, « la propriété du grevé [le premier gratifié], lorsqu'elle est résolue par l'arrivée de la condition, ne l'est point *ab initio*, en telle sorte qu'il soit censé n'avoir point été propriétaire ». ⁴⁶⁴

Pour autant qu'il soit grevé, le premier gratifié bénéficie de l'intention libérale du disposant : d'une part il garde les fruits qui sont engendrés par le bien avant le retransfert au second gratifié, mais au surplus il conserve le bien lui-même en cas de prédécès du second gratifié. ⁴⁶⁵

Notons que le droit de la fin de l'Ancien régime connaît également un mécanisme appelé fiducie ⁴⁶⁶, type particulier de fidéicommiss dans lequel le disposant n'a *aucune* intention libérale envers le grevé, lequel - parent ou ami - n'est choisi *que* pour retransmettre le bien au bénéficiaire final, qui ne peut être qu'un enfant mineur du testateur, et en préférence à un tuteur. Cette fiducie est analysée comme un simple dépôt, le grevé n'étant qu'un « héritier de pure forme » qui ne fait que « prêter son nom au véritable héritier » ⁴⁶⁷. Si la doctrine analyse la qualité d'héritier du fiduciaire comme une simulation, ses pouvoirs d'administration ne sont en revanche pas contestés. Pour autant, c'est le bénéficiaire final de la libéralité qui est considéré comme étant le véritable propriétaire des biens en cause, le fiduciaire étant un simple gardien gérant. ⁴⁶⁸

Par la suite, la fiducie est volontairement oubliée par les rédacteurs du Code civil, pour des raisons idéologiques et économiques. Les substitutions fidéicommissaires ayant pour fonction de maintenir l'intégralité du patrimoine familial, en rendant les biens inaliénables entre les mains du fidéicommissaire, elles pouvaient s'étendre sur plusieurs générations successives et conserver ainsi la puissance des familles féodales. Les substitutions

⁴⁶⁴ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français*, *op. cit.*, p 36, note 5, citant en particulier THEVENOT D'ESSAULE DE SAVIGNY (1778). *Traité des substitutions fidéicommissaires, contenant toutes les connaissances essentielles selon le droit romain et le droit français, avec des notes sur l'Ordonnance de 1747*. Paris. p. 193.

⁴⁶⁵ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français*, *op. cit.*, p 37.

⁴⁶⁶ Qui n'a pour autant pas grand-chose avoir avec la fiducie romaine, du fait d'erreurs d'interprétation du droit romain par les juristes de l'Ancien régime : *Ibid.*, p 38.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p 39, citant ARGOU (1787). *Institution du droit français* (éd. 11). Paris: A.G. Boucher d'Argis. p. 377.

⁴⁶⁸ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français*, *op. cit.*, p 40.

fidéicommissaires sont alors prohibées par une loi du 14 novembre 1792, interdiction reprise par le Code civil en son article 896 dans sa rédaction initiale⁴⁶⁹.

Or les rédacteurs du Code civil ne distinguent pas les substitutions fidéicommissaires et les institutions, qui, comme elles, comportent une obligation de conserver et de rendre, d'où « l'oubli » volontaire de la fiducie dans le Code civil. Pour autant, la doctrine⁴⁷⁰ considère alors la fiducie comme faisant partie du droit positif, rajoutant, au passage, une condition à la substitution fidéicommissaire : le retransfert du bien au bénéficiaire ne peut avoir lieu *qu'*au décès du grevé⁴⁷¹. Ainsi, on la distingue du fidéicommiss licite (retransfert du bien à n'importe quelle date), mais également de la fiducie, tout aussi licite. En effet, dans la fiducie, il n'existe qu'une seule libéralité : celle du disposant envers le bénéficiaire, alors que le fidéicommiss et la substitution fidéicommissaire impliquent deux libéralités à l'égard de deux gratifiés successifs. Les trois notions sont donc bien distinctes.

La fiducie a donc survécu à l'Ancien régime, malgré son absence dans le Code civil. Pour autant, elle tombe assez rapidement en désuétude, en particulier face à la difficulté d'expliquer que la simulation opérée ne produit pas *tous* ses effets, puisque la propriété des biens en cause revient au légataire véritable, mais sans remise matérielle entre ses mains, ni possibilité pour lui de les administrer. D'ailleurs, certains se sont posé la question de la validité même de cette fiducie : en effet, dès lors que le bénéficiaire est majeur⁴⁷², comment justifier le fait que le fiduciaire est investi des pouvoirs d'administrer la chose en l'absence de toute autorisation donnée par le propriétaire, mais par l'*ancien* propriétaire : « un tel partage des prérogatives attachées au droit de propriété ne constituent-il pas un démembrement de la propriété non prévu par la loi ? »⁴⁷³.

« L'histoire de la fiducie en Europe continentale marquée par le droit romain fait penser à une rivière qui disparaît sous les rochers et réapparaît à la lumière du jour. C'est la doctrine allemande de la fin du XIX^{ème} siècle qui a redécouvert l'antique *fiducia* romaine et a incité les

⁴⁶⁹ « Les substitutions sont prohibées. »

⁴⁷⁰ Suivie par la jurisprudence.

⁴⁷¹ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français, op. cit.*, p 45.

⁴⁷² La question ne se posant pas pour le mineur, de toute façon frappé d'incapacité (Cf. en particulier l'article 389-3 du Code civil qui autorise le disposant à léguer un bien à un mineur sous la condition qu'il soit administré par un tiers désigné).

⁴⁷³ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français, op. cit.*, p 49.

juges à voir dans les opérations fiduciaires l'application d'une institution originale, non assimilable à des figures voisines »⁴⁷⁴.

Et la parenté entre notre droit et le droit romain pouvait légitimement laisser supposer que le droit français était apte à accueillir en son sein un mécanisme fiduciaire équivalent : tel fut le cas en 2007. Toutefois, un mécanisme fiduciaire n'a d'intérêt réel que s'il est compétitif avec son homologue anglais, ce qui implique qu'il offre une protection des intérêts en présence équivalente. Le *trust* a connu un essor considérable au point d'occuper une place centrale dans de nombreux domaines du droit, tant dans la vie privée (*trusts* successoraux) que dans le monde des affaires. Or c'est principalement dans ce dernier domaine que s'est fait ressentir en France le besoin d'instaurer une institution comparable au *trust*.

II La loi instituant la fiducie française

La concurrence juridique internationale, l'existence en droit français de quasi-fiducies (cession Dailly, portage, etc.) ainsi que de la *fiducia* en droit romain dont notre droit est issu, ne pouvaient que présager l'introduction de la fiducie en France. Pourtant, à trois reprises au cours des vingt dernières années, sous des gouvernements de sensibilités différentes, le législateur français a tenté, en vain, d'introduire dans le Code civil la fiducie, qui était finalement devenue une véritable « Arlésienne législative »⁴⁷⁵.

« Un premier avant-projet de loi constitué de huit articles a vu le jour en 1989 mais n'a pas accédé au stade de projet de loi. Son nécessaire volet fiscal n'avait été dans un premier temps abordé que dans les grandes lignes, avant qu'un dispositif plus précis ne soit proposé en février 1991 »⁴⁷⁶.

Parallèlement, la France signe le 26 novembre 1991 la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance⁴⁷⁷.

Un projet de loi établi par la Chancellerie est déposé le 20 février 1992 à l'Assemblée nationale, instituant les trois grandes formes de fiducie : gestion, sûreté et libéralité. Le

⁴⁷⁴ WITZ, C., *Appréciation de la législation libanaise sur les opérations fiduciaires*, op. cit..

⁴⁷⁵ MARINI, P. (2007). Enfin la fiducie à la française ! *D.* 2007, p. 1347.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 1347 s..

⁴⁷⁷ Voir *supra*.

traitement de la fiducie-libéralité se révèle cependant difficile, avec une crainte non dissimulée d'une utilisation de la fiducie à des fins d'évasion fiscale.

Est ensuite présenté en 1995 un avant-projet de loi, dont l'examen ne va pas au-delà du Conseil d'État. Cet avant-projet limite le champ de la fiducie aux constituants personnes morales, et donc élude la question des droits de mutation à titre gratuit. Mais des raisons fiscales bloquent encore une fois l'introduction de la fiducie en droit français, concernant entre autres l'évaluation des biens mis en fiducie, les droits d'enregistrement applicables, ainsi que la solidarité de paiement entre le fiduciaire et le constituant.

Au final, si l'on peut affirmer que la question du traitement fiscal a toujours été donnée comme justification au blocage du processus d'introduction de la fiducie en droit français, la fiducie, à l'image du *trust*, étant perçue comme un instrument d'évasion des patrimoines, et donc des impositions y afférentes, la problématique de la compatibilité de la réserve héréditaire⁴⁷⁸ - principe d'ordre public français - et de la fiducie-transmission, ainsi que celle du patrimoine d'affectation - qui paraissait, sur le plan conceptuel, incompatible avec les principes civilistes d'unité et d'indivisibilité du patrimoine pour toute personne juridique⁴⁷⁹ - ont également été des freins.

Puis le 15 novembre 2001, le Parlement européen adopte une résolution⁴⁸⁰ prévoyant l'harmonisation des droits européens dans divers domaines, dont celui du *trust*. Une directive de 2002⁴⁸¹ relative aux contrats de garantie financière vise par ailleurs « à protéger la validité

⁴⁷⁸ La réserve héréditaire se définit comme « la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires » (C. civ. art. 912), c'est-à-dire, concrètement, la quote-part incompressible du patrimoine du défunt devant revenir à ses héritiers réservataires : les héritiers réservataires sont 1/ les enfants vivants ou représentés (qui, dans ce cas, ne sont comptés que pour l'enfant dont ils tiennent la place dans la succession du disposant) (C. civ. art. 913-1). Le taux de la réserve varie selon le nombre d'enfants (tels que définis ci-dessus) laissés par le défunt : « les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre » (C. civ. art. 913). 2/ A défaut : le conjoint survivant, réservataire à hauteur d'un quart (C. civ. 914-1). Le reste du patrimoine, dont le défunt peut disposer librement par donation ou legs se nomme « quotité disponible » (C. civ. art. 912). Le calcul de la réserve héréditaire se réalise en réunissant fictivement au patrimoine existant au jour du décès, les biens qui ont pu être donnés ou légués, sous quelque forme que ce soit, par le défunt au cours de sa vie (C. civ. art. 922), et c'est sur ce total global qu'est calculée la part de réserve revenant à chacun. Les libéralités excessives sont alors réduites d'autant (C. civ. art. 918 suiv.)

⁴⁷⁹ Posé par l'alinéa 1 de l'article 2093 du Code civil « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ».

⁴⁸⁰ *Résolution du Parlement européen, 15 nov. 2001* (J.O.C.E. 13 juin 2002) concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres. Voir *supra*.

⁴⁸¹ *Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil, 6 juin 2002* (J.O.U.E L168 27 juin 2002) concernant les contrats de garantie financière.

des contrats de garantie financière fondée sur le transfert en pleine propriété des espèces ou instruments remis à titre de garantie », c'est-à-dire sur la fiducie-garantie.

Le 2 mai 2003, la Commission européenne publie⁴⁸² un contrat-type de *trust* ayant vocation à s'appliquer lors de rapprochements entre sociétés soumis à l'autorisation préalable de la Direction de la concurrence européenne et lorsque des cessions d'actifs sont exigées par cette autorité⁴⁸³.

Aussi le 3 novembre 2003, une question écrite est posée par un membre de l'Assemblée nationale au Garde des Sceaux portant sur le réexamen du projet de loi instituant la fiducie. Dans sa réponse du 20 avril suivant⁴⁸⁴, ce dernier affirme qu'une « réflexion est programmée pour déterminer dans quelles conditions les difficultés précitées pourraient être surmontées, notamment dans le respect des intérêts des tiers et de l'ordre public ». Et en décembre 2004, à l'occasion du 35^{ème} anniversaire de l'Association française des juristes d'entreprises, le Garde des Sceaux tient un discours dans lequel il présente les axes d'action de son programme de modernisation des instruments juridiques pour 2005, et notamment l'introduction en droit français de la fiducie.

Le 8 février 2005, le sénateur de l'Oise et rapporteur général de la Commission des finances, M. Marini, dépose une proposition de loi⁴⁸⁵ visant à instituer la fiducie en France. Le texte propose ainsi de créer un nouveau type de contrat spécial.

Suite au rapport⁴⁸⁶ de M. de Richemont, au nom de la Commission des lois, ladite proposition de loi est discutée puis adoptée le 17 octobre 2006 par le Sénat en première lecture⁴⁸⁷. Et en conséquence du rapport⁴⁸⁸ de M. de Roux, au nom de la Commission des lois, l'Assemblée nationale a débattu puis adopté à son tour ladite proposition de loi le 7 février 2007, en des termes conformes à ceux du Sénat.

⁴⁸² Dans un document intitulé *Best practice guidelines for divestiture commitments in merger cases*.

⁴⁸³ Proposition de loi n° 178 (Sénat) instituant la fiducie, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 février 2005 : Exposé des motifs.

⁴⁸⁴ Rép. min. Pecresse JOAN 20 avr. 2004, n° 27670.

⁴⁸⁵ Proposition de loi n° 178 (Sénat) instituant la fiducie, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 février 2005.

⁴⁸⁶ Rapport n° 11 de M. Henri de RICHEMONT au Sénat, fait au nom de la commission des lois, 11 oct. 2006.

⁴⁸⁷ Par exemple, le texte a été amendé sur proposition du Gouvernement afin que la fiducie ne s'adresse qu'aux personnes morales ; à l'origine, le texte permettait que la fiducie puisse être également utilisée par les personnes physiques. Or, afin d'éviter toute optimisation fiscale, le détournement de la loi sur les successions et le blanchiment, le Gouvernement a souhaité que la fiducie ne s'adresse qu'aux sociétés.

⁴⁸⁸ Rapport n° 3655 de M. Xavier de ROUX à l'Assemblée nationale, fait au nom de la commission des finances, 1^{er} fév. 2007.

Finalement, la loi⁴⁸⁹ numéro 2007-211 du 19 février 2007⁴⁹⁰ instituant la fiducie a été publiée au Journal officiel le 21 février 2007. La fiducie est donc désormais placée au sein du titre XIV du livre III du Code civil, rebaptisé « De la fiducie », articles 2011 à 2030, soit en dehors du livre IV « Des sûretés ».

On notera que cette loi a déjà fait l'objet de plusieurs modifications ou compléments en peu de temps :

- Tout d'abord par la loi dite LME du 4 août 2008⁴⁹¹ : la fiducie peut désormais être constituée par toute personne physique ou morale, même non assujettie à l'impôt sur les sociétés, sa durée maximum passe de 33 ans à 99 ans, l'opposabilité de la cession des créances du constituant au fiduciaire est simplifiée, et en cas de remplacement du fiduciaire, le transfert du patrimoine fiduciaire au successeur est désormais prévu. Par ailleurs, la qualité de fiduciaire jusqu'alors réservée aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement et aux entreprises d'assurance est étendue aux avocats.

Deux remarques peuvent être alors faites :

Tout d'abord, certains regrettent que ces modifications n'aient pas été prévues dans le texte originel, alors qu'elles étaient déjà contenues dans la proposition de loi de M. Marini.

Ensuite, l'extension de la qualité de fiduciaire ne concerne que les avocats, et non les notaires : ces derniers sont pourtant naturellement bien placés en matière de conseil patrimonial. Là aussi, une modification prévoyant leur qualité de fiduciaire n'est, peut-être, qu'une question de temps.

Finalement, après cette première modification de la loi de 2007, la fiducie gagne de la consistance, mais sans pour autant, selon certains, être encore en mesure de concurrencer le *trust*⁴⁹².

- Ensuite par l'ordonnance du 18 décembre 2008⁴⁹³ relative aux procédures collectives.

- Puis par l'ordonnance du 30 janvier 2009⁴⁹⁴ qui permet d'assurer la protection des personnes physiques en imposant le recours à un acte notarié lorsque la fiducie porte sur un

⁴⁸⁹ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

⁴⁹⁰ Complétée par le Décret n° 2007-725 du 7 mai 2007 relatif à la déclaration d'existence de la fiducie prévue à l'article 223 VH du Code général des impôts et modifiant l'annexe III à ce Code, le Décret n° 2009-1627 du 23 décembre 2009 relatif à l'exercice de la fiducie par les avocats, le Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies », et le Décret n° 2014-852 du 29 juillet 2014 relatif aux obligations déclaratives des particuliers réalisant, directement, par personne interposée ou par l'intermédiaire d'une fiducie des opérations sur des instruments financiers à terme.

⁴⁹¹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

⁴⁹² TOURY, L. (2008). Editorial : Session de rattrapage pour la fiducie. *Dr. et Patrimoine*, 2008 (n° 173).

⁴⁹³ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

bien commun ou indivis. La réforme exige aussi que des mentions obligatoires supplémentaires soient insérées dans le contrat de fiducie, afin de garantir une parfaite connaissance par le constituant personne physique de la portée de son engagement et, d'autre part, de s'assurer que si le constituant n'exécute pas son obligation, le bénéficiaire de la fiducie ne pourra conserver un bien dont la valeur est supérieure à la créance garantie sans indemniser le constituant. En outre, l'ordonnance adapte les règles applicables aux avocats fiduciaires notamment en matière de secret professionnel. Enfin, comme c'est déjà le cas pour les personnes morales, l'ordonnance pose le principe de la neutralité fiscale pour le transfert de propriété des actifs mis en fiducie.

- Et enfin par la loi dite Warsmann du 12 mai 2009⁴⁹⁵, qui ratifie l'ordonnance du 30 janvier 2009 précitée, et qui étend le dispositif aux personnes physiques et corrige la conséquence du décès du constituant sur la fiducie-sûreté en prévoyant que le décès ne met pas fin à la fiducie constituée à titre de garantie, lui conférant alors pleinement son efficacité.

On notera également que le ministère de la Justice a approuvé une décision en date du 24 avril 2009 portant réforme du Règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN), concernant l'activité de fiduciaire prévue par l'article 27 de l'ordonnance du 30 janvier 2009 précitée.

Enfin, il convient de préciser la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 14 octobre 2009⁴⁹⁶, censurant une disposition visant à ajouter un alinéa nouveau à l'article 2011 du Code civil définissant la fiducie⁴⁹⁷. Le texte restera donc en l'état, instituant ainsi la fiducie, dont nous allons désormais étudier la notion.

Section 3 La notion et les fonctions de la fiducie

L'article 2011 du Code civil dispose que la fiducie est « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, droits ou sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés

⁴⁹⁴ Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie.

⁴⁹⁵ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

⁴⁹⁶ Décision 2009-589 DC du 14 octobre 2009 relative à la loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers – Non-conformité partielle.

⁴⁹⁷ Voir *infra*.

de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. »

Aussi, après la loi du 19 février 2007 portant création de la fiducie et les textes complémentaires qui suivirent⁴⁹⁸, on connaît donc désormais le régime juridique de la fiducie applicable en droit français. Cette complexité du processus législatif, ajoutée à la complexité de l'institution elle-même, a fini par nous délivrer un concept « qui détonne »⁴⁹⁹. La complexité donc, mais également la richesse juridique théorique de la fiducie, sont indéniables :

D'une part, la fiducie est un instrument juridique nouveau qui permet de satisfaire deux objectifs : des biens, des droits ou des sûretés sont regroupés dans un « patrimoine fiduciaire », soit pour être gérés d'une manière autonome, ce qu'on dénomme la « fiducie-gestion », soit pour servir de garantie à l'exécution d'engagements, au paiement de dettes, ce qu'on dénomme la « fiducie-sûreté ».

D'autre part, la fiducie est une institution qui fait intervenir fondamentalement deux personnes ou catégories de personnes : le constituant de la fiducie et le fiduciaire, auxquels il convient d'ajouter le bénéficiaire et un tiers protecteur éventuel.

L'institution ainsi corrigée à maintes reprises nous délivre son potentiel, un instrument du droit permettant au constituant de transférer des biens, mobiliers ou immobiliers, ou des droits de son patrimoine à un fiduciaire, qui s'engage à les gérer au profit d'un bénéficiaire, constituant ou tiers désigné dans l'acte ou déterminable, et à les restituer au terme du contrat.

Mais ce transfert connaît une double limitation, non seulement dans le temps, car sa durée, qui ne peut excéder 99 années, doit être fixée dans le contrat, mais également dans sa substance, dans la mesure où le fiduciaire doit agir dans un « but déterminé » par le constituant et doit se plier à diverses obligations contractuelles.

Enfin, la fiducie est une opération qui mêle droit des biens, droit des contrats, droit des obligations, droit des sûretés, droit des régimes matrimoniaux, etc.

⁴⁹⁸ Il semblerait d'ailleurs à ce sujet que le processus législatif consistant à procéder par petites touches successives soit à son apogée.

⁴⁹⁹ BLANLUET, G., & LE GALL, J.-P. (2007). La fiducie : une œuvre inachevée - un appel à la réforme après la loi du 19 février 2007. *JCP E 2007* (n° 36).

La fiducie remplit ainsi plusieurs fonctions :

Théoriquement, la fiducie permet de poursuivre une grande variété de buts, et, de ce fait, apparaît comme une institution « multifonction ». Il s'agit d'un « mécanisme abstrait à utilités multiples »⁵⁰⁰. En effet, le législateur n'a pas, initialement au moins, enfermé la fiducie dans une fonction particulière, se bornant à introduire une forme de patrimoine dit d'affectation entre les mains d'un fiduciaire afin que celui-ci exerce les pouvoirs confiés pour l'accomplissement d'une mission : il résulte de la définition légale de la fiducie que le fiduciaire doit agir dans un but déterminé au profit du bénéficiaire⁵⁰¹. La loi ne définit cependant pas le but qui peut ainsi être poursuivi.

Cette approche très libérale a toutefois été quelque peu modifiée par la ratification de l'ordonnance du 30 janvier 2009⁵⁰² qui a introduit un régime juridique spécifique en fonction de l'objectif poursuivi, et notamment en matière de sûreté, alors que la loi de 2007 prévoyait un cadre juridique unique pour la fiducie, en n'opérant pas de distinction entre la fonction (gestion, sûreté, transmission) que les parties pouvaient assigner au contrat de fiducie⁵⁰³.

Désormais, des dispositions spécifiques du Code civil sont consacrées à la fiducie-sûreté (« Propriété cédée à titre de garantie »), mais ce n'est pas pour autant que les parties ont perdu toute latitude pour définir les objectifs poursuivis et aménager la mission du fiduciaire en conséquence.

Aussi, en théorie, les usages d'un mécanisme fiduciaire sont d'une grande diversité : on peut le rencontrer dans les relations familiales concernant la protection d'un incapable, les successions, les libéralités, ou encore en matière de gestion patrimoniale quant à la création d'un patrimoine autonome ou à la gestion de biens, et, évidemment, dans le domaine des affaires : financement, sûretés, portage⁵⁰⁴.

Cependant, ces principes définis, le droit positif exclut radicalement toute fiducie-libéralité en posant en règle que « le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public »⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ GRIMALDI, M. (1991). La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre. *Deffrénois 1991* (n° 18), à propos de l'avant-projet de 1990-91.

⁵⁰¹ C. civ. art. 2011.

⁵⁰² Voir *supra*.

⁵⁰³ RAYNOUARD, A., & JOURDAIN-THOMAS, F. (2010). La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté. *JCP N 2010* (n° 5).

⁵⁰⁴ *Ibid.*.

⁵⁰⁵ C. civ. art. 2013.

Techniquement, la fiducie assure trois fonctions : elle sert à la gestion de biens (fiducie-gestion), à constituer une sûreté (fiducie-sûreté) et à réaliser une transmission notamment à titre de libéralité (fiducie-libéralité). Cependant, il serait en réalité plus juste de ne distinguer que deux « types » de fiducie :

- La fiducie à fins de gestion, se décomposant elle-même en deux sous-catégories : la fiducie-gestion pour le compte du constituant, dite justement « fiducie-gestion », et la fiducie-gestion pour le compte d'un tiers que le constituant entend gratifier, dite fiducie-libéralité,

- Et la fiducie-sûreté, lorsqu'un débiteur met des biens en fiducie au profit d'un créancier en garantie du remboursement d'une dette⁵⁰⁶.

Cependant, comme nous l'avons déjà évoqué, le législateur a fait le choix de ne retenir que la fiducie-gestion, au sens strict, et la fiducie-sûreté, et la fiducie à titre de transmission ne saurait, en l'état du droit positif, être organisée à titre de libéralité.

Section 4 L'inscription de la fiducie dans le cadre de la progressive reconnaissance du patrimoine d'affectation

Le nouvel instrument qu'est la fiducie, en tant que régime volontaire et contractuel, permet d'être déchargé de la gestion de biens, tout en les attribuant à une personne de confiance (le fiduciaire) qui doit les gérer avec loyauté et attention pour son bénéficiaire.

Les éléments d'actif et de passif ainsi transférés forment en conséquence un patrimoine autonome, totalement distinct du patrimoine propre du fiduciaire auquel les biens ont été transférés.

Car en définitive l'introduction de la fiducie en droit français s'inscrit dans le cadre de la progressive reconnaissance du patrimoine d'affectation, reconnaissance qui n'est pas chose aisée : en effet, le droit français restait attaché, en dépit des critiques et de nombreuses dispositions du Code civil et du Code de commerce qui y dérogeaient, à la théorie de l'unicité absolue du patrimoine d'Aubry et Rau : « le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit [...]. L'idée de patrimoine se

⁵⁰⁶ RAYNOUARD, A., & JOURDAIN-THOMAS, F., *op. cit.*.

déduit directement de celle de la personnalité. »⁵⁰⁷. « Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte : Que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine, Que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien, Que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens du propre mot. »⁵⁰⁸.

En somme 1/ toute personne a un patrimoine, 2/ seules les personnes ont un patrimoine et 3/ chaque personne n'a qu'un patrimoine.

Cette conception est purement subjective, puisqu'elle considère le patrimoine comme la projection de la personne dans l'ordre des biens. Sur la base de la nécessité, pour tout sujet de droit, de répondre de ses dettes, l'ensemble de ses biens saisissables furent ainsi impérativement affectés à la garantie de toute obligation souscrite par lui. Les articles 2092 et 2093 du Code civil de 1804 (devenus depuis 2006 les articles 2284 et 2285⁵⁰⁹) posaient cette solution en règle, et même en principe. « À la recherche d'une explication théorique de ce dispositif [...], Aubry et Rau élaborèrent leur trinôme en considérant que la garantie des dettes de la personne par ses biens manifestait un lien si étroit entre le patrimoine et son propriétaire qu'il convenait de traiter le patrimoine comme une composante même de la personnalité juridique. Dans ce schéma, admettre qu'une personne puisse avoir plusieurs patrimoines eût été aussi saugrenu que d'admettre qu'un être humain puisse constituer le support de plusieurs personnes juridiques. [...] La théorie d'Aubry et Rau, en tant qu'elle repose sur le postulat selon lequel la personnalité juridique est une et indivisible et qu'un être humain ne saurait donner lieu à plus d'un être juridique »⁵¹⁰, se justifiait alors totalement.

⁵⁰⁷ AUBRY, C., & RAU, C.-F. (1873). *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, Tome 6* (éd. 4). Paris: LGDJ Cosse Marchal et Billard, p. 229.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 231.

⁵⁰⁹ C. civ. art. 2284 : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.* »

C. civ. art. 2285 : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.* »

⁵¹⁰ REVET, T. (2010). Dossier : le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) : introduction. *Dr. et Patrimoine 2010* (n° 191).

Après plusieurs propositions⁵¹¹, la voie retenue par le législateur est finalement moins tranchée puisqu'elle consiste à s'émanciper de l'idée selon laquelle les personnes n'auraient qu'un patrimoine, mais sans aller bien loin non plus... En effet, à ce titre, il est particulièrement intéressant de constater que le terme de « patrimoine d'affectation » n'est utilisé que très parcimonieusement par le législateur. On ne le trouve clairement inscrit que dans les dispositions fiscales et comptables de la loi du 19 février 2007⁵¹². L'article 2011 du Code civil donne une définition de la fiducie se contentant d'imposer aux fiduciaires de tenir les éléments de la fiducie « séparés de leur patrimoine propre ».

Pour les élus à l'origine de la proposition en revanche, il ne faisait aucun doute que le fiduciaire devait détenir les biens transmis dans un patrimoine d'affectation⁵¹³. De plus, le législateur fait référence tout au long de la loi au « patrimoine fiduciaire » ce qui constituerait un indice de l'intention du législateur d'ériger une nouvelle exception au principe d'unité.

Cependant, ce cloisonnement des patrimoines doit être considérablement relativisé par les alinéas 2 et 3 de l'article 2025 du Code civil, selon lesquels notamment, « en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire ». Un lien important subsiste donc entre le patrimoine fiduciaire et un ou des autres patrimoines, à savoir celui du fiduciaire ou du constituant.

⁵¹¹ En particulier, le Congrès des notaires de France avait proposé de créer une « pro-personnalité » qui viendrait s'ajouter à la personne juridique générale et qui permettrait d'établir par ce biais une division patrimoniale dont les auteurs de la proposition estiment qu'elle serait encore plus cloisonnée qu'avec le patrimoine d'affectation (précisément grâce au dédoublement de la personnalité) : DUBUISSON, E. (2009). L'exploitation du fonds à risque limité - proposition pour instaurer une pro-personnalité. *105e Congrès des notaires de France, Lille, 17-20 mai 2009, Propriétés incorporelles*. ACNF ; et SAVARY, O., & DUBUISSON, E. (2009). Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de "pro-personnalité". *Dr. et Patrimoine 2009* (n° 180). Voir également la Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Voir également *La création d'un patrimoine d'affectation*. Rapport de M. Xavier de ROUX préparé à la demande des ministres de l'Économie et de la Justice, ainsi que du secrétaire d'État à l'Artisanat et au Commerce, 5 nov. 2008.

⁵¹² Dans les dispositions comptables, l'article 12, I. par exemple dispose que « les éléments d'actif et passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 du Code civil forment un patrimoine d'affectation ».

⁵¹³ La proposition initialement déposée par M. Marini prévoyait un article 2062 du Code civil qui devait disposer notamment que « le transfert s'opère dans un patrimoine d'affectation... ». Pour certains, « il est [...] remarquable que les auteurs de la loi aient intégré à la définition même de la fiducie, telle qu'elle est énoncée par l'article 2011, le fait que les biens donnés en fiducie fassent l'objet d'un patrimoine d'affectation. Cela implique que la constitution de ce patrimoine d'affectation ne soit pas un simple élément du régime juridique de la fiducie mais un critère de la notion même de fiducie telle qu'elle est envisagée dans ce texte » : CROCQ, P. (2007). Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés. *D. 2007*, p. 1354.

En définitive, si l'introduction de la fiducie en droit français n'implique pas un abandon franc du principe d'unicité du patrimoine - compte tenu de la perméabilité partielle des patrimoines - il convient néanmoins de constater qu'elle en constitue indéniablement un inflexionnement, même si, il faut rappeler, ce principe connaissait déjà des exceptions, notamment en permettant des cloisonnements temporaires dans le cadre du droit des successions, et avec le crédit-bail, la cession Dailly, le portage d'actions, ou encore le gage de compte d'instruments financiers.

Dès lors, pour certains, on peut parler d'une « altération du principe de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine, puisque le fiduciaire se trouve à la tête de deux patrimoines »⁵¹⁴, voire même, pour d'autres, « il s'agirait - plutôt que d'un patrimoine d'affectation en tant que tel - d'une forme de patrimoine de division, formant un sous-patrimoine au sein du patrimoine du fiduciaire »⁵¹⁵.

Ainsi, l'avenir de la fiducie se présente sous les meilleurs auspices, d'autant qu'elle va faire ressurgir la notion de propriété économique, qui présente des perspectives d'application fort intéressantes... du moins en théorie. En effet, la propriété économique dans le cadre de la fiducie se trouve en réalité tellement bridée qu'elle perd une grande partie de son intérêt.

⁵¹⁴ ROUIT, V. (2016). Fiducie-sûreté. *Lamy droit des sûretés, Sûretés réelles, Propriétés-sûretés, étude 293*, n° 293-15. V. également PICOD, Y. (2016). *Droit des sûretés* (éd. 3). Paris: PUF, p. 509 : « Les éléments transférés constituent un patrimoine d'affectation, le fiduciaire - se trouvant placé à la tête de deux patrimoines - bénéficie d'une situation d'exclusivité » ; PUIG, P. (2008). Intérêts et limites de la fiducie après la LME, au sens du droit des sûretés. *Dr. et patrimoine 2008* (n° 176) ; CROCQ, P. (2012). Transparence et patrimoines d'affectation. *RLDA 2012* (n° 68).

⁵¹⁵ EMERICH, Y., La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermédiaire à la propriété ?, *op. cit.*, p. 827 suiv., à propos de la fiducie française. Voir également EMERICH, Y. (2009). Les fondements conceptuels de la fiducie française face au *trust* de la *Common law* : entre droit des contrats et droit des biens. *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 61 (n° 1), p. 49 suiv..

CHAPITRE 2

LE GACHIS DE LA PROPRIÉTÉ ÉCONOMIQUE DANS LA FIDUCIE

Lorsque l'on aborde spécifiquement la question de la propriété dans la fiducie, force est de constater que les débats ont été houleux. Or si les discussions quant à la propriété (section 1) ont essentiellement porté sur la nature de la propriété fiduciaire, la question de son corollaire pour le bénéficiaire, à savoir la propriété économique, doit également être posée (section 2). Nous verrons ainsi que le bénéficiaire, dans le cadre de la fiducie, est bien propriétaire économique.

Cependant, il apparaît très nettement que la propriété économique telle qu'elle a été prévue dans le cadre de la fiducie a été gâchée : le choix de la fiducie (mécanisme pourtant qualifié par certains d'« idoine »⁵¹⁶ !) a enfermé la propriété économique dans un carcan dont il semble, de prime abord en tout cas, duquel il lui semble difficile de sortir (section 3).

Section 1 L'organisation de la propriété dans la fiducie

La fiducie est à l'origine de la redécouverte de la propriété économique. Aussi, il est nécessaire, dans un premier temps, de décrire la façon dont est organisée la propriété dans la fiducie : il s'agit en effet d'un préalable essentiel à la bonne compréhension de l'analyse que l'on fera ensuite. En effet, de cette analyse de la propriété dans la fiducie ressortira la propriété économique.

Or, dans la fiducie, la propriété est organisée d'une façon particulière dans la mesure où le fiduciaire doit agir dans l'intérêt du bénéficiaire, mais sur initiative du constituant. Comment s'articule la propriété à la constitution de la fiducie (I), pendant la fiducie (II) et à l'extinction de la fiducie (III) ?

⁵¹⁶ Rapport n° 442 de M. Philippe MARINI au Sénat, fait au nom de la commission des finances, 27 mai 2009.

I La propriété à la naissance de la fiducie

Pour constituer la fiducie, le constituant (A) transfère des biens, droits ou sûretés au fiduciaire. Un certain nombre d'obligations s'imposent également à lui (B).

A Le transfert de patrimoine du constituant

A l'origine⁵¹⁷, il existait une limitation *rationae personae* à certains acteurs : la conclusion de fiducie restait l'apanage de quelques privilégiés : il en résultait de curieuses incapacités spéciales de jouissance dans le Code civil pour des personnes physiques qui ne savaient prétendre ni à la qualité de constituant, ni à celle de fiduciaire d'ailleurs. Car seules pouvaient être constituant, ou même ayant-causes d'un constituant, les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés, à l'exclusion donc des sociétés fiscalement transparentes (C. civ. art. 2014 dans sa rédaction antérieure)⁵¹⁸.

D'une façon générale, et après de vives critiques à ce sujet, peut désormais avoir la qualité de constituant au titre d'un contrat de fiducie, toute personne physique ayant la capacité de s'engager juridiquement, et toute personne morale⁵¹⁹ quel que soit son régime d'imposition, et agissant dans le cadre de son patrimoine privé ou de son patrimoine professionnel.

Quant à la capacité requise du constituant, elle variera en fonction de la nature des biens⁵²⁰ et de l'étendue des pouvoirs transférés⁵²¹, et c'est aussi dans cet esprit que la conformité à l'objet et à l'intérêt social du constituant fera l'objet des vérifications d'usage.

Par ailleurs, afin de prévenir ou, le cas échéant, de sanctionner l'utilisation frauduleuse de la fiducie, notamment à des fins de financement d'activités illicites ou de blanchiment de capitaux, le législateur a exclu du bénéfice de la fiducie les personnes résidant dans un État refusant de pratiquer l'échange d'informations ou ne pratiquant qu'un échange réduit⁵²².

Ainsi, le constituant doit être résident d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale en vue

⁵¹⁷ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

⁵¹⁸ DUPICHOT, P. (2007). Opération fiducie sur le sol français. *JCP N 2007* (n° 11).

⁵¹⁹ Donc : sociétés, associations, établissements publics, etc..

⁵²⁰ Fruits, produits ou capital / biens communs ou indivis.

⁵²¹ Conservation, administration ou disposition.

⁵²² *La fiducie mode d'emploi* (éd. 2). (2009). Francis Lefebvre, Dossiers pratiques.

d'éliminer les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale⁵²³.

Une centaine d'États se trouve ainsi visée⁵²⁴.

Quant à la notion de résidence, elle s'entend au sens des conventions fiscales, par référence à la condition d'assujettissement à l'impôt et, concernant les personnes morales, à la localisation du siège de direction effective, lieu où sont principalement concentrés les organes de gestion, direction et contrôle de la société⁵²⁵.

Le constituant peut être également bénéficiaire, ce cas de cumul est prévu par la loi. Si la fiducie a une finalité de sûreté, il est logique que le constituant puisse récupérer ses biens à l'issue du remboursement de ses dettes. De même en cas de fiducie-gestion, le constituant doit pouvoir recouvrer ses biens après leur valorisation par le fiduciaire.

Ce cumul des qualités de constituant et de bénéficiaire a pour conséquence l'institution d'une présomption d'action de concert aux termes de l'article L 233-10, II-5° du Code de commerce : « I. - Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société. II. - Un tel accord est présumé exister : [...] 5° Entre le fiduciaire et le bénéficiaire d'un contrat de fiducie, si ce bénéficiaire est le constituant. III. - Les personnes agissant de concert sont tenues solidairement aux obligations qui leur sont faites par les lois et règlements. »

La notion d'action de concert tient une place très importante dans la réglementation applicable aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, puisqu'elle est notamment prise en compte pour vérifier si les seuils entraînant l'obligation

⁵²³ Loi du 19 février. 2007 précitée, art. 13.

⁵²⁴ En 2009, l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) avait publié une liste grise des États non coopératifs, c'est-à-dire ceux qui s'étaient engagés à négocier des accords facilitant les échanges de renseignements fiscaux, mais qui n'avaient finalement pas été totalement suivis d'effets. La France avait également publié sa propre liste des États non coopératifs (arr. 12 fév. 2010 (JO 17 fév. 2010), CGI. art. 238-0 A, Loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009). Suite à ces publications, des accords relatifs à l'échange de renseignements en matière fiscale ont finalement été conclus, approuvés par les lois du 23 juillet 2010, et les décrets d'application ont été publiés : Saint-Marin (Décret 13 oct. 2010), Ile de Man (Décret 21 oct. 2010), Jersey (Décret 22 oct. 2010), Guernesey (Décret 9 nov. 2010), Bermudes (Décret 2 déc. 2010), Bahamas (Décret 8 déc. 2010), Liechtenstein (Décret 10 déc. 2010), Iles Caïmans (Décret 14 déc. 2010), Gibraltar (Décret 23 déc. 2010), Principauté d'Andorre (Décret 7 janv. 2011), Iles Vierges (Décret 7 janv. 2011), Antigua et Barbuda (Décret 14 janv. 2011) et Uruguay (Décret 1er fév. 2011).

Après avoir été modifiée par les arrêtés du 14 avril 2011, 4 avril 2012, 21 août 2013, 17 janvier 2014, 21 décembre 2015 et 8 avril 2016, la liste des États et territoires mentionnée au deuxième alinéa du 1 de l'article 238-0 A du Code général des impôts est, à compter du 1^{er} janvier 2016, composée des États et territoires suivants : Botswana, Brunei, Guatemala, Iles Marshall, Nauru, Niue et Panama (arr. 12 fév. 2010, version consolidée).

⁵²⁵ Voir notamment CGI. art. 4 A suiv.

d'informer la société émettrice et l'Autorité des marchés financiers, sont ou non atteints, ou encore pour la mise en œuvre des procédures d'offre publique et de garantie en cours.

Elle tient également une place non négligeable dans les dispositions concernant toutes les sociétés par actions puisqu'elle est prise en compte pour l'appréciation du contrôle conjoint.

B La constitution du patrimoine fiduciaire

La constitution du patrimoine fiduciaire passe par un transfert (1) de biens, de droits ou de sûretés (2) déterminables (3), ou un ensemble de biens, droits ou sûretés (4).

1 Un transfert

Le Code civil dispose, en son article 2011, que « Le contrat de fiducie a pour objet le transfert de la propriété de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. » Nous verrons *infra* les éléments du débat relatif à la question de la nature de ce transfert.

En tout état de cause, la description des éléments transférés doit être précise. En cas de doute sur la nature exacte des éléments visés à l'acte, l'interprétation sera restrictive et ira dans un sens excluant le transfert⁵²⁶.

Enfin, le Code civil précise que le contrat de fiducie doit mentionner, à peine de nullité, la durée du transfert⁵²⁷. Celle-ci doit être déterminée, mais ne peut excéder quatre-vingt dix neuf ans. Elle a pour point de départ la signature du contrat de fiducie. Cette durée paraît renouvelable par convention expresse, en concluant un nouveau contrat de fiducie, et non par tacite reconduction.

⁵²⁶ C. civ. art. 2018 : « Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité, [...] 1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables. [...] ».

⁵²⁷ C. civ. art. 2018, 2°.

2 Les biens, droits ou sûretés transférables

Peuvent être transférés des biens ou droits mobiliers ou immobiliers, en vertu de l'article 2372-1, alinéa 1 du Code civil « La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 », et de l'article 2488-1, alinéa 1 : « La propriété d'un bien immobilier peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030. ».

Ainsi, la fiducie peut porter sur :

- Des biens mobiliers corporels et des droits réels ou personnels portant sur ces biens, tels les droits de propriété, de nue-propriété, d'usufruit, de louage : l'article 2018-I du Code civil le prévoit implicitement, en précisant que, « lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine du fiduciaire, la convention n'est pas soumise au régime de la location-gérance ou des baux commerciaux, sauf stipulation contraire ».

- Des biens mobiliers incorporels, tels les valeurs mobilières, les espèces, les contrats, les droits de propriété intellectuelle, les droits à polluer⁵²⁸, les créances.

Concernant ces créances, l'article 2018-2 du Code civil⁵²⁹ dispose que : « La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire ».

Concernant le fonds de commerce, les parties auront tout intérêt à en préciser la composition, et notamment, à décrire les éléments transmis, outre la clientèle. La fiducie n'étant pas une vente, les dispositions de l'alinéa 2 de l'article L 141-5 du Code de commerce, qui précise que le privilège de vendeur porte, à défaut de désignation dans l'acte, sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, ne permet pas de définir les éléments transmis en tout état de cause au bénéficiaire.

⁵²⁸ Les droits à polluer issus du protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 ont ainsi été expressément cités par le rapport du 11 octobre 2006 (Rapport n° 11 de M. Henri de RICHEMONT au Sénat, fait au nom de la commission des lois, 11 oct. 2006, p. 36).

⁵²⁹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 18-4°.

- Des sûretés réelles ou personnelles, telles l'hypothèque, le nantissement, le cautionnement, la garantie autonome. La fiducie peut porter sur un droit principal, comme la propriété, et sur son droit accessoire, par exemple la sûreté, mais on peut imaginer qu'elle ne puisse porter que sur la sûreté : par exemple, plusieurs créanciers du même débiteur pourraient constituer une fiducie en vue d'assurer l'unité de gestion de leurs sûretés respectives.

- La question des dettes : on peut se poser la question de savoir si la fiducie peut être un instrument de *defeasance* : cette technique est une stratégie de « nettoyage du bilan », y compris au passif, qui permet d'extraire certaines dettes du bilan d'une entreprise pour les transférer à une nouvelle entité juridique responsable de leur gestion.

Concernant la fiducie, l'article 2011 du Code civil, qui ne vise pas expressément le transfert de dettes, laissait ainsi une incertitude quant à la possibilité d'affecter en fiducie des biens assortis de dettes. En effet, le texte n'a pas prévu l'apport de dettes à la masse fiduciaire.

Les dettes nées de la gestion de la masse tomberont naturellement dans celle-ci, en raison de l'autonomie relative du patrimoine du fiduciaire : aux termes de l'article 2025, alinéa 1^{er}, *in fine*, du Code civil, « le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion des biens ».

Aussi, selon certains auteurs⁵³⁰, les dettes préexistantes à l'opération ne devraient pas pouvoir être apportées à la masse fiduciaire, en tant que telles : pour ce faire, il faudrait que les dettes fassent leur apparition à l'article 2011, à côté des sûretés.

En conséquence, la fiducie ne pourrait être un instrument de *defeasance* par lequel un débiteur transférerait des dettes et un ou des biens ou des droits dont le fiduciaire, acquérant leur propriété, pourrait jouir, voire qu'il pourrait céder au moment opportun, pour payer alors la dette qui lui aurait été transférée.

Cependant, à notre sens, la loi autorise les transferts universels ou à titre universel portant sur un actif ET sur un passif, comme les transferts à titre particulier. Pourrait donc notamment être transféré un patrimoine composé de créances et de dettes⁵³¹.

⁵³⁰ JADAUD, B. (2009). Le régime juridique de la fiducie. *LPA 2009* (n° 115) ; BARRIERE, F. (2007). La fiducie. *Bull. Joly Sociétés 2007* (n° 4 et n° 5).

⁵³¹ En ce sens ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 418 ; LIBCHABER, R. (2007). Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007. *Defrénois, 2007* (n°15 et n° 17).

En faveur de cette position, l'article 12 de la loi du 19 février 2007 relatif aux dispositions comptables de la fiducie précise que « les éléments d'actif et de passif » transférés dans le cadre de l'opération de fiducie forment un patrimoine d'affectation. On peut en déduire qu'un patrimoine composé d'un ensemble de biens et de dettes peut être transmis.

Au surplus, selon un avis du Conseil national de la comptabilité (CNC) relatif au traitement comptable des opérations de fiducie⁵³² et les règlements afférents du Comité de la réglementation comptable (CRC)⁵³³, le transfert peut porter sur un actif net ou un passif net, mais non un passif isolé. Les dettes transmises doivent être associées à un bien transmis, les transferts de l'un et l'autre devant être concomitants.

En effet, il est fréquent que des biens soient grevés de charges comme les fonds de commerce ou encore les immeubles. La possibilité de transfert d'un passif supérieur à l'actif tient à la nature comptable du patrimoine fiduciaire, qui permet d'identifier aisément les biens et droits concernés, que leur valeur économique soit positive ou négative.

Et puis telle est bien là l'intention du législateur : lors de la discussion générale ayant précédé l'adoption de la proposition de loi au Sénat, le rapporteur H. de Richemont a présenté la fiducie en ces termes : « La fiducie permet, dans une relation triangulaire, qu'une personne - le constituant - transfère tout ou partie de son patrimoine à une autre personne - le fiduciaire - dans l'intérêt d'une troisième - le bénéficiaire ». Il ajoute que les termes « transfert de biens, droits ou de sûretés » autorisent le transfert de dettes. Le patrimoine fiduciaire ainsi constitué en vertu du contrat de fiducie pourra d'ailleurs, poursuit-il, être composé d'éléments de passif d'une valeur supérieure à celle des éléments d'actifs présents. La fiducie pourra ainsi être utilisée dans le cadre d'opérations de défaisance (*defeasance*), par lesquelles le constituant transférerait à un fiduciaire une partie de ses dettes accompagnées de certains actifs, le fiduciaire étant chargé d'assurer le service de la dette. « En revanche, la rédaction proposée interdirait les fiducies qui emporteraient uniquement un transfert de dettes. Il est en effet

⁵³² Avis n° 2008-03 du 7 février 2008 du Conseil national de la comptabilité, relatif au traitement comptable des opérations de fiducie.

⁵³³ Règlements n° 2008-01 à 2008-05 du 3 avril 2008 du Comité de la réglementation comptable.

A noter que l'Autorité des normes comptables (ANC), créée par l'Ordonnance n° 2009-79 du 22 janvier 2009 créant l'Autorité des normes comptables et par le décret n° 2010-56 du 15 janvier 2010 relatif à l'Autorité des normes comptables, regroupe désormais les compétences qui étaient antérieurement partagées entre le Conseil national de la comptabilité (CNC) et le Comité de la réglementation comptable (CRC).

important d'éviter que la fiducie puisse permettre à une personne de se décharger de l'intégralité de son passif, au mépris des droits de ses créanciers. »⁵³⁴

Par ailleurs, le rapporteur à l'Assemblée nationale X. de Roux a précisé que « rien n'interdit en effet que le patrimoine fiduciaire soit composé d'un passif supérieur à son actif ; pourtant, le transfert de dettes ne pourra prendre uniquement la forme d'un transfert d'éléments du passif. »⁵³⁵

Aussi pour certains⁵³⁶, la *defeasance* tombe effectivement « dans l'orbite de l'institution » de la fiducie, l'absence de référence légale aux dettes constituant une erreur, un lapsus de la loi. Il s'agirait donc là d'un oubli davantage que d'une limitation : « la fiducie est d'ores et déjà taillée sur un patron trop étroit pour que l'on en écarte encore les utilités qui ne lui échapperaient que par prétérition ».

Certes l'on pourra noter que lors des dernières réformes de la fiducie, le législateur n'a pas saisi l'occasion de modifier l'article 2011 du Code civil pour y ajouter la possibilité de transférer une dette. Gageons qu'il s'agisse-là de la reconnaissance implicite qu'il s'agit bien d'une évidence.

3 Des biens, droits ou sûretés présents ou déterminables

Le patrimoine fiduciaire n'est pas figé au jour de l'enregistrement du contrat de fiducie. Sa composition peut varier, certains biens, droits ou sûretés venant s'y ajouter, ou en être retirés, pour autant que le contrat de fiducie précise comment ils peuvent être incorporés au patrimoine fiduciaire.

Les biens, droits ou sûretés transférés peuvent être présents ou futurs. Ils sont futurs lorsque leur existence est attendue comme certaine dans l'avenir. Ce peut être le cas, par exemple, d'un immeuble en construction ou de créances non encore nées mais qui reposent sur un principe certain. Est future une créance :

⁵³⁴ Rapport n° 11 de M. Henri de RICHEMONT au Sénat, fait au nom de la commission des lois, 11 oct. 2006, p. 21/45, qui prend ainsi l'hypothèse de la *defeasance* comme utilisation possible de la fiducie.

⁵³⁵ Rapport n° 3655 de M. Xavier de ROUX à l'Assemblée nationale, fait au nom de la commission des finances, 1^{er} fév. 2007, p. 33, qui signale l'absence de prévision de transfert des dettes, tout en ajoutant que cela ne devrait pas empêcher la *defeasance*.

⁵³⁶ LIBCHABER, R., Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, *op. cit.*.

- Reconnue par une sentence arbitrale, qui a autorité de chose jugée, même si celle-ci est l'objet d'un appel, et même si elle n'est pas exécutoire⁵³⁷,
- Et bien que non encore liquide⁵³⁸.

4 Un ensemble de biens, droits ou sûretés

En autorisant le transfert d'un ensemble de biens, droits ou sûretés, la loi vise à faciliter la détermination de l'assiette de la fiducie. Peut par exemple être prévu le transfert de l'ensemble des biens d'une société. Nul besoin alors d'en donner la liste exhaustive.

Comme vu *supra*, la loi autorise également, à notre sens, les transferts universels ou à titre universel portant sur un actif et sur un passif.

Finalement, la loi ne met qu'une seule obligation à la charge du constituant, celle de transférer les biens, droits ou sûretés objets du contrat de fiducie, faute de quoi le contrat ne pourrait pas recevoir la qualification de contrat de fiducie.

Si le contrat ne contient aucune disposition sur cette question, pèse alors sur le constituant une obligation de délivrance dès la conclusion du contrat, le fiduciaire disposant par l'effet dudit contrat d'une action en revendication. Cela dit, le contrat peut prévoir que le constituant conservera l'usage ou la jouissance du bien⁵³⁹. Cette mesure sera notamment utile en cas de fiducie-sûreté portant sur des biens nécessaires à l'activité du constituant ou en cas de fiducie portant sur des actions appartenant à des actionnaires parties à un pacte. Les parties ont tout intérêt à aménager soigneusement les modalités selon lesquelles les biens sont mis à la disposition du constituant : biens concernés, durée de la mise à disposition, conservation des biens, etc.. Mieux vaut également avoir recours à un contrat nommé, comme la location ou le prêt à usage, ce qui permettra l'application de règles supplétives. L'article 2018-1 du Code civil prévoit expressément que le contrat par lequel le fiduciaire permet au constituant de conserver l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel n'est pas soumis aux dispositions réglementant la location-gérance⁵⁴⁰ et le bail commercial⁵⁴¹ mais les parties peuvent en décider autrement.

⁵³⁷ CA. Paris, 13 fév. 2003 n° 2003-242864.

⁵³⁸ CA. Paris, 5 mai 1959.

⁵³⁹ C. civ. art. 2018-1, C. com. art. L 622-13 VI, art. L 622-23-1, art. L 624-16, art. L 631-14 al. 4, art. L 641-11-1 VI et art. L 642-7 al. 5.

⁵⁴⁰ C. com. art. L 144-1 suiv.

⁵⁴¹ C. com. art. L 145-1 suiv.

En cas de transfert des biens, le fiduciaire, devenu propriétaire, supporte les risques de perte ou de détérioration du bien transféré, le transfert de propriété entraînant transfert des risques.

Par ailleurs, lorsque le constituant doit remettre au fiduciaire des droits sociaux dont la transmission est soumise, notamment en vertu de la loi, à agrément, la procédure d'agrément doit alors être respectée. La loi prévoit notamment une telle procédure pour les cessions de parts des sociétés en nom collectif⁵⁴², des sociétés en commandite simple⁵⁴³, des sociétés à responsabilité limitée⁵⁴⁴ et des sociétés civiles⁵⁴⁵. Le transfert des parts dans le cadre d'une fiducie constitue une cession pour l'application de ces textes dans la mesure où il a pour conséquence d'entraîner une modification de la répartition du capital social.

Il en va de même lorsque l'obligation d'agréer tout nouvel associé est imposée par les statuts de la société.

II La propriété pendant la fiducie

Chaque protagoniste, fiduciaire (A), bénéficiaire (B) et constituant (C) a un rapport particulier à la propriété pendant l'exécution de la fiducie.

A La situation du fiduciaire

1 La personne du fiduciaire

Comme le constituant, le fiduciaire est lui aussi partie au contrat de fiducie. La charge de la fiducie ne peut pas lui être imposée, il doit y avoir consenti. Il est celui qui recueille les biens et droits transmis par le constituant et qui est chargé de réaliser l'objectif poursuivi par la fiducie. Plusieurs personnes peuvent être choisies comme fiduciaires. Le contrat étant de nature commerciale, l'engagement des fiduciaires est présumé solidaire, ce qui permet au constituant ou au bénéficiaire de se retourner indifféremment contre l'un d'eux pour obtenir satisfaction.

⁵⁴² C. com. art. L 221-13.

⁵⁴³ C. com. art. L 222-8.

⁵⁴⁴ C. com. art. L 223-14.

⁵⁴⁵ C. civ. art. 1861.

La liste des personnes pouvant avoir la qualité de fiduciaire⁵⁴⁶ est limitative : la loi limite l'exercice de la fonction de fiduciaire aux avocats et à certains organismes financiers réglementés, qui font l'objet d'un contrôle étroit des autorités de régulation compétentes et répondent à des exigences sévères en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux. Il est (semble-t-il) apparu indispensable au législateur de prévoir une telle mesure pour fournir toutes les garanties de compétence et de sérieux à l'établissement de la relation de confiance entre le constituant et le fiduciaire, et pour écarter (encore...) tout risque lié au blanchiment d'argent provenant du trafic de stupéfiants et du terrorisme.

Ainsi, peuvent seuls avoir la qualité de fiduciaires (C. civ. art. 2015) : les établissements de crédit, les institutions et services, les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance et les membres de la profession d'avocat.

D'une façon générale, comme le constituant, le fiduciaire doit être résident d'un État membre 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.

Cela dit, on voit mal, en pratique, des sociétés étrangères agir comme fiduciaires en France, en raison des difficultés probables tenant à la nécessité dans laquelle elles seraient de respecter à la fois le droit français et le droit qui leur est applicable dans leur État de résidence. Le contrat de fiducie doit, pour être valable, respecter diverses caractéristiques, qui ne sont pas nécessairement compatibles avec le droit étranger en cause. Ainsi, il est peu probable que des établissements étrangers se lancent dans pareille aventure, surtout que les constituants ne souhaiteront sans doute pas (eux non plus) prendre de risque quant à la validité juridique de la fiducie en présence d'un fiduciaire qui sera soumis à un droit autre que le droit français. Et ne parlons même pas de la neutralité fiscale à respecter...

Même si la loi ne le précise pas expressément, une même personne ne peut pas être à la fois constituant et fiduciaire. En effet, on ne peut pas conclure un contrat de fiducie « avec soi-même ». Ainsi, cette impossibilité de cumul des rôles permet de restreindre la fraude aux droits des créanciers du constituant, lequel aurait pu être tenté de mettre des biens à l'abri de leurs poursuites.

⁵⁴⁶ C. civ. art. 2015, complété par l'article 18-I-2° de la loi du 4 août 2008, complétant les articles 53 et 66-5 de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

En revanche, le fiduciaire peut être désigné bénéficiaire dans le cadre d'une fiducie-sûreté dans laquelle le fiduciaire est créancier du constituant, les biens étant alors remis en garantie entre ses mains et non entre les mains d'un tiers : on dit alors qu'il y a fiducie-sûreté sans entiercement. En cas de défaillance du débiteur, le patrimoine fiduciaire est alors remis au fiduciaire créancier.

Quant à la fiducie-gestion, au cours des débats parlementaires, la question s'était posée de savoir s'il ne fallait pas interdire un cumul des qualités fiduciaire/bénéficiaire, ou du moins interdire que le fiduciaire ne soit le seul bénéficiaire⁵⁴⁷. Mais cela n'a pas été retenu au motif que le principe général *fraus omnia corrumpit*⁵⁴⁸ rendra inopposable aux créanciers du fiduciaire toute fiducie dont il se servirait pour soustraire à leurs voies d'action un patrimoine dont il serait bénéficiaire⁵⁴⁹.

2 La mission et les pouvoirs du fiduciaire

Le législateur français a choisi l'option contractuelle : la fiducie est un contrat. Les cocontractants sont alors libres d'organiser l'opération fiduciaire projetée, mais le fiduciaire accepte par là même la qualité de propriétaire obligé.

Concernant sa mission, l'acquisition de la qualité de propriétaire par le fiduciaire n'est pas une fin en soi, mais un moyen permettant la réalisation de l'opération de gestion ou de garantie. Ès qualité, le fiduciaire est tenu d'exécuter sa mission, et se dessine alors une figure étonnante : celle d'un « propriétaire obligé »⁵⁵⁰.

En effet, le fiduciaire doit agir dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires qui peuvent être un tiers, le constituant ou le fiduciaire lui-même.

Les rapports entre le constituant et le fiduciaire sont déterminés par le contrat de fiducie. L'article 2018-6° du Code civil énonce que « Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : [...] 6° la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition » des biens ou droits constituant le patrimoine fiduciaire.

⁵⁴⁷ Comme le prévoient d'ailleurs les droits anglais et suisse, qui excluent la possibilité pour le *trustee* d'être le seul bénéficiaire du *trust*.

⁵⁴⁸ La fraude corrompt tout.

⁵⁴⁹ Rapport n° 11 de M. Henri de RICHEMONT au Sénat, fait au nom de la commission des lois, 11 oct. 2006, p. 55.

⁵⁵⁰ KUHN, C. (2008). La mission du fiduciaire. *Dr. et patrimoine* 2008 (n° 171).

Ces données sont mentionnées *ad validitatem*, la fiducie se révélant contrat solennel. En plus de la simple détermination de la mission du fiduciaire⁵⁵¹, doit également être précisée « l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition » : les parties choisissent l'organisation juridique qui répond le mieux à leurs attentes.

Ainsi, les parties doivent attacher un intérêt tout particulier à la clause définissant la mission du fiduciaire car elle servira de guide d'interprétation des dispositions du contrat relatives à ses pouvoirs. En outre c'est en fonction de la mission définie par le contrat que s'appréciera la responsabilité du fiduciaire.

D'une façon générale, dans le cadre d'une fiducie-sûreté comme d'une fiducie-gestion, la mission du fiduciaire consistera principalement à détenir, gérer et conserver la propriété des biens, en en assumant la détention ou en laissant le constituant en possession selon le cas. Ce n'est qu'au terme de la fiducie qu'il aura pour mission de gérer la restitution du bien.

L'article 2022, alinéa 1, du Code civil énonce, très logiquement, que « le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant ».

Concernant les pouvoirs du fiduciaire, le contrat de fiducie doit en définir l'étendue. A ce titre, les parties disposent d'une grande latitude pour définir ces pouvoirs : elles peuvent les restreindre en ne confiant au fiduciaire que le pouvoir de conserver le bien ou les droits transmis ou aller jusqu'à le doter de tous les pouvoirs du propriétaire. Le contrat peut également imposer une autorisation du constituant pour certains actes graves (constitution d'une hypothèque, apport en société, emprunt, etc.)⁵⁵².

En cas de litige sur l'étendue des pouvoirs du fiduciaire, l'interprétation du contrat devra prendre en compte la mission du fiduciaire car il doit disposer des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa mission (voir *supra*).

En tout état de cause, les pouvoirs que n'aura pas le fiduciaire resteront au constituant et dépendront de la nature de la fiducie : s'il s'agit d'une fiducie-gestion, le fiduciaire aura de larges pouvoirs, faute de quoi le contrat pourrait être remis en cause s'il est mis en place dans l'unique but de frauder les droits des créanciers en mettant les biens en question « à l'abri »,

⁵⁵¹ Administrer un immeuble ou un portefeuille de valeurs mobilières, conserver à titre de garantie un appartement, etc..

⁵⁵² En cas de pluralité de fiduciaires, c'est le contrat qui là encore définit la répartition des pouvoirs entre chacun. Un conseil des fiduciaires peut même être institué, avec des décisions prises à telle ou telle majorité, voire à l'unanimité selon les décisions à prendre. Le contrat devra être très précis sur ce point. A défaut de précision dans le contrat, les fiduciaires seront présumés exercer leurs pouvoirs conjointement, disposant chacun individuellement de l'ensemble des pouvoirs.

alors que dans le cadre d'une fiducie-sûreté, le constituant conservera de larges pouvoirs d'administration, demeurant dans la plupart des cas en possession des biens transmis.

La loi n'interdit pas par principe au fiduciaire de confier à un tiers l'exécution de certaines de ses obligations⁵⁵³. Aussi, *a priori*, le fiduciaire pourrait déléguer ses pouvoirs, mais les parties sont libres d'en disposer autrement et de rendre obligatoire une exécution personnelle de sa mission par le fiduciaire⁵⁵⁴, mais la fiducie étant conclue *intuitu personae*, il est probable que le contrat contienne systématiquement une clause interdisant toute délégalion de pouvoirs.

Enfin, en cas d'excès ou de détournement de pouvoirs, le constituant peut révoquer le contrat et même demander réparation pour le préjudice subi.

Vis-à-vis des tiers, l'article 2023 du Code civil dispose que « [...] le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs ».

En visant « les pouvoirs les plus étendus », la loi vise les pouvoirs du propriétaire.

Cette présomption de pouvoirs est une présomption simple que le constituant ou même le fiduciaire pourront renverser en apportant la preuve par tout moyen de la connaissance du tiers de la limitation de pouvoirs.

Cette preuve dépendra des circonstances de fait, mais ne pourra pas être déduite de la simple connaissance par le tiers de l'existence de la fiducie, la publicité n'informant en rien sur le contenu du contrat.

3 Les obligations et interdictions faites au fiduciaire

Le fiduciaire n'est pas libre, ce propriétaire agit pour le compte d'autrui, ès qualité. En effet, l'acquisition de ce titre n'a de sens qu'au regard de l'opération mise en place : si le contrat de fiducie lui dicte donc son comportement, comme vu *supra*, la loi le fait également : en effet, en vue d'assurer la protection de son cocontractant, du bénéficiaire ou des tiers, la loi a mis à la charge du fiduciaire des obligations particulières. Mais quelle que soit l'étendue des pouvoirs du fiduciaire, sa principale obligation est d'accomplir sa mission.

Il a en outre les obligations suivantes :

⁵⁵³ KUHN, C., La mission du fiduciaire, *op. cit.*

⁵⁵⁴ Voir exposé des motifs de la proposition de loi dont est issue la loi de 2007.

- Déclaration de qualité : d'une part, « lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention »⁵⁵⁵. Cette condition est formelle, et ne peut être suppléée par la simple connaissance du cocontractant du fiduciaire de la qualité de celui-ci.

Cela dit, même si le fiduciaire a omis de mentionner sa qualité, le constituant et le bénéficiaire pourront prétendre qu'une opération déterminée a en réalité bien été accomplie pour le compte du patrimoine fiduciaire, le fiduciaire ne pouvant se prévaloir de son propre fait pour conserver le profit d'une opération qui aurait dû relever du patrimoine fiduciaire.

Par ailleurs, « [...] lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité⁵⁵⁶, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualité »⁵⁵⁷. Si le fiduciaire acquiert un tel bien au moyen de fonds faisant partie du patrimoine fiduciaire mais en omettant d'indiquer qu'il agit à ce titre en qualité de fiduciaire, il sera réputé à l'égard des tiers avoir agi pour son propre compte. Mais vis-à-vis du constituant, le fiduciaire s'expose aux sanctions de l'abus de confiance s'il est prouvé par tout moyen que les fonds dépendaient du patrimoine fiduciaire.

- Reddition des comptes : aux termes de l'article 2022 alinéa 1 du Code civil, « Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant ». Les parties devront ainsi prévoir les modalités de cette obligation⁵⁵⁸ et les sanctions y attachées⁵⁵⁹. En outre, l'acte pourra prévoir que le fiduciaire devra justifier de l'opportunité des actes qu'il accomplit sur le patrimoine fiduciaire et de la conformité de ces actes au but du contrat, ou encore que la comptabilité retraçant les opérations affectant le patrimoine fiduciaire devra être communiquée au constituant, avec les pièces justificatives.

Au cas particulier du constituant placé sous tutelle au cours du contrat, l'article 2022 alinéa 2 du Code civil dispose que « le fiduciaire rend compte de sa mission au tuteur à la demande de ce dernier au moins une fois par an, sans préjudice de la périodicité fixée par le contrat. Lorsque pendant l'exécution du contrat le constituant fait l'objet d'une mesure de curatelle, le fiduciaire rend compte de sa mission, dans les mêmes conditions, au constituant et à son curateur. »

⁵⁵⁵ C. civ. art. 2021 al. 1.

⁵⁵⁶ Biens et droits immobiliers, aéronefs, navires, marques et brevets...

⁵⁵⁷ C. civ. art. 2021 al. 2.

⁵⁵⁸ Périodicité, information à l'initiative du fiduciaire ou sur demande du constituant, etc..

⁵⁵⁹ Par exemple en prévoyant une « clause pénale » : la qualification de clause pénale « repose sur plusieurs critères : d'une part, la clause stipulée doit avoir une origine contractuelle et garantir l'exécution d'une obligation ; d'autre part, la peine prévue doit sanctionner l'inexécution illicite de l'obligation garantie » : MAZEAUD, D. (2004). Clause pénale. *Revue des contrats* 2004 (n° 4). On notera que la clause pénale peut être révisée par le juge s'il l'estime manifestement exessive ou dérisoire.

Enfin, aux termes de l'article 2022 alinéa 3 du Code civil, « Le fiduciaire rend compte de sa mission au bénéficiaire et au tiers désigné en application de l'article 2017 à leur demande, selon la périodicité fixée par le contrat. ». Il aurait en effet été trop coûteux et contraignant d'imposer une information systématique du fiduciaire aux bénéficiaires, par exemple pour le cas où les bénéficiaires seraient tous les actionnaires d'une société qui aurait constitué la fiducie à leur profit, aussi le législateur a fait le choix d'une information des bénéficiaires sur demande⁵⁶⁰.

Le fiduciaire devra, en tout état de cause, agir dans l'intérêt de la fiducie et éviter tout conflit d'intérêts, entre son intérêt personnel et l'intérêt de la fiducie⁵⁶¹.

Mais en vue d'assurer une gestion optimale, le contrat peut très bien autoriser le fiduciaire faisant partie d'un groupe bancaire à placer des liquidités au sein d'OPCVM⁵⁶² de ce groupe par exemple.

Cela dit, en vue d'éviter tout conflit d'intérêts, la loi interdit au fiduciaire d'acheter, par lui-même ou par personne interposée, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire⁵⁶³. Pourraient à ce titre être considérés comme personnes interposées l'associé, la société sœur ou encore la filiale du fiduciaire. Il a été jugé, concernant les mandataires, que la sanction de la violation de cette interdiction est la nullité de la vente⁵⁶⁴. Il s'agit d'une nullité relative qui ne vise que la protection des intérêts du constituant et du bénéficiaire et l'action en nullité se prescrit par cinq ans⁵⁶⁵. Si le contrat de fiducie ne peut pas déroger à cette interdiction, l'acte en question peut néanmoins être confirmé par le constituant, la nullité étant relative.

⁵⁶⁰ Rapport n° 11 de M. Henri de RICHEMONT au Sénat, fait au nom de la commission des lois, 11 oct. 2006.

⁵⁶¹ Ou celui des bénéficiaires.

⁵⁶² OPCVM : Organisme de placement collectif en valeurs mobilières.

⁵⁶³ C. civ. art. 1596 : « Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées :

Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ;

Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ;

Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins ;

Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère.

Les fiduciaires, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire. »

⁵⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère} 2 oct. 1980 n° 78-12440, sur l'application de l'article 1596 du Code civil qui interdit au mandataire d'acheter les biens qu'il est chargé de vendre.

⁵⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère} 29 oct. 1988.

En outre, aux termes de l'article 2026 du Code civil, le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission. Il engage donc son propre patrimoine, et non le patrimoine fiduciaire.

4 Les droits du fiduciaire sur le patrimoine fiduciaire

Le fiduciaire assure la gestion des biens mis en fiducie dans le cadre de sa mission définie au contrat. Cela dit, le patrimoine transmis au moment de la conclusion de la fiducie a naturellement vocation à évoluer avec le temps : les biens transférés peuvent produire des fruits et revenus, comme le fiduciaire peut être conduit à engager des dépenses. Aussi les parties sont amenées à préciser dans le contrat la destination desdits fruits et revenus, par exemple, prévoir qu'ils seront placés, ou alors employés à l'acquisition de biens nouveaux afin d'accroître l'actif fiduciaire, ou encore distribués au bénéficiaire⁵⁶⁶ au fur et à mesure de leur perception.

A défaut de précision dans le contrat, la question est plus ardue puisque le Code civil est silencieux quant au sort des fruits du patrimoine fiduciaire : en tout état de cause, le fiduciaire a le devoir de percevoir les fruits⁵⁶⁷, comme tout administrateur⁵⁶⁸, mais la création d'un patrimoine d'affectation « a pour conséquence que les fruits tombent dans le patrimoine affecté et non pas dans le patrimoine personnel du fiduciaire et le principe même de l'affectation exclut qu'ils en sortent pour rejoindre le patrimoine personnel du fiduciaire. Autrement dit, le fiduciaire acquiert les fruits mais il n'a pas vocation à les consommer, les fruits se capitalisant dans le patrimoine fiduciaire par la force des choses »⁵⁶⁹. Cela étant, rien n'interdit aux parties de prévoir contractuellement que les fruits reviendront au fiduciaire, à titre personnel, au titre de sa rémunération⁵⁷⁰.

La question des droits du fiduciaire sur le patrimoine fiduciaire pose également la question de ses créanciers :

⁵⁶⁶ KUHN, C. (2007). Une fiducie française. *Dr. et patrimoine 2007* (n° 158) ; DE LAJARTE, C. (2009). La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie. *RLDC mai 2009* (n° 60).

⁵⁶⁷ « Les bénéficiaires des fruits n'[ayant] contre lui qu'un simple droit de créance » : MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 273.

⁵⁶⁸ Sauf si cette prérogative est expressément exclue de sa mission, bien entendu.

⁵⁶⁹ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T. (2008), *op. cit.*, p. 438-439.

⁵⁷⁰ Certains vont même plus loin en affirmant qu'à défaut pour les parties d'avoir conventionnellement prévu une rémunération, c'est qu'elles entendent implicitement attribuer au fiduciaire les fruits comme salaire forfaitaire (ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 439). Nous ne partageons pas cet avis, les fruits ne pouvant, selon nous, jamais constituer la rémunération du fiduciaire autrement que si cela a été conventionnellement prévu. A défaut, la prestation du fiduciaire ne peut être que gratuite.

- Concernant les créanciers personnels du fiduciaire, la distinction du patrimoine propre du fiduciaire et du patrimoine fiduciaire né du contrat de fiducie, est essentielle. Aussi l'article 2024 du Code civil précise-t-il que « L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire ». C'est en effet là l'un des aspects si particuliers de la fiducie qui permet à une même personne de détenir deux patrimoines distincts et autonomes.

Il résulte de cette disposition que le patrimoine fiduciaire ne sera pas pris en compte pour déterminer si le fiduciaire est ou non en état de cessation des paiements, et que les biens le composant ne pourront pas être cédés dans le cadre de la procédure collective en vue d'apurer les dettes du fiduciaire et de permettre son redressement.

- Concernant les créanciers du fiduciaire au titre de la fiducie, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine⁵⁷¹. Les débats parlementaires ont précisé que les termes de « conservation » et de « gestion » devaient être pris en leur sens le plus large⁵⁷² : sont visés, par exemple, les dépenses d'entretien ou d'amélioration de l'immeuble fiduciaire, ainsi que les emprunts souscrits en vue de faire face à de telles dépenses.

Les autres créances, notamment les créances délictuelles ou quasi-délictuelles, ne pourront pas être poursuivies sur le patrimoine fiduciaire, même si la faute du fiduciaire les ayant générées a été commise à l'occasion de la gestion de ce patrimoine : en effet, seul le patrimoine personnel du fiduciaire répond de ses fautes de gestion⁵⁷³.

Concrètement, les créanciers dont la créance est née de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire devront procéder à la saisie des biens et droits composant le patrimoine fiduciaire, entre les mains du fiduciaire, seul propriétaire de ces biens ou droits. L'acte de saisie devant indiquer le « nom du débiteur »⁵⁷⁴, il devrait donc ici faire également mention du fait que le débiteur est « fiduciaire, ès qualité en vertu du contrat ..., enregistré ... ».

⁵⁷¹ C. civ. art. 2025 al. 1 prec.

⁵⁷² Rapport n° 11 de M. Henri de RICHEMONT au Sénat, fait au nom de la commission des lois, 11 oct. 2006, p. 62.

⁵⁷³ C. civ. art. 2026.

⁵⁷⁴ Voir par exemple l'article 56 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

Si, en revanche, le contrat de fiducie a expiré, ces créanciers ne pourront plus saisir le patrimoine fiduciaire, qui aura par définition disparu : les biens et droits le composant auront été remis au bénéficiaire et feront ainsi partie intégrante de son patrimoine propre.

En effet, l'article 2025 alinéa 1 *in fine* dispose 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 texte ne fait ainsi mention que du « patrimoine fiduciaire », pas de celui du bénéficiaire⁵⁷⁵.

Enfin, on notera que l'article 2025 alinéa 2 du Code civil dispose que si le patrimoine fiduciaire est insuffisant pour faire face aux dépenses qu'entraîne sa conservation ou sa gestion, « le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers⁵⁷⁶, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire »⁵⁷⁷. Cela signifie que le fiduciaire ès qualité ne peut donc pas faire l'objet d'une procédure collective, sauf stipulation contraire mettant le passif à sa charge.

Par ailleurs, le dernier alinéa du même article prévoit que « le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire⁵⁷⁸ ». Mais, est-il précisé, une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée.

5 La surveillance du fiduciaire

L'article 2017 du Code civil dispose que « Sauf stipulation du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant. Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté ».

⁵⁷⁵ *La fiducie mode d'emploi, op. cit.*, p. 139. Voir cependant : BARRIERE, F., *La fiducie, op. cit.* : « il est légitime de considérer que le créancier né au titre du patrimoine fiduciaire devrait être désintéressé avant tout transfert universel et que le transfert de plein droit prévu par la loi ne pourra concerner que le reliquat d'actifs non nécessaire à son paiement. ».

⁵⁷⁶ Le recours des créanciers contre le constituant est donc subsidiaire. Ils ne pourront le poursuivre que s'ils démontrent que le patrimoine fiduciaire ne permet pas de les désintéresser, preuve qui peut être faite par tout moyen.

⁵⁷⁷ En pratique, cela n'arrivera qu'en cas d'utilisation de la fiducie à des fins de *defeasance*, l'externalisation de la dette du constituant n'ayant d'intérêt que si les créanciers ne peuvent plus se retourner contre lui.

⁵⁷⁸ On peut penser que ce cas de figure ne devrait se présenter qu'en cas de fiducie-sûreté.

Ce tiers, que l'on appellera « protecteur », peut être un membre d'une profession juridique. Sa désignation n'est pas obligatoire, mais elle ne peut pas être interdite si le constituant est une personne physique⁵⁷⁹. Par ailleurs, la nomination du tiers protecteur peut avoir lieu à tout moment, pas seulement au moment de la conclusion du contrat de fiducie.

Outre les pouvoirs qui lui sont reconnus par la loi⁵⁸⁰, le tiers protecteur peut très bien être investi de prérogatives déterminées par le contrat de fiducie, par exemple il peut être prévu qu'il pourra consulter la comptabilité relative au patrimoine fiduciaire, s'assurer de la conservation des biens transférés au fiduciaire, ou encore exiger la communication des contrats passés par le fiduciaire dans le cadre de sa gestion. Il peut également, conformément à l'article 2017 précité, se voir transférer les propres pouvoirs du constituant, mais la prudence recommande que le contrat de fiducie le stipule expressément.

Enfin, si l'on peut comparer le tiers protecteur au *protector* du *trust*, l'assimilation n'est cependant pas totale dans la mesure où ce *protector*, s'il ne doit pas s'immiscer dans la gestion quotidienne du *trustee*, dispose néanmoins en principe du droit de nommer et de révoquer ledit *trustee*, et sans que cela ne mette fin au *trust* et sans qu'il soit besoin d'agir en justice. Or de tels droits ne sont absolument pas reconnus au tiers protecteur français.

B La situation du bénéficiaire

1 Le bénéficiaire

Le bénéficiaire est la personne au profit de qui le constituant de la fiducie transfère des biens, droits ou sûretés dans un patrimoine fiduciaire, affecté au but déterminé.

Contrairement au constituant et au fiduciaire, le bénéficiaire n'est pas partie au contrat de fiducie. Il en résulte qu'une personne peut se trouver bénéficiaire d'une fiducie à son insu.

En outre, le contrat de fiducie est conclu indépendamment de toute acceptation du bénéficiaire et il ne peut mettre à sa charge aucune obligation.

⁵⁷⁹ C. civ. art. 2017 *in fine*.

⁵⁸⁰ Faculté de demander au fiduciaire de rendre compte de sa mission, faculté de saisir le juge en vue du remplacement du fiduciaire.

Le bénéficiaire n'est pas pour autant « un tiers » au sens du droit des obligations : en effet, la fiducie renferme à son profit une stipulation pour autrui au sens de l'article 1121 du Code civil : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter. »

Cela appelle deux conséquences :

La première est que, dès que la fiducie est conclue, le bénéficiaire acquiert un droit contre le fiduciaire. Si la fiducie a été constituée aux fins de lui transmettre le bien, il dispose du droit de le revendiquer.

La seconde est que, tant qu'il n'a pas accepté, il risque de voir son droit révoqué : il peut être remplacé. En revanche, une fois qu'il a accepté, son droit devient irrévocable. Cette dernière conséquence est rappelée à l'article 2028 du Code civil qui dispose que le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire et, qu'après acceptation, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord, ou par décision judiciaire.

Concernant le choix du bénéficiaire, l'article 2016 du Code civil énonce que le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie peut être :

- Le constituant lui-même, qui recouvre alors, au terme de la fiducie, la propriété des biens, droits ou sûretés constituant le patrimoine fiduciaire ;
- Le fiduciaire qui, étant un ayant-droit du constituant, tel un créancier, se trouve assuré de recevoir à titre définitif, sauf fraude, les biens, droits ou sûretés dont il avait reçu la propriété à titre temporaire et qu'il a pu gérer ;
- Ou un tiers.

En tout état de cause, le bénéficiaire peut être une personne physique ou morale, quelle que soit sa forme juridique⁵⁸¹, pourvu qu'elle soit dotée de la capacité juridique, ce qui n'est pas le cas, par exemple, d'une indivision ou d'une société non encore immatriculée au Registre du commerce et des sociétés. En outre, le bénéficiaire peut ou non être résident de France.

⁵⁸¹ Société, association, établissement public, etc..

Par ailleurs, l'article 223-V-I-2° du Code général des impôts impose que le constituant de la fiducie soit « désigné comme le ou l'un des bénéficiaires dans le contrat de fiducie », ceci afin d'éviter que la fiducie ne soit utilisée pour réaliser soit une gestion du patrimoine fiduciaire sans indication d'un bénéficiaire, soit une libéralité, toute fiducie-libéralité étant frappée d'une nullité d'ordre public⁵⁸².

On peut enfin noter le cas particulier du *constituant* placé sous un régime de curatelle : à s'en tenir strictement aux textes, dans ce cas, le *bénéficiaire* de la fiducie pourrait être soit le majeur en curatelle, soit un tiers. Il convient cependant d'être très prudent sur cette seconde modalité ; car la fiducie serait nulle si elle procédait d'une intention libérale. Mais on pourrait imaginer des hypothèses dans lesquelles les revenus de la fiducie serviraient à payer les frais d'hébergement dans une maison de retraite ou de soins, à assurer le règlement des charges du mariage, de pensions alimentaires ou d'une prestation compensatoire ou encore les échéances d'une dette incombant à la personne protégée.

2 Les droits du bénéficiaire sur le patrimoine fiduciaire

Pendant la fiducie, le bénéficiaire se trouve dans la même situation que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui s'il a accepté le contrat : il peut prendre des mesures conservatoires si la gestion du fiduciaire met en péril la conservation du patrimoine fiduciaire. A titre d'exemple, il peut tout à fait exercer une action possessoire ou mettre un locataire en demeure de payer les loyers dus.

Concernant ses créanciers, à défaut de précisions légales particulières à ce sujet, c'est le droit commun qui s'applique : en particulier, chaque créancier du bénéficiaire a la possibilité de mettre en œuvre l'action oblique⁵⁸³ à condition que sa dette soit certaine, liquide et exigible, et donc d'accomplir des mesures conservatoires que le débiteur bénéficiaire négligerait de prendre, voire même, à la fin de la fiducie, de réclamer le patrimoine fiduciaire.

⁵⁸² C. civ. art. 2013.

⁵⁸³ C. civ. art. 1341-1 : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne. »

C La situation du constituant

Tant que dure la fiducie, s'il n'est pas bénéficiaire, le constituant n'est titulaire que d'un droit conditionnel à récupérer le patrimoine fiduciaire si la fiducie expire accidentellement avant le terme.

En outre, le contrat de fiducie peut mettre à la charge du constituant d'autres obligations que celle de transférer le bien. Notamment, il peut être mis à sa charge l'obligation de verser une rémunération au fiduciaire. Mais dans la mesure où les prestations du fiduciaire peuvent être gratuites ou onéreuses, les parties ont tout intérêt à préciser leur intention dans le contrat, même si ce n'est pas une mention obligatoire du contrat.

Le constituant a un rôle passif : le transfert de la propriété des biens ou des droits dont il était titulaire au fiduciaire lui fait perdre tout pouvoir d'administration ou de disposition sur ces biens ou droits. Mais cette règle mérite d'être nuancée.

D'une part, si le transfert au fiduciaire ne porte que sur des droits démembrés du droit de propriété, tel un droit de nue-propriété, le constituant de la fiducie conserve la faculté de faire valoir les droits qu'il a conservés dans son patrimoine, à savoir l'usufruit dans notre exemple⁵⁸⁴.

D'autre part, en cours de contrat de fiducie, avec l'accord du bénéficiaire dès lors que celui-ci a accepté les droits nés du contrat, le constituant peut, selon ce que prévoit l'article 2028, alinéa 2 du Code civil, modifier ou révoquer les stipulations, notamment le contenu, du contrat de fiducie.

Cette modification du contenu du contrat de fiducie est expressément envisagée quand la fiducie est constituée à titre de garantie. Les articles 2372-5 et 2488-5 du Code civil disposent, au début de leur deuxième alinéa, que, lorsque le contrat constitutif de la fiducie-sûreté a prévu que la propriété de biens ou de droits transférés au fiduciaire pouvait être affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif, « le constituant peut [alors] offrir [la propriété cédée] en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le prix n'ait pas été payé ».

⁵⁸⁴ Proche de cette perspective : cf. l'article 2018-1 du Code civil :

C. civ. art. 2018-1 : « Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du Code de commerce, sauf stipulation contraire. »

Par ailleurs, l'article 138-X, 1^o et 5^o de la loi du 12 mai 2009⁵⁸⁵ précise que, « Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de sa recharge ».

Enfin, il faut rappeler que l'article 2027 du Code civil qui prévoit que, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés, le constituant, notamment, peut, en l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions du remplacement du fiduciaire, demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou la désignation d'un nouveau fiduciaire. Le constituant veille donc à la bonne exécution du contrat de fiducie.

Quant à ses créanciers, leur situation va dépendre de leur qualité :

- Concernant les créanciers « ponctuels », c'est-à-dire hors de toute procédure collective : l'article 2025 du Code civil⁵⁸⁶ précise la séparation des droits des créanciers du constituant et de ceux des créanciers du patrimoine fiduciaire. Aux termes de cet article, « le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine », et donc pas par les créanciers personnels du constituant.

Cela dit, le premier alinéa du même article dispose que les droits des créanciers du constituant de la fiducie, titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie, peuvent s'exercer sur le patrimoine fiduciaire.

Il est en effet naturel que le droit de suite des créanciers munis d'une sûreté permette à ceux-ci de poursuivre le bien transmis au fiduciaire et grevé de ce droit. Par exemple, le créancier titulaire d'une hypothèque inscrite avant le contrat de fiducie conservera son droit de suite en cas de mise en fiducie ultérieure de l'immeuble.

Par ailleurs, le patrimoine fiduciaire constituera également le gage des créanciers du constituant en cas de fraude à leurs droits : la loi reprend ainsi le mécanisme de l'action paulienne⁵⁸⁷. En application de ce texte, les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude à leurs droits. En cas de succès de l'action,

⁵⁸⁵ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

⁵⁸⁶ C. civ. art. 2025 al. 1 : « Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine. »

⁵⁸⁷ C. civ. art. 1341-2 : « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude.. »

les actes en question sont déclarés inopposables à ces créanciers et les biens ou droits mutés réintégrés au patrimoine du débiteur, pouvant ainsi faire l'objet d'une saisie du créancier en question.

- Concernant les créanciers dans le cadre d'une procédure collective du constituant : l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté a adapté les règles de la fiducie aux procédures collectives, tentant de trouver un équilibre entre les objectifs de la fiducie, en tant que sûreté, et le redressement de l'entreprise/constituant.

A ce sujet, certains actes, notamment translatifs de propriété, accomplis par le débiteur entre la date de cessation des paiements et celle du jugement d'ouverture ouvrant la procédure collective (période dite « suspecte ») sont nuls de plein droit⁵⁸⁸.

Aussi, afin d'éviter que la fiducie ne permette au débiteur de transférer des biens, droits ou sûretés en période suspecte pour les faire échapper aux poursuites de ses créanciers, la loi prévoit qu'est nul de plein droit⁵⁸⁹ :

« 9° Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ;

10° Tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant. »

Mais la nullité n'atteint pas le transfert opéré après le jugement d'ouverture de la procédure collective⁵⁹⁰.

On rappellera que l'action en nullité n'est pas ouverte directement aux créanciers : seuls peuvent agir le Ministère public et les organes de la procédure collective : administrateur judiciaire, mandataire judiciaire, commissaire à l'exécution du plan⁵⁹¹.

Sans reprendre la totalité du régime de la fiducie dans le cadre des procédures collectives, on peut noter que les dispositions relatives à la fiducie-sûreté se déploient sur les deux volets entre lesquels se distribuent les sûretés réelles depuis la réforme générale des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 : les unes sont relatives à la

⁵⁸⁸ C. com. art. L 632-1 pour le redressement judiciaire et, sur renvoi de l'article L 641-14, pour la liquidation judiciaire.

⁵⁸⁹ C. com. art. 632-1, I-9° et 10.

⁵⁹⁰ Cass. com. 19 janv. 1999 n° 96-18772.

⁵⁹¹ C. com. art. L 632-4.

fiducie-sûreté sur meubles, les autres à la fiducie-sûreté sur immeubles. Cela dit, les deux séries de règles sont largement semblables⁵⁹².

L'administrateur peut mettre un terme au contrat de « mise à disposition » des biens transférés en fiducie-sûreté s'il estime que la continuation de ce contrat n'est pas utile pour le débiteur. En revanche, il ne peut pas porter atteinte à l'efficacité du transfert des actifs à titre de garantie en tant que tel⁵⁹³, mais sauf redressement judiciaire subséquent à la résolution d'un plan de sauvegarde pour inexécution des engagements.

Par ailleurs, il s'agit ici de neutraliser les effets, redoutables, de la fiducie, en évitant que l'actif du débiteur se trouve vidé du seul fait de la réalisation automatique de la fiducie dès l'ouverture de la procédure collective du constituant, dès l'arrêt du plan ou encore du seul fait du défaut de paiement d'une créance antérieure. Ce jeu automatique de la fiducie se trouve donc sanctionné par une nullité de la cession ou du transfert. Cette « paralysie » temporaire a pour but de ne pas entraver toute chance de succès de la période d'observation devant déboucher sur un plan, et, pareillement, de ne pas compromettre toute chance de succès du plan sitôt adopté⁵⁹⁴.

Mais si la situation ne peut pas être redressée, donc en cas de liquidation judiciaire, l'application des dispositions relatives à la poursuite des contrats en cours est exclue expressément tant pour le contrat de fiducie que pour la convention de mise à disposition. Cette mesure permet au créancier de récupérer les biens dès l'ouverture de la procédure et donc d'être désintéressé à hauteur de leur valeur, sans concours des autres créanciers⁵⁹⁵.

La situation du bénéficiaire d'une fiducie sur un immeuble est donc nettement plus avantageuse que celle du créancier hypothécaire, ce dernier ne pouvant en effet ni mettre en œuvre le pacte commissaire⁵⁹⁶, ni l'attribution judiciaire de l'immeuble.

⁵⁹² GRIMALDI, M., & DAMMANN, R. (2009). La fiducie sur ordonnances. *D. 2009*, p. 670.

⁵⁹³ C. com. art. L. 622-13. DAMMANN, R., & PODEUR, G. (2008). Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre. *RLDC 2008* (n° 49).

⁵⁹⁴ V. également LIENHARD, A. (2009). Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008. *D. 2009*, p. 110.

⁵⁹⁵ V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 décembre 2008 page 19457, texte n° 28.

⁵⁹⁶ Pacte prévoyant qu'en cas de défaut de paiement de la dette garantie, le créancier deviendra propriétaire du bien objet de l'hypothèque. C. com. art. L 622-7 I al. 3 sur renvoi de l'article L 641-3 al. 1.

V La propriété à l'extinction de la fiducie

La fiducie est un contrat certes, mais est d'abord une opération. Cette double nature juridique explique les particularités de la cessation du contrat de fiducie, tant en ce qui concerne ses causes (A), que, surtout, pour ce qui concerne ses effets (B).

A Les causes de la cessation du contrat de fiducie

La plupart des causes de la cessation du contrat de fiducie sont énoncées par les dispositions du Code civil, issues de la loi du 19 février 2007 et modifiées par l'article 18-V de la loi du 4 août 2008. Ce sont :

- Le décès du constituant, lorsque celui-ci est une personne physique, mais uniquement dans le cadre d'une fiducie-gestion⁵⁹⁷. En effet, son décès ne met pas fin au contrat si l'on est dans le cadre d'une fiducie-sûreté⁵⁹⁸ : « Par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie ». Mais sans doute mettent également fin au contrat de fiducie, bien que ceci ne soit pas expressément prévu, la dissolution et la liquidation du constituant personne morale.

- La survenance du terme du contrat, lequel ne peut être fixé au-delà de la quatre-vingt dix neuvième année à compter de la signature du contrat⁵⁹⁹ ;

- La réalisation du but poursuivi par l'opération de fiducie, lorsque cette réalisation a lieu avant le terme du contrat⁶⁰⁰ ;

- La mise en liquidation judiciaire du fiduciaire ;

- La dissolution ou la disparition du fiduciaire personne morale par cession ou absorption ;

- Si le fiduciaire est un avocat, son placement en interdiction temporaire ou sa radiation du tableau de l'Ordre.

Dans ces trois derniers cas, la cessation de la fiducie s'opère de plein droit, sauf stipulation du contrat de fiducie prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ C. civ. art 2029, al. 1.

⁵⁹⁸ C. civ. art. 2372-1 al. 2 et 2488-1, al. 2.

⁵⁹⁹ C. civ. art. 2029, al. 1 et 2018-2°.

⁶⁰⁰ C. civ. art. 2029, al. 1.

⁶⁰¹ C. civ. art. 2029, al. 2.

À ces causes qui relèvent surtout de situations propres au contrat de fiducie et aux personnes que sont le constituant ou le fiduciaire, parties signataires du contrat de fiducie, il faut ajouter quatre causes de la cessation de la fiducie qui doivent être rattachées au bénéficiaire de la fiducie :

- En l'absence de bénéficiaire désigné dans le contrat de fiducie ou dans un avenant concomitant ou ultérieur, le contrat de fiducie prend fin, sans doute par décision unilatérale du constituant de la fiducie, sans que le fiduciaire paraisse pouvoir s'y opposer⁶⁰² ;

- Tant que le bénéficiaire mentionné dans le contrat de fiducie n'a pas exprimé son acceptation, le constituant de la fiducie peut révoquer celui-ci⁶⁰³ ;

- Si le bénéficiaire a formulé son acceptation de la fiducie, le contrat de fiducie peut, avec son accord, ou par décision de justice⁶⁰⁴ être révoqué par le constituant⁶⁰⁵ ;

- Si le ou les bénéficiaires renoncent à la fiducie, le contrat de fiducie prend fin de plein droit, sauf stipulations du contrat prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit⁶⁰⁶, sans doute au profit d'un autre ou d'autres bénéficiaires désignés dans un avenant au contrat.

B Les effets de la cessation du contrat de fiducie

Bavard sur les causes d'extinction de la fiducie, le Code civil est étonnamment muet sur les modalités concrètes de son « débouclage »⁶⁰⁷. Mais sa mission achevée, le fiduciaire devra soit restituer les biens au constituant, soit les transmettre au bénéficiaire : la propriété fiduciaire disparaîtra alors au profit d'une propriété ordinaire, attribuée semble-t-il de plein droit à l'intéressé, qui peut être le constituant (1), le fiduciaire (2) ou un tiers (3).

1 Lorsque le constituant est bénéficiaire

Le constituant de la fiducie peut avoir placé des biens, des droits ou des sûretés lui appartenant dans un patrimoine d'affectation transféré à un fiduciaire :

⁶⁰² C. civ. art. 2030.

⁶⁰³ C. civ. art. 2028, al. 1.

⁶⁰⁴ Ce qui est un désaccord entre le constituant et le bénéficiaire de la fiducie.

⁶⁰⁵ C. civ. art. 2028, al. 2.

⁶⁰⁶ C. civ. art. 2029, al. 2.

⁶⁰⁷ DUPICHOT, P., *op. cit.*.

- Soit pour que celui-ci le gère jusqu'à un certain terme constitué par une date ou par un événement, le patrimoine fiduciaire revenant au constituant de la fiducie lorsque ce terme survient ;

- Soit pour que celui-ci, le gérant cependant, en conserve la propriété en garantie du paiement d'une ou de dettes du constituant, le paiement de ce passif conduisant au retour du patrimoine fiduciaire dans celui du constituant.

Quand les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire reviennent dans le patrimoine du constituant pour l'une des causes précitées, notamment quand le but de la fiducie a été réalisé, l'opération de fiducie est, à la fois, parfaite et neutralisée.

Elle est parfaite en ce que les droits et obligations nés sur les biens composant le patrimoine fiduciaire du chef du fiduciaire sont transférés au constituant bénéficiaire de la fiducie, auquel le fiduciaire rend compte de sa gestion dans les conditions prévues au contrat de fiducie⁶⁰⁸.

Elle est neutralisée, essentiellement sur le plan fiscal, en ce que le retour des biens et droits, mobiliers ou immobiliers, ne donne pas lieu au paiement d'un droit fixe ou d'une taxe de publicité foncière⁶⁰⁹.

2 Lorsque le fiduciaire est bénéficiaire

Il faut rappeler que la constitution du contrat de fiducie a transféré au fiduciaire la propriété des biens, droits ou sûretés placés dans le patrimoine fiduciaire. Donc lorsque le fiduciaire est le bénéficiaire du dénouement du contrat de fiducie, son droit de propriété se trouve définitivement acquis sur le plan juridique. « Le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien cédé à titre de garantie »⁶¹⁰. Le sont, également, à son profit ou à son détriment, les droits ou obligations, les profits ou pertes nés sur les biens ou droits constituant le patrimoine fiduciaire.

Par ailleurs, le contrat de fiducie est nul, d'une nullité d'ordre public, lorsqu'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire⁶¹¹, lequel peut être le fiduciaire. Mais il se peut que le fiduciaire soit un héritier ou un légataire du constituant de la fiducie et que le

⁶⁰⁸ C. civ. art. 2022.

⁶⁰⁹ CGI. art. 1133 *quater*, al. 2.

⁶¹⁰ C. civ. art. 2488-3, al. 1.

⁶¹¹ C. civ. art. 2013.

contrat de fiducie ait été conclu dans le cadre familial sans que cela contrevienne à l'interdiction sus-énoncée, par exemple pour assurer la gestion de biens d'une personne âgée. En cas de décès de ce constituant et de transmission au fiduciaire héritier ou légataire des biens ou droits placés dans le patrimoine fiduciaire, les droits de mutation à titre gratuit sont dus selon le droit commun. La cause pour laquelle le contrat de fiducie est convenu mérite un exposé particulier des motifs du contrat.

3 Lorsqu'un tiers est bénéficiaire

Le tiers bénéficiaire de la fiducie acquiert, lors de la cessation de la fiducie, les biens et droits qui ont été placés dans le patrimoine fiduciaire.

Si, parce qu'il s'agit d'une fiducie-gestion, il acquiert ces biens et droits en compensation d'une créance qu'il avait à l'encontre du constituant de la fiducie, la mutation de ces biens et droits sera un paiement, une mutation à titre onéreux, avec toutes les conséquences juridiques et fiscales attachées à un tel acte.

Si, parce qu'il s'agit d'une fiducie-garantie, la remise de biens ou de droits placés dans le patrimoine opère paiement de sa créance, à défaut de paiement direct de la dette garantie par la fiducie, s'opère par le mécanisme de la compensation. Le tiers créancier bénéficiaire de la fiducie peut, d'ailleurs, exiger du fiduciaire soit la remise des biens, dont il peut disposer, soit, si le contrat de fiducie le prévoit, la cession des biens et la remise du prix⁶¹².

En toute hypothèse, et cela vaut également lorsque le bénéficiaire de la fiducie est le fiduciaire, deux règles s'imposent : d'une part, la valeur du bien transféré au bénéficiaire est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, toute clause contraire étant réputée non écrite⁶¹³. D'autre part, si la valeur du bien remis excède le montant de la dette garantie, une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette est versée au constituant de la fiducie, après paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire.

La cessation du contrat de fiducie doit donner lieu à un acte écrit la constatant, enregistré dans les mêmes conditions que la constitution du contrat de fiducie⁶¹⁴.

⁶¹² C. civ. art. 2372-3, al. 2 et 2488-3, al. 2.

⁶¹³ C. civ. art. 2372-3, al. 3 et 2488-3, al. 3.

⁶¹⁴ C. civ. art. 2019, dernier alinéa.

Ainsi que nous venons de le voir, le législateur a imaginé pour la fiducie un régime juridique fort complet quant à l'organisation de la propriété. Or il ressort de l'analyse de la propriété dans la fiducie que cette dernière n'est pas un *trust*, même si par certains égards elle peut s'y apparenter.

Section 2 L'analyse de la propriété dans la fiducie

Aux termes de l'article 2011 du Code civil, la fiducie est définie comme étant « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

Il faut bien l'avouer, ce « un transfert de biens, droits ou sûretés ou d'un ensemble de droits, de biens ou de sûretés » constitue *la* caractéristique principale de la fiducie. Cependant, on ne peut que constater que le terme « propriété », pour qualifier l'objet de ce transfert, n'est pas employé par le législateur. Si ce transfert porte effectivement sur la propriété des biens en cause - ce dont certains doutent - se pose également la question de savoir quelle est la nature de la propriété ainsi transférée, plusieurs interprétations étant possibles, à l'origine d'une controverse doctrinale (I). Nous verrons que la fiducie opère ainsi une superposition, sur le patrimoine fiduciaire, d'une propriété économique et d'une propriété fiduciaire (II).

I La controverse quant à l'existence et la nature du transfert de « biens, droits ou sûretés » opéré dans le cadre de la fiducie

Bien que l'article 2011 du Code civil qui définit la fiducie ne vise que le « transfert », sans autre précision, on peut néanmoins penser qu'il s'agit bien là d'un « transfert de propriété »⁶¹⁵. En effet, bien que curieusement absent - le droit de propriété n'étant pas cité expressément dans la loi du 19 février 2007 qui a institué la fiducie - il est cependant évoqué (certes de façon lointaine) par l'insertion de la fiducie dans le Livre III du Code civil (« Des différentes manières dont on acquiert la propriété »). Nous verrons ainsi les caractéristiques

⁶¹⁵ Rapport n° 11 de M. Henri de RICHEMONT au Sénat, fait au nom de la commission des lois, 11 oct. 2006, p. 35.

de la propriété fiduciaire sur lesquelles porte le débat (A), avant d'étudier les différentes positions prises par les auteurs (B).

A Les éléments du débat : les caractéristiques de la propriété du fiduciaire

La fiducie est souvent présentée comme mettant en œuvre une technique de double transfert de propriété⁶¹⁶ : un premier transfert de propriété du patrimoine du constituant au patrimoine géré par le fiduciaire, puis un second transfert, à l'extinction de la fiducie, du patrimoine fiduciaire au patrimoine du bénéficiaire de la fiducie, bénéficiaire qui peut être un tiers ou le constituant lui-même.

La « propriété fiduciaire » constitue ainsi, sans aucun doute, « un élément-phare de l'institution : c'est elle que le législateur français a voulu mettre en avant⁶¹⁷, car elle est la justification même de la fiducie, aux côtés du patrimoine d'affectation. Dans l'esprit du législateur, « 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 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). »⁶¹⁸

En tout état de cause, c'est ce point précis de la fiducie - le transfert de biens, droit ou sûretés - qui déchaîne les passions des auteurs. Les avis divergent quant à la nature de ce « transfert ».

⁶¹⁶ Voir ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 409, 417 et 447 ; MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 271 ; PUIG, P. (2008). La fiducie et les contrats nommés. *Dr. et patrimoine* 2008 (n° 171).

⁶¹⁷ MALLET-BRICOUT, B. (2010). Fiducie et propriété. in *Liber amicorum Christian Larroumet*. Paris: Economica, p. 298.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 299.

« Les difficultés et interrogations proviennent notamment du fait que la fiducie est aussi et avant tout un contrat, un contrat spécial qui repose officiellement sur l'idée d'un transfert de propriété, mais qui reste très marqué par une forte charge obligationnelle. Au fond, dans la fiducie, le contrat n'apparaît pas comme le simple support du transfert de propriété, il est le cœur du mécanisme, la "propriété fiduciaire" n'étant qu'un instrument au service d'une finalité économique bien définie. La propriété devient ainsi l'instrument de rapports d'obligations dominants [...] »⁶¹⁹.

A ce sujet, l'essence même du droit de propriété se trouve dans l'article 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

« Il est certes difficile de mettre en lumière une définition de la propriété qui fasse l'unanimité en doctrine, mais il semble 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* qu'elle confère au titulaire du droit de propriété ainsi que par sa vocation à la *perpétuité*⁶²⁰. Parce qu'il est seul maître de son bien, le propriétaire peut en user, en tirer les fruits et surtout en disposer. »⁶²¹

Or, le fiduciaire est en réalité très limité dans l'exercice de ses 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, mais elles contiennent en germe de nombreuses limitations aux attributs de la propriété :

- Tout d'abord, l'article 2018 6° prévoit que les pouvoirs d'administration et de disposition du fiduciaire peuvent être délimités par le contrat de fiducie,

- Ensuite, l'article 2018-1 prévoit la possibilité pour le constituant de conserver « l'usage ou la jouissance » du bien placé en fiducie,

- Et enfin, 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 : « Dans

⁶¹⁹ MALLET-BRICOUT, B. (2010). Le fiduciaire propriétaire ? *JCP E 2010* (n° 8).

⁶²⁰ V. notamment : TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 147 suiv. ; CORNU, G. (2007). *Droit civil : les biens* (éd. 13). Ibid., p. 66 suiv.. Voir *supra*, introduction.

⁶²¹ MALLET-BRICOUT, B., Le fiduciaire propriétaire ?, *op. cit.*.

ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs. »

Finalement, il faut convenir que le fiduciaire n'est titulaire des prérogatives d'un propriétaire sur sa chose que dans la mesure des limites imposées par le constituant. La situation du fiduciaire relève donc d'un esprit contraire à celui qui anime le droit de propriété ordinaire : le fiduciaire n'est pas un propriétaire entendu comme seul maître de sa chose, mais bien davantage un gestionnaire (fiducie-gestion) ou un conservateur (fiducie-sûreté)⁶²², soumis à un impératif de respect du « but déterminé » de l'opération⁶²³ et des pouvoirs que le constituant a bien voulu lui laisser.

C'est ce qui amène des auteurs à reconnaître dans le fiduciaire une forme de propriétaire pour le compte d'autrui⁶²⁴. Mais peut-on encore parler de propriété lorsque le fiduciaire perd les prérogatives classiques d'un propriétaire, de manière définitive et dans l'intérêt d'autrui ?

B L'analyse de la propriété du fiduciaire

Malgré les années qui se sont écoulées depuis l'introduction de la fiducie en droit français, elle continue de diviser : en effet, si elle est généralement analysée comme une opération translatrice de propriété au profit du fiduciaire, les auteurs ne s'accordent pas sur la qualification de la propriété ainsi transférée. Un autre courant penche d'ailleurs même pour une absence de transfert de propriété. En ce qui nous concerne, un transfert de propriété s'opère bien au profit du fiduciaire (1), mais la propriété qu'il recueille n'est pas celle de l'article 544 du Code civil (2) : c'est la propriété fiduciaire (3), dont le corollaire est la propriété économique (4). Aussi, afin de démontrer que la propriété économique existe bien dans le mécanisme de la fiducie, il est nécessaire, préalablement, d'analyser la propriété fiduciaire dont elle est le miroir.

⁶²² MALLET-BRICOUT, B., *Le fiduciaire propriétaire ?*, *op. cit.*.

⁶²³ C. civ. art. 2011.

⁶²⁴ KACZMARECK, L. (2009). *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération*. *D. 2009*, p.1845, qui voit dans la fiducie une « propriété dans l'intérêt d'un tiers ».

1 Une propriété est transférée au fiduciaire

Certains auteurs⁶²⁵, au-delà même de la question de la qualification que l'on pourrait donner à la propriété transférée au fiduciaire, rejettent l'idée même de transfert d'une quelconque propriété au fiduciaire.

En effet, pour ces auteurs, il ne peut pas s'agir du transfert de la propriété de l'article 544 du Code civil, puisque le fiduciaire ne réunit pas toutes les prérogatives de cette propriété : il n'a *que* les droits et les pouvoirs qui lui sont accordés par le contrat de fiducie, aussi ne peut-il pas être qualifié de propriétaire. Il ne peut pas non plus s'agir d'une propriété fiduciaire puisque l'exclusivité⁶²⁶ et le pouvoir de gérer⁶²⁷ ne sont pas l'apanage du droit de propriété. Et quand bien même on considérerait l'exclusivisme comme « l'une des prérogatives les mieux établies du propriétaire »⁶²⁸, les pouvoirs conditionnés et contrôlés du fiduciaire « s'accordent mal avec l'idée d'un règne indiscutable sur la chose »⁶²⁹. De plus, si le fiduciaire était propriétaire, alors, en cas révocation de la fiducie par le constituant⁶³⁰, il faudrait analyser l'opération en une expropriation... pour cause d'utilité privée.

En outre, si l'article 2018, 6°, du Code civil, précise « l'étendue des pouvoirs d'administration et de disposition » du fiduciaire, et que l'article 2023 lui confie, dans ses rapports avec les tiers, « les pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire », c'est précisément parce qu'il n'est pas propriétaire, et que ses pouvoirs doivent être expressément listés. S'il était propriétaire, il n'aurait qu'à opposer sa propriété. Ainsi, le passage par le fiduciaire n'est donc qu'une sorte de palier technique entre deux propriétés absolues, dont le transfert au fiduciaire est un moyen.⁶³¹

Aussi, « est-il possible de rendre compte de la fiducie autrement qu'en faisant appel à la réalisation d'un transfert de propriété au fiduciaire ? La lettre de l'article 2011 du Code civil ne l'interdit pas. Cette disposition, qui prévoit que le constituant transfère des biens, des droits

⁶²⁵ NICOLLE, M. (2014). La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire. *D. 2014*, p. 2071 ; LIBCHABER, R., Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, *op. cit.*.

⁶²⁶ L'exclusivité ne serait pas spécifique à la propriété, mais une caractéristique commune à l'ensemble des droits subjectifs : LARROUMET, C. (2004). *Droit civil. Tome II, Les biens. Droits réels principaux* (éd. 4). Paris: Economica, n° 197 ; FABRE-MAGNAN, M. (1997). Propriété, patrimoine et lien social. *RTD civ. 1997*, p. 583 (voir *infra*).

⁶²⁷ Le pouvoir de gestion peut être confié à une autre personne que le propriétaire, par exemple dans le cadre d'une représentation (C. civ. art. 1153 suiv.).

⁶²⁸ LIBCHABER, R., Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, *op. cit.*.

⁶²⁹ NICOLLE, M., *op. cit.*, p. 2071 s..

⁶³⁰ C. civ. art. 2028.

⁶³¹ LIBCHABER, R., Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, *op. cit.*.

ou des sûretés au fiduciaire, qui les tient séparés de son patrimoine personnel, ne précise pas s'il s'agit d'un transfert de propriété »⁶³².

En effet, « si l'habitude d'une proximité sémantique de ces termes avec la propriété est incontestable, cela ne suffit pas pour justifier l'existence non exprimée par la loi d'un transfert de la propriété des biens, droits et sûretés »⁶³³.

En somme, pour ces auteurs, le constituant reste le propriétaire, lequel transfère néanmoins les biens, droits ou sûretés au fiduciaire, mais pas sous forme de propriété. En effet, il définit le but de l'opération ainsi que les pouvoirs du fiduciaire, et peut instituer un tiers chargé de surveiller ce dernier, et même le révoquer : ainsi, il met ainsi en œuvre son propre pouvoir de propriétaire. « À partir du moment où l'on fait de l'exclusivité une caractéristique *centrale* de la propriété, il faut alors reconnaître qu'elle désigne le constituant plutôt que le fiduciaire comme propriétaire. [...] En bref, le constituant a la direction de l'opération fiduciaire depuis sa création jusqu'à son achèvement, ce qui rend plausible sa qualité de propriétaire des biens placés en fiducie. »⁶³⁴ De plus, l'article 2025, alinéa 2, autorise les créanciers de la fiducie à exercer leur droit de gage général sur le patrimoine du constituant en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, ce dernier étant alors un patrimoine d'affectation du constituant, parfaitement perméable à ses créanciers personnels (l'inverse n'est ainsi cependant pas vrai).

Aussi, pour certains⁶³⁵, la fiducie n'opérant aucun transfert de propriété et le constituant étant toujours propriétaire, les droits du fiduciaire sur le patrimoine fiduciaire pourraient alors être qualifiés de « droit réel sur la chose d'autrui » (celle du constituant), l'opération réalisant alors un démembrement de propriété inconnu du Code civil. Ainsi il serait possible de concilier le maintien de la propriété chez le constituant, avec octroi de pouvoirs, variables, au fiduciaire, pouvant aller jusqu'au droit de disposition des biens fiduciaires, et il appartiendra alors à la jurisprudence d'affiner le régime juridique de ce mécanisme.

⁶³² NICOLLE, M., *op. cit.*, p. 2071 s..

⁶³³ RAYNOUARD, A., & JOURDAIN-THOMAS, F., *op. cit.*, Voir également RAYNOUARD, A. (2011). S'approprier la fiducie... enfin ! - Introduction. *Actes prat. strat. pat. 2011* (n° 1).

⁶³⁴ NICOLLE, M., *op. cit.*, p. 2071 s..

⁶³⁵ LIBCHABER, R., Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, *op. cit.*.

Cependant, certains⁶³⁶ relèvent que cette qualification de droit réel (du fiduciaire) sur la chose d'autrui (celle du constituant) n'est pas envisageable puisque les actes d'administration et de disposition réalisés par le fiduciaire ne lui procurent aucun enrichissement, ce que devrait normalement lui conférer un droit réel. Ainsi, la fiducie pourrait n'être qu'un *mandat*, puisque le fiduciaire agit pour le compte d'autrui, qu'il est tenu de rendre compte de sa mission, qu'il ne tire profit ni ne supporte les risques de l'opération, et qu'il est personnellement responsable des fautes qu'il commet dans l'accomplissement de sa mission⁶³⁷. Ainsi il ne serait tenu que d'une obligation de faire.

Néanmoins, il nous semble que les droits du fiduciaire ne peuvent être réduits à ceux d'un mandataire : « c'est dans la considération du mécanisme à l'œuvre dans la fiducie que réside la clé de la distinction [entre mandat et fiducie]. Tandis que le mandat existe par le seul échange des consentements, la fiducie ne peut fonctionner que si un patrimoine fiduciaire est créé. En d'autres termes, le mandat est une technique de gestion directe des biens d'autrui, tandis que la fiducie est une technique de gestion indirecte, en ce sens qu'elle implique un détour par la création d'un patrimoine affecté ».⁶³⁸

On pourrait également envisager de reconnaître à la fiducie un « patrimoine autonome », à l'instar de certains auteurs à propos de la fiducie québécoise. Cette conception autonome du patrimoine (dit « patrimoine à but »), initiée par la doctrine allemande de Brinz⁶³⁹, remet directement en cause la théorie classique ou personnaliste du patrimoine d'Aubry et Rau⁶⁴⁰. Selon cette hypothèse, « des masses de biens existent sans toutefois pouvoir être rattachées à une personne physique. N'acceptant pas l'existence des personnes morales, en raison de leur irréductible part de fiction, il en déduit que ces masses sont des patrimoines autonomes qui ont comme sujet le but auquel elles sont affectées et non pas une personne juridique »⁶⁴¹.

⁶³⁶ NICOLLE, M., *op. cit.*, p. 2071 s..

⁶³⁷ Conformément au droit commun du mandat, C. civ. art. 1984.

⁶³⁸ NICOLLE, M., *op. cit.*, p. 2071 s..

⁶³⁹ Et Becker : voir GUINCHARD, S. (1976). Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français, thèse de doctorat en droit, Université Jean Moulin, Lyon 3, Paris, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, cité par EMERICH, Y., La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermède à la propriété ?, *op. cit.*.

⁶⁴⁰ Voir *supra*.

⁶⁴¹ NICOLLE, M., La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire, *op. cit.*, p. 2071 s.. Voir également MALLET-BRICOUT, B., Fiducie et propriété, *op. cit.*, p. 326.

Pourtant, cette conception⁶⁴² est « impropre à rendre compte du mécanisme de la fiducie, qui suppose qu'un fiduciaire ait pour mission d'exploiter les utilités de la chose »⁶⁴³.

Une autre analyse, radicalement opposée, voudrait que la fiducie elle-même soit propriétaire, en lui reconnaissant la personnalité morale⁶⁴⁴. En effet, pour qu'un groupement obtienne la personnalité morale, il suffit qu'il soit « pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement protégés »⁶⁴⁵.

Cependant, on peine à cerner les intérêts distincts des membres du groupement et du groupement lui-même, comme on doit le faire concernant les sociétés.

D'une façon générale, en ce qui nous concerne, nous écartons l'analyse qui voudrait que la fiducie n'opère aucun transfert de propriété au fiduciaire, et que la propriété soit conservée par le constituant : d'une part, parce que ce transfert est l'essence même de la fiducie⁶⁴⁶ et que l'article 2011 si situe dans le Livre III du Code civil intitulé « Des différentes manières dont on acquiert la propriété », et d'autre part parce que depuis la loi du 12 mai 2009⁶⁴⁷ qui a ratifié l'ordonnance du 30 janvier 2009⁶⁴⁸, l'article 2372-1 du Code civil⁶⁴⁹ fait désormais expressément référence à un transfert de propriété. Ainsi, il y a bien un transfert de propriété dans le cadre de la fiducie. Reste à savoir quelle est la nature de cette propriété transférée : pour certains, dont nous ne partageons pas l'avis, cette propriété transférée est celle de l'article 544 du Code civil.

⁶⁴² On notera que Brinz a développé sa théorie du patrimoine à but pour contourner la fiction de la personnalité morale, or le « but » est également une fiction. Au final, certains auteurs québécois reconnaissent sa conception, mais aux côtés de la personnalité morale (donc sans la remplacer, comme l'était l'objectif initial de Brinz).

⁶⁴³ NICOLLE, M., *op. cit.*, p. 2071 s..

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 2071 s., faisant référence à : CANTIN-CUMYN, M. (1999). Rapport général. In M. Cantin-Cumyn (dir.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles : Bruylant, n° 26 ; FARIBAULT, M. (1936). *Traité théorique et pratique de la fiducie ou du trust de droit civil dans la province de Québec*. Montréal : Wilson et Lafleur.

⁶⁴⁵ V. Cass. civ. 2^{ème} 28 janv. 1954, Grands arrêts, par TERRE, F. et LEQUETTE, Y. (n° 16) cité par NICOLLE, M., *op. cit.*, p. 2071 s..

⁶⁴⁶ « D'un point de vue strictement juridique, la reconnaissance d'un transfert de propriété s'avère essentielle pour la compréhension de l'institution fiduciaire. Elle permet sa pleine efficacité en tant que sûreté ou technique de gestion. » : KACZMARECK, L., *op. cit.*, p.1845 s..

⁶⁴⁷ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

⁶⁴⁸ Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie.

⁶⁴⁹ « La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030.

Par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie constitué en application de la présente section. »

2 La propriété transférée au fiduciaire n'est pas la propriété de l'article 544 du Code civil

Certains auteurs considèrent non seulement que la fiducie transfère la propriété au fiduciaire, mais, au surplus, que cette propriété transférée au fiduciaire dans le cadre du contrat de fiducie est la propriété entière⁶⁵⁰ : pour ces auteurs, le fiduciaire est un propriétaire au sens de l'article 544 du Code civil⁶⁵¹.

Pour les partisans de cette conception, deux points doivent être soulignés⁶⁵² :

D'une part, la propriété du fiduciaire n'est nullement une propriété temporaire : en effet, sous prétexte qu'à la fin de la fiducie, le fiduciaire doit transférer le bien, sa propriété serait temporaire. Or ce n'est nullement le cas : en effet, la propriété temporaire signifie que le droit réel disparaît alors que son objet existe toujours : c'est le cas par exemple de la propriété intellectuelle dans son aspect patrimonial lorsqu'elle tombe dans le domaine public. Or à la fin de la fiducie, la propriété ne cesse pas d'exister, elle est juste transférée, transmise⁶⁵³.

D'autre part, la propriété transférée est la « propriété véritable », telle qu'on la connaît traditionnellement, et il ne s'agit pas d'un démembrement de la propriété. En effet, à la question de savoir si la limitation de la propriété du fiduciaire est intrinsèque, ce qui implique un droit réel pour le bénéficiaire, ou non, ce qui suppose une limitation qui trouve son origine dans les obligations personnelles imposées au fiduciaire, ces auteurs répondent par l'absence de droit réel⁶⁵⁴.

Si en droits anglais, allemand ou encore espagnol, le bénéficiaire a un droit réel qu'il peut opposer aux tiers en cas d'appréhension des biens par les créanciers personnels du

⁶⁵⁰ RAVENNE, S., *op. cit.*, p. 8, selon lequel la propriété est *entière* lorsqu'elle comprend tous les éléments de sa définition, mais elle peut très bien ne pas être *complète*, comme c'est le cas de la nue-propriété (V. également VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, n° 47).

⁶⁵¹ CROCQ, P. (2010). La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ? - La propriété fiduciaire, propriété unitaire. In *La fiducie dans tous ses états : actes du colloque du 15 avril 2010*. Paris: Dalloz ; ARSAC, A. (2015). *La propriété fiduciaire : nature et régime*. Thèse, Paris Panthéon-Sorbonne, p. 224 suiv. ; KUHN, C., La mission du fiduciaire, *op. cit.* ; IBARRA GARZA, R., *op. cit.*, p. 125 suiv. ; DROSS, W. (2013). Le transfert de propriété en droit français. *Revue des contrats 2013* (n° 4). Voir également KUHN, C. (2003). *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*. Thèse, Paris 1.

⁶⁵² CROCQ, P., La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ?, *op. cit.*, p. 9 suiv..

⁶⁵³ Certes, selon certains auteurs la propriété est une simple titularité de droits. Si l'on retient cette conception de la propriété, alors oui, dans ce cas, la propriété ne se transfère pas, elle cesse à la fin de la fiducie et une autre naît entre les mains du bénéficiaire. On pourrait donc parler de propriété temporaire. Mais M. CROCQ s'oppose à cette conception de la propriété comme simple titularité de droits : oralement, au colloque « La fiducie dans tous ses états », précité.

⁶⁵⁴ CROCQ, P., La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ?, *op. cit.*, p. 12.

fiduciaire, tel n'est pas le cas en droit luxembourgeois, où l'on ne reconnaît au bénéficiaire qu'un droit de créance contre le fiduciaire, un patrimoine d'affectation. Or en droit français, le législateur a opté pour le patrimoine d'affectation, donc il semble clair que la fiducie transfère la propriété entière au fiduciaire. En effet, à quoi servirait-il de reconnaître un patrimoine d'affectation pour ensuite donner un droit réel au bénéficiaire ? Et dans la fiducie sûreté, le constituant et le fiduciaire peuvent conclure une convention de mise à disposition⁶⁵⁵ qui est un « contrat en cours » en cas de procédure collective. Cela n'aurait aucun sens si le bénéficiaire était titulaire d'un droit réel.

Par ailleurs, si l'on qualifie l'opération de démembrement de la propriété, alors c'est le bénéficiaire qui serait propriétaire, à l'image du démembrement classique de la propriété entre la nue-propriété d'une part, et l'usufruit d'autre part. En effet, la jurisprudence a reconnu la qualité de propriétaire qu'au seul nu-propriétaire, à l'exclusion de l'usufruitier, même si le premier a peu de pouvoirs le temps que dure le démembrement⁶⁵⁶. Dans le cadre de la fiducie, seul le bénéficiaire serait donc propriétaire, à l'exclusion du fiduciaire - qui n'aurait donc qu'un droit sur la chose d'autrui -, alors même que le cœur de la fiducie est, justement, le transfert de la propriété au fiduciaire... ce qui n'aurait pas de sens⁶⁵⁷.

Par ailleurs, si l'on admet l'existence d'une propriété du fiduciaire limitée à l'exclusivité, et d'une propriété particulière parce qu'elle ne porterait que sur la valeur du bien⁶⁵⁸, alors le constituant aurait un droit exclusif sur la jouissance du bien, donc on séparerait la valeur du bien et sa matérialité, ce qui revient à la propriété de l'Ancien Régime⁶⁵⁹. Finalement, pour ces auteurs, la propriété du fiduciaire, c'est la propriété « la seule, la vraie »⁶⁶⁰. « La fiducie se nourrit de la propriété, elle en a besoin pour se réaliser. La propriété fiduciaire n'est pas une imitation, mais une véritable propriété. »⁶⁶¹

Pour notre part, nous ne partageons pas l'avis de ceux qui estiment que la propriété transférée au fiduciaire dans le cadre de la fiducie est celle de l'article 544 du Code civil, quelles que soient les nuances que l'on peut lui apporter. « En effet, selon l'article 2011 du

⁶⁵⁵ C. civ. art. 2018-1.

⁶⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère} 8 janv. 2009 n° 07-21193.

⁶⁵⁷ CROCQ, P., La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ?, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁵⁸ Le fiduciaire ayant la propriété de la valeur et le constituant ayant la propriété de l'utilité.

⁶⁵⁹ Voir *supra*.

⁶⁶⁰ Expression employée oralement par M. CROCQ lors de son intervention « La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ? » précitée.

⁶⁶¹ KUHN, C., La mission du fiduciaire, *op. cit.*.

Code civil, «la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, présents ou futurs..., à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires''. On retrouve l'idée de transfert de propriété, le terme étant pris au sens large, car il ne s'agit pas nécessairement du droit réel de propriété de l'article 544 du Code civil »⁶⁶².

Il nous apparaît que les limitations apportées à la propriété du fiduciaire sont telles que l'on ne peut pas la qualifier de propriété complète, celle de l'article 544 du Code civil.

En outre, les arguments relatifs à un éventuel démembrement de propriété et à l'absence d'un droit réel ne nous convainquent pas non plus : pour nous, et ainsi que nous le développerons, la situation de la propriété existant entre le fiduciaire et le bénéficiaire ne constitue pas un démembrement de propriété, et il s'agit bien, au moins en partie, d'un droit réel⁶⁶³.

3 La propriété transférée au fiduciaire est la propriété fiduciaire

Un troisième courant, dont nous partageons la position, relève le particularisme de la propriété du fiduciaire, à tel point que la propriété de ce dernier n'est pas celle de l'article 544 du Code civil. En effet, en vertu de cet article, le propriétaire est celui qui a « les pouvoirs les plus étendus sur la chose : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. La plénitude de ces pouvoirs permet au propriétaire de tirer de la chose toutes ses utilités. En revanche, la propriété fiduciaire n'investit pas par nature de tous les pouvoirs sur la chose »⁶⁶⁴. Aussi, « le transfert opéré au profit du fiduciaire est celui d'une propriété nouvelle, d'une propriété fiduciaire »⁶⁶⁵, puisque les prérogatives du fiduciaire sont tellement limitées que son droit ne peut pas être qualifié de propriété de l'article 544 du Code civil.

Pour ces auteurs, si le fiduciaire est bien propriétaire, sa propriété n'est en revanche pas la propriété entière car elle ne lui confère pas la maîtrise absolue de la chose : sa propriété est

⁶⁶² LARROUMET, C. (2007). La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. *D. 2007*, p. 1350.

⁶⁶³ Sur ces points, voir *infra* nos développements ultérieurs.

⁶⁶⁴ GRIMALDI, M. (2010). La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ? - La propriété fiduciaire. *In La fiducie dans tous ses états : actes du colloque du 15 avril 2010*. Paris: Dalloz, p. 6.

⁶⁶⁵ BARRIERE, F., *Fiducie, op. cit.*.

« finalisée » et « au service d'autrui ». ⁶⁶⁶ Ainsi, la propriété fiduciaire est une « propriété d'un nouveau type, une propriété avec charge » ⁶⁶⁷.

La propriété du constituant, celle de l'article 544 du Code civil, devient, entre les mains du fiduciaire, « une propriété modelée par la finalité qui dorénavant la grève » ⁶⁶⁸ :

En effet, si la propriété ordinaire constitue un élément de *richesse* pour son propriétaire, puisque la valeur économique du bien lui appartient, il en perçoit les fruits et revenus, il peut l'aliéner et en percevoir personnellement le prix, et il est source de crédit puisque ses créanciers peuvent le saisir, tel n'est cependant pas le cas de la propriété fiduciaire ⁶⁶⁹. Cela n'enlève cependant pas à la propriété fiduciaire son caractère de propriété ⁶⁷⁰.

Par ailleurs, alors que la propriété ordinaire confère à son propriétaire les *pouvoirs* les plus étendus sur la chose, et donc lui permet d'en tirer toutes les utilités, la propriété fiduciaire n'investit pas nécessairement le fiduciaire de tous les pouvoirs sur le bien fiduciaire, et les pouvoirs dont il ne dispose pas sont perdus ⁶⁷¹, ce qui, là encore, ne permet cependant pas de disqualifier la propriété fiduciaire en autre chose qu'une propriété.

D'autre part, la propriété fiduciaire, propriété de plus en plus spéciale décidément, est *limitée dans le temps* : elle n'est pas perpétuelle, donc, contrairement à la propriété de l'article 544 du Code civil. Elle l'est non seulement parce que la fiducie est limitée à 99 ans par la loi ⁶⁷², mais également parce que c'est sa nature, son essence : la propriété fiduciaire est limitée au temps que dure la gestion concernant la fiducie-gestion, et au temps qui va jusqu'à

⁶⁶⁶ DANOS, F. (2007). *Propriété, possession et opposabilité*. Paris: Economica, p.51.

⁶⁶⁷ Rapport n° 442 de M. Philippe MARINI au Sénat, fait au nom de la commission des finances, 27 mai 2009.

⁶⁶⁸ BARRIERE, F. (2007). La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence. *JCP E 2007* (n° 36).

⁶⁶⁹ GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.*.

⁶⁷⁰ On remarquera d'ailleurs que le droit fiscal, quant à lui, taxe la richesse là où elle se trouve, peu important à ce sujet que celui qui a la richesse soit qualifié ou non de « propriétaire » : voir en ce sens le régime fiscal applicable à la fiducie (TUROT, J. (2007). Fiducie : être ou ne pas être neutre, voici la question. *RDF 2007* (n° 16) ; BLANLUET, G., & LE GALL, J.-P., *op. cit.* ; Régime fiscal de la fiducie constituée par des personnes physiques en vue de la gestion de leur patrimoine professionnel. (2009). *JCP N 2009* (n° 26) ; Régime fiscal de la fiducie constituée par des personnes physiques en vue de la gestion de leur patrimoine privé. (2009). *JCP N 2009* (n° 26) ; BERTHEUIL-DESFOSSÉS, D., FABRE, H., HOUDARD, J.-L., PLOUZENC, F., & PILLEBOUT, J.-F. (2009). Sûreté et gestion, constituants personnes physiques. *JCP N 2009* (n° 26) ; BERDAH, A. (2017). *La fiducie*. Nice: LesEditionsOvadia, p. 155 suiv.), ainsi que l'étude très complète à ce sujet : BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, en particulier p. 21 suiv., 42 suiv., 77 suiv., 125 suiv., 337 suiv..

⁶⁷¹ GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.*.

⁶⁷² C. civ. art. 2018.

l'échéance du terme déterminé concernant la fiducie-sûreté, même en cas de défaillance du débiteur⁶⁷³.

En outre, la propriété fiduciaire n'est également *pas absolue* car limitée par les prérogatives conférées par le constituant au fiduciaire qui doit accomplir sa mission pour la finalité déterminée. Et contrairement à la propriété de l'article 544 du Code civil, « la loi ne vient pas définir les droits ou pouvoirs qui en résultent ; mais ceci se comprend, car les prérogatives découlant de la propriété fiduciaire ne seront jamais identiques, elles dépendront des stipulations du contrat de fiducie et de l'objet devant être réalisé par le fiduciaire »⁶⁷⁴.

Enfin, le fiduciaire doit rendre compte de sa gestion⁶⁷⁵ et est responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission⁶⁷⁶. Il doit se conformer à la « mission »⁶⁷⁷ que lui a confiée le constituant, qui peut décider de faire surveiller le fiduciaire en désignant « un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat »⁶⁷⁸. Le fiduciaire peut même se voir retirer la propriété fiduciaire contre sa volonté, en étant révoqué par le constituant⁶⁷⁹ ou bien en étant remplacé⁶⁸⁰, soit dans le cadre des stipulations contractuelles qui peuvent en prévoir librement les conditions, soit sur des justifications prévues par la loi : manquement à ses devoirs, mise en péril des intérêts qui lui sont confiés, ouverture à son encontre d'une procédure de redressement judiciaire, etc.⁶⁸¹.

On peut en effet se demander quelle est cette propriété que l'on peut perdre, par remplacement ou par révocation, à la demande d'un autre. Certains parlent même d'un « propriétaire asservi »⁶⁸². Cependant, malgré le poids qui pèse sur elle, la propriété fiduciaire

⁶⁷³ GRIMALDI, M., La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ?, *op. cit.*.

⁶⁷⁴ BARRIERE, F., La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence, *op. cit.*.

⁶⁷⁵ C. civ. art. 2022.

⁶⁷⁶ C. civ. art. 2026.

⁶⁷⁷ MALLET-BRICOUT, B., Fiducie et propriété, *op. cit.*, p. 308 : « Le terme, fort révélateur de l'esprit de la fiducie et qui renvoie davantage à l'idée de représentation ou de délégation de pouvoirs qu'à celle de propriété, 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 ».

⁶⁷⁸ C. civ. art. 2017.

⁶⁷⁹ C. civ. art. 2028.

⁶⁸⁰ C. civ. art. 2027.

⁶⁸¹ MALLET-BRICOUT, B., Fiducie et propriété, *op. cit.*, p. 309.

⁶⁸² *Ibid.*, p. 310.

n'en demeure pas moins une *propriété*⁶⁸³, car elle confère l'exclusivité au fiduciaire, puisque, comme le propriétaire entier, il a le pouvoir d'exclure autrui des utilités de la chose⁶⁸⁴ : le fiduciaire exerce ses prérogatives sur les biens et droits fiduciaires, hors de *toute* concurrence.

Or l'exclusivité établit un « rapport privatif » et confère au propriétaire (et à lui seul) la maîtrise de la chose et de ses utilités, car il en est le seul maître. « L'exclusivité est un caractère majeur de la propriété⁶⁸⁵. Elle en fait un monopole. Le propriétaire évince, élimine de la chose tout autre que lui : il a le « pouvoir d'interdire à autrui d'établir une relation avec le bien »⁶⁸⁶. On notera que si l'exclusivité a été placée au cœur de la notion de propriété par certains⁶⁸⁷, cette position ne fait pas l'unanimité, l'exclusivité étant finalement une caractéristique commune à l'ensemble des droits subjectifs⁶⁸⁸. Il ne nous semble pas que le débat se situe sur cette question en réalité : même si l'on considère que l'exclusivité n'est pas l'apanage de la propriété, elle en est néanmoins le centre névralgique.

Évidemment, l'exclusivité dont bénéficie le fiduciaire n'est pas exactement la même que celle qui bénéficie au propriétaire ordinaire, dans la mesure où, dans ce dernier cas, « l'exclusivité s'applique tant à la richesse qu'à des pouvoirs pléniers ; et elle est perpétuelle. Dans la propriété fiduciaire, elle ne s'applique jamais à de la richesse ni toujours à des pouvoirs pléniers ; et elle est temporaire. Son emprise est plus limitée, et sa durée plus courte. »⁶⁸⁹. Pour autant, si la propriété fiduciaire ne confère ni le titre, ni *tous* les pouvoirs, si l'on prend *chaque* domaine concerné de façon isolée, elle assure bien l'exclusivité au fiduciaire, en dehors de tout concours :

Dans le cadre de la fiducie-gestion, le fiduciaire a l'exclusivité de gestion : le constituant a, en particulier, perdu le pouvoir de vendre, et le bénéficiaire n'a pas ce pouvoir non plus. « Et c'est dans cette exclusivité de gestion que cette variété de fiducie trouve sa

⁶⁸³ KACZMARECK, L., *op. cit.*, p.1845 s. : « Il n'en reste pas moins que la propriété transmise se réduit à une titularité juridique (l'exclusivité), comprenant des pouvoirs finalisés et contrôlés, car elle est exercée dans l'intérêt d'autrui (le constituant initialement, le bénéficiaire à terme). »

⁶⁸⁴ GRIMALDI, M., La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ?, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁸⁵ Voir ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 429.

⁶⁸⁶ GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.*.

⁶⁸⁷ GINOSSAR, S. (1960). *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*. Paris: LGDJ, p. 33 suiv. ; ZENATI, F. (1981). *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*. Thèse, Lyon, p. 413 suiv. ; ZENATI, F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *op. cit.*, p. 305 s. ; LIBCHABER, R., Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, *op. cit.*.

⁶⁸⁸ LARROUMET, C., *Droit civil. Tome II, Les biens. Droits réels principaux*, *op. cit.*, n° 197 ; FABRE-MAGNAN, M., Propriété, patrimoine et lien social, *op. cit.*, p. 583 s..

⁶⁸⁹ GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.*.

raison d'être : ce dont il s'agit, c'est de permettre au fiduciaire de gérer comme un propriétaire ordinaire, et donc d'interdire de gestion tout autre que lui »⁶⁹⁰.

Dans le cadre de la fiducie-sûreté, le fiduciaire a l'exclusivité de paiement de la créance : on lui donne l'assurance d'être servi avant les autres.

Aussi, la propriété fiduciaire, « cette propriété temporaire et limitée[,] est autre chose que la propriété ordinaire »⁶⁹¹. La propriété fiduciaire étant bien une propriété, elle n'emprunte cependant que l'exclusivité à la propriété ordinaire : la propriété fiduciaire est *une propriété limitée à l'exclusivité*⁶⁹².

La fiducie réalise donc bien un transfert de propriété au profit du fiduciaire, mais d'une propriété différente de celle que l'on trouve à l'article 544 du Code civil : la propriété fiduciaire. « Comme le nu-propriétaire n'a que la propriété nue, le fiduciaire n'a que la propriété fiduciaire »⁶⁹³, ce qui pose la question incidente de savoir qui détient l'autre versant de la propriété : à notre sens, c'est le bénéficiaire qui détient la propriété économique, pendant de la propriété fiduciaire.

4 Le corollaire de la propriété juridique fiduciaire est la propriété économique du bénéficiaire

Nous avons vu que les prérogatives du fiduciaire sont tellement limitées que son droit ne peut pas être qualifié de propriété ordinaire, mais de propriété différente : la propriété fiduciaire, dont les caractéristiques imposent au fiduciaire d'agir dans l'intérêt du bénéficiaire. Or le bénéficiaire, s'il n'est pas partie au contrat de fiducie, n'est pas pour autant un tiers à l'opération⁶⁹⁴ : en effet, au-delà du fait que le contrat est fait dans son intérêt, il dispose d'une action lui permettant d'intervenir pour faire dessaisir le fiduciaire⁶⁹⁵, ainsi que de la possibilité de refuser de donner son accord à la révocation ou la modification du contrat⁶⁹⁶. Il peut en outre, en tant que bénéficiaire d'une stipulation pour autrui⁶⁹⁷, mettre en œuvre des mesures

⁶⁹⁰ GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.*

⁶⁹¹ BARRIERE, F., La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence, *op. cit.*

⁶⁹² GRIMALDI, M., La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ?, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁹³ Oralement, M. GRIMALDI, au colloque « La fiducie dans tous ses états » organisé le 15 avril 2010, précité.

⁶⁹⁴ KACZMARECK, L., *op. cit.*, p.1845 s..

⁶⁹⁵ C.civ. art. 2027.

⁶⁹⁶ C.civ. art. 2028.

⁶⁹⁷ GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.* ; dans le même sens, BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 398 suiv. ; BARRIERE, F., La fiducie, *op. cit.* ; DUMONT-LEFRAND, M.-P. (2008). Le dénouement de l'opération de

conservatoires si la gestion du fiduciaire met en péril la conservation du patrimoine fiduciaire⁶⁹⁸. Surtout, il dispose d'une « vocation⁶⁹⁹ future à la propriété pleine et entière des biens affectés, conditionnée à son acceptation »⁷⁰⁰. Il dispose ainsi de la propriété économique, par opposition à la propriété fiduciaire du fiduciaire. Cette dernière, compte tenu de ses caractéristiques, est une propriété juridique : c'est la propriété du titre et de la valeur. Le bénéficiaire, de son côté, n'a pas le titre ni la valeur actuelle, mais est néanmoins propriétaire économique.

Notons que certains évoquent, non pas une propriété économique du bénéficiaire, mais « une propriété économique du constituant, qui se définit comme la “vocation d'une personne à recueillir pour elle-même et à titre exclusif la totalité de la substance économique d'une chose”⁷⁰¹. Passive en matière de fiducie, elle représente un “état intermédiaire (...) entre deux propriétés juridiques”, qui autorise au final à “présider à l'usage et aux destinées de la chose” en décidant de l'affectation et en donnant des instructions⁷⁰². Elle permet de profiter de la richesse représentée par le bien, sans toutefois bénéficier de la titularité que constitue la propriété juridique »⁷⁰³. En réalité ce n'est pas le constituant en tant que tel qui a la propriété économique des biens fiduciaires : en effet, celui qui a « vocation d'une personne à recueillir pour elle-même et à titre exclusif la totalité de la substance économique d'une chose », c'est le bénéficiaire, et non le constituant. Cependant, le bénéficiaire peut être le constituant, et si tout bénéficiaire a la propriété économique, seuls certains constituants (ceux qui sont bénéficiaires) ont la propriété économique : on pense ici à la fiducie-sûreté lorsque le prêt est remboursé.

En tout état de cause, certains relèvent que, « 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

fiducie. *Dr. et patrimoine 2008* (n° 171) ; DUPICHOT, P., *Opération fiducie sur le sol français, op. cit.* ; KUHN, C., *Une fiducie française, op. cit.*

⁶⁹⁸ *La fiducie mode d'emploi, op. cit.*, p. 141.

⁶⁹⁹ DE LAJARTE, C., *op. cit.*

⁷⁰⁰ KACZMARECK, L., *op. cit.*, p.1845 s..

⁷⁰¹ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 333.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 245.

⁷⁰³ KACZMARECK, L., *op. cit.*, p.1845 s..

dissociation qui irait bien au-delà des manifestations plus ou moins récentes d'un éclatement de la propriété, déjà relevé par Josserand en 1940⁷⁰⁴ ? 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 »⁷⁰⁵.

En ce qui nous concerne, tout d'abord, il ne nous semble pas que la propriété soit dévoyée, mais plutôt qu'elle évolue avec le temps, le droit s'adaptant progressivement à la société et aux pratiques juridiques nouvelles qui en découlent.

En outre, nous ne pensons pas que la propriété qualifiée ci-dessus de primaire « cohabite » avec une propriété fiduciaire « elle-même éclatée en propriété économique et propriété juridique » : la propriété fiduciaire *est* la propriété juridique, et c'est le bénéficiaire qui a la propriété économique.

Pour être plus précis, nous pensons que le constituant se sépare bien de la propriété entière dans le cadre de la fiducie, simplement elle n'est pas reçue telle quelle : le fiduciaire reçoit la propriété fiduciaire (ou propriété juridique, celle de la valeur), alors que le bénéficiaire reçoit la propriété économique (ou propriété de l'utilité ici). Cependant, la somme des deux ne forme pas la propriété entière, tout comme la somme des prérogatives de l'usufruitier et du nu-proprétaire ne forme pas la pleine propriété⁷⁰⁶.

Cette double propriété a déjà fait l'objet d'études selon le domaine du droit concerné⁷⁰⁷ : ainsi, M. Goyet⁷⁰⁸ a étudié la propriété économique, au regard du droit civil, en s'appuyant sur une analyse du crédit-bail et du bail superficiaire. Il distingue ainsi la propriété économique du crédit-preneur et du superficiaire, de la propriété juridique du crédit-bailleur et du tréfoncier. Pour lui, la propriété économique du premier est dépendante du contrat et

⁷⁰⁴ Voir L. JOSSERAND, L. (1940). Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau. in *Mélanges N. Sugiyama*, Tokyo, p. 101, cité par : MALLET-BRICOUT, B., Fiducie et propriété, *op. cit.*, p. 302.

⁷⁰⁵ MALLET-BRICOUT, B, Fiducie et propriété, *op. cit.*, p. 301.

⁷⁰⁶ Voir en introduction, sur le démembrement de propriété. La comparaison avec le démembrement de propriété s'arrête là (voir *infra*).

⁷⁰⁷ D'une façon générale, voir BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, *op. cit.*, et GOYET, C. (1983). *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*. Paris: LGDJ ; voir également RAVENNE, S., *op. cit.* ; ou encore : S. PIERACCINI, S. (2008). *La « propriété temporaire », essai d'analyse des droits de jouissance à temps partagé*, Thèse, Toulon, citée par : MALLET-BRICOUT, B., Fiducie et propriété, *op. cit.*, p.323 ; FORTI, V. (2012). *La titrisation des créances en droit comparé, Contribution à l'étude de la propriété*. Clermont-Ferrand: Fondation Varenne.

⁷⁰⁸ GOYET, C., *op. cit.*.

temporaire (liée à la commune intention des parties) ; elle s'éteint avec lui. Par opposition, la propriété juridique du second est un « droit réel à la valeur de la chose », « un droit résiduaire » porteur de la vocation à la propriété pleine et entière. Évidemment, cette analyse s'accommode mal de la situation de fiducie, le fiduciaire, propriétaire juridique, n'ayant pas toujours vocation à recouvrer la propriété pleine et entière à l'issue du contrat. Pour autant, cette analyse n'est pas incompatible de la propriété économique dans le cadre de la fiducie, et, au contraire, montre bien l'étendue de la propriété économique et les différentes facettes qu'elle peut prendre.

M. Blanluet⁷⁰⁹, quant à lui, tire du droit fiscal l'existence d'une propriété économique fiscale, la richesse étant taxée en quelques mains qu'elle se trouve⁷¹⁰. Partant, il en déduit qu'en droit civil, de façon prospective, un même bien peut faire l'objet également, non seulement d'une propriété économique - le propriétaire économique ayant la *substance* économique du bien de façon exclusive -, mais également d'une propriété juridique - le propriétaire juridique étant cependant privé de tout avantage économique relativement au bien. C'est alors le propriétaire économique qui aurait l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* sur la substance économique de la chose, pour son propre compte. Cette analyse renvoie ainsi à la notion de valeur⁷¹¹.

M. Forti a également vu sans la titrisation de créances une propriété économique, également assise sur la valeur des créances titrisées⁷¹².

En ce qui nous concerne, oui, nous pensons que le droit français a redécouvert, depuis l'introduction de la fiducie dans notre droit, la possibilité d'une superposition sur un même bien de deux propriétés de natures différentes⁷¹³. Spécialement concernant la fiducie, nous partageons l'avis selon lequel le fiduciaire dispose de la propriété-pouvoir, et le bénéficiaire de la propriété-richesse⁷¹⁴. Or, si « la propriété fiduciaire est une forme de propriété [...] [et

⁷⁰⁹ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, op. cit..

⁷¹⁰ Voir *supra*.

⁷¹¹ *Contra* : MALLET-BRICOUT, B., *Fiducie et propriété*, op. cit., p. 323.

⁷¹² FORTI, V., op. cit., p. 420 suiv.

⁷¹³ *Contra* : ARSAC, A., op. cit., p. 217 ; CROCQ, P., *Propriété et Garantie*, op. cit., p. 189 suiv.

⁷¹⁴ GRIMALDI, M., *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, op. cit. ; RAYNOUARD, A. (2010). Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace... tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe. *JCP N 2010* (n° 3) ; DAMMANN, R. (2013). Fiducie - L'utilisation de la fiducie comme technique. *Rev. pro. coll. 2013* (n° 3) ; KACZMARECK, L., op. cit., p.1845 s..

On notera que certains qualifient les droits du fiduciaire de « propriété-fonction », par opposition à la « propriété-actif » qui ne lui revient pas mais qui reste, au contraire, entre les mains du constituant : BENABENT, A. (1993). *La fiducie (analyse d'un projet de loi lacunaire)*. *JCP N 1993* (n° 26).

qu'elle] est donc compatible avec le droit français »⁷¹⁵, rien ne s'oppose à ce qu'il en aille de même pour la propriété économique - négatif de la propriété fiduciaire. Si la première est « certes différente de la propriété ordinaire, [...] [elle] apporte une nouvelle preuve que la propriété est effectivement “une institution d'une vigueur et d'une souplesse étonnante” »⁷¹⁶. En tout état de cause, « 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... »⁷¹⁷.

En tout cas, l'analyse que nous prônons a été confirmée - c'est en tout cas en ce sens qu'il nous semble qu'il convienne de l'interpréter - par une proposition de modification de l'article 2011 du Code civil définissant la fiducie.

II La confirmation de l'existence d'une superposition de deux propriétés : propriété fiduciaire et propriété économique

En ces temps de trouble doctrinal quant à la question de savoir quelle est la nature du transfert de biens, droits ou sûretés dans le cadre de la fiducie, le législateur a tenté d'éclairer notre lanterne fin 2009, en voulant compléter l'article 2011 du Code civil définissant la fiducie (A). Si cette disposition a cependant été censurée par le Conseil constitutionnel, elle ne l'a été, selon nous, que pour des raisons purement formelles (B), ce qui ne présume donc absolument pas, à notre avis, du refus catégorique d'admettre la superposition de propriétés.

A La proposition d'ajout d'un alinéa à l'article 2011 du Code civil

Cette proposition d'ajout d'un alinéa à l'article 2011 du Code civil, dont nous allons voir le contenu (1), s'est faite dans un contexte particulier (2), et dont l'enjeu s'est révélé être la confirmation de l'existence d'une superposition de propriétés, économique et juridique, dans le cadre de la fiducie, respectivement concernant le bénéficiaire et le fiduciaire (3).

⁷¹⁵ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., p. 337.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 337, citant par ailleurs THERY, R. (1950). De l'utilisation à la propriété des choses. in *Mél. Ripert, le droit privé français au milieu du XXème siècle, t. II*. Paris: LGDJ, p. 18.

⁷¹⁷ MALLET-BRICOUT, B., *Fiducie et propriété*, op. cit., p. 315.

1 Le contenu de cette proposition d'ajout

Concernant la propriété fiduciaire, « les auteurs ne tarissent pas d'imagination pour décrire cette nouvelle propriété »⁷¹⁸, usant de multiples adjectifs destinés à rendre compte de son particularisme : « propriété finalisée »⁷¹⁹, « modelée »⁷²⁰, « asservie »⁷²¹, « imparfaite et éphémère »⁷²², « de passage »⁷²³, ou encore « affectée »⁷²⁴ ou « amoindrie »⁷²⁵. Le fiduciaire serait ainsi un « propriétaire obligé »⁷²⁶ et « pour compte d'autrui »⁷²⁷.

Ce déchaînement linguistique est sans doute révélateur de la gêne généralement éprouvée à l'égard de ce concept étrange de « propriété fiduciaire », dont on a pu éprouver, à un moment donné, quelques difficultés à cerner le contenu. Or, le législateur français a profité des incertitudes attachées à cette notion pour l'éclairer, à l'automne 2009, sous un nouveau jour : l'article 16 d'une proposition de loi⁷²⁸ envisageait de rajouter un second alinéa à l'article 2011 du Code civil, rédigé ainsi : « Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire au profit du ou des bénéficiaires ».

Certains s'étaient alors interrogés sur cette propriété fiduciaire si distincte de la propriété établie par l'article 544 du Code civil, puisque M. Marini, sénateur à l'origine de cette modification, expliquait que la rédaction proposée allait avoir pour effet d'attribuer au fiduciaire « la propriété juridique des biens alors que le bénéficiaire bénéficierait de la propriété économique des mêmes biens »⁷²⁹. Cette distinction pouvait ainsi laisser certains perplexes⁷³⁰ en ce qu'elle rappelait sérieusement la différenciation entre le *legal ownership* et le *beneficial ownership* existant dans le *trust*.

⁷¹⁸ MALLET-BRICOUT, B., *Fiducie et propriété*, *op. cit.*, p. 327

⁷¹⁹ WITZ, C., *La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust*, *op. cit.*, p. 1369 s..

⁷²⁰ BARRIERE, F., *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, *op. cit.*.

⁷²¹ BOUTEILLE, M. (2008). *Les propriétés conditionnelles*. Aix-Marseille: PUAM, n° 795.

⁷²² RAVENNE, S., *op. cit.*, p. 125.

⁷²³ LIBCHABER, R., *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, *op. cit.*.

⁷²⁴ PUIG, P., *La fiducie et les contrats nommés*, *op. cit.*.

⁷²⁵ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 325, citant POTHIER, R.-J. (1835). *Traité du droit de domaine de la propriété*, in *Œuvres de Pothier*, t. 8 : éd. Charles Béchét, n° 8.

⁷²⁶ KUHN, C., *La mission du fiduciaire*, *op. cit.*.

⁷²⁷ RAVENNE, S., *op. cit.*, p. 116.

⁷²⁸ Qui devient par la suite la Loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers.

⁷²⁹ Rapport n° 442 de M. Philippe MARINI au Sénat, fait au nom de la commission des finances, 27 mai 2009.

⁷³⁰ MENJUCQ, M. (2009). *Fiducie : la réforme de trop ? Rev. pro. coll., nov. 2009 (n° 6)*.

2 Le contexte de cette proposition d'ajout

La Commission des finances du Sénat, par la voix de M. Marini, avait souhaité ajouter au dispositif de la « Loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers », alors votée en première lecture à l'Assemblée nationale, une disposition en complétant le volet relatif aux marchés financiers⁷³¹ (article 16 de la proposition de loi).

C'est ainsi qu'il avait été proposé d'adapter le régime de la fiducie afin de « permettre à la place de Paris d'accueillir plus commodément des fonds en provenance notamment du Moyen-Orient susceptibles de s'investir selon les techniques de la finance islamique⁷³², et offrir ainsi la possibilité aux établissements financiers français de développer l'émission d'instruments financiers, tels que les *sukuks*⁷³³ »⁷³⁴.

Par la voix de la Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie d'alors⁷³⁵, il a été décidé de faciliter l'acclimatation et le développement de la finance islamique en France⁷³⁶, au-delà des dispositifs déjà existants⁷³⁷ qu'étaient le crédit-bail, le prêt participatif, les parts de copropriété, ou encore les OPCVM⁷³⁸, etc., car il semblait que des aménagements techniques et fiscaux restaient encore nécessaires.

Aussi, la proposition de loi en question faisait suite d'une part, à une recommandation de l'Autorité des marchés financiers (AMF) du 2 juillet 2008⁷³⁹ sur la cotation des *sukuk*⁷⁴⁰

⁷³¹ Rapport n° 442 de M. Philippe MARINI au Sénat, fait au nom de la commission des finances, 27 mai 2009.

⁷³² La « finance islamique » est un mode de financement classique (bailleurs de fonds), dont les principes reposent sur la loi coranique, par exemple l'interdiction de la stipulation d'un intérêt : CHARLIN, J. (2009). Fiducie, *sukuk* et autres murabaha ou ijara. À propos de la finance islamique. *JCP E 2009* (n° 41).

⁷³³ Les « *sukuk* sont des produits financiers de type obligataire qui échappent à la prohibition du prêt à intérêt à la double condition que l'investisseur détienne la propriété des actifs dans lesquels il investit et qu'il reste exposé à un risque, aucun intérêt fixe ne lui étant garanti » : LUCAS, F.-X. (2009). Editorial - La fiducie au pays de l'or noir. *Bull. Joly Société 2009* (n° 10).

⁷³⁴ Rapport n° 442 de M. Philippe MARINI au Sénat, fait au nom de la commission des finances, 27 mai 2009.

⁷³⁵ Discours de Mme Lagarde prononcé à l'occasion des « Rencontres financières internationales » organisées par Paris Europlace le 2 juillet 2008 : « Nous adapterons notre environnement juridique pour que la stabilité et l'innovation de notre place financière puissent bénéficier à la finance islamique et rendre ses activités aussi bienvenues à Paris qu'elles le sont à Londres et sur d'autres places. »

⁷³⁶ Sur les raisons d'attirer les capitaux issus de la finance islamique, voir : SAINT MARC, G. (2010). Emission de *sukuk* en droit français : l'apport de la fiducie. *In La fiducie dans tous ses états : actes du colloque du 15 avril 2010*. Paris: Dalloz ; SAINT MARC, G. (2010). La finance islamique, un exemple de finance responsable et participative. *L'année des professions financières - les mutations de la planète finance 2010, Vol. 5*.

⁷³⁷ CHARLIN, J., *op. cit.*

⁷³⁸ OPCVM : Organisme de placement collectif en valeurs mobilières.

⁷³⁹ Communication de l'AMF du 2 juillet 2008 sur l'admission aux négociations d'obligations islamiques sur un marché réglementé français. Cette communication publiée par l'AMF sur l'admission aux négociations de *sukuk* rappelle que leur conformité à la Charia n'est pas de son ressort et que les émissions de *sukuk* doivent

sur Euronext Paris, et d'autre part à l'instruction fiscale du 25 février 2009⁷⁴¹ sur la neutralité fiscale des opérations de *murabaha*⁷⁴² et sur la déductibilité de la rémunération versée au titre des *sukuk*.

Or « toute activité de financement suppose une prise de risque rémunérée. Il est tout aussi vrai que la finance islamique exige, outre une conformité aux prescriptions coraniques, des outils prévoyant une rémunération du risque pris par le bailleur ou apporteur de fond. Sans entrer dans les détails, rappelons qu'un *sukuk* est un instrument de titrisation : c'est un produit obligataire dans lequel les actifs financés, grâce aux revenus qu'ils produisent, permettent de rémunérer les porteurs des *sukuks* émis par l'entité qui acquiert les actifs en question. L'actif acquis et les obligations qui y sont arrimées, sont transférés à une entité fiduciaire dont les bénéficiaires sont les porteurs des *sukuks*. Il faut donc que ces derniers, qui participent au financement de l'opération et donc en tirent des fruits, aient des droits à l'encontre des actifs. On voit comment la rémunération est organisée : ce n'est pas un intérêt, mais un produit, généré par les actifs, qui est versé. En ce sens, l'opération est semblable à une antichrèse, ou, désormais⁷⁴³, à un gage de bien immobilier.

Économiquement, cela ne change rien à la situation du financier. Juridiquement en revanche, l'apporteur de fonds participe à l'opération et est rémunéré par le *cash flow* généré sur lequel il possède un droit réel - ce qui rapproche l'opération d'un financement de projet

notamment se conformer à la législation européenne. Précédemment, l'AMF avait été la première en France à s'ouvrir aux concepts de la finance islamique, dans une première communication du 17 juillet 2007, où elle avait admis que des OPCVM puissent utiliser des critères extra-financiers pour se conformer à la loi islamique : L'émergence de la finance islamique en France. (2009). *Fusions & acquisitions magazine*, 29 avril 2009.

⁷⁴⁰ Le rapport du Sénat précité définit les *sukuk* de la façon suivante : « Les obligations islamiques dites "sukuk" sont des titres représentant pour leur titulaire un titre dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur, affectés au paiement de la rémunération et au remboursement des "sukuk". Leur porteur bénéficie d'un droit indirect sur ce ou ces actifs qu'il peut exercer en cas de défaillance de l'émetteur. Le ou les actifs concernés sont des actifs tangibles ou l'usufruit de ces actifs tangibles. »

⁷⁴¹ BOI 4 FE/09 n° 22 du 25 février 2009 ; voir désormais dans la base « Bulletin officiel des finances publiques-impôts » (BOFIP), en particulier les BOI-DJC-FIN, BOI-DJC-FIN-40, BOI-DJC-FIN-20, BOI-DJC-FIN-30, BOI-DJC-FIN-10. CHARLIN, J. (2009). Fiducie, *sukuk* et autres *murabaha* ou *ijara*. À propos de la finance islamique. *JCP E 2009* (n° 41) : le ministère des Finances avait par ailleurs édité des fiches techniques disponibles sur son site internet (www.budget.gouv.fr/index.php), opposables à l'administration fiscale, concernant le régime fiscal des *sukuk* et produits assimilés en général (fiche 2A), et précisant le régime des bénéfices industriels et commerciaux (BIC) quant aux rémunérations versées au titre des *sukuk* et des titres de dettes et prêts indexés (fiche 2B), la question des taxes professionnelle et cotisation minimale (fiche 2C) et enfin la neutralité en matière de TVA (fiche 2D).

⁷⁴² Sorte d'opération d'achat au comptant suivie d'une revente à terme.

⁷⁴³ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

classique -, à l'inverse d'un prêteur bénéficiaire d'une obligation personnelle de l'emprunteur de verser un intérêt. »⁷⁴⁴

Ainsi on comprend que l'essentiel des émissions de *sukuk* dans le monde se fait en utilisant l'instrument du *trust* anglo-saxon, un « emprunteur » transférant au *trustee* la propriété d'un bien et le *trustee* émettant en contrepartie des *trusts certificates* qui représentent la « copropriété » des investisseurs dans ce bien. Les investisseurs détiennent alors la propriété économique (*beneficial ownership*) tandis que le *trustee* détient la propriété juridique (*legal ownership*).

En France, si les *sukuks* peuvent déjà s'adapter à certains instruments juridiques français⁷⁴⁵, ces derniers doivent répondre aux exigences posées par la loi islamique, et en particulier les principes inspirés de la Charia⁷⁴⁶. Or l'introduction de la fiducie en droit français a semblé être un pas de plus vers la finance islamique, constituant désormais l'instrument juridique français se rapprochant le plus du *trust*. La fiducie est alors vue comme étant le « véhicule naturel »⁷⁴⁷, « l'instrument idoine »⁷⁴⁸, pour l'émission de *sukuk*.

En réalité, un premier amendement avait déjà été déposé en mars 2009 à l'occasion de la loi de simplification du droit⁷⁴⁹, qui proposait un nouvel article 2014 du Code civil selon lequel « Le fiduciaire agissant pour le compte de la fiducie peut, en accord avec le constituant, émettre des instruments financiers représentatifs de la propriété des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire ». Or cet amendement impliquait des modifications dans d'autres branches du droit⁷⁵⁰, et il n'était pas expressément pris parti sur la nature des droits respectifs du fiduciaire et du bénéficiaire sur les actifs transférés en fiducie. Aussi, cet amendement n'avait pas été jugé suffisamment « mûr » pour être adopté.

⁷⁴⁴ RAYNOUARD, A., Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace... tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe, *op. cit.*.

⁷⁴⁵ Voir *supra*.

⁷⁴⁶ « La finance islamique repose sur cinq piliers : pas d'intérêts, pas d'incertitude, pas de secteurs illicites, obligation de partage des profits et des pertes et principe d'adossement à un actif tangible » : Rapport d'information n° 329 de M. Jean ARTHUIS au Sénat, fait au nom de la commission des Finances, 14 mai 2008 : Intervention de M. Anouar HASSOUNE : La finance islamique en France : quelles perspectives ? - L'intégration de la finance islamique dans le système financier global : quels enjeux pour la France ?

⁷⁴⁷ SAINT MARC, G., Emission de Sukuk en droit français : l'apport de la fiducie, *op. cit.*.

⁷⁴⁸ Rapport n° 442 de M. Philippe MARINI au Sénat, fait au nom de la commission des finances, 27 mai 2009.

⁷⁴⁹ Amendement n°145, du 18 mars 2009 à la proposition de loi sur la simplification du droit, art. 66 bis.

⁷⁵⁰ Code monétaire et financier, Règlement général AMF, Code général des impôts, etc..

C'est dans ce contexte qu'est né l'article 16 de la proposition de la loi précitée, qui proposait l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 2011 du Code civil, rédigé ainsi : « 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 ».

3 Les enjeux de cette proposition d'ajout : la confirmation de la juxtaposition des propriétés

Le rapport de la Commission des finances⁷⁵¹ est conclu par les termes suivants : « Inspiré du dispositif anglo-saxon, le présent article propose d'expliciter⁷⁵² ce qui est déjà en germe dans l'article 2011 du Code civil. Il s'agit de préciser⁷⁵³ que 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. Le fiduciaire dispose certes des attributs juridiques de la propriété, mais ne peut exercer ce droit que dans les limites et sous les conditions posées par le contrat de fiducie en faveur du ou des bénéficiaires. Pour résumer, le fiduciaire bénéficierait de la propriété juridique des biens alors que le bénéficiaire bénéficierait de la propriété économique des mêmes biens ».

On connaît donc de façon précise les intentions du législateur : l'existence d'une superposition de deux propriétés (propriété juridique d'une part, et propriété économique d'autre part), ce qui confirme notre analyse de la propriété fiduciaire.

Certains objecteront que si le législateur a éprouvé le besoin de compléter l'article 2011 du Code civil, c'est bien qu'il n'existait pas de superposition de propriétés. Nous pensons au contraire que la démarche du législateur relève d'une *confirmation* de cette analyse : d'ailleurs ce sont bien les termes « expliciter » et « préciser » qui sont employés dans le rapport de la Commission des finances⁷⁵⁴. Nous pensons que le but était d'éviter désormais toute incertitude juridique pour les opérateurs économiques (certes, la rédaction initiale de l'article

⁷⁵¹ Précité.

⁷⁵² C'est nous qui soulignons.

⁷⁵³ C'est nous qui soulignons.

⁷⁵⁴ Voir *supra*.

2011 du Code civil n'était pas optimale) compte tenu du débat doctrinal qui a suivi l'introduction de la fiducie en droit français concernant la nature de la propriété transférée au fiduciaire⁷⁵⁵. En outre, les travaux parlementaires qui ont précédé la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie nous paraissent parfaitement clairs : l'objectif du législateur était de concurrencer le *trust*, afin d'éviter que des opérations économiques qui auraient dû se dérouler selon le droit français⁷⁵⁶ l'aient finalement été *via* le *trust*, parce que le droit français ne proposait rien de tel - ce qui ne laisse, en ce qui nous concerne, que peu de place au doute. L'objectif recherché par les opérateurs économiques dans la fiducie *réside*, au moins en partie, dans la juxtaposition des propriétés, et c'est justement parce que la situation actuelle n'est pas claire pour eux (bien qu'elle le soit pour nous) que la fiducie ne rencontre pas le succès escompté⁷⁵⁷.

Bien que la proposition d'ajout d'un alinéa à l'article 2011 du Code civil ait confirmé notre analyse, elle n'a pas cependant été suivie d'effets par l'insertion de l'alinéa prévu dans ledit Code, en raison d'une décision du Conseil constitutionnel.

B La censure du Conseil constitutionnel

La saisine du Conseil constitutionnel par soixante députés portait sur la conformité à l'article 45, alinéa 1^{er}, de la Constitution⁷⁵⁸, de la loi du 19 octobre 2009⁷⁵⁹. Ledit article dispose en effet que « tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis ». En l'espèce, il était reproché l'insertion par amendement de deux dispositions⁷⁶⁰, dont celle qui nous intéresse sur la fiducie, sans rapport avec le texte. En ce qui nous concerne, il ne s'agit pas d'une décision sur le fond (1), mais d'une censure formelle mettant en cause un cavalier législatif (2).

⁷⁵⁵ Voir *supra*.

⁷⁵⁶ Voir *supra* sur les raisons de l'introduction de la fiducie.

⁷⁵⁷ Voir *infra*.

⁷⁵⁸ Constitution du 4 octobre 1958, adoptée par référendum le 28 septembre 1958.

⁷⁵⁹ Loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers.

⁷⁶⁰ Articles 14 et 16.

1 Il ne s'agit pas d'une décision sur le fond

Aux termes de sa décision en date du 14 octobre 2009⁷⁶¹, le Conseil constitutionnel a considéré que la disposition contestée (l'article 16 de la proposition de loi), parce qu'elle « ne présente aucun lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, a été adoptée selon une procédure contraire à la Constitution ».

Ce nouvel alinéa à l'article 2011 du Code civil ne figure donc pas, pour l'heure, au rang du droit positif.

Pour certains auteurs⁷⁶², le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition pour des raisons de fond, parce que, selon eux⁷⁶³, un sujet aussi important que la propriété en droit français ne peut faire que l'objet d'une loi spécifique⁷⁶⁴. C'est donc sur le fond qu'il aurait été décidé qu'il s'agissait d'un cavalier législatif.

Aussi, d'après eux, conviendrait-il plutôt que le législateur français s'interroge sur le bien-fondé d'une telle instrumentalisation de la fiducie pour satisfaire un objectif purement économique, qui ne concerne que certains acteurs⁷⁶⁵, et certains proposent d'autres solutions permettant d'introduire la finance islamique en droit français, comme songer à un texte spécial⁷⁶⁶, visant directement les instruments financiers islamiques et qui serait introduit dans le Code des marchés financiers, ce qui permettrait d'éviter « une telle atteinte » à la théorie générale de la propriété ; ou bien se tourner vers le concept de démembrement de la propriété, puisque l'objectif est de permettre au titulaire du *sukuk* de bénéficier d'un droit direct sur les actifs ; ou encore s'intéresser davantage à la théorie du « patrimoine à but », qui permettrait d'imaginer que le patrimoine fiduciaire ne soit la propriété d'aucun des protagonistes à

⁷⁶¹ Décision 2009-589 DC du 14 octobre 2009 ; non-conformité partielle.

⁷⁶² CROCQ, P., & AYNES, L. (2009). La fiducie préservée des audaces du législateur. *D.* 2009, p. 2559.

⁷⁶³ Oralement : M. CROCQ lors de son intervention au colloque « La fiducie dans tous ses états » organisé le 15 avril 2010, précité..

⁷⁶⁴ MENJUCQ, M., *op. cit.*.

⁷⁶⁵ Selon M. Lucas « si notre législateur, converti aux charmes de la finance islamique, court un risque, c'est plus celui de voir son entreprise de séduction tourner en eau de boudin et de découvrir dépité qu'il ne suffit pas d'apprendre la danse du ventre en chantant la mélodie du *sukuk* pour que les pétrodollars pleuvent sur les PME françaises. » : LUCAS, F.-X., Editorial - La fiducie au pays de l'or noir, *op. cit.*.

⁷⁶⁶ CROCQ, P., & AYNES, L., La fiducie préservée des audaces du législateur, *op. cit.*, p. 2559 s..

l'opération, dans l'attente d'une affectation des biens au bénéficiaire à l'issue de la fiducie. Certains proposent également de combiner titrisation et fiducie⁷⁶⁷.

En ce qui nous concerne, cette censure du Conseil constitutionnel n'est pas une décision sur le fond, mais constitue bien une sanction purement procédurale.

2 Il s'agit d'un simple cavalier législatif : une censure formelle

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel ne se prononce nullement sur la teneur dudit article 16, à savoir l'ajout d'un alinéa nouveau à l'article 2011 du Code civil complétant la définition de la fiducie.

« C'est seulement pour des raisons de technique législative et non pour incompatibilité avec les valeurs constitutionnelles françaises que la loi favorisant l'accès au crédit des PME [...] a été délestée de son article islamisant la fiducie, considéré comme étant sans lien avec l'objet de la loi »⁷⁶⁸.

Il s'agit de « la censure technique d'un article technique »⁷⁶⁹. Autrement dit, il condamne uniquement le « cavalier législatif »⁷⁷⁰, le terme désignant « les dispositions contenues dans un projet ou une proposition de loi qui, en vertu des règles constitutionnelles ou organiques régissant la procédure législative, n'ont pas leur place dans le texte dans lequel le législateur a prétendu les faire figurer »⁷⁷¹.

Pour notre part, nous considérons que cette tentative d'ajout d'un alinéa à l'article 2011 du Code civil conforte l'idée de la juxtaposition de la propriété juridique et de la propriété économique : il n'a s'agit que d'apporter une précision à ce sujet. Certains vont même plus loin, en qualifiant l'opération d' « inutile », « parce que la fiducie réalise déjà une décomposition de la propriété en une “propriété juridique” et une “propriété économique”

⁷⁶⁷ CMF. art. L 214-42-1 suiv.. Voir en particulier BERGER-TARARE, C. (2016). La fiducie-titrisation : c'est possible ! *RDBF 2016* (n° 3).

⁷⁶⁸ MENJUCQ, M., *op. cit.* (s'en félicitant).

⁷⁶⁹ SAINT MARC, G., Emission de Sukuk en droit français : l'apport de la fiducie, *op. cit.*. Également en ce sens : RAYNOUARD, A., Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace... tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe, *op. cit.*.

⁷⁷⁰ Voir également FRANCOIS, B. (2011, act. 2018). Fiducie. *Répertoire de droit des sociétés*, qui évoque une « censure formelle » et une censure « pour un motif de forme ».

⁷⁷¹ CHALTIEL, F. (2009). La censure des cavaliers législatifs par le Conseil constitutionnel (à propos de la décision du 14 octobre 2009 sur la loi tendant à favoriser l'accès au crédit des PME et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers). *LPA* (n° 216) ; l'auteure ajoute que « lutter contre les cavaliers législatifs, c'est veiller à la qualité de la loi ».

(le titre et la finance, correspondant aux propriétés simultanées de l’Ancien droit). Dans ses observations, le gouvernement l’avait d’ailleurs intégré, puisque, constatant que la fiducie “demeure à ce jour peu utilisée en France”, il relevait que ce manque d’attractivité résulte notamment “de l’absence de précision expresse, dans la loi, de la nature de la propriété résultant d’un contrat de fiducie. Celle-ci ne revêt pas, en effet, dans ce cadre, les caractéristiques classiques de la propriété au sens de l’article 544 du Code civil. La particularité de la fiducie est d’engendrer un dédoublement de la propriété entre, d’une part, un propriétaire en titre (ou propriétaire légal), le fiduciaire, qui a pour mission de gérer des biens sans en détenir la richesse et, d’autre part, un propriétaire économique, le bénéficiaire, qui est celui qui conserve la richesse”. Le gouvernement reconnaît ainsi que la fiducie est déjà, en droit positif, la consécration d’un droit réel sur la chose d’autrui... de sorte que l’alinéa voté n’a aucun intérêt positif, sauf à constituer une loi interprétative (signe de la faiblesse de la rédaction initiale) »⁷⁷².

Si nous sommes plus réservés sur la qualification de *droit réel sur la chose d’autrui* (voir *infra*), nous partageons en revanche tout à fait l’idée que la distinction propriété économique / propriété juridique existe déjà en droit positif.

Cependant, il nous apparaît tout à fait certain que la fiducie n’était pas le bon vecteur pour redécouvrir la propriété économique.

Section 3 Le gaspillage de la propriété économique dans la fiducie

Tel le phénix, caractérisé par son pouvoir de renaître après s’être consumé dans les flammes, la propriété économique, après la Révolution, a fait sa réapparition dans l’ordre juridique *via* la fiducie, ou, en tout cas, on l’a redécouverte à cette occasion.

Mais la fiducie était-elle réellement le bon support ? Il nous semble que non, et l’on peut même affirmer que la propriété économique est gâchée dans ce mécanisme. En témoigne, tout d’abord, la quasi-inutilisation de la fiducie depuis son introduction en droit français (I), mais également l’inintérêt presque total de la propriété économique dans la fiducie (II).

⁷⁷² RAYNOUARD, A., Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d’un alinéa inutile et inefficace... tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe, *op. cit.*.

I L'échec de la fiducie

Il nous apparaît clair que la fiducie, en elle-même, est un échec. En 2012, soit cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi ayant institué la fiducie, seule une centaine de fiducies auraient été constituées⁷⁷³. En 2015, le nombre de fiducies s'élèverait à environ 450⁷⁷⁴.

En tout état de cause, même si l'on considère que la fiducie-sûreté s'adresse à un public restreint, tel n'est pas le cas de la fiducie-gestion, qui aurait, en principe, dû séduire une majorité d'acteurs économiques⁷⁷⁵. Or, à titre de comparaison, un an après la création du statut de l'« entrepreneur individuel à responsabilité limitée » (EIRL)⁷⁷⁶, mécanisme mettant en œuvre un patrimoine d'affectation, et qui est donc dans le même esprit que la fiducie⁷⁷⁷, ce ne sont pas moins de 4 520 entreprises qui ont été créées sous cette forme⁷⁷⁸. On voit donc bien le fossé, pour ne pas dire le rift, qui sépare la fiducie et les autres mécanismes du même ordre, surtout lorsque l'on considère que l'EIRL comme un insuccès⁷⁷⁹...

Mais pourquoi, alors qu'elle était promise à un avenir radieux comme ayant été réclamée de longue date par les praticiens, la fiducie est-elle finalement très peu utilisée ? Les raisons sont multiples.

⁷⁷³ DUBERTRET, M. (2012). Introduction. In *La fiducie en action, actes du colloque du 18 janvier 2012*. Paris: disponible à l'adresse suivante : <http://docplayer.fr/2603157-Comite-de-droit-financier-paris-europlace-la-fiducie-en-action-actes-du-colloque.html>. Précisons que M. Dubertret considère que ce chiffre est significatif : « ce qui permet de mettre fin à cette image d'Épinal d'un instrument peu utilisé. La pratique révèle que la fiducie est un instrument d'usage courant » : nous ne partageons pas cet avis quant à l'interprétation des chiffres avancés.

⁷⁷⁴ BERTIN, A. (2017). Les utilisations méconnues de la fiducie-gestion. EFL - La Quotidienne (n° du 21 mars 2017), faisant référence aux chiffres annoncés par l'Association française des fiduciaires lors du Colloque « Fiducie sur titres, les nouvelles perspectives » du 22 octobre 2015. Ce nombre ne concernerait d'ailleurs que les fiducies-sûretés, les fiducies-gestion restant « à l'écart de ce développement ».

⁷⁷⁵ « Le constat est sévère : les fiducies-gestion réalisées par des personnes physiques semblent tout à fait exceptionnelles » : DESBUQUOIS, J.-F., & FARGE, C. (2018). La fiducie-gestion : un élément clé de l'ingénierie patrimoniale dédiée aux dirigeants d'entreprise. *La revue fiscale du patrimoine 2018* (n° 8).

⁷⁷⁶ Sorte de mélange saugrenu entre l'entrepreneur individuel et la société, une Chimère en somme...

⁷⁷⁷ C. com. art. L 526-6 suiv.. BEYNEIX, I. (2012). Apport et utilité de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial français à l'aune du *trust* anglo-saxon, de la fiducie et de l'EIRL. *LPA 2012* (n° 67) ; REVET, T. (2010). Dossier : le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) : introduction. *Dr. et Patrimoine 2010* (n° 191).

⁷⁷⁸ INSEE Première n° 1387, paru 30/01/2012.

⁷⁷⁹ Les projections initiales de 100 000 à 120 000 EIRL d'ici 2012 (entre créations d'entreprises nouvelles et transformation d'entreprises individuelles en EIRL) ont été qualifiées dès 2010 d'« un peu trop ambitieuses » : FABRE, H., GORRIAS, S., & DAMMANN, R. (2010). La protection du patrimoine du débiteur personne physique - Entretien. *Rev. proc. coll. 2010* (n° 3). Voir également : RAPPELI, S. (2011). L'EIRL : une révolution sans effet ? *Lettre de l'Observatoire, Alptis 2011* (n° 31). L'EIRL a même pu être qualifiée de « monstre juridique » : PIEDELIÈVRE, S. (2011). Surendettement - EIRL et procédures collectives. *RDBF 2011* (n° 2) ; « La doctrine dans son ensemble joue les Cassandre en prévoyant l'échec général de l'EIRL » : BEYNEIX, I. (2011). Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique. *LPA 2011* (n° 186).

En effet, lorsque les praticiens réclamaient la fiducie, ils sollicitaient en réalité un mécanisme local permettant de concurrencer le *trust*, c'est-à-dire un *trust* à la française⁷⁸⁰. Mais la fiducie telle qu'elle a été imaginée par le législateur est-elle un *trust* à la française ? Nous ne le pensons pas.

Précisons d'emblée que l'objectif ici n'est pas de prendre le *trust* comme un modèle absolu à suivre, mais force est de constater que le *trust* fonctionne bien dans les pays qui le pratiquent - contrairement à la fiducie française qui est boudée par ses praticiens - aussi peut-il être intéressant de comparer les deux mécanismes. Or le *trust* permet un certain nombre d'applications que la fiducie n'admet pas.

D'une part, concernant les libéralités, la prohibition de la fiducie-libéralité⁷⁸¹ a privé la fiducie de nombre d'applications pratiques, pour ne pas dire de la majorité de ses applications pratiques. La raison invoquée de cette interdiction est le respect de la réserve héréditaire⁷⁸², comme si le droit français était incapable d'adapter la fiducie-libéralité à cet impératif. En tout état de cause, les *trusts* successoraux étrangers reçoivent bien application en France⁷⁸³ tout en respectant l'ordre public successoral que constitue la réserve héréditaire, alors pourquoi la fiducie-libéralité en serait-elle incapable ?

En outre, il avait été avancé que la réforme du droit des successions⁷⁸⁴, qui datait de quelques mois avant l'adoption de la fiducie, avait doté le droit civil de mécanismes équivalents, comme le mandat à effet posthume ou les libéralités graduelle et résiduelle. Cependant, il est désormais clair que ces dispositifs ne permettent absolument pas d'égaliser la fiducie-libéralité⁷⁸⁵.

D'autre part, la loi limite l'exercice de la fonction de fiduciaire aux avocats et à certains organismes financiers réglementés⁷⁸⁶, ce qui exclut la fiducie de bon nombre de domaines. A

⁷⁸⁰ STAUB, A., & DELAVENNE, J.-F. *op. cit.*.

⁷⁸¹ C. civ. art. 2013.

⁷⁸² Voir *supra* note 478.

⁷⁸³ Voir *supra*, et en particulier BERAUDO, J.-P., & TIRARD, J.-M. (2006). *Les trusts anglos-saxons et les pays de droit civil*. Genève: Academy & Finance SA, p. 388 suiv..

⁷⁸⁴ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

⁷⁸⁵ FARGE, C., & DESBUQUOIS, J.-F. (2016). Permettre la transmission de la fiducie-gestion. *JCP N 2016* (n° 39) ; PAPAÏS, L. (2014). Le mandat à effet posthume : proposition de réforme. *Droit de la famille 2014* (n° 12) ; TRIPET, F. (2006). La prohibition de la fiducie libéralité : pourquoi une telle démesure ? *Gaz. Pal. 2006* (n° 294).

⁷⁸⁶ C. civ. art. 2015 : « 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

notre sens, la profession exercée par le fiduciaire ne devrait pas être un critère. En particulier, la situation est sensiblement différente dans le cadre du *trust*.

D'une façon générale, le choix du *trustee* est libre, il peut être une personne physique ou morale, il peut même être une autorité publique ou une collectivité locale, la condition étant qu'il soit capable⁷⁸⁷. Une condamnation judiciaire ne rend pas pour autant le condamné inapte à exercer sa fonction de *trustee*, sauf en cas de haute trahison ou, dans le cadre d'un charitable *trust*, de condamnation pour malhonnêteté. En ce qui concerne les *trusts* créés par un testament, la personne qui a tué le testateur sera également déchue. On le voit, le principe ici est la liberté de choix du *trustee*, qui peut être toute personne, sauf exception.

A l'inverse, le principe quant au choix du fiduciaire français est l'exact contraire : personne ne peut être fiduciaire, sauf les deux catégories de professionnels listées par la loi, ce qui limite sensiblement les possibilités d'utilisation de la fiducie. Il est donc très difficile de trouver « fiduciaire à son pied », et l'utilisation de la fiducie serait très probablement plus développée si le choix du fiduciaire s'effectuait *intuitu personae*, et pas simplement *intuitu professionis*.

En outre, et même si cela dépasse le champ de la présente étude, il nous semble que le régime de neutralité fiscale apparent de la fiducie n'a pas aidé à son développement. Cette neutralité consiste à ignorer fiscalement la fiducie, l'objectif poursuivi étant de rendre la fiducie « totalement transparente sur le plan fiscal »⁷⁸⁸, ce qui a été avant alors été présenté comme une évidence qui ne se discute pas lors des travaux préparatoires devant le Sénat, et la proposition de la commission consistait même à « renforcer la neutralité fiscale de l'opération fiduciaire »⁷⁸⁹. Devant l'Assemblée nationale, il en fut de même, le volet fiscal ayant pour titre « Une neutralité fiscale effective »⁷⁹⁰.

Or pour certains, la fiducie « rendra de grands services juridiquement [...]. Mais tant qu'on voudra, comme aujourd'hui, qu'elle soit fiscalement neutre, ce beau vaisseau hésitera à gagner la haute mer et se limitera au cabotage »⁷⁹¹. Et pour cause, cette neutralité fiscale...

même Code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même Code, les sociétés de gestion de portefeuille 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 ».

⁷⁸⁷ BERAUDO, J.-P., & TIRARD, J.-M., *op. cit.*, p. 166.

⁷⁸⁸ Rapport n° 11 de M. Henri de RICHEMONT au Sénat, fait au nom de la commission des lois, 11 oct. 2006.

⁷⁸⁹ Rapport n° 442 de M. Philippe MARINI au Sénat, fait au nom de la commission des finances, 27 mai 2009.

⁷⁹⁰ Rapport n° 3655 de M. Xavier de ROUX à l'Assemblée nationale, fait au nom de la commission des finances, 1^{er} fév. 2007.

⁷⁹¹ TUROT, J., *op. cit.*.

n'est pas neutre : en effet, le « vrai » principe de neutralité exige de ne pas traiter différemment des situations similaires, pour ne pas créer de distorsion purement fiscale entre des choix patrimoniaux ou économiques. Or ce principe ne signifie pas ramener à l'identique des situations différentes, en effaçant « d'un coup de gomme fiscale »⁷⁹² les conséquences de décisions patrimoniales ou économiques bien différentes tel que c'est le cas dans la fiducie.

Il n'empêche, il est certain que le régime fiscal qui a été instauré concernant la fiducie, « dont la neutralité de façade dissimule une réelle méfiance à l'égard de tout ce qui peut ressembler au *trust* anglo-saxon, parangon supposé de l'évasion fiscale »⁷⁹³, a laissé les praticiens dubitatifs quant à l'utilisation de la fiducie, en particulier dans le domaine de la gestion de patrimoine⁷⁹⁴.

En outre, il nous semble que la réforme du droit des sûretés, telle qu'elle est proposée dans l'avant-projet publié en 2017, réalisé par l'Association Henri Capitant à la demande du ministère de la Justice⁷⁹⁵, ne permettra pas à la fiducie-sûreté d'être plus utilisée en pratique.

En effet, il est proposé de supprimer l'obligation d'une expertise du bien donné en garantie lors de la constitution de la fiducie⁷⁹⁶ et d'une expertise systématique lors de la vente dudit bien⁷⁹⁷, ainsi que de supprimer l'obligation de constater dans un écrit enregistré la transmission des droits résultant du contrat de fiducie à un nouveau bénéficiaire⁷⁹⁸.

Si ces mesures sont les bienvenues en ce sens qu'elles simplifieront l'utilisation de la fiducie-sûreté dans les cas où elle aurait *de toute façon* été utilisée, il ne nous semble pas qu'elles permettront aux praticiens de privilégier le choix de la fiducie-sûreté par préférence à une autre sûreté⁷⁹⁹ : on est encore (très) loin, selon nous, d'une fiducie *de masse*.

⁷⁹² *Ibid.*

⁷⁹³ BLANLUET, G., & LE GALL, J.-P. (2007), *op. cit.*

⁷⁹⁴ On pourrait même avancer que si la fiducie pouvait être utilisée dans une optique d'optimisation fiscale, elle aurait très certainement le succès habituellement réservé à ce genre de mécanismes.

⁷⁹⁵ Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Association Henri Capitant, réalisé à la demande du ministère de la Justice. (2017) : GRIMALDI, M., MAZEAUD, D., & DUPICHOT, P. (2017). Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés. *D. 2017*, p. 1717.

⁷⁹⁶ Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Association Henri Capitant, réalisé à la demande du ministère de la Justice. (2017) : proposition de nouvel article 2377 du Code civil (al. 1).

⁷⁹⁷ Avant-projet de réforme du droit des sûretés, *op. cit.* : proposition de nouvel article 2378 du Code civil.

⁷⁹⁸ *Ibid.* : proposition de nouvel article 2377 du Code civil (al. 2).

⁷⁹⁹ Notons que notre avis n'est pas partagé par tous : Cf. en particulier l'intervention de M. Crocq « Les sûretés fondées sur la propriété » lors du colloque « Quelle réforme pour le droit des sûretés ? » organisé par l'Université Clermont-Auvergne École de Droit et le Centre Michel de l'Hospital, le 8 novembre 2018 à Clermont-Ferrand, ce dernier considérant ces mesures comme « l'accomplissement » de la fiducie.

Or, au-delà des raisons générales qui font que la fiducie n'a pas eu le succès prédit, il nous semble en particulier que c'est la perception de la propriété dans la fiducie qui est la raison principale de son délaissement.

II La déception quant à la propriété économique dans la fiducie

Même si nous défendons l'opinion selon laquelle la propriété économique existe dans la fiducie, tel n'est pas l'avis de tous les auteurs, ainsi que nous l'avons vu⁸⁰⁰. Or, il ne s'agit pas d'un simple désaccord quant à la nature de la propriété dans le cadre de la fiducie, mais d'une véritable controverse doctrinale qui a donné lieu à des échanges animés, et la question centrale ne concerne pas un aspect secondaire du mécanisme, mais en constitue le cœur même. Compte tenu de cette situation, on peut légitimement comprendre que les praticiens hésitent à utiliser un instrument juridique dont la nature même fait encore l'objet d'un débat si profond.

Pour autant, la situation n'est pas inédite : d'autres mécanismes, dans des domaines très variés, ont été largement utilisés par les praticiens et usagers du droit alors qu'une incertitude planait sur leur existence même, puisqu'étant des créations-pures de la pratique : on pense en particulier à la « clause alsacienne » en droit des régimes matrimoniaux⁸⁰¹ ou encore aux divisions en volumes en droit immobilier⁸⁰². Ces mécanismes, dont aujourd'hui plus personne ne doute de la régularité puisqu'ayant été finalement reconnus par la loi, ont pour autant été appliqués pendant des décennies par la pratique en dehors de tout cadre légal : on peut ainsi en déduire que la pratique sait prendre les risques juridiques qui s'imposent, et elle sait faire preuve d'innovation juridique, *lorsqu'elle y trouve son intérêt*.

⁸⁰⁰ Voir *supra*.

⁸⁰¹ Ou « clause de reprise des apports », disposition permettant à un époux ayant apporté à la communauté un bien qui lui était propre, de le reprendre en cas de divorce. Cette disposition, créée par la pratique au début du XX^{ème} siècle, a finalement fait son entrée dans le Code civil à l'article 265 (en son alinéa 3) par la Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Voir par exemple : BREMONT, V. (2017). Communautés conventionnelles. *JCL Civil Code, Synthèse 976*

⁸⁰² La division en volumes est une technique juridique qui consiste à diviser la propriété d'un immeuble en fractions privatives distinctes, sur le plan horizontal ou vertical, à des niveaux différents qui peuvent se situer au-dessus ou en dessous du sol naturel, mais sans qu'il y ait de parties communes et en dehors de toute copropriété. Finalement, c'est la Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové qui fera expressément référence à la volumétrie (reconnaissant ainsi son existence) en son article 59. Voir par exemple LE RUDULIER, N. (2016). Division en volumes, Nature et principes (fasc. 107-10). *JCL Construction Urbanisme*.

Or justement, la pratique trouve-t-elle son intérêt dans la propriété économique de la fiducie ? Les praticiens qui réclamaient l'introduction de la fiducie en droit français sollicitaient concrètement un « *trust* à la française »⁸⁰³, or la caractéristique principale du *trust* consiste en ce dédoublement si particulier de la propriété, dédoublement que la fiducie a, selon nous, absolument intégré⁸⁰⁴. Pour autant, les praticiens boudent la fiducie : la raison, il nous semble, réside dans les difficultés d'application pratique de la propriété économique de la fiducie. De là à dire qu'elle est tellement bridée, qu'elle est inutile, il n'y a qu'un pas.

Finalement, les praticiens n'ont pas obtenu ce qu'ils demandaient tant, et il nous semble que la réintégration de la propriété économique en droit français par l'intermédiaire de la fiducie a été une erreur. Certes, la fiducie semblait être le mécanisme idoine pour recevoir le *trust* en droit français⁸⁰⁵, mais cette enveloppe si parfaite qui devait permettre, en réalité, le retour de la propriété économique, a été parfaitement galvaudée par le législateur.

Que faire de cette propriété économique prévue dans le cadre de la fiducie ? Quelle utilité peut-elle avoir pour la pratique ? C'est la pratique elle-même qui répond à cette question en n'utilisant que très peu la fiducie...

Finalement, la propriété économique a été gâchée dans la fiducie.

⁸⁰³ STAUB, A., & DELAVENNE, J.-F., *op. cit.*.

⁸⁰⁴ Voir *supra*.

⁸⁰⁵ Rapport n° 442 de M. Philippe MARINI au Sénat, fait au nom de la commission des finances, 27 mai 2009. Voir également BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*.

|| CONCLUSION DU TITRE 2

La juxtaposition de deux propriétés - propriété économique et propriété juridique - sur un même bien, a déjà existé dans notre droit⁸⁰⁶, et grâce, au moins en partie, à l'influence du *trust* dans le cadre de l'internationalisation des échanges et à la tendance au rapprochement des différents systèmes juridiques, l'introduction de la fiducie en droit français a, selon nous, réintégré officiellement cette notion en droit positif.

Plus précisément, la question de la propriété dans le cadre de la fiducie a fait l'objet de débats animés, en particulier concernant la nature de la propriété du fiduciaire : propriété exclusive, propriété fiduciaire, absence de propriété, charge ?

Le fait qu'autant d'approches doctrinales se soient développées montrent bien la gêne qui existe quant à la qualification de cette propriété, tant elle n'entre pas dans le moule de la propriété exclusive traditionnelle.

En ce qui nous concerne, le fiduciaire a la propriété fiduciaire, c'est à dire la propriété juridique. Or la propriété juridique n'est que la seconde face d'une même pièce, elle ne peut exister qu'autant qu'il existe également, en miroir, la propriété économique. L'une et l'autre sont indissociables. Et dans la fiducie, c'est le bénéficiaire qui a la propriété économique.

Cependant, l'étude de la propriété dans la fiducie montre que cette propriété économique du bénéficiaire ne présente pas réellement d'utilité pour la pratique, qui n'y trouve pas vraiment d'intérêt, faute de flexibilité.

Alors que la redécouverte de la propriété économique en droit français aurait dû, selon nous, permettre d'en tirer tous les avantages, elle a, finalement, été gâchée dans la fiducie.

⁸⁰⁶ A l'époque féodale et sous l'Ancien régime, mais également en droit romain, voir *infra*.

|| CONCLUSION DE LA 1^{ÈRE} PARTIE

L'introduction de la fiducie en droit français était l'occasion idoine de redécouvrir la propriété économique, notion ancienne et progressivement oubliée pour des raisons historiques. Présentant néanmoins de multiples avantages en termes de souplesse d'utilisation et d'adaptabilité, il était certain qu'elle devait être, un jour ou l'autre, à nouveau mise sur le devant de la scène.

Or, force est de constater que le choix de la fiducie en 2007 pour réveiller la propriété économique n'a pas été le bon : la fiducie a été instituée par le législateur en étant dotée d'un régime juridique fort complet, et même trop complet... en ce sens qu'à vouloir tellement brider la fiducie pour éviter, en particulier, l'évasion fiscale, elle n'est finalement pas réellement utilisée. La propriété économique dans le cadre de la fiducie est décevante, elle ne répond pas aux promesses qui avaient été faites, à savoir doter la France d'un « *trust* à la française »⁸⁰⁷.

Pourtant, il nous semble inconcevable que la réminiscence de la propriété économique se cantonne à la fiducie. Concept bien trop large et prometteur pour ne concerner qu'un domaine (restreint, qui plus est) du droit, il nous semble au contraire que le concept s'étend à moult domaines du droit, à condition néanmoins de l'analyser sous un angle quelque peu différent.

En effet, il nous apparaît que la propriété économique n'est plus ce qu'elle était par le passé, aussi nous semble-t-il possible, désormais, de renouveler l'approche que nous avons traditionnellement de cette notion. Or, prise sous un abord différent, la propriété économique se révèle présenter de multiples facettes, et concerner nombre de domaines du droit, au-delà de la simple fiducie.

⁸⁰⁷ STAUB, A., & DELAVENNE, J.-F., *op. cit.*.

2^{DE} PARTIE

POUR UNE APPROCHE

RENOVEE ET DYNAMIQUE

DE LA PROPRIETE

ECONOMIQUE

Si l'introduction de la fiducie en droit français en 2007 a permis la redécouverte, selon nous, de la propriété économique, il nous semble que la notion peut être, désormais, abordée sous un angle différent.

En effet, si la fiducie a, au moins, eu pour mérite de remettre en lumière une propriété qui avait été oubliée avec le temps, elle ne lui a, pourtant, pas permis, en son sein, de briller. Trop limitée, trop « opprimée », dans le cadre de la fiducie, la propriété économique ainsi redécouverte a été gâchée. Cependant, nous pensons que la propriété économique ne se limite pas à la fiducie, et qu'elle peut être abordée dans un cadre dépassant celui de la seule fiducie.

Aussi nous proposons de présenter une grille de lecture différente de la propriété économique, déconnectée de l'approche traditionnelle qui consiste à n'y voir qu'une réminiscence de la propriété féodale.

Nous étudierons dans un premier temps la définition de cette propriété économique abordée sous un angle renouvelé (titre 1), avant d'en analyser, dans un second temps, les

modalités et potentialités, qui sont multiples. D'ailleurs, nous pensons que la propriété économique fait déjà partie intégrante de notre droit, nichée dans des mécanismes contemporains bien connus et concernant des domaines très divers, comme les régimes matrimoniaux, les baux emphytéotiques ou encore les sociétés (titre 2).

TITRE 1

LA DEFINITION RENOUVELEE DE LA PROPRIETE ECONOMIQUE

La propriété économique peut être pensée d'une façon différente qu'une simple résurgence de la propriété féodale ou de l'Ancien droit, mais à condition de la saisir à travers une nouvelle grille de lecture.

Or cette nouvelle approche de la propriété économique va passer par une analyse qui transcende la notion historique de propriété économique⁸⁰⁸ et s'intègre dans le droit contemporain. Aussi attacherons-nous, dans un premier temps, à étudier ce que recouvre la notion de propriété économique vue sous ce nouveau jour (chapitre 1).

En outre, le fait de définir cette propriété économique renouvelée va immédiatement appeler une autre question : celle de sa nature. Or nous verrons que, la propriété économique étant une propriété particulière, sa nature l'est tout autant (chapitre 2).

⁸⁰⁸ Que nous avons vu *supra*.

CHAPITRE 1

LA NOTION DE PROPRIETE ECONOMIQUE : LA PROPRIETE DES SERVICES ECONOMIQUES

Avant d'aller plus avant dans nos développements, il convient de déterminer ce que recouvre la notion de propriété économique (section 1) : nous verrons qu'elle peut avoir deux visages, selon la personne qui exerce les prérogatives du propriétaire et dans l'intérêt de qui (section 2). En outre, la propriété économique présente cette particularité qu'elle ne peut exister seule, son complément nécessaire est la propriété juridique (section 3).

Section 1 La propriété économique : propriété des services économiques

Initialement, l'expression « propriété juridique » a été employée par Prodan dans sa thèse « Essai d'une théorie générale des droits réels » en 1909⁸⁰⁹. Par la suite, les qualifications de « propriété économique » et de « propriété juridique » ont été utilisées en matière fiscale en Allemagne au début des années trente : cette notion a, en particulier été utilisée pour considérer le preneur comme un propriétaire économique, et lui refuser ainsi certains avantages fiscaux⁸¹⁰.

Par la suite, une définition de la propriété économique a été donnée, mais elle l'a été au regard d'une étude portant sur le droit fiscal, et étendue à l'ordre juridique de façon prospective, la notion n'étant alors pas encore intégrée dans l'ordre juridique selon l'auteur. En effet, dans l'ordre fiscal, M. Blanluet donne la définition suivante de la propriété économique : elle « peut se définir comme l'état d'une personne juridique relativement à un bien dont elle n'est pas le propriétaire et dont les avantages qu'elle retire conduisent à la

⁸⁰⁹ PRODAN, C. (1909). *Essai d'une théorie générale des droits réels*. Thèse : Paris, p. 154, cité par GOYET, C., *op. cit.*, p. 194.

⁸¹⁰ CROCQ, P., *Propriété et Garantie*, *op. cit.*, p. 146 : « La notion de propriété économique apparaît dans le § 11 du Steueranpassungsgesetz (loi portant modification des dispositions fiscales) du 16 octobre 1934 ». Voir également GOYET, C., *op. cit.*, p. 194.

regarder fiscalement comme un propriétaire ou alternativement commandent de la soumettre à un régime fiscal emprunté au régime de la propriété »⁸¹¹.

Dans l'ordre économique, M. Blanluet définit la propriété économique comme étant « la relation d'une personne juridique relativement à un bien dont elle n'est pas juridiquement propriétaire, laquelle relation, d'une part, résulte d'un acte juridique, le plus souvent un contrat conclu entre cette personne et le propriétaire juridique et d'autre part, confère, à cette même personne un droit dont l'exercice lui donne vocation à bénéficier, pour elle-même et à titre exclusif, de la totalité de la substance économique du bien. »⁸¹²

Même si la définition donnée diverge selon que l'auteur mentionne « l'ordre fiscal » ou « l'ordre économique », il nous semble tout de même que le droit fiscal, socle de l'étude en question, teinte de façon particulièrement appuyée la définition donnée.

En ce qui nous concerne, et si l'on étudie la matière de façon globale au regard du droit privé, notre avis diverge de la définition donnée par M. Blanluet sur certains points : le propriétaire économique n'a pas, selon nous, *toujours* la vocation exclusive de la substance économique du bien : il peut la partager. En particulier, la substance renvoie au démembrement de propriété, car l'usufruitier doit conserver la substance. Or nous verrons que si certaines propriétés économiques peuvent avoir pour assise un usufruit, tel n'est pas toujours le cas. La propriété économique n'est pas, selon nous, de principe, un démembrement de la propriété (voir *infra*).

Il nous apparaît que la propriété économique est le droit, actuellement ou dans le futur, de retirer d'une chose tous ses *services économiques*, cette situation étant organisée par la loi, le contrat ou une volonté unilatérale.

« La propriété, conçue comme le droit réel le plus complet, est traditionnellement définie comme le pouvoir juridique qu'à une personne de tirer profit de l'intégralité des utilités économiques d'une chose »⁸¹³ : avec un facteur « temps » supplémentaire, la propriété économique répond à cette définition : elle est la possibilité juridique qu'à une personne de

⁸¹¹ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, op. cit., p. 198.

⁸¹² *Ibid.*, p. 198.

⁸¹³ DANOS, F., *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., p. 27, faisant référence à Carbonnier qui définit le droit réel comme étant « le pouvoir juridique qu'à une personne de retirer directement tout ou partie des utilités économiques d'une chose » : CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations*, op. cit., p. 1580.

tirer profit, à *un moment donné*, de l'intégralité des services économiques d'une chose dont elle est propriétaire.

Ici, le terme de « service » ne doit pas être entendu comme caractérisant l'objet d'une prestation personnelle, mais comme le service d'une chose. Il est en effet également « possible d'établir avec une chose une relation de service (le Code civil parle de “services fonciers”, art. 543), comme on sait l'établir avec une personne. La particularité du service réel réside dans le fait que le service est prodigué par une chose, au lieu de l'être par une personne »⁸¹⁴.

Concernant spécifiquement les droits réels sur la chose d'autrui, M. Zenati et M. Revet indiquent que « le service réel se traduit en principe par une simple souffrance du propriétaire. La passivité qui s'attache à son attitude fait que la situation du titulaire du droit réel ressemble beaucoup à celle d'un propriétaire, elle fait qu'il semble “se servir” lui-même, en quelque sorte »⁸¹⁵.

Ils définissent alors le service rendu par la chose comme étant « l'accès aux utilités que celle-ci comporte ». Certes, mais il renvoie également, et de façon supplémentaire, à la gestion de la chose, les pouvoirs économiques exercés sur la chose.

En tout état de cause, nous pouvons considérer que la propriété économique est une propriété à part entière, mais différente de la propriété telle qu'on l'entend classiquement : elle n'en présente pas tous les caractères ni tous les attributs, mais comme la propriété ordinaire elle-même dans bon nombre de cas... Elle en est cependant différente en ce sens que le propriétaire économique « cohabite » au même moment et sur le même bien avec un propriétaire juridique, chacun disposant d'un droit distinct ayant chacun pour objet un aspect du bien : des propriétés simultanées portant sur des aspects différents du bien.

Par ailleurs, il nous semble important de souligner les concepts dont la propriété économique se distingue, comme l'avait d'ailleurs déjà fait M. Blanluet :

D'une part, « la propriété économique n'est pas la propriété juridique d'une valeur économique »⁸¹⁶, comme l'est la « propriété » commerciale.

⁸¹⁴ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 454.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 454 et 455.

⁸¹⁶ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, *op. cit.*, p. 198.

D'autre part, elle n'est pas non plus « une propriété de fait » : « la propriété économique n'est jamais l'expression d'une situation de fait. Toujours elle découle d'une situation de droit [...]. La jouissance, l'exercice ou d'utilité, est toujours donnée par le droit »⁸¹⁷.

En revanche, la propriété économique *peut* être la valeur économique de la propriété⁸¹⁸ comme c'est le cas du quasi-usufruit : nous étudierons ce point.

En outre, le service économique qui caractérise la propriété économique peut lui-même prendre deux formes : ce service économique peut être passif en ce sens que le propriétaire économique jouit des services économiques de la chose pour son utilité, mais il peut également être actif, c'est-à-dire que le propriétaire économique exploite les services économiques de la chose par l'exercice de son pouvoir. En réalité, la propriété économique est souvent mentionnée comme constituant la propriété de l'utilité, face à la propriété juridique, propriété de la valeur. Il nous paraît plus exact de définir la propriété économique comme étant la propriété des services, notion plus large que l'utilité. En effet, le service englobe l'utilité mais également le pouvoir, lui-même distinct de l'utilité⁸¹⁹.

Section 2 La propriété économique : une propriété différenciée

La propriété économique est le droit de retirer d'une chose tous ses services économiques. Or elle peut prendre deux formes (I) : celle de la propriété économique passive (II) et celle de la propriété économique active (III).

I Les deux facettes de la propriété économique

La propriété économique est, d'une façon globale, la propriété des services économiques de la chose, et, à titre particulier, elle se dédouble en deux sous-ensembles que sont la propriété économique active et la propriété économique passive.

Si l'identification de ces deux formes de la propriété économique n'a rien de nouveau, il nous semble néanmoins important de les préciser : « Propriété économique active, propriété économique passive, telles sont les deux facettes de l'institution. Elles répondent à deux

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 199.

⁸¹⁸ *Contra* : BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, op. cit., p. 198.

⁸¹⁹ Sur la notion de « pouvoir » : voir *infra*.

modes de jouissance [...] à savoir l'exploitation active d'une part, et la jouissance passive de l'autre »⁸²⁰.

Pour M. Blanluet, dans une étude, rappelons-le, essentiellement basée sur le droit fiscal, la propriété économique est passive « lorsque le propriétaire économique n'exploite pas lui-même le bien mais retire de l'exploitation l'ensemble des avantages économiques que celle-ci procure »⁸²¹.

En ce qui nous concerne, de façon plus générale, *la propriété économique passive est la vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète d'un bien (ou à un bien subrogé ou à sa valeur) dont on n'est pas juridiquement propriétaire, et sur lequel le propriétaire juridique exerce, pendant ce laps de temps, le pouvoir de gestion dans l'intérêt, pour l'utilité, du propriétaire économique auquel peut éventuellement s'ajouter (mais sans jamais être exclusif) son propre intérêt.*

Quant à la propriété économique active, elle a déjà fait l'objet d'un certain nombre de définitions, sans pour autant toujours être qualifiée d' « active » même si cela transparaît de façon évidente dans les définitions données.

Ainsi pour Goyer, dont l'étude portait sur le crédit-bail et le bail superficiaire, « la propriété économique peut être conçue comme un droit qui autorise son titulaire à épuiser la durée de vie du bien regardée comme utile dans la commune intention des parties »⁸²².

Dans un ouvrage consacré au droit de l'entreprise, Mme Del Cont analyse quant à elle la propriété économique comme étant « le pouvoir de diriger et de contrôler l'activité d'un ou plusieurs agents économiques avec lesquels le titulaire de cette prérogative n'a aucun lien d'appartenance ou n'a qu'un lien partiel d'appartenance »⁸²³.

Enfin, M. Blanluet considère que la propriété économique qu'il qualifie expressément d' « active », « suppose la mise en œuvre, par le propriétaire économique, d'une exploitation au sens où ce terme est entendu en doctrine⁸²⁴. Il y a donc de la part du propriétaire économique, l'exercice effectif d'un droit de jouissance en vue de la production et de

⁸²⁰ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 203.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 208.

⁸²² GOYET, C., *op. cit.*, p. 196.

⁸²³ DEL CONT, C., *op. cit.*, p. 24.

⁸²⁴ Citant DELMAS SAINT HILAIRE. (1957). *Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français*. Thèse, Bordeaux.

l'appropriation de richesses »⁸²⁵. C'est l'exercice d'une activité effective et personnelle en relation directe avec la chose.

Cependant pour nous, cette notion doit être entendue dans un sens plus large. En effet, si la propriété économique a souvent comme support une activité économique, à laquelle se réfèrent d'ailleurs ces auteurs, tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, en ce qui nous concerne, et de façon plus globale, *la propriété économique active est l'exercice du pouvoir de gestion sur un bien dont on n'est pas juridiquement propriétaire, éventuellement en vue de la production et de l'appropriation de richesses, dans son propre intérêt ET dans l'intérêt du propriétaire juridique, ce dernier ayant vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète du bien lui-même ou d'un bien subrogé, ou à sa valeur.*

Ici, l'intérêt du propriétaire juridique peut simplement consister en un maintien en état du bien, qui, à défaut de constitution de la propriété économique, aurait pu se dégrader. Son intérêt peut être entendu dans un sens actif, mais également de façon neutre par évitement d'une dépréciation.

Notons qu'il s'agit ici seulement de présenter les deux types de propriété économiques, leur régime juridique ainsi que des cas d'application dans l'ordre juridique actuel, feront l'objet de développements plus approfondis *infra*. En tout état de cause, l'*utilité* et le *pouvoir* sont des éléments essentiels de la définition de la propriété économique, mais également de la propriété juridique :

- En effet, si l'on se place du point de vue du propriétaire juridique, tantôt il a le pouvoir dans l'intérêt d'un autre (propriété économique passive), tantôt il n'a pas de pouvoir de gestion des biens mais l'opération est réalisée dans son intérêt (propriété économique active).

- A l'inverse, si l'on se place du point de vue du propriétaire économique, tantôt il a le pouvoir dans l'intérêt essentiellement d'un autre (propriété économique active), tantôt il n'a pas de pouvoir de gestion des biens mais l'opération est réalisée dans son intérêt (propriété économique passive). La présente étude portant sur la propriété économique, nous avons choisi dans le cadre des présents développements d'étudier l'utilité et le pouvoir sous le prisme de la situation du propriétaire économique.

⁸²⁵ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, op. cit., p. 204.

En outre, si certains traduisent la propriété économique comme étant la propriété de l'utilité, cette assimilation ne nous semble pas complètement exacte : plus précisément, cette situation ne concerne, il nous semble, que le cas de la propriété économique passive. En effet, la notion de « services économiques » de la propriété est plus large que celle d' « utilité ». Certes, certains pourront dire que, dans la propriété économique active, le propriétaire économique bénéficie bien des utilités de la chose, mais ce n'est qu'au sens restreint du terme, et non au sens que l'on a défini *supra* : il a le pouvoir sur la chose, mais il ne peut en retirer des richesses que dans un intérêt partagé avec le propriétaire juridique, ou ne pas en retirer de richesse du tout lorsque l'opération est réalisée dans l'intérêt exclusif du propriétaire juridique : l'opération n'a pas pour objet d'être réalisée dans son intérêt, même s'il peut, de façon incidente, y trouver un intérêt. Aussi, sa propriété ne réside pas tant dans les utilités de la chose que dans les pouvoirs dont il dispose.

D'ailleurs, sans distinguer propriété économique et propriété juridique, un auteur considère que la propriété procède de prérogatives actives et passives⁸²⁶ : la prérogative passive « consiste à bénéficier du régime juridique du bien », c'est-à-dire que « le simple fait d'être propriétaire de tel bien offre au titulaire du droit l'ensemble des avantages et le soumet à l'ensemble des contraintes attachées au bien ». Par opposition, la prérogative active « permet au propriétaire d'affiner, de modifier, c'est-à-dire de finaliser le régime juridique de son bien » : elle représente « un champ de possibilités », « un potentiel qu'il appartient au propriétaire d'exploiter ».

Même si la juxtaposition sur un même bien de propriétés distinctes ne constitue pas l'objet de son étude, l'on ne peut que remarquer les similitudes avec les aspects passif et actif de la propriété économique objet des présents développements : passif, le propriétaire économique « profite » du bien, actif, il « exploite » le bien.

Ainsi, la distinction entre ces deux types de propriété économique est essentielle pour cerner ce qu'est la propriété économique. Nous verrons ainsi successivement la forme passive de la propriété économique, c'est-à-dire celle au sein de laquelle l'utilité est l'élément central, puis la propriété économique active, axée sur les pouvoirs du propriétaire économique.

⁸²⁶ DELAVAQUERIE, G. (2011). *Pour une théorie de la propriété renouvelée : étude commune des propriétés privée et publique*. Thèse, Caen, p. 473 à 475.

II La forme passive de la propriété économique : l'utilité comme élément déterminant

Nous avons vu que la propriété économique, qui a longtemps existé dans notre droit, a fini par être redécouverte en 2007 à travers l'introduction de la fiducie dans l'ordre juridique. Or la propriété économique du bénéficiaire dans le cadre de la fiducie peut être qualifiée de *passive*, car le bénéficiaire a, comme l'adjectif l'indique, un comportement passif dans la gestion du bien fiduciaire, contrairement au fiduciaire qui, lui, a un rôle actif de gestion⁸²⁷.

Comme nous l'avons déjà étudié, le bénéficiaire n'a que les utilités du bien. Ainsi, la propriété économique, dans cette acception, est une *propriété-utilité*.

La propriété juridique du fiduciaire est quant à elle une propriété limitée au *titre* et aux *pouvoirs*, en tout cas dans les limites imposées par le contrat de fiducie. Nous renvoyons ici le lecteur à la première partie de cette étude concernant les caractéristiques de la propriété dans le cadre de la fiducie.

La notion d'*utilité* peut se définir de plusieurs façons. En particulier, certains entendent les utilités de la chose comme des pouvoirs sur la chose, à savoir, l'*usus*, le *fructus*, l'*abusus*, mais également le pouvoir d'exploiter le tréfonds, de chasser, etc., et qui n'entrent pas, pour autant, dans la structure de la propriété⁸²⁸.

Dans la présente étude, nous ne retenons pas l'utilité dans cette acception-ci, mais, de façon plus patrimoniale, « comme [étant] le résultat, économique le plus souvent, ou la potentialité de résultat découlant d'un acte, d'une opération ou d'une situation juridique »⁸²⁹. Celui qui bénéficie de l'utilité de l'opération en a les avantages économiques, il est celui dans l'*intérêt* duquel l'opération est réalisée.

Ainsi, comme l'analysait M. Blanluet⁸³⁰, la propriété économique est passive « lorsque le propriétaire économique n'exploite pas lui-même le bien mais retire de l'exploitation l'ensemble des avantages économiques que celle-ci procure »⁸³¹ : il n'est en effet pas

⁸²⁷ Voir *supra*.

⁸²⁸ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 333.

⁸²⁹ GELOT, B. (2003). *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, aspects théoriques et pratiques*. Paris: LGDJ, p.25.

⁸³⁰ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 208.

⁸³¹ Si nous n'adhérons pas à sa définition de la propriété économique, nous partageons en revanche sa position quant à la notion de passivité.

nécessaire pour le propriétaire économique de mettre lui-même en valeur son bien, pour se l'approprier économiquement.

Comme nous le verrons dans les développements qui suivent, tel est le cas notamment, dans le cadre de la société, des associés retirant les avantages économiques des biens de la société, non seulement par la perception des revenus générés par la société - *via* la distribution de dividendes, mais également *in fine* par l'augmentation de valeur de leurs parts sociales lorsque l'activité de la société le permet et l'induit. Nous verrons d'autres exemples *infra*.

Notons que dans le cadre de la propriété économique active, c'est le propriétaire juridique qui bénéficie des utilités de la chose, et c'est le propriétaire économique qui a le pouvoir de gestion. Ainsi, l'utilité ne permet pas, à elle seule, de caractériser la propriété économique : en effet, il ne suffit pas faire exploiter le bien par un autre et d'en retirer les avantages économiques, sinon tous les baux à vocation professionnelle constitueraient des propriétés économiques pour le bailleur⁸³², or tel n'est pas le cas. En effet, si l'utilité est nécessaire, elle n'est pas, pour autant, suffisante : les caractéristiques de la propriété doivent également être réunies⁸³³.

III La forme active de la propriété économique : le pouvoir comme élément déterminant

Pour M. Blanluet, « la propriété économique active implique la mise en œuvre, par le propriétaire économique, d'une exploitation au sens où ce terme est entendu en doctrine⁸³⁴. Elle suppose, de la part du propriétaire économique, l'exercice effectif d'un droit de jouissance en vue de la *production* [...] de richesses, que ces richesses soient constituées de produits ou de fruits naturels, industriels ou civils. Elle se manifeste donc par l'exercice d'une activité effective et personnelle en relation directe avec la chose. »⁸³⁵.

Nous partageons son avis sur ce point. En revanche, M. Blanluet complète son analyse en indiquant que la propriété économique active suppose non seulement la production de ces richesses par le propriétaire économique, mais également leur *appropriation* par lui. Or selon

⁸³² Voir *infra* concernant la propriété économique active, et la juxtaposition, dans certains baux, des propriétés juridique (du bailleur) et économique (du preneur).

⁸³³ Voir *infra*.

⁸³⁴ Citant DELMAS SAINT HILAIRE. (1957). *Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français, op. cit.*

⁸³⁵ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 204.

nous, cette appropriation par le propriétaire économique ne peut être exclusive : l'intérêt du propriétaire juridique doit également être recherché.

Il s'agit d'une différence essentielle avec la propriété économique passive, laquelle implique que le propriétaire juridique agisse dans l'intérêt premier du propriétaire économique, même si, incidemment il peut également y trouver un intérêt.

Quant au *pouvoir*, il s'agit de la « capacité, [la] possibilité de faire quelque chose, d'accomplir une action, de produire un effet »⁸³⁶. « Le pouvoir est d'abord à l'origine un verbe substantivé, il revoie donc toujours plus ou moins à la sphère de l'action, il désigne une capacité à agir, directe ou indirecte, sur les choses ou les personnes, des objets sans âme ou sur des volontés »⁸³⁷. Ainsi, si « le pouvoir [...] renvoie à une action, [c'est] uniquement à une action potentielle, qui s'oppose en cela au fait entendu comme une action effective, une action qui se réalise »⁸³⁸.

Au-delà de cette analyse, « le terme de pouvoir appelle l'idée de fonction [...]. Le pouvoir apparaît dans les branches du droit les plus diverses [...]. Dans chacun des cas, on constate qu'une personne exerce une activité sans en être le bénéficiaire direct ou exclusif. Un individu se voit confier une charge qu'il exerce dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien propre. »⁸³⁹

Cependant toute forme d'exercice du pouvoir, dans l'intérêt d'un autre, ne constitue pas une propriété économique : tel est le cas du mandataire de droit commun⁸⁴⁰ ou encore du tuteur, car dans ces cas-ci, les conditions de la propriété ne sont pas réunies. Ainsi, si l'exercice du pouvoir est nécessaire à la qualification de propriété économique active, il ne se suffit cependant pas à lui-même.

En tout état de cause, le pouvoir est « une prérogative juridique, et, en cela, le pouvoir se rapproche du droit subjectif, mais c'est une prérogative orientée vers un but, une prérogative finalisée, ce qui l'en distingue de façon radicale »⁸⁴¹. Ainsi, le pouvoir n'est pas une simple prérogative de son titulaire, mais une « prérogative finalisée » : « par ce néologisme, on entend signifier qu'à la différence du droit subjectif, le pouvoir est orienté

⁸³⁶ *Le Petit Larousse illustré*. (2006). Paris: Larousse, p. 859.

⁸³⁷ GUICHET, J.-L. (1996). *Le pouvoir*. Quintette, Coll. *Philosopher*, p. 4, cité par PELISSIER, A. (2001). *La possession des meubles incorporels*. Paris: Dalloz, p. 99, elle-même citée par DANOS, F., *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, p. 24.

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 24.

⁸³⁹ GAILLARD, E. (1985). *Le pouvoir en droit privé*. Paris: Economica, p. 9.

⁸⁴⁰ C. civ. art. 1984 suiv..

⁸⁴¹ GAILLARD, E., *op. cit.*, p. 137.

vers un but, qu'il est tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire [...]. [Ce but déterminé est celui] fixé de façon générale et abstraite par la norme attributive du pouvoir »⁸⁴².

Le pouvoir est également une « vocation à exprimer un intérêt par l'exercice de [la] volonté et à modifier ainsi l'ordonnement juridique en passant des actes juridiques »⁸⁴³. De façon extrême, le pouvoir est « la faculté d'imposer sa volonté à autrui »⁸⁴⁴ : évidemment, dans la matière qui nous intéresse ici, « autrui » est le propriétaire juridique, le propriétaire économique ayant le pouvoir.

Le pouvoir auquel il est fait référence ici est un pouvoir de *gestion*, ce qui implique la réalisation d'actes de façon dynamique, contrairement à la simple administration. Ces pouvoirs peuvent inclure celui de disposer. En tout état de cause, « le pouvoir se définit comme une prérogative conférée à une personne dans l'intérêt d'autrui ou pour la réalisation d'un but »⁸⁴⁵.

Dans le cadre de la propriété économique passive, au contraire, le propriétaire juridique a non seulement le titre, mais également le pouvoir (qui peut être restreint, certes), alors que le propriétaire économique n'a que la propriété-utilité et ne dispose d'aucun pouvoir de gestion. On peut ainsi parler d'une « propriété fonctionnelle »⁸⁴⁶ plus que d'une propriété limitée, ainsi que la titrisation de créances l'illustre⁸⁴⁷ : le gestionnaire dispose de tous les pouvoirs nécessaires à l'administration des actifs qui lui sont confiés : il est « un sujet spécialisé [...] sollicité pour assurer une gestion professionnelle des actifs et puisant dans ses connaissances les directives à suivre pour protéger l'intérêt des investisseurs. [...] l'idée de propriété fonctionnelle permet de trouver cet équilibre : la propriété n'est pas librement exercée, elle est exercée de manière discrétionnaire. On pourrait donc décrire la situation juridique du

⁸⁴² *Ibid.*, p. 150.

⁸⁴³ *Ibid.*, p. 143.

⁸⁴⁴ LOKIEC, P. (2004). *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*. Paris: LGDJ, p. 12.

⁸⁴⁵ CANTIN-CUMYN, M. (2007). Le pouvoir juridique. *Mc Gill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 2007, Vol. 52, p. 225.

⁸⁴⁶ FORTI, V., *op. cit.*, p. 268.

⁸⁴⁷ Voir *infra*.

gestionnaire dans une titrisation, propriétaire fiduciaire, comme une autorité ou un pouvoir [...] »⁸⁴⁸.

Section 3 Le miroir de la propriété économique : la propriété juridique

Si la propriété économique est le droit de retirer d'une chose tous ses services économiques, la propriété juridique est, elle attachée à la valeur, de la patrimonialité, de cette chose.

Lorsque la propriété économique est passive, alors le propriétaire juridique retire actuellement tous les services économiques de la chose, mais dans l'intérêt du propriétaire économique, et non dans le sien, en tout cas pas exclusivement. Le propriétaire juridique a le titre, et donc la valeur patrimoniale actuelle de la chose, mais dans l'intérêt, au moins partiel, d'un autre. Au-delà du pouvoir économique qu'il exerce, cette valeur de la chose est à lui, même s'il n'est matériellement pas forcément en mesure de pouvoir en profiter.

Tel est le cas du fiduciaire, qui exerce le pouvoir et qui retire des biens fiduciaires tous leurs services économiques, mais qui ne peut pas pour autant en profiter, l'opération étant réalisée dans l'intérêt du bénéficiaire. S'il a matériellement la valeur des biens fiduciaires puisqu'ils sont dans son patrimoine, on ne peut, pour autant, pas affirmer qu'il en est riche : il a la propriété (juridique) et gère les biens dans l'intérêt du bénéficiaire.

Lorsque la propriété économique est active, le propriétaire juridique n'exerce pas le pouvoir mais il a toujours la valeur de la chose.

Cette valeur à laquelle nous faisons référence ne doit pas être prise dans un sens restrictif. Tantôt c'est le bien lui-même qui reviendra en propriété complète au propriétaire juridique, tantôt ce n'en est que la contrepartie marchande. On parle donc de propriété de la valeur au sens de patrimonialité de la chose, amputée de ses services économiques, à savoir du pouvoir de gestion dans le cas de la propriété économique active, et des utilités de la chose dans le cas de la propriété économique passive. Aussi, dans les deux cas de figure (II) - propriété économique active et propriété économique passive - la notion de valeur (I) a une signification différente.

⁸⁴⁸ FORTI, V., *op. cit.*, p. 268.

I La notion de valeur

Le terme de « valeur » peut être entendu de différentes façons (A), et concernant la question qui nous intéresse ici, la valeur a deux versants, l'un objectif et l'autre subjectif (B).

A Les différentes conceptions de la valeur

En économie, on distingue traditionnellement la *valeur d'utilité*, ou *valeur d'usage*, liée à l'utilité du produit et la *valeur d'échange*, c'est-à-dire la capacité d'un bien de permettre d'acheter d'autres biens⁸⁴⁹.

« Le “prix courant du marché” [...] est défini à la fois par les intéressés et la communauté en fonction du besoin et de la rareté. Le juste prix se définit dans l'acte même de l'échange, à la rencontre entre la valeur intrinsèque du bien échangé (c'est la *bonitas intrinseca*) et l'évaluation commune de sa valeur d'échange (c'est l'*estimatio communis*). [...] Si l'*estimatio communis* se définit dans l'échange, la *bonitas intrinseca* renvoie [...] à un classement à l'intérieur d'une hiérarchie des biens, c'est-à-dire au travail et aux dépenses engagées pour la production de ce bien, et donc à une valeur-travail »⁸⁵⁰.

En réalité, deux grands courants de la pensée économique ont posé les contours de la notion de valeur⁸⁵¹ :

- Du XVIII^{ème} au milieu du XIX^{ème} siècle, la valeur, confondue ou ramenée à la seule *valeur d'échange*, est expliquée par des facteurs *objectifs* : c'est la théorie classique. Elle est la quantité de travail nécessaire pour produire le bien⁸⁵², au sens large, c'est-à-dire non seulement la somme des biens producteurs mais également la capacité de travail fournie pour l'obtention du produit⁸⁵³. On utilise encore cette notion aujourd'hui en comptabilité et en

⁸⁴⁹ BERTHOUD, A. (2010). Valeur absolue, valeur relative et travail. *Cahiers d'économie politique* 2010/1 (n° 58), p. 82. Voir également p. 92.

⁸⁵⁰ FEIX, M. (2007). Du juste prix dans la réflexion sur l'économie du père Lebreton et dans l'encyclique *Populorum progressio*. *Revue d'éthique et de théologie morale* 2007/1 (n° 243), p. 43, citant PELLETIER, D. (1996). *Economie et Humanisme, de l'utopie communautaire au combat pour le tiers-monde 1941-1966*, Paris, Ed. du Cerf, p. 347.

⁸⁵¹ HENAFF, M. (2010). La valeur du temps. Remarques sur le destin économique des sociétés modernes. *Esprit* 2010 (n° 1), p. 168 : on doit à MM. Smith et Ricardo « l'opposition valeur d'usage/valeur d'échange ». Voir également ORLEAN, A. (2011). *L'empire de la valeur*. Paris: Ed. du Seuil, p. 21.

⁸⁵² « C'est la posture adoptée par les économistes dits classiques, tels Adam Smith (1723-1790) ou David Ricardo (1772-1823), mais aussi par Karl Marx (1818-1883) » : FEIX, M., *op. cit.*, p. 26.

⁸⁵³ PERRIN, J. (2017). La valeur sociale du carbone, une innovation de la pensée économique ? *Innovations* 2017/3 (n° 54), p. 152.

fiscalité, sous la forme du coût de revient : « pour les produits achetés, le coût de revient est constitué, au plan comptable (PCG art. 213-31) et fiscal, par le prix d'achat, minoré des remises, rabais commerciaux et escomptes de règlement obtenus, et majoré des frais de transport, de manutention et autres coûts directement engagés pour l'acquisition des biens ainsi que, sur option, des coûts d'emprunt. [...] Pour les biens produits par l'entreprise (produits finis, produits intermédiaires, emballages, productions en cours), le coût de revient s'entend, au plan comptable (PCG art. 213-30) et fiscal, du coût de production, lequel comprend les coûts directement engagés pour la production et les frais indirects de production variables ou fixes, ainsi que, sur option, les frais financiers »⁸⁵⁴. Plus généralement, on distingue le coût déterminé « - après approvisionnement : coût d'acquisition ; - après fabrication : coût de production ; - après distribution : coût de revient »⁸⁵⁵.

- À l'approche objective de la valeur, a succédé une approche plus *subjective*, dite de l'*utilité marginale*, se fondant sur une approche antérieure que les auteurs avaient de la valeur, à savoir la *valeur utilité* ou *valeur d'usage*. Si certains affirmaient initialement que « la valeur des choses est fondée sur leur utilité »⁸⁵⁶, cette position a par la suite été nuancée, la *seule* utilité du bien ne justifiant pas toujours sa valeur : l'eau est plus utile que le diamant, puisqu'elle est source de vie, pour autant sa valeur marchande est moindre que celle du diamant, dont les usages sont pourtant limités⁸⁵⁷. Ainsi, non seulement la notion d'utilité a été étendue, « passant de l'utilité-besoin à l'utilité-désir »⁸⁵⁸, mais, au surplus, la notion de rareté fait son apparition : « Si la valeur des choses est fondée sur leur utilité, leur plus ou moins de valeur est donc fondée, leur utilité restant la même, sur leur rareté ou sur leur abondance ou plutôt sur l'opinion que nous avons de leur rareté ou de leur abondance »⁸⁵⁹.

⁸⁵⁴ *Mémento Fiscal*. (2018). Francis Lefebvre, n° 7700 et 7705, concernant la détermination du bénéfice imposable relativement aux bénéficiaires industriels et commerciaux (BIC).

⁸⁵⁵ *Mémento Comptable*. (2018). Francis Lefebvre, n° 1152.

⁸⁵⁶ PERRIN, J., La valeur sociale du carbone, une innovation de la pensée économique ?, *op. cit.*, p. 152, citant un ouvrage de Condillac de 1776 (nous présumons, sans pouvoir néanmoins en indiquer la page, que la citation provient de BONNOT DE CONDILLAC, E. (1776). *Le commerce et le gouvernement*, Amsterdam et Paris : Jombert & Cellot).

⁸⁵⁷ PERRIN, J., La valeur sociale du carbone, une innovation de la pensée économique ?, *op. cit.*, p. 152, se référant à Adam Smith (voir *supra*).

⁸⁵⁸ HENAFF, M. (2010). La valeur du temps. Remarques sur le destin économique des sociétés modernes. *Esprit* 2010 (n° 1), p. 169.

⁸⁵⁹ PERRIN, J., La valeur sociale du carbone, une innovation de la pensée économique ?, *op. cit.*, p. 153, citant François Perroux (PERROUX, F. (1943). *La valeur*, Paris : PUF, p. 25) ; conclusion à laquelle était déjà parvenue Condillac.

La valeur, en ce sens, c'est le prix qu'un individu accepte de payer : « autrement dit, la valeur est explicitée par l'utilité que les biens possèdent »⁸⁶⁰, mais « il ne s'agit pas de définir la valeur des biens par leur utilité globale, mais par les chances caractéristiques qu'a un agent économique de se procurer la dernière unité du bien considéré »⁸⁶¹. Ce prix que l'individu accepte de payer fonde la loi de l'offre et de la demande : plus l'offre est importante et la demande corrélative réduite, plus la valeur est faible. Plus l'offre est réduite et la demande corrélative importante, plus la valeur est élevée.

En droit, la notion de valeur est tout autant difficile à appréhender. Dans le domaine de la philosophie du droit, Grzegorzczuk distingue la conception objective et subjective de la valeur : dans le premier cas, on considère que la valeur est une caractéristique objective de la chose, elle est inhérente à la chose⁸⁶². Dans le second cas, au contraire, la valeur ne constitue pas une propriété de la chose : elle n'existe que dans notre perception du monde extérieur⁸⁶³, et en particulier de la chose en question.

Plus spécifiquement dans le domaine du droit civil, Mme Krief-Semitko indique que, sans nier l'existence d'une conception subjective de la valeur, la valeur qu'elle cherche à définir dans son ouvrage « recouvre nécessairement une notion objective, parce que si la valeur n'était qu'une notion subjective, on ne pourrait en aucun cas l'envisager comme l'objet d'une dette, d'une affectation, d'un droit ou encore d'un gage »⁸⁶⁴.

Elle indique ainsi que « la valeur attachée à chaque chose est une valeur essence, une substance autre que matérielle. La valeur objective est, en quelque sorte, attachée à la chose comme son ombre. »⁸⁶⁵.

La valeur objective est ainsi définie comme étant la « substance économique des biens [...] parce qu'elle existe en soi et qu'elle présente un caractère de stabilité »⁸⁶⁶, conformément

⁸⁶⁰ « C'est la posture adoptée par les économistes néo-classiques, tels Jean-Baptiste Say (1767-1832) et les marginalistes, tels W. Stanley Jevons (1835-1882), Léon Walras (1834-1910) ou Carl Menger (1840-1921) » : FEIX, M., *op. cit.*, p. 27.

⁸⁶¹ Définition économique du terme « valeur ». (2018). *Encyclopédie Larousse en ligne*, www.larousse.fr/encyclopedie/divers/valeur/100648

⁸⁶² GRZEGORCZYK, C. (1982). *La théorie générale des valeurs et le droit : essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*. Paris: LGDJ, p. 65 suiv..

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 89 suiv..

⁸⁶⁴ KRIEF-SEMITKO, C. (2009). *La valeur en droit civil français : essai sur les biens, la propriété et la possession*. Paris: L'Harmattan, p. 8.

Pour une étude plus spécifique au droit des contrats, voir : JOUARY, P. (2002). *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*. Thèse, Paris 1 Panthéon Sorbonne, notamment p. 307 suiv. concernant l'analyse subjective de la valeur (rattachée au pouvoir des volontés), et p. 404 suiv. concernant l'analyse objective de la valeur (relative aux limites applicable à ce pouvoir).

⁸⁶⁵ KRIEF-SEMITKO, C., *op. cit.*, p. 10.

à la définition philosophique que la substance⁸⁶⁷. La valeur de la chose se distingue ainsi de son prix⁸⁶⁸ et de sa valeur vénale⁸⁶⁹, qui ne sont que des éléments de son évaluation.

Elle analyse ainsi la valeur objective comme étant « un équivalent monétaire potentiel »⁸⁷⁰ de la valeur d'échange des économistes.

B Notre conception de la valeur

Même si cela n'est pas habituel en droit, il nous apparaît que la définition économique de la valeur correspond assez bien à la situation juridique, même si l'on peut apporter des précisions complémentaires :

Ainsi, la valeur d'échange des économistes peut se traduire juridiquement comme étant celle intrinsèquement attachée à la chose, inhérente à la chose. Cependant, si la notion correspond bien à la situation qui nous intéresse ici, les termes employés économiquement ne nous semblent pas vraiment appropriés. En effet, le terme « échange » a une signification juridique qui n'a rien à voir avec celle dont il est question ici. Or, dans le domaine de la philosophie en générale, le terme d' « immanent »⁸⁷¹ caractérise ce qui est contenu dans la nature d'un être ou d'une chose, qui ne provient pas d'un principe extérieur⁸⁷², et il nous apparaît que le terme correspond tout à fait à l'idée de la notion de valeur propre au bien. Aussi nous semble-t-il opportun de qualifier cette valeur de *valeur immanente* : c'est ce que vaut le bien en lui-même, dans sa matérialité⁸⁷³, indépendamment de toute interférence extérieure.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 56-57.

⁸⁶⁷ *Contra* : BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, *op. cit.*, qui ne conçoit la substance que dans son acception subjective, « par référence à l'usage que le propriétaire a en vue lorsqu'il constitue un droit d'usufruit sur sa chose » (p. 260). « Dans l'ordre juridique, la substance des choses ne se décrit pas objectivement » (p. 258).

⁸⁶⁸ « Le prix est ce qui est dû par l'acquéreur au vendeur. [...] Le prix est l'expression monétaire de la valeur du bien à un instant donné. C'est une valeur convenue, donc subjective, qui s'inscrit dans un rapport juridique » : KRIEF-SEMITKO, C., *op. cit.*, p. 23.

⁸⁶⁹ « C'est le prix normal que le propriétaire aurait pu obtenir de son bien en cas de cession intervenant dans des conditions normales et abstraction faite de toute valeur de convenance pour l'acquéreur » : KRIEF-SEMITKO, C., *op. cit.*, p. 24, citant FERBOS, J. & SALLES G. (1965). *Expropriation et évaluation des biens*. Paris : Ed. de l'Actualité juridique, n° 862.

⁸⁷⁰ KRIEF-SEMITKO, C., *op. cit.*, p. 65.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 65

⁸⁷² LONGNEAUX, J.-M. (2001). D'une philosophie de la transcendance à une Philosophie de l'immanence. *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 2001/3 (Tome 126), p. 305.

⁸⁷³ Corporelle comme incorporelle.

D'autre part, les économistes emploient indifféremment les termes de « valeur d'utilité » et de « valeur d'usage »⁸⁷⁴, mais ici également le vocabulaire employé juridiquement se doit d'être précis. Or, compte tenu du sens juridique du terme « usage »⁸⁷⁵, différent de celui d' « utilité »⁸⁷⁶, il nous semble préférable de qualifier la valeur dont il est question ici seulement de *valeur d'utilité*. On fait référence ici à ce que vaut le bien pour son propriétaire en tant que propriétaire, valeur définie compte tenu de l'utilité que ledit bien a pour lui en particulier. Mais doit-on, comme les économistes, distinguer la « valeur d'utilité » de la « valeur d'utilité marginale », la première faisant référence à l'utilité du bien en général, et la seconde renvoyant à l'utilité du bien pour l'opérateur économique en particulier ? Il ne nous le semble pas. En effet, techniquement, l'utilité telle que nous l'avons définie *supra* correspond déjà à l'intérêt particulier du propriétaire, cela serait alors redondant de qualifier la valeur d'utilité de marginale. La marginalité est en réalité déjà sous-entendue sous le terme juridique d'utilité. On pourrait également parler de valeur fonctionnelle.

Cette conception de la valeur donnée, il ressort que la propriété juridique constitue la propriété de la valeur.

II La propriété juridique, propriété de la valeur

Selon que l'on soit en présence d'une propriété économique active (A) ou passive (B), la valeur sur laquelle porte la propriété juridique n'est pas la même.

A La propriété juridique, propriété de la valeur immanente dans le cadre de la propriété économique passive

Certains économistes ont essayé de dépasser l'opposition valeur d'échange /valeur d'utilité ou d'utilité marginale, par exemple en reconnaissant à la valeur les deux fondements : l'utilité détermine la demande, alors que les frais de production donnent l'étendue de cette demande, car on cesse de demander ce qui coûte trop⁸⁷⁷. Il a également été proposé que l'offre d'un bien est déterminée par son coût de production (conception objective), alors que la

⁸⁷⁴ Par exemple PERRIN, J., La valeur sociale du carbone, une innovation de la pensée économique ?, *op. cit.*, p. 152.

⁸⁷⁵ Voir *supra* concernant le droit de jouir des biens, en particulier l'*usus* et le *fructus*.

⁸⁷⁶ Voir *supra* concernant la définition que nous entendons donner à l'utilité.

⁸⁷⁷ SAY, J.-B. (1826). *Traité d'économie politique, ou simple exposition de la manière dont se forment les richesses, Tome 3* (éd. 5). Paris: Rapilly, p. 328, 329.

demande est en fonction de son utilité (vision subjective) : « Il serait tout aussi déraisonnable de discuter sur le point de savoir si c'est la lame supérieure ou la lame inférieure d'une paire de ciseaux qui coupe un morceau de papier que de se demander si la valeur est déterminée par l'utilité ou par le coût de production »⁸⁷⁸. Un auteur définit ainsi la valeur comme « le rapport du coût de production à l'utilité. La valeur sert tout d'abord à décider si d'une manière générale un objet doit être produit, si l'utilité compense le coût de production »⁸⁷⁹.

Cependant, en droit, il ne nous semble pas que les deux notions - valeur immanente/ valeur d'utilité - doivent systématiquement être rapprochées. En particulier, il convient de ne pas confondre valeur et richesse :

Par exemple, dans le cas d'une crise financière ou d'un krach boursier, il y a « destruction de valeur d'échange (effondrement de la valeur des titres cotés) sans destruction correspondante de valeur d'usage (des biens produits ou des moyens de production des entreprises dont les titres se dévalorisent). Le processus n'est pas destructeur de production, disons physique, comme la guerre, mais de la valeur est détruite dans la sphère de la circulation (répartition) »⁸⁸⁰.

Ainsi, on peut avoir la valeur immanente sans avoir la valeur d'utilité.

C'est d'ailleurs dans cette acception qu'il faut entendre la propriété fiduciaire, en particulier quand M. Grimaldi affirme que « 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 »⁸⁸¹, tout en insistant sur le fait que le fiduciaire est bien propriétaire. En effet, si le fiduciaire n'est pas plus riche d'être propriétaire des biens fiduciaire, c'est parce qu'il n'en a pas la valeur d'utilité, mais pour autant, il en a la valeur immanente, en tant que propriétaire.

C'est le cas, d'une façon générale, de tout propriétaire juridique dans le cadre de la propriété économique passive.

Aussi, dans le cadre de la propriété économique passive, à la *propriété de l'utilité* du propriétaire économique répond la *propriété de la valeur immanente* du propriétaire juridique.

⁸⁷⁸ PERRIN, J., *op. cit.*, p. 156, citant Alfred Marshall (MARSHALL, A. (1890). *Principes d'économie politique*).

⁸⁷⁹ ENGELS, F. (1998). *Esquisse d'une critique de l'économie politique (1844)*, Traduit de l'allemand par Kostas Papaioannou. Paris: Ed. Allia, p. 24.

⁸⁸⁰ DOSTALER, G. (2007). Keynes et Cambridge : une histoire épistolaire : Notes bibliographiques (à propos de Economists in Cambridge: A Study through their Correspondence, 1907-1946, sous la direction de Maria Cristina Marcuzzo et Annalisa Rosselli, Londres, Routledge, 2005). *Cahiers d'économie politique* 2007/1 (n° 52), p. 189.

⁸⁸¹ GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.*.

B La propriété juridique, propriété de la valeur d'utilité dans le cadre de la propriété économique active

Dans la propriété économique active, la situation est différente, on peut même dire qu'elle en est l'exact inverse : *on peut avoir la valeur d'utilité sans avoir la valeur immanente.*

Ainsi, par exemple, lorsqu'on époux commun en biens exploite un fonds de commerce dépendant de la communauté, lui-seul exerce les pouvoirs de gestion, mais en cas de vente du fonds, c'est la communauté qui va encaisser le prix. En ce sens, elle en a la valeur d'utilité⁸⁸².

Autre exemple : lorsqu'un portefeuille de valeurs mobilières est démembré, c'est l'usufruitier qui jouit des titres et en perçoit les revenus. C'est également lui qui a les pouvoirs de gestion du portefeuille, en particulier c'est lui qui a le pouvoir de disposition concernant les titres, pris individuellement. On peut donc affirmer que le nu-proprétaire n'a pas la valeur immanente, privé de son droit de disposition des titres.

Pour autant, lors de ses arbitrages, l'usufruitier doit impérativement conserver la substance du portefeuille dans sa globalité, c'est-à-dire, concrètement, son profil d'investissement⁸⁸³ : l'objectif est que le nu-proprétaire recouvre, en fin d'usufruit, un portefeuille sensiblement similaire. La gestion du portefeuille par l'usufruitier est donc faite dans l'intérêt du nu-proprétaire, outre son propre intérêt : puisqu'il perçoit les dividendes, on imagine qu'il réalise les arbitrages à bon escient, à défaut de quoi il perdrait sa source de revenus. Si tel n'était pas le cas, on voit mal pourquoi l'usufruitier ne serait pas totalement libre de ses arbitrages. On peut donc dire que le nu-proprétaire a la valeur d'utilité du portefeuille⁸⁸⁴.

Ainsi, et de façon plus générale dans le cadre de la propriété économique active, à la *propriété du pouvoir* du propriétaire économique répond la *propriété de la valeur d'utilité* du propriétaire juridique.

Enfin, il nous paraît important de préciser un point : il convient en effet de ne pas confondre la propriété-utilité du propriétaire économique (propriété économique passive) et la

⁸⁸² Voir *infra*.

⁸⁸³ Voir *supra*.

⁸⁸⁴ Voir *infra*.

propriété de la valeur d'utilité du propriétaire juridique (propriété économique active). Certes, dans les deux cas, on emploie bien le terme d'utilité, mais dans le second cas, le propriétaire juridique n'a que la valeur de cette utilité, alors que dans le premier cas le propriétaire économique a l'utilité en elle-même.

Ainsi définie de façon renouvelée, la propriété économique se détermine donc comme étant la propriété des services économiques, soit de façon active lorsque le pouvoir a une place centrale, soit de façon passive lorsque l'utilité est l'élément déterminant. En miroir, la propriété juridique est la propriété de la valeur, soit immanente, soit d'utilité, selon le cas.

Or la relecture de la propriété économique - et de la propriété juridique qui est son corollaire - pose alors la question de sa nature : se résume-t-elle, comme certains ont pu l'affirmer (avant d'en conclure, à ce titre, qu'elle n'existe pas) à un simple démembrement de propriété ? Nous ne le pensons pas.

CHAPITRE 2

LA NATURE DE LA PROPRIETE ECONOMIQUE : UNE MODALITE INTERNE DE LA PROPRIETE

Nous allons, dans les lignes qui suivent, étudier la nature de la propriété économique telle que nous avons proposé de la redéfinir.

Ainsi, non seulement cette propriété économique n'est pas autre chose qu'une propriété (section 1), mais elle est une propriété (section 2) particulière (section 3).

Section 1 La propriété économique n'est qu'une propriété

Nous verrons ici les qualifications qui pouvaient être envisagées concernant la nature de la propriété économique ainsi que les raisons pour lesquelles nous les avons écartées. La propriété économique active et la propriété économique passive revêtant des formes sensiblement différentes⁸⁸⁵, nous étudierons successivement les qualifications que nous avons choisies de ne pas retenir les concernant, pour conclure, *infra*, que la propriété économique est bien une propriété.

I La propriété économique n'est pas une possession

Aux termes de l'article 2255 du Code civil « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ». Cette définition nous fait immédiatement penser à la propriété économique active, puisque « le possesseur se *comporte* matériellement comme un propriétaire en ce sens qu'il dispose d'une *emprise matérielle* sur la chose, et exerce activement des pouvoirs normalement réservés au propriétaire »⁸⁸⁶. De plus, « 'la possession n'est pas seulement l'apparence de la propriété, elle en est l'incarnation' »⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ Voir *supra*.

⁸⁸⁶ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, op. cit., p. 404, faisant référence à LARROUMET, C., *Droit civil. Tome II, Les biens. Droits réels principaux*, op. cit., n° 59.

⁸⁸⁷ Citant ZENATI, F. (1988). *Les biens*. Paris: PUF, n° 308.

L'aspect charnel de la possession se traduit par l'attribution au possesseur du *corpus*⁸⁸⁸, qui n'est autre que l'accomplissement des actes qui font partie des prérogatives du droit de propriété. Il suppose l'appréhension de la chose par l'exercice d'un pouvoir de fait sur celle-ci⁸⁸⁹. La possession a ainsi pu être qualifiée de « rapport d'appropriation économique »⁸⁹⁰.

Cependant, alors que le possesseur fait les fruits siens⁸⁹¹, tel n'est pas nécessairement le cas du propriétaire économique actif⁸⁹², lequel perçoit les fruits seulement si son statut le permet, par exemple s'il est d'usufruitier⁸⁹³.

En outre, de la définition de l'article 2255 du Code civil « il résulte que la possession n'est pas une prérogative juridique, mais un pouvoir de fait sur un bien »⁸⁹⁴. Or contrairement à la possession, la propriété économique résulte toujours d'une situation de droit⁸⁹⁵, elle ne naît pas des faits : le propriétaire économique n'est pas un exploitant sans titre. La propriété économique n'existe en effet que lorsque le propriétaire juridique ou le propriétaire entier⁸⁹⁶ en a décidé ainsi⁸⁹⁷ : « elle n'est pas un pouvoir de fait qui ignore une situation de droit, mais un pouvoir de droit qui se traduit concrètement dans les faits »⁸⁹⁸.

Enfin, contrairement à la possession, le propriétaire économique n'a toujours pas l'*animus domini*. En effet, pour caractériser la possession, le *corpus*, élément objectif et matériel, ne suffit pas : sinon il n'y a que simple détention, et non possession. Il faut également un élément intentionnel, psychologique : c'est l'*animus*. Ainsi, le possesseur doit avoir l'intention de se comporter comme le véritable propriétaire, comme un propriétaire en

⁸⁸⁸ Le *corpus* doit avoir une assiette déterminée, il doit être continu, paisible, public et ne doit pas être équivoque : ATIAS, C. (2014). *Droit civil, les biens* (éd. 12). Paris: Litec, p. 246.

⁸⁸⁹ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 404.

⁸⁹⁰ ZENATI, F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, op. cit.*, p. 480..

⁸⁹¹ Dans le cas où il possède de bonne foi, C. civ. art. 549.

⁸⁹² *Contra* : BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 405, selon lequel la possession « est une forme de propriété économique », tout en précisant qu'il existe des propriétaires économiques actifs qui ne sont pas des possesseurs (p. 404, 407).

⁸⁹³ Voir *infra*.

⁸⁹⁴ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 647.

⁸⁹⁵ M. Blanluet indique quant à lui que « contrairement à la possession, la propriété économique peut résulter d'une situation de droit » : BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 407.

⁸⁹⁶ Ou la loi.

⁸⁹⁷ Voir *infra*.

⁸⁹⁸ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 407.

exercice (*animus domini*)⁸⁹⁹. Or tel n'est pas nécessairement le cas du propriétaire économique, qui, même s'il se comporte comme un propriétaire entier, se présente rarement comme tel : ses pouvoirs et prérogatives lui sont donnés en vertu d'un titre⁹⁰⁰ par lequel il reconnaît les droits du propriétaire juridique, de sorte qu'il ne peut avoir la volonté d'être le propriétaire entier.

II La propriété économique n'est pas une propriété seulement apparente

Pris dans son acception juridique générale, l'apparence reflète une situation imaginaire, illusoire ou encore trompeuse, dont l'existence est crédible, mais non conforme à la réalité. L'apparence relève d'un caractère vraisemblable, conforme « au train ordinaire des choses »⁹⁰¹, mais c'est une représentation inexacte de la réalité juridique. Or cette légitimité en la croyance d'une chose fautive peut produire des effets juridiques : ainsi, il peut arriver que la croyance erronée dans l'existence d'une situation juridique conduise à faire prévaloir certains effets de cette apparence sur la réalité juridique (*error communis facit jus*)⁹⁰², comme par exemple la validation un acte irrégulier passé avec le titulaire apparent du droit⁹⁰³.

Si la théorie de l'apparence connaît des manifestations dans « les diverses contrées du droit »⁹⁰⁴, la propriété en est le domaine le plus ancien. Ainsi, « le propriétaire apparent est celui que le public considère comme ayant la propriété d'un bien qui appartient en réalité à une autre personne »⁹⁰⁵. La propriété apparente comporte ainsi les signes extérieurs de la propriété véritable, et se traduit matériellement par la réalisation d'actes concrets et visibles : elle est « l'image dynamique de la propriété ; elle [a] les aspects de la propriété en

⁸⁹⁹ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 161., faisant également référence à la controverse doctrinale ayant eu lieu au XIX^{ème} siècle entre de Savigny (DE SAVIGNY, F.-Ch. (1803). *Traité de possession en droit romain* (éd. 1)), partisan d'un rôle prépondérant de la volonté, selon une conception dite subjective de la possession, et de Ihering (DE IHERING, R. (1891). *Du fondement de la protection possessoire ; du rôle de la volonté dans la possession*, trad : Meulenaere), défenseur quant à lui d'une conception dite objective faisant abstraction au maximum de l'intention.

⁹⁰⁰ M. Blanluet parle de « contrat » (BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 408), mais nous verrons *infra* que, selon nous, la propriété économique ne naît pas du seul contrat.

⁹⁰¹ BLANLUET, G., *op. cit.*, p. 409.

⁹⁰² « L'erreur est créatrice de droit » : TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 89.

⁹⁰³ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 410.

⁹⁰⁴ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 302.

⁹⁰⁵ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 89, faisant référence à LERROUX, E. (1974). *Recherches sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945. RTD civ. 1974, 509 s.*

mouvement »⁹⁰⁶. Ainsi, la propriété apparente et la propriété économique présentent des similitudes certaines.

Pour autant, tout propriétaire apparent n'est pas propriétaire économique : en effet, il est des propriétaires apparents qui n'ont pas vocation à s'approprier économiquement la chose, ainsi pour le prête-nom, qui est propriétaire apparent mais non propriétaire économique. Inversement, tout propriétaire économique n'est pas propriétaire apparent, puisque pour être propriétaire apparent, encore faut-il « se parer du titre de propriétaire, apparaître comme tel aux yeux des tiers »⁹⁰⁷ : il suffit au propriétaire économique actif d'être dans un état économiquement proche de celui du propriétaire entier, sans nécessairement se présenter aux tiers comme revêtant cette dernière qualité.

Quant à la propriété économique passive, elle n'a rien de commun avec la propriété apparente⁹⁰⁸ puisque, justement, le propriétaire économique n'a que les utilités de la chose, et non le pouvoir sur la chose. Celui qui dispose des pouvoirs sur la chose, éventuellement limités, c'est le propriétaire juridique : ainsi la propriété apparente se rapprocherait plus de la propriété juridique, comme c'est le cas dans la fiducie. Pour autant la propriété fiduciaire n'est pas une propriété apparente car le fiduciaire *est* le propriétaire, il en a le titre. Son droit n'est donc pas l'apparence de la propriété, c'est la propriété - juridique.

III La propriété économique n'est pas un droit indivis avec la propriété juridique

L'indivision est « le concours de plusieurs droits de même nature sur un même bien, sans qu'il y ait division matérielle des parts ; ce qui la caractérise est donc la coexistence de plusieurs sujets ayant des droits de même nature portant sur les mêmes biens »⁹⁰⁹.

Chaque indivisaire y est un propriétaire complet, mais en participation avec d'autres : en effet, le droit de chacun ne porte pas sur la chose même dans sa totalité, mais uniquement sur une fraction de la propriété, ou, plus précisément, chacun est propriétaire entier d'une quote-part déterminée, mais non-individualisée, de la chose. Alors que pour certains, il s'agit « davantage de cotitularité d'un même droit de propriété que de concours de plusieurs droits

⁹⁰⁶ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 413.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 413.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 414.

⁹⁰⁹ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 227.

de propriété »⁹¹⁰, pour d'autres en revanche, dont nous partageons l'avis, « l'indivision n'est pas la multiplication des titulaires d'un même et unique rapport de droit, elle est un concours de droits multiples et distincts, ce qui explique qu'on la nomme copropriété⁹¹¹, notion qui exprime bien l'idée d'être propriétaires ensemble, chacun ayant son propre droit. De ce point de vue, l'indivision se distingue nettement de la communauté⁹¹² qui est, au contraire, le fait d'avoir un seul droit de propriété pour tous [...]. L'indivision est une propriété individuelle parce qu'elle repose sur une pluralité de droits propres »⁹¹³.

Ainsi, cette pluralité de droits de propriété portant sur un même bien peut rappeler singulièrement les propriétés simultanées que sont la propriété économique et la propriété juridique.

Pourtant il n'en est rien, puisqu'il n'y a pas d'indivision entre les titulaires de droits de natures différentes qui portent sur un même bien : par exemple, il n'y a pas d'indivision entre un usufruitier et un nu-propiétaire de portefeuille de valeurs mobilières car leurs droits, bien que portant sur une même chose, ne sont pas identiques.

De la même façon, les prérogatives conférées au propriétaire économique et au propriétaire juridique n'étant pas identiques, il ne peut y avoir indivision entre eux⁹¹⁴.

IV La propriété économique n'est pas un émolument, par opposition au titre

Un auteur a proposé de distinguer de la propriété parfaite⁹¹⁵, la propriété imparfaite, c'est-à-dire la propriété « amputée d'une partie de ses prérogatives »⁹¹⁶. En analysant les aménagements asymétriques (réels, personnels) et symétriques (par juxtaposition, par appropriation collective) de la propriété, il considère que la réserve de propriété, le crédit-bail, la fiducie, la société immobilière d'attribution et le fonds commun de placement relèvent des propriétés imparfaites⁹¹⁷, et qu'elles reposent sur une dissociation du droit de propriété entre le titre (siège de l'exclusivité) et l'émolument (siège de l'absolutisme)⁹¹⁸.

⁹¹⁰ CROCQ, P., *Propriété et Garantie*, *op. cit.*, p. 195.

⁹¹¹ A ne pas confondre avec la copropriété entendue dans son acception de droit immobilier, statut initialement défini par la Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

⁹¹² On pense ici à la communauté conjugale des articles 1400 et suivants du Code civil.

⁹¹³ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 513.

⁹¹⁴ CROCQ, P., *Propriété et Garantie*, *op. cit.*, p. 195.

⁹¹⁵ RAVENNE, S., *op. cit.*, p. 8, et voir VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 443 s..

⁹¹⁶ RAVENNE, S., *op. cit.*, p. 6.

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 80, 92, 129, 191, 204.

Par opposition, l'auteur ne considère pas que les situations suivantes relèvent des propriétés imparfaites : usufruit (p. 54), droit de superficie (p. 66), indivision (p. 158), copropriété (p. 174), Sicav (p. 204).

⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 277 suiv..

En effet, selon lui, alors que « le titre s'entend du principe d'appropriation de la chose, en vertu duquel une chose est propre à quelqu'un et lui appartient privativement à tout autre⁹¹⁹, [...] l'émolument consiste, en revanche, dans le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »⁹²⁰

Si l'analogie entre la propriété économique et l'émolument semble séduisante, il n'en est rien. En effet, alors que la première repose sur une double propriété, l'une portant sur la titularité du droit et l'autre sur le profit du droit, le second relève d'une dissociation de la propriété dans sa structure même. Les deux notions ne peuvent donc être confondues : l'une renvoie à deux propriétés distinctes, alors que l'autre ne constitue qu'une seule et même propriété, mais scindée entre plusieurs protagonistes.

V La propriété économique n'est pas une nue-propriété

Reprenons l'exemple de la fiducie puisque ce cas a été très discuté, et partons de l'analyse de la propriété fiduciaire, pour ensuite étendre notre analyse à la propriété économique du bénéficiaire.

On pourrait penser que la propriété fiduciaire, telle qu'elle a été décrite, ne constitue finalement qu'un usufruit, puisqu'en vertu de l'article 578 du Code civil, « l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

Il est vrai que, de prime abord, la situation du fiduciaire semble correspondre à celle de l'usufruitier : comme l'usufruitier, le fiduciaire jouit de la chose fiduciaire en ce sens qu'il l'exploite, mais dans un but déterminé ce qui fait écho à la conservation de la substance de la chose objet de l'usufruit. Son droit est également temporaire, puisque limité dans le temps à la durée de la convention de fiducie, et il ne peut pas transmettre lui-même sa qualité de fiduciaire à ses héritiers.

Cependant, les similitudes s'arrêtent là, le fiduciaire n'est pas un usufruitier.

Certains ont avancé la raison suivante : admettre que le fiduciaire est usufruitier implique de déterminer qui est nu-propriétaire, c'est-à-dire celui qui a vocation, à terme, à

⁹¹⁹ Citant POTHIER, R.-J. (1821). *Traité du droit de domaine de propriété, œuvres de Pothier* (t. 10). Siffrein, n° 4.

⁹²⁰ RAVENNE, S., *op. cit.*, p. 277.

détenir la propriété dans toutes ses prérogatives⁹²¹. La question n'appelle pas de difficultés particulières lorsqu'il s'agit d'une fiducie-gestion, celui devant devenir le propriétaire complet à la fin du contrat de fiducie étant le bénéficiaire, mais il a été souligné que la question est plus ardue concernant la fiducie-sûreté : en effet, le propriétaire final sera soit le bénéficiaire-constituant-débiteur s'il rembourse sa dette, soit le bénéficiaire-créancier en cas de défaillance du constituant, en sa qualité de débiteur de la dette. Ainsi, « dans une fiducie-sûreté, la potentialité de détenir l'ensemble des prérogatives du droit de propriété n'est pas accordée à une personne mais à deux personnes, qui peuvent prétendre à devenir pleinement propriétaires. Certes, l'une a une vocation naturelle à devenir propriétaire car par principe le financement garanti par la fiducie-sûreté doit être remboursé à son échéance. Il s'agit du dénouement "normal" de tout financement. L'autre, le bénéficiaire, c'est-à-dire le créancier, n'a qu'une vocation subsidiaire. Dans l'hypothèse de défaillance du constituant en sa qualité de débiteur, il peut être prévu contractuellement que le fiduciaire vende directement les actifs à des tiers sans que les actifs ne soient un temps de raison la propriété du bénéficiaire. Par conséquent, dans ce cas qui risque d'être la pratique contractuelle car les établissements de crédit ont pour politique de ne pas détenir des actifs en direct, il sera impossible d'identifier un nu-propriétaire. Suite à ces observations, nous relevons qu'il apparaît donc difficile d'identifier le nu-propriétaire dans toutes les fiducies. Par conséquent, il convient donc de réfuter l'idée que le transfert d'un actif en fiducie provoque le démembrement du droit de propriété dont il est l'objet ». ⁹²²

En réalité, cette justification ne nous semble pas être celle qui doit être retenue. On sait qui devrait être le nu-propriétaire : le bénéficiaire. Certes, le bénéficiaire peut être le constituant-débiteur lui-même ou le créancier, selon que le débiteur honore ou pas son engagement de remboursement, mais la qualité du nu-propriétaire est connue : son identité n'est effectivement pas déterminée dès l'origine, mais elle est déterminable. Aussi l'argument selon lequel le nu-propriétaire est inconnu, pour écarter la qualification d'usufruit, ne nous convainc pas.

Au contraire, il convient de se concentrer sur l'usufruit - justement - plutôt que sur la nue-propriété⁹²³ : la jouissance par le fiduciaire des biens fiduciaires est limitée à l'exercice de sa

⁹²¹ ARSAC, A., *op. cit.*, p. 223.

⁹²² *Ibid.*, p. 223 suiv..

⁹²³ On s'en tiendra, dans le cadre des présents développements, aux hypothèses dans lesquelles l'usufruit porte sur des corps certains. En tout état de cause, lorsqu'il porte sur des choses consommables, il prend la forme d'un quasi-usufruit, l'usufruitier devenant alors - selon l'opinion majoritaire - plein propriétaire et le nu-propriétaire

mission, en particulier, il ne peut pas jouir des biens à des fins qui lui seraient purement personnelles, comme habiter un immeuble fiduciaire, contrairement à l'usufruitier. En outre, il ne perçoit pas non plus personnellement les fruits issus des biens fiduciaires⁹²⁴ : il ne les perçoit que conformément aux dispositions prévues par le contrat de fiducie, qui peut prévoir une distribution au bénéficiaire ou encore un emploi dans l'acquisition de biens qui viendront accroître le patrimoine fiduciaire. A défaut de disposition prévue au contrat, le fiduciaire doit les employer conformément à sa mission. En tout état de cause, ces fruits ne constituent pas des revenus pour le fiduciaire comme ce serait le cas pour un usufruitier, ou si tel est le cas, c'est que cela aura été prévu au contrat de fiducie, et alors il ne s'agira que d'une modalité de rémunération du fiduciaire, et non pas un droit personnel de celui-ci aux fruits⁹²⁵.

Ainsi, la propriété fiduciaire ne constitue pas un usufruit. Partant, la propriété économique ne constitue pas une nue-propriété.

En outre, du point de vue du bénéficiaire, d'autres arguments postulent également en faveur de cette analyse : le nu-propriétaire ne perçoit jamais les fruits⁹²⁶, alors que le bénéficiaire peut les percevoir directement si le contrat de fiducie l'a prévu⁹²⁷, et le nu-propriétaire est en principe tenu aux « grosses réparations » des biens démembrés s'ils nécessitent des travaux⁹²⁸, contrairement au bénéficiaire qui ne l'est jamais.

VI La propriété économique n'est pas un usufruit

La propriété économique n'est pas une nue-propriété, mais à l'inverse on peut également se demander si elle n'est pas un usufruit. En effet, l'article 582 du Code civil

simple créancier : TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 712 suiv. ; COLLARD, F. (7 déc. 2017). Usufuit, quasi-usufuit (fasc. 60). *JCL Notarial formulaire, Usufuit*.

⁹²⁴ KACZMARECK, L., *op. cit.*, p.1845 s. ; ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 438 suiv..

⁹²⁵ Voir *supra*.

⁹²⁶ « Si [...] les produits ne reviennent pas à l'usufruitier, les fruits en revanche lui appartiennent tous, qu'il s'agisse des fruits naturels, industriels ou civils [...], que ceux-ci proviennent des biens soumis à l'usufruit dans leur état d'origine, des accroissements naturels ou accidentels de ces mêmes biens [...] ou encore de l'industrie de l'usufruitier lui-même » : TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 725.

⁹²⁷ BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*, p. 254.

⁹²⁸ C. civ. art. 605 : « L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien.

Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit ; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu. »

C. civ. art. 606 : « Les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières.

Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier.

Toutes les autres réparations sont d'entretien. »

Voir TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 748 suiv. ; PAINCHAUX, M. (13 sept. 2016). Usufuit, Obligations de l'usufruitier, Obligations de l'usufruitier en cours de jouissance. *JCL Civil Code, Art. 605 à 616*.

dispose que « l'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit ».

Or, concernant la fiducie, le bénéficiaire pouvant percevoir les fruits des biens fiduciaires⁹²⁹, on pourrait se demander si son droit constitue un usufruit des biens objets de la fiducie, le fiduciaire en étant alors nu-propiétaire.

Cependant, cette qualification doit, selon nous, être écartée également. En effet, aux termes de l'article 578 du Code civil, « l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance » : or le bénéficiaire n'a aucun *autre* droit de jouissance des biens fiduciaires pendant la fiducie⁹³⁰, et le seul fait de percevoir éventuellement les fruits ne constitue pas un usufruit.

En effet, dans la relation d'usufruit, il s'agit également pour le propriétaire de se décharger « de l'administration de son bien. Il faut donc considérer l'usufruitier comme un administrateur. Cette fonction résulte de l'obligation qui lui incombe de jouir en bon père de famille⁹³¹ et de conserver la substance de la chose ; cette manière de jouir implique nécessairement une attitude active d'entretien et de conservation »⁹³².

Or tel n'est pas le cas dans la fiducie : le bénéficiaire n'a aucun pouvoir de gestion des actifs fiduciaires : c'est l'essence même de la fiducie-gestion que de confier les pouvoirs d'administration au fiduciaire, et cela est inconcevable dans le cas d'une fiducie-sûreté, le créancier-bénéficiaire ne s'intéressant qu'à la valeur des biens fiduciaires en cas de défaillance de son débiteur, et non à leur gestion⁹³³.

Cette possibilité étant écartée, on pourrait néanmoins imaginer que l'usufruit du bénéficiaire ne porte pas sur les biens fiduciaires, mais sur les fruits issus des biens fiduciaires, ce qui serait possible puisqu'aux termes de l'article 581 du Code civil, l'usufruit « peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles ».

L'usufruit peut donc porter sur des biens consommables, c'est-à-dire « des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs »⁹³⁴ : dans cette situation, l'usufruit se meut en quasi-usufruit. Dans ce cas, il résulte de l'article 587 du

⁹²⁹ Si cela a été contractuellement prévu.

⁹³⁰ DE LAJARTE, C., *op. cit.*.

⁹³¹ Ou « raisonnablement » selon la version de l'article 601 du Code civil postérieure à la Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

⁹³² ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 492.

⁹³³ DE LAJARTE, C., *op. cit.*.

⁹³⁴ C. civ. art. 587.

Code civil que le quasi-usufrUITIER « à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution ».

Cependant, « il paraît inconcevable de penser que les parties à un contrat de fiducie aient eu l'intention d'octroyer au bénéficiaire le droit de percevoir les fruits des biens fiduciaires pendant la durée du contrat, mais à charge pour lui de les restituer à la fin de l'opération fiduciaire »⁹³⁵.

Ainsi, lorsqu'il existe, le droit pour le bénéficiaire de percevoir les fruits au cours de la fiducie ne saurait recevoir la qualification d'usufruit.

Entendons-nous bien : la propriété économique n'a pas la nature d'un usufruit, mais certains usufruits peuvent constituer des propriétés économiques ainsi que nous le verrons *infra*.

VII La propriété économique n'est pas le bénéfice d'une charge réelle pesant sur la propriété juridique

Toujours concernant spécifiquement la fiducie, certains ont émis l'hypothèse que les obligations du fiduciaire pourraient être juridiquement qualifiées de charges réelles⁹³⁶.

« Les charges réelles sont des contraintes ou des prestations imposées qui ne pèsent sur une personne qu'en raison de sa qualité de propriétaire d'une chose »⁹³⁷. Ces charges réelles pèsent sur tous les propriétaires successifs de la chose - notamment les acheteurs, et pour s'en affranchir, il *suffit* de perdre la qualité de propriétaire, par exemple en abandonnant la chose support de la charge.

On distingue⁹³⁸ :

- L'obligation *scripa in rem*, qui engage non seulement le propriétaire, mais également le débiteur initial qui n'est pas déchargé de son obligation : par exemple, en cas de vente d'un immeuble hypothéqué, tant le débiteur initial, c'est-à-dire le vendeur du bien soumis à l'hypothèque, que l'acquéreur, ont l'obligation de désintéresser le créancier,⁹³⁹

⁹³⁵ DE LAJARTE, C., *op. cit.*

⁹³⁶ KUHN, C., La mission du fiduciaire, *op. cit.*

⁹³⁷ ATIAS, C., *Droit civil, les biens, op. cit.*, p. 63.

⁹³⁸ *Ibid.*, p. 63.

⁹³⁹ Par opposition, l'engagement pris par l'acquéreur d'un ensemble immobilier comprenant des carrières, de remettre en état lesdites carrières conformément à un engagement pris antérieurement par son vendeur, « ne constitue pas une charge réelle du fonds, mais une obligation personnelle de l'exploitant de la mine ou de la carrière ; qu'il s'ensuit qu'en acceptant de supporter cette charge, la société, qui, en l'espèce, n'acquerrait pas

- De l'obligation *propter rem*, qui engage seulement le propriétaire de la chose, par exemple en ce qui concerne les travaux à réaliser dans le cadre d'une servitude conformément à l'article 699 du Code civil : « Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujéti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujéti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due ».

« L'obligation réelle peut [...] être définie de façon générale comme "l'obligation liée à la chose (et dite *propter rem*)" qui naît entre un débiteur et un créancier, dont au moins l'un des deux n'est pas tenu en tant que tel, mais en raison de sa titularité d'un droit réel principal »⁹⁴⁰ : l'obligation réelle a ainsi deux facettes : l'une portée sur la notion d'obligation, mettant en évidence l'existence d'un lien entre le créancier et le débiteur, et l'autre portée sur la notion de réalité, soulignant le lien qui existe entre l'obligation et la chose qui est l'objet du droit réel : « ce lien transparaît également au travers de l'expression *propter rem* qui, littéralement traduit, signifie "à cause de la chose" »⁹⁴¹.

La continuité de la charge réelle de propriétaires en propriétaires trouve son origine dans le principe selon lequel « nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même ». [...], [et] « si le débiteur originaire était tenu, c'est parce qu'il détenait ce droit. Dès lors, s'il le cède à une autre personne, celle-ci est tenue exactement au même titre que lui. L'auteur n'a pas transmis l'obligation : il a transmis la position, le droit, conditionnant l'engagement réel. L'ayant-cause est donc directement tenu de cette obligation : il doit respecter le droit d'autrui et c'est pour cela qu'il doit exécuter les obligations réelles qui le grèvent. Les exemples ne manquent pas. Ainsi l'ayant-cause devra boucher les vues irrégulièrement ouvertes par son auteur sur le fonds voisin [...] »⁹⁴².

Par opposition, l'acquéreur ne succède pas de plein droit aux obligations *personnelles* de son auteur, même si celles-ci sont en relation avec le bien transmis.

Qu'en est-il de la propriété fiduciaire, et partant, de la propriété économique ?

pour exploiter, a contracté une obligation à la décharge du vendeur et que cette charge, évaluée dans le contrat de vente, constitue une augmentation du prix de vente convenu, à ce titre soumis aux droits d'enregistrement » : Cass. com. 1^{er} juin 1993 n° 91-12376.

⁹⁴⁰ SCAPEL, J. (2002). *La notion d'obligation réelle*. Aix-en-Provence: PUAM, p. 18.

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 19.

⁹⁴² ATIAS, C., *Droit civil, les biens, op. cit.*, p. 66, citant in fine ABERKANE, H. (1957). *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit français - Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels*. LGDJ, p. 143-144.

La charge réelle pourrait ici être l'obligation pour le fiduciaire d'agir « dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »⁹⁴³, conformément aux obligations imposées par le contrat de fiducie.

Certains affirment ainsi que « la propriété fiduciaire n'est pas une imitation mais une véritable propriété »⁹⁴⁴ mais également que « l'affectation de l'objet révèle la nature réelle de l'engagement du fiduciaire. Ce dernier obtient la qualité de propriétaire parce qu'il accepte la mission déterminée dans le contrat. La propriété est indissociable de l'opération parce qu'elle en est le moyen de réalisation. La technique fiduciaire instrumentalise le lien de droit s'appuyant sur un engagement réel du propriétaire. Ses obligations procèdent du bien qu'il a acquis et doivent être qualifiées d'obligations *propter rem*. Cela permet d'expliquer pourquoi le fiduciaire peut sans hérésie juridique être un propriétaire obligé. Notre droit civil admet difficilement cette situation. Le propriétaire, lorsque son bien est grevé, a le plus souvent une simple obligation de ne pas faire, il doit souffrir l'exercice du droit réel par son titulaire. Toutefois, certaines dispositions du Code civil attendent de lui un comportement actif créant de véritables obligations à contenu positif, comme l'entretien de la clôture mitoyenne, voire l'obligation d'exploitation des terrains à vocation agricole »⁹⁴⁵. Ainsi, la propriété du fiduciaire serait grevée d'une « obligation réelle à contenu positif »⁹⁴⁶, mais qui se distinguerait des autres obligations *propter rem* comme ne présentant pas de caractère accessoire⁹⁴⁷.

Dans ce schéma, le créancier de cette obligation réelle est le constituant⁹⁴⁸. Or on pourrait tout à fait imaginer que ce soit le bénéficiaire, plutôt que le constituant, dans la mesure où le contrat de fiducie est réalisé dans son intérêt et à son profit.

En réalité, nous ne le pensons pas : dans le cadre de la fiducie, le bénéficiaire, qui peut être le constituant, deviendra propriétaire des biens fiduciaires au terme du contrat, et se verra doter d'une propriété pleine et entière non affectée d'une quelconque charge réelle. Or la charge réelle se transmet aux propriétaires successifs : si, au terme, le bénéficiaire n'est pas tenu des mêmes obligations que le fiduciaire (et il ne l'est pas), c'est qu'il ne s'agit pas d'une charge réelle.

⁹⁴³ C. civ. art. 2011.

⁹⁴⁴ KUHN, C., La mission du fiduciaire, *op. cit.*. Voir également KUHN, C., *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, p. 290 suiv..

⁹⁴⁵ KUHN, C., La mission du fiduciaire, *op. cit.*. Voir également KUHN, C., *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, p. 290 suiv.. Voir également RAVENNE, S., *op. cit.*, p. 459 suiv..

⁹⁴⁶ KUHN, C., *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, p. 291.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 291.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 289.

Certains ont également ajouté que « le constituant, en choisissant un fiduciaire, c'est-à-dire un homme de confiance, lui demande d'accomplir une mission sur l'actif confié. Le constituant lui fait confiance et n'a donc pas besoin de "brider" l'actif mis en fiducie en créant un nouveau droit réel sur cet actif à son bénéfice. Le fiduciaire engage sa responsabilité s'il ne respecte pas ses engagements et apporte en garantie son propre patrimoine pour toute faute qu'il pourrait commettre »⁹⁴⁹. Nous partageons cet avis, si ce n'est que nous emploierions plutôt l'expression de « charge réelle » en lieu et place des termes de « droit réel ».

VIII La propriété économique n'est pas un droit réel sur la chose du propriétaire juridique, démembrement de propriété

Selon un auteur, à défaut d'une plénitude, au moins potentielle, de prérogatives au profit du propriétaire économique, il faudrait rejeter l'idée que la propriété juridique et la propriété économique puissent constituer des propriétés simultanées⁹⁵⁰ : ainsi, M. Crocq a avancé que « la "propriété de la valeur" et la "propriété de l'utilité" ne [pourrait] correspondre *qu'* à un nouveau démembrement, non perpétuel, de la propriété⁹⁵¹ en un droit de propriété grevé d'une obligation réelle et un droit réel sur la chose d'autrui (si l'on considère que le droit de propriété rassemble l'intégralité des prérogatives possibles sur un bien, toute création d'un droit réel sur la chose d'autrui ou d'une obligation réelle ne sera jamais qu'une nouvelle forme de démembrement d'un droit existant, le droit de propriété d'autrui) »⁹⁵².

Après avoir analysé que l'énumération des droits réels par l'article 543 du Code civil⁹⁵³ ne présentait pas un caractère limitatif concernant spécifiquement la création d'un nouveau

⁹⁴⁹ ARSAC, A., *op. cit.*, p. 229.

⁹⁵⁰ CROCQ, P., *Propriété et Garantie, op. cit.*, p. 192 suiv.. Voir *infra* notre analyse quant à l'affirmation de M. Crocq que la propriété doit conférer une plénitude de prérogatives, au moins potentielle, sur un bien.

⁹⁵¹ Voir *supra* la distinction entre l'analyse classique qui considère que tout droit réel sur la chose d'autrui est un démembrement, et l'analyse matérialiste, plus ouverte, qui s'y oppose.

⁹⁵² CROCQ, P., *Propriété et Garantie, op. cit.*, p. 195.

Ce droit réel sur la chose d'autrui n'est pas celui que nous avons déjà évoqué *supra* : nous avons en effet déjà vu que certains ont développé l'idée selon laquelle la fiducie ne procéderait d'aucun transfert de propriété au fiduciaire compte tenu des limites qui sont imposées à ce dernier, et analysent les droits du fiduciaire comme étant « une sorte de droit réel sur la chose d'autrui qui ne dirait pas son nom » (LIBCHABER, R., Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, *op. cit.*, : c'est donc le fiduciaire qui disposerait d'un droit réel sur la chose d'autrui, celle du constituant. Nous avons déjà vu que nous ne partageons pas cette opinion, dans la mesure où, selon nous, la fiducie opère bien un transfert de propriété au profit du fiduciaire : celui de la propriété fiduciaire.

⁹⁵³ C. civ. art. 543 : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. ».

démembrement de la propriété (question du *numerus clausus* des droits réels⁹⁵⁴), l'auteur en a déduit que « ce nouveau démembrement, cette “création” d'un nouveau droit réel sur la chose d'autrui »⁹⁵⁵ était licite, avant de conclure que « la création d'un droit réel nouveau sur la chose d'autrui est, a priori, possible à moins qu'elle se heurte, bien sûr, à une prohibition légale particulière à la matière concernées »⁹⁵⁶.

Or, étendant son raisonnement aux propriété-garanties, l'auteur arrive à la conclusion que la création d'un tel démembrement de propriété serait, en revanche, contraire au principe de *numerus clausus* des garanties réelles⁹⁵⁷, et donc impossible. Ce *numerus clausus* repose sur les principes posés à l'article 2284 du Code civil⁹⁵⁸, qui affirme l'indivisibilité du patrimoine (« quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ») et à l'article 2285⁹⁵⁹ du même Code qui pose l'égalité des créanciers chirographaires (« les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence »). La conséquence en est que seul le législateur peut créer de nouvelles causes de préférence. Et, selon M. Crocq, le démembrement du droit de propriété entre une propriété de la valeur et une propriété de l'utilité accorde justement un droit de préférence au créancier, tout en laissant le débiteur propriétaire. Ce droit n'étant pas prévu par la loi, il est donc contraire au *numerus clausus*.⁹⁶⁰

L'auteur conclut ainsi que, puisque la propriété juridique et la propriété économique ne peuvent résulter que d'un démembrement de propriété, et que ce démembrement est impossible, alors elles ne peuvent pas exister.

⁹⁵⁴ A ce sujet, voir *infra*.

⁹⁵⁵ CROCQ, P., *Propriété et Garantie*, *op. cit.*, p. 196.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 201.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 205.

Le *numerus clausus* des sûretés réelles répond à l'expression « pas de privilège sans texte », qui interdit de reconnaître une cause de préférence non prévue par la loi.

« Sans avoir été expressément posée par le législateur, cette règle ressort implicitement de l'interprétation des articles 2285 et 2323 du Code civil et a été stigmatisée par la jurisprudence comme une caractéristique essentielle à la reconnaissance de tout privilège. À ce titre, les tribunaux français ont coutume de rappeler que le privilège est de “droit étroit” » : GALLAND, M. (2008, maj. 2011). *Obligation foncière. Répertoire de droit commercial*, citant Cass. 31 mai 1880, Cass. soc. 30 nov. 1951, Cass. req. 18 mai 1831, Cass. civ. 2^{ème} 9 juill. 1997 n° 95-19232. Voir également MESTRE, J., PUTMAN, E., & BILLIAU, M. (1996). *Traité de droit civil : théorie générale. Droit commun des sûretés réelles*. Paris: LGDJ, p. 151 suiv. et JULIENNE, M. (2015). *Privilèges mobiliers spéciaux. Répertoire de droit civil*, n° 16.

⁹⁵⁸ Anciennement article 2092 avant l'Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006.

⁹⁵⁹ Anciennement article 2093 avant l'Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006.

⁹⁶⁰ Cette position est partagée par M. Lucas : LUCAS, F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, *op. cit.*, p. 302.

Nous pouvons faire deux remarques sur ce point, l'une concernant la qualification de démembrement de propriété, et l'autre concernant le *numerus clausus* des sûretés réelles :

- Sur le premier point, en ce qui nous concerne, nous avons déjà vu que nous écartions la qualification de propriété grevée d'une charge réelle concernant les droits du fiduciaire, et nous écartons également la qualification de droit réel sur la chose d'autrui (celle du fiduciaire) concernant les droits du bénéficiaire.

Certains ont en effet relevé que, d'une façon générale, lorsque la propriété est grevée d'un droit réel, « on insiste souvent sur la dimension passive du propriétaire dans cette situation qui doit le plus souvent subir l'existence et l'exercice du droit réel par son titulaire. [...] Par contre, il convient de relever l'attitude active du titulaire du droit réel. Celui-ci exerce ses prérogatives de propriétaire d'un droit sur les utilités de la *res* d'autrui. Aussi doit-on s'intéresser à l'attitude du bénéficiaire. Ce dernier n'exerce pas véritablement un droit, il profite de la gestion et de l'entretien réalisés par le fiduciaire. Son attitude passive ne ressemble pas à celle d'un titulaire d'un droit réel, il jouit d'une situation juridique érigée en sa faveur sans s'impliquer dans la réalisation de l'opération. Le schéma du droit réel, concession d'utilité, ne semble pas correspondre à la situation : le bénéficiaire n'exerçant pas de pouvoir sur le bien. [...] La prise en compte de son intérêt peut être justifiée par sa vocation à être le propriétaire définitif du patrimoine fiduciaire, mais elle n'est pas traduite juridiquement par la création d'un droit réel d'exercice. [...] Ainsi, le seul titulaire d'un droit réel exerçant une contrainte sur le fiduciaire ne peut être que son cocontractant, le fiduciaire »⁹⁶¹. Si l'on étend ce raisonnement, propre à la fiducie, à la propriété économique en générale, il nous paraît clair que les droits du propriétaire économique *passif* ne peuvent être qualifiés de droit réel *sur la chose du propriétaire juridique*.

En revanche, dans le cadre d'une propriété économique *active*, le propriétaire économique exerce bien son pouvoir de gestion sur la chose. Pour autant, son droit ne peut pas non plus être qualifié de droit réel *sur la chose d'autrui*. En effet, si le rôle actif du titulaire du droit réel sur la chose d'autrui est nécessaire pour qualifier le droit de droit réel, il

⁹⁶¹ KUHN, C., *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, p. 288 et 289. Nous ne partageons pas totalement le point de vue de Mme Kuhn, puisque si nous considérons, comme elle, que le bénéficiaire n'est pas simplement titulaire d'un droit réel sur la chose du fiduciaire, nous ne pensons pas, en revanche, que le fiduciaire a une propriété grevée d'une charge réelle : Mme Kuhn estime en effet que « [l'] engagement [du fiduciaire] avec le fiduciaire crée une obligation réelle qui ne se présente pas comme le volet passif d'un droit réel d'exercice » (p. 290). Elle estime au contraire que c'est le fiduciaire qui a un droit réel sur la chose du fiduciaire, qu'elle qualifie de « droit réel de faire » (p. 289 suiv..).

n'est ne revanche pas suffisant. Encore faut-il que le droit que l'on cherche à qualifier réponde à la définition du droit réel sur la chose d'autrui, or tel n'est pas le cas du droit du bénéficiaire actif : il n'est pas un « tiers » par rapport à la chose, et qui aurait simplement certaines prérogatives sur celle-ci. Il en est propriétaire lui aussi, la chose lui appartient tout autant qu'au propriétaire juridique, mais sur des aspects différents. Qu'on ne se méprenne pas : le droit du bénéficiaire est bien un droit réel (au moins en partie), ainsi que nous le verrons, mais il n'est pas un droit réel *portant sur la chose d'autrui*.

Nous excluons ainsi la qualification de démembrement de propriété. La doctrine majoritaire va d'ailleurs en ce sens, puisqu'elle estime que les droits reconnus au bénéficiaire d'un contrat de fiducie ne correspondent à aucun des démembrements visés par le Code civil⁹⁶².

- Concernant le second point, *si* nous adhérons à la théorie selon laquelle la propriété économique et la propriété juridique constituent un démembrement de la propriété et qu'il contrevient au *numerus clausus* des garanties réelles, nous pourrions justement arguer que c'est bien le législateur qui a créé cette nouvelle forme de préférence en introduisant lui-même la fiducie en droit français, ce qui fait que, justement, il n'y aurait pas atteinte au *numerus clausus* avancé.

Donc il faut bien admettre que l'argument du *numerus clausus* des sûretés réelles a de plus en plus de mal à convaincre, et une partie de la doctrine, dont nous partageons l'avis, le conteste⁹⁶³.

⁹⁶² MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 275 : « La fiducie ne démembre pas la propriété, le fiduciaire est pleinement propriétaire, et le bénéficiaire ou le fiduciaire n'ont sur le patrimoine fiduciaire aucun droit réel » ; WITZ, C., *La fiducie en droit privé français*, *op. cit.*, p. 276 : « Ces droits ne correspondent à aucun des démembrements de la propriété prévus par le Code civil » ; PISANI, C. (1990). *La fiducie. Defrénois 1990* (n°9) ; BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 485.

⁹⁶³ CABRILLAC, M., MOULY, C., CABRILLAC, S., & PETEL, P. (2015). *Droit des sûretés* (éd. 10). Paris: LexisNexis, p. 430 (rien n'empêche *a priori* d'exploiter la liberté contractuelle et d'aménager un droit réel, voire une autre institution, de façon que l'un ou l'autre assure au bénéficiaire de la contention un paiement préférentiel) ; REINHARD, D., & PODEUR, G. (2007). Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu. *D. 2007*, p. 319 (« Ne convient-il pas de remettre en cause le principe séculaire - aujourd'hui contesté par une partie de la doctrine - selon lequel existerait une sorte de *numerus clausus* des sûretés réelles, empêchant les parties de créer des mécanismes autres que ceux prévus par le législateur ? ») ; LISANTI, C. (2011). Le nantissement du patrimoine affecté ? *Cahiers du droit de l'entreprise*, 2011 (n° 3) (« Nous savons toutefois que ce principe, qui ne paraît pas convaincre la jurisprudence classique, est contesté majoritairement par la doctrine », « Par ailleurs, son application semble évincée en droit positif comme en atteste notamment l'apparition du "gage-espèce", sûreté née de la pratique contractuelle, qui ne fait certes l'objet d'aucune consécration législative et dont la validité de principe n'est pas remise en cause. Ce principe paraît ainsi pour le moins suranné ») ; AYNES, A. (2014). La fiducie-sûreté par et hors les textes. *RDBF 2014* (n° 5) (« un prétendu *numerus clausus* des sûretés réelles » ; « à supposer que ce principe existe » ; « d'ailleurs, la validité du gage-espèce est admise en jurisprudence depuis plusieurs années ») ; BONNET, V. (2015). Biens (fasc. 550). *JCL Droit international* (« un prétendu *numerus clausus* des sûretés réelles »).

Nous avons ainsi étudié ce que la propriété économique n'est pas. Voyons désormais ce qu'elle est.

Section 2 La propriété économique est bien une propriété

La propriété économique constitue bien une propriété, au sens strict du terme, et ce, non seulement en raison de ses caractères (I), mais également compte tenu de ses attributs (II).

I Les caractères de la propriété économique : entre absolutisme, exclusivité, et perpétuité

C'est l'article 544 du Code civil lui-même qui livre le premier caractère de la propriété : la propriété est absolue (B). De façon traditionnelle, deux caractères supplémentaires sont distingués : l'exclusivité (C) et la perpétuité (A)⁹⁶⁴.

Précisons d'emblée que, pour une bonne compréhension des caractères de la propriété économique, il nous semble d'ores et déjà nécessaire de citer un certain nombre de situations juridiques qui font naître une propriété économique, ainsi que nous le développerons un peu plus loin, à savoir les baux emphytéotique et à construction, la libéralité graduelle, certaines situations dans le cadre des régimes matrimoniaux (assurance-vie, entreprise, etc.), le quasi-usufruit, ou encore l'usufruit de valeurs mobilières.

A La propriété économique et le caractère perpétuel

On s'accorde depuis longtemps à considérer que la propriété a un caractère perpétuel⁹⁶⁵. Ainsi, il n'a pas de prescription extinctive du droit de propriété, de sorte que, même sans prescription acquisitive de la part d'un possesseur, le bien objet du droit « non utilisé » ne peut pas devenir sans maître⁹⁶⁶.

A titre d'exemple, il a été jugé par la Cour de cassation⁹⁶⁷ qu'un propriétaire qui s'est abstenu d'exercer son droit de propriété pendant plus de trente ans, et qui revendique le bien

⁹⁶⁴ ATIAS, C., *Droit civil, les biens, op. cit.*, p. 91.

⁹⁶⁵ Voir en introduction.

⁹⁶⁶ C. civ. art. 713.

⁹⁶⁷ Voir Cass. req. 25 avr. 1855 ; Cass. civ. 13 juin 1865 ; Cass. req. 12 juill. 1905 ; Cass. civ. 3^{ème} 5 juin 2002 n° 00-16.077 : note PILLET, G. (2003). L'action en revendication n'est pas susceptible de prescription

contre un tiers, ne perd pas sa propriété par non-usage : le tiers, qui ne pouvait se prévaloir de l'usucapion (sa possession étant précaire⁹⁶⁸), soutenait - en vain donc - que toutes les actions réelles et personnelles du propriétaire étaient prescrites par trente ans⁹⁶⁹.

D'ailleurs, le nouvel article 2227 du Code civil, issu de la loi du 17 juin 2008⁹⁷⁰, dispose que « Le droit de propriété est imprescriptible [...] », ce qui confirme bien le droit antérieur, alors tacite, et l'absence d'extinction du droit de propriété par non-usage.

En effet, l'imprescriptibilité du droit de propriété ne correspond pas au droit d'user de la chose, mais « au pouvoir de volonté qui permet à son titulaire de faire ce qu'il veut d'une chose [...], y compris de décider de ne rien faire ».⁹⁷¹

C'est en ce sens que la propriété est dite perpétuelle : elle est insusceptible de prescription extinctive, et « dépourvue de limites temporelles »⁹⁷².

Cependant, le droit de propriété n'est pas éternel pour autant : la propriété peut même être temporaire. Tout d'abord, les parties peuvent tout à fait organiser par convention une propriété qu'elles définissent comme temporaire, par exemple en dissociant les constructions du sol dans le cadre d'un bail superficiaire⁹⁷³ ou d'un bail à construction⁹⁷⁴ : le caractère temporaire de la propriété du preneur, dans ces baux, n'est pas contesté, simplement nous défendons ici l'idée qu'il a une *propriété économique*, et pas simplement une *propriété*⁹⁷⁵. Le preneur est propriétaire temporaire desdites constructions pendant la durée du bail, celles-ci revenant finalement au bailleur en fin de bail. « Ainsi, la propriété temporaire est un droit dont l'extinction résulte de la volonté des parties. [...] C'est un évènement juridique qui commande la fin de la propriété temporaire, tandis que la perte de la propriété perpétuelle dépend d'une circonstance matérielle »⁹⁷⁶, la perte matérielle de la chose.

extinctive. *D.* 2003, p. 1461, note REBOUL-MAUPIN, N. (2003). De la perpétuité de l'action en revendication du droit de propriété. *D.* 2003, p. 2044.

⁹⁶⁸ Sur les conditions de l'usucapion (ou prescription acquisitive) : voir TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, op. cit., p. 358 suiv..

⁹⁶⁹ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, op. cit., p. 155. Voir également MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens*, op. cit., p. 156.

⁹⁷⁰ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

⁹⁷¹ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., op. cit., p. 380.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 379.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 380.

⁹⁷⁴ DANOS, F., *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., p. 49, bien qu'il qualifie l'opération d' « anomalie temporaire » (p. 50)...

⁹⁷⁵ Voir *infra* pour une étude plus complète de ces baux.

⁹⁷⁶ GOYET, C., op. cit., p. 198.

La limite temporelle de la propriété peut également procéder de la volonté unilatérale du propriétaire : c'est notamment le cas lorsqu'il fait abandon d'un bien⁹⁷⁷, qui cesse alors d'appartenir à qui que ce soit. Le droit de propriété initial disparaît, et un nouveau droit de propriété est susceptible de renaître ultérieurement au profit d'un nouveau propriétaire⁹⁷⁸.

En outre, le droit de propriété dure aussi longtemps que la chose : il peut ainsi être perçu comme correspondant à une durée infinie en ce qui concerne le sol, parcelle cadastrale, car « dans son éternité géométrique, la parcelle survit [...] à toutes les modifications du terrain conçu comme le siège de certaines aptitudes et qualités, ainsi qu'à tous les bouleversements de son apparence. Beaumanoir disait du sol qu'il est "ce qui ne meurt jamais", et ce trait fonde avec sa fixité le statut juridique de l'immeuble »⁹⁷⁹. Néanmoins, si le droit de propriété dure aussi longtemps que la chose, il *ne dure que* tant que dure la chose⁹⁸⁰ : lorsque la chose disparaît, le droit de propriété s'éteint faute d'objet⁹⁸¹.

Les propriétés incorporelles sont quant à elles des propriétés temporaires organisées par la loi⁹⁸². On trouve sous ce terme les biens immatériels qui sont le produit de l'industrie humaine, par exemple les propriétés intellectuelles⁹⁸³ : propriété littéraire et artistique (œuvres d'art, ouvrages littéraires, etc.), et propriété industrielle (marques de fabrique, procédés, etc.). Malgré leur nature incorporelle, il s'agit bien de choses réelles (et non de droits), qui, comme les choses corporelles, sont qualifiées de propriétés⁹⁸⁴, c'est-à-dire de chose ayant la qualité

⁹⁷⁷ Voir C. civ. art. 539 (« Les biens des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées appartiennent à l'État »), y compris dans sa version antérieure à la Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales (« Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public ») ; Cass. civ. 1^{ère} 22 mai 1970 n° 68-12797.

⁹⁷⁸ CROCQ, P., *Propriété et Garantie*, *op. cit.*, p. 91-92.

⁹⁷⁹ GOYET, C., *op. cit.*, p. 197.

Quoique l'on puisse nuancer le propos concernant le phénomène du recul des falaises sur certains littoraux.

⁹⁸⁰ POURQUIER, C. (2000). *Propriété et perpétuité*. Aix-en-Provence: PUAM, p. 49 suiv..

⁹⁸¹ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 380 ; POURQUIER, C., *op. cit.*, p. 205 suiv..

⁹⁸² V. TREMEAU, J. (2009). Propriété : fondement constitutionnel du droit de la propriété (fasc. 20). *JCL Civil Code*, Art. 544, qui relève que, pour certains, les droits intellectuels ne peuvent faire l'objet d'un droit de propriété (mentionnant : MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J., & CHABAS, F., *Leçons de droit civil, Tome II* (Vol. 2). p. 37 ; GHESTIN, J. & GOUBEUX, G., *Traité de droit civil, Tome 2*, n° 215 ; ROUBIER, P., *Le droit de la propriété industrielle*, Tome 1, n° 19 ; MALAURIE P. et AYNÈS, L., *Droit civil : Les biens*. Cujas, 2002, n° 412), estimant que « la véritable propriété requiert un support matériel » (Note GUYON Y. ss Cons. const. 15 janv. 1992 n° 91-303 DC : RFDC 1992, p. 303). Pour d'autres auteurs, en revanche, cette position résulte de la confusion entre le droit de propriété et la chose sur laquelle porte ce droit ; le droit de propriété doit au contraire être immatériel, ce qui les conduit à admettre la propriété incorporelle (mentionnant JOSSERAND L., *Confirmation du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, Mélanges Sugiyama).

⁹⁸³ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, *op. cit.*, p. 156, atténuant cependant l'importance de ces propriétés temporaires en les qualifiant de « dérogations » et en soulignant « le caractère très spécial de ces prérogatives ».

⁹⁸⁴ En raison de l'absence de matérialité de l'objet des droits intellectuels, la doctrine s'est néanmoins posée la question de leur nature juridique : POURQUIER, C., *op. cit.*, p. 234.

d'appartenir à quelqu'un⁹⁸⁵. Or l'immatérialité rend impossible une disparition matérielle : ainsi, en matière de propriétés intellectuelles « le critère de la durée matérielle cède la place à celui de la durée juridique, c'est-à-dire légale »⁹⁸⁶, en référence aux monopoles d'exploitation aménagés par le législateur⁹⁸⁷.

Il apparaît ainsi une compatibilité entre le caractère général perpétuel de la propriété, et un droit de propriété qui peut n'être que temporaire.

En outre, nous verrons que si la propriété économique présente majoritairement un caractère réel, elle est également fortement teintée d'un caractère personnel, et les droits personnels ne peuvent être que temporaires.

La propriété économique constitue ainsi une propriété temporaire : elle dure autant que le contrat⁹⁸⁸, le mariage⁹⁸⁹, la vie du premier gratifié⁹⁹⁰ (nous verrons en effet que ces cas sont le siège de propriété économique), etc. Elle n'en est pas moins une propriété, la propriété pouvant être temporaire.

Et tant qu'elle dure, cette propriété bénéficie de toutes les protections de la propriété classique : en particulier, le droit du propriétaire économique (actif comme passif) ne disparaît pas par le non-usage. L'intérêt de la qualification de propriété économique lui permet ainsi d'éviter d'avoir à subir une prescription extinctive vis-à-vis du propriétaire juridique.

B La propriété économique et le caractère absolu

C'est l'article 544 du Code civil lui-même qui indique que la propriété est de « jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue [...] ».

La propriété économique présente-t-elle le caractère absolu de la propriété complète ?

Si l'on considère l'absolutisme comme portant sur les pouvoirs, alors :

- D'une part, concernant la propriété économique passive, le propriétaire économique ne dispose pas des pouvoirs de gestion concernant le bien, encore moins ceux de disposition.

⁹⁸⁵ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 99.

⁹⁸⁶ POURQUIER, C., *op. cit.*, p. 237.

⁹⁸⁷ Concernant le droit d'auteur, les dessins et modèles, les brevets ou encore les marques : voir POURQUIER, C., *op. cit.*, p. 238 suiv..

En particulier, le droit d'exploitation de l'auteur d'une œuvre disparaît soixante-dix ans après sa mort, et le droit patrimonial de l'artiste interprète disparaît cinquante ans après son décès.

⁹⁸⁸ Concernant le crédit-bail et le bail superficiaire : GOYET, C., *op. cit.*, p. 201 ; concernant la fiducie : GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.*.

⁹⁸⁹ Concernant les propriétés économiques issues des régimes matrimoniaux.

⁹⁹⁰ Concernant les libéralités graduelles.

Quant au propriétaire juridique, il dispose effectivement des pouvoirs, mais ils sont limités, par exemple par le contrat concernant le fiduciaire dans le cadre de la fiducie, ou par l'interdiction légale de vendre concernant les libéralités graduelles⁹⁹¹.

- Et d'autre part, concernant la propriété économique active, le propriétaire économique n'a pas nécessairement tous les pouvoirs (c'est par exemple le cas du quasi-usufructier⁹⁹²), et le propriétaire juridique n'en a quant à lui aucun.

De ce point de vue, aucun des propriétaires économique et juridique n'a le pouvoir absolu. Cela n'exclut toutefois pas la qualification de propriété.

En effet, selon une analyse, plutôt philosophique, qui a pu tenter la doctrine du XIX^{ème} siècle, concernant la notion d'absolutisme, le propriétaire peut être considéré comme pouvant faire ce qu'il veut de son bien de façon illimitée, et « toute restriction des pouvoirs du propriétaire [est] étrangère à la propriété. [...] Toute obligation pesant sur le propriétaire [est] ressentie comme contraire à la nature de son droit »⁹⁹³.

Cette interprétation a cependant été considérée comme étant contraire à l'article 544 lui-même, ce dernier réservant *in fine* la possibilité d'un absolutisme de la propriété à la condition « qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements », mais également contraire à la nature même des choses, puisque toute propriété n'est jamais isolée et se heurte fatalement à d'autres propriétés qui la limitent nécessairement⁹⁹⁴.

Une autre lecture de l'absolutisme se réfère aux droits réels :

Pour certains, la détermination des caractères de la propriété doit servir à distinguer les droits réels entre eux, et ils concluent qu'« absolu » signifie « perpétuel »⁹⁹⁵ car, parmi les droits réels, seule la propriété présente ce caractère. Cependant, si le caractère absolu permet de mieux distinguer la propriété de ses démembrements, d'autres critères plus généraux permettent également de le faire⁹⁹⁶. L'absolutisme a donc un autre sens que celui de la perpétuité.

On aurait aussi pu entendre l'absolutisme d'une façon technique comme marquant la place de la propriété dans la gamme des droits réels : la propriété est le plus complet des

⁹⁹¹ Nous verrons en effet qu'il s'agit d'un cas de propriété économique.

⁹⁹² Nous verrons en effet qu'il s'agit d'un cas de propriété économique.

⁹⁹³ ATIAS, C., *Droit civil, les biens, op. cit.*, p. 92.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 92.

⁹⁹⁵ PRODAN, C. (1909). *Essai d'une théorie générale des droits réels*. Thèse : Paris, p. 110 suiv., cité par ATIAS, C., *Droit civil, les biens, op. cit.*, p. 98.

⁹⁹⁶ ATIAS, C., *Droit civil, les biens, op. cit.*, p. 98.

droits réels, un propriétaire pouvant tout faire *sauf* ce qui est interdit, alors que le titulaire de tous autres droits réels ne peut faire *que* ce qui lui est spécialement autorisé.

Cependant, « c'est l'accent politique qui a été retenu »⁹⁹⁷, puisque l'absolutisme du droit de propriété doit être entendu comme signifiant que le propriétaire peut faire ce qu'il veut de son bien, en ce sens qu'il n'y a pas de limites *inhérentes* au droit de propriété, sa maîtrise est illimitée⁹⁹⁸ : mais pour autant, « sans limite ne signifie pas impunité »⁹⁹⁹ : « un propriétaire peut tout faire, sauf ce qui est interdit »¹⁰⁰⁰.

En effet, si le droit de propriété permet en principe tous actes juridiques et matériels à son titulaire, certains sont interdits spécialement : ainsi ces restrictions peuvent tenir à l'obligation de réparer les dommages anormaux causés par l'usage du bien (théorie des troubles du voisinage¹⁰⁰¹), mais également les dommages causés par la faute du propriétaire qui exerce son droit dans le but de nuire à autrui (théorie de l'abus de droit¹⁰⁰²).

Elles peuvent également résulter de la loi elle-même et procéder de limitations directes apportées au droit de propriété dans l'intérêt général : confiscation par le juge à titre de peine complémentaire¹⁰⁰³, restriction du propriétaire rural à son droit d'exploiter ou de ne pas exploiter¹⁰⁰⁴, limitation des pouvoirs du propriétaire - en particulier de construire - pour des raisons environnementales ou de maîtrise de la croissance du bâti, concernant l'urbanisme¹⁰⁰⁵, la montagne¹⁰⁰⁶, le littoral¹⁰⁰⁷, les espaces protégés¹⁰⁰⁸, les espaces naturels, agricoles et forestiers¹⁰⁰⁹, etc.. Le propriétaire peut également être privé de son droit de choisir son acquéreur¹⁰¹⁰ ou encore d'arracher ou de défricher ses bois¹⁰¹¹, des travaux peuvent lui être

⁹⁹⁷ CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations, op. cit.*, p. 1642.

⁹⁹⁸ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 148.

⁹⁹⁹ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁰⁰ CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations, op. cit.*, p. 1642.

¹⁰⁰¹ COURTIEU, D. (2017). Troubles de voisinage (fasc. unique). *JCL Civil Annexes*.

¹⁰⁰² OOSTERLYNCK, É. (22 juin 2012). Fasc. 10 : Propriété : éléments, caractères, limitations (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 544*.

¹⁰⁰³ C. pén. art. 131-21.

¹⁰⁰⁴ C. rur. art. L 125-1.

¹⁰⁰⁵ V. en particulier le règlement national d'urbanisme (C. urb. art. L 111-1 suiv.), les servitudes d'urbanisme (C. urb. art. L 112-1 suiv.) les schémas de cohérence territoriale (C. urb. art. L 141-1 suiv.), les plans locaux d'urbanisme (C. urb. art. L 151-1 suiv) et les cartes communales (C. urb. art. L 160-1 suiv.).

¹⁰⁰⁶ C. urb. art. L 122-1 suiv..

¹⁰⁰⁷ C. urb. art. L 121-1 suiv..

¹⁰⁰⁸ Espaces boisés (C. urb. art. L 113-1 suiv.), espaces naturels sensibles (C. urb. art. L 113-8 suiv.), espaces agricoles et naturels périurbains (C. urb. art. L 113-15 suiv.), espaces de continuités écologiques (C. urb. art. L 113-29 suiv.).

¹⁰⁰⁹ C. rur. art. D 112-1-11 suiv..

¹⁰¹⁰ C. urb. art. L 210-1 suiv..

¹⁰¹¹ C. rur. art. L 311-1 suiv..

imposés, ou, au contraire, interdits¹⁰¹², sans compter les dispositions relatives aux installations classées et à la pollution des sols¹⁰¹³.

Le caractère absolu de la propriété ne l'est donc pas tant que cela... ou, plus précisément, ce caractère n'est pas distinctif¹⁰¹⁴. Selon nous, son absence de caractérisation dans la propriété économique n'est donc pas incompatible avec sa qualification de propriété.

Cependant, on notera que, pour certains¹⁰¹⁵, la théorie de la propriété « postule de l'absolutisme, actuel ou du moins futur, du droit de propriété » : or le propriétaire juridique n'a pas vocation à la plénitude, ou s'il l'a, c'est en concurrence avec le propriétaire économique dans le cadre des propriétés-garantie¹⁰¹⁶. Ainsi, l'absolutisme faisant défaut à la propriété économique, elle ne pourrait pas être une propriété.

Nous ne partageons pas cet avis, dans la mesure où, justement, si l'absolutisme peut caractériser la propriété, nous ne présumons pas que l'existence de la propriété nécessite impérativement un absolutisme des droits du propriétaire. D'ailleurs, certains avancent même qu'il est probable que, « dans une révision du C.C. qui aurait lieu aujourd'hui, [...] on ne se tiendrait pas d'en faire disparaître toute allusion à l'absolu »¹⁰¹⁷.

Par ailleurs, un courant différent ne se réfère pas à un absolutisme de pouvoir, mais à un absolutisme d'opposabilité : le droit de propriété « n'établit pas une relation entre des personnes déterminées mais entre un sujet et la société. [...] Toute personne est tenue de respecter son droit. C'est en cela que ce droit s'exerce de manière absolue. [...] Autant dire que l'absolu de la propriété traduit l'idée d'opposabilité »¹⁰¹⁸.

¹⁰¹² C. rur. art. L 131-1 suiv..

¹⁰¹³ HAUTEREAU-BOUONNET, M., & HERRNBERGER, O. (2014). Installations classées : pratique notariale et environnement. *Revue Environnement 2014* (n° 8-9).

¹⁰¹⁴ 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 : LARROUMET, C., *Droit civil. Tome II, Les biens. Droits réels principaux, op. cit.*, n° 211.

Pour une explication historique de l'absolutisme mentionné à l'article 544 du Code civil : voir CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations, op. cit.*, p. 1643, selon lequel « la Révolution a nationalisé les propriétés de l'Eglise et des émigrés ; et elle les a vendues comme biens nationaux à une foule d'acquéreurs, destinés à devenir les soutiens du nouvel ordre politique. [...] L'a. 544 prend les propriétés telles qu'il les trouve au sortir de la Révolution ; ce sont des propriétés *actuelles* qu'il consacre, sans permettre d'en rechercher les sources [...]. "De la manière la plus absolue", cela signifiait pour les acquéreurs de biens nationaux "sans être inquiétés", et l'a. 544 devait être leur titre contre les revendications des anciens propriétaires. Seul l'oubli du passé a pu faire juger réactionnaire ce texte qui reste toujours disponible pour couvrir les nécessaires spoliations de l'histoire ».

¹⁰¹⁵ RAVENNE, S., *op. cit.*, p. 223.

¹⁰¹⁶ Nous partageons son avis sur ce point : nous verrons en effet *infra* que la vocation à la plénitude n'est pas une caractéristique de la propriété économique.

¹⁰¹⁷ CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations, op. cit.*, p. 1649.

¹⁰¹⁸ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 343.

En ce sens précis, du moment que l'on reconnaît à la propriété économique la qualité de propriété, alors elle est effectivement absolue, surtout que la propriété est opposable sans le soutien de la possession (et le propriétaire économique ne l'a pas toujours)¹⁰¹⁹.

C La propriété économique et le caractère exclusif

Pour certains, c'est le caractère le plus important de la propriété, c'est même « l'essence » de la propriété¹⁰²⁰, en ce sens qu'elle se résume, finalement, à l'exclusivité.

Pour eux, le propriétaire peut, sans autres limites que celles résultant de la loi, retirer les utilités de la chose, qui ne sont que des conséquences de l'exclusivité¹⁰²¹.

Ils définissent l'exclusivité comme étant le *pouvoir d'exclure* les tiers¹⁰²², car la propriété « doit davantage être analysée comme un rapport entre sujets qu'un rapport entre une personne et une chose. Il ne s'agit pas tant de savoir s'il entend les réserver à lui-même et, le cas échéant, à certaines personnes. Tel est le contenu, en substance, de l'exclusivité ».

Si l'on s'en tient à cette conception, il semble bien que la propriété économique soit exclusive. Cela peut surprendre. Cependant, il nous apparaît que le propriétaire juridique n'est pas un tiers justement. Au sens global du terme, concernant le bien objet de propriétés, le couple « propriétaire économique/ propriétaire juridique » a l'exclusivité vis-à-vis des tiers, mais chacun l'a également individuellement concernant un aspect précis dudit bien : celui objet de son droit.

Selon une autre conception, le caractère exclusif de la propriété signifie que « les avantages d'un bien sont réservés à une seule personne. Le propriétaire en a le monopole ; il est seul à pouvoir tirer profit du bien qui lui appartient en propre. [...] La propriété est mise en défense contre les entreprises de quiconque. Le propriétaire est le procureur de son domaine, le seul “représentant attitré” de la chose »¹⁰²³.

¹⁰¹⁹ Voir *supra*.

¹⁰²⁰ ZENATI, F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 541 suiv. ; ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 259 ; ZENATI, F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *op. cit.*, p. 305 s..

¹⁰²¹ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 315.

¹⁰²² Sans assimiler exclusivité et exclusion des tiers, un auteur indique que « “pouvoir complet sur la chose”, “exclusivité” et “exclusion des tiers” » sont les caractéristiques qui définissent la propriété, ensemble et de façon interdépendante, l'exclusivité étant la condition du pouvoir de jouissance, et l'exclusion des tiers étant la condition de l'exclusivité et du pouvoir de jouissance : DANOS, F., *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, p. 138 et 143 suiv..

¹⁰²³ ATIAS, C., *Droit civil, les biens*, *op. cit.*, p. 101.

Le propriétaire est seul maître de son bien, il peut l'exploiter sous toutes formes, ou s'opposer à ce que les tiers empiètent sur son droit *sans* qu'il soit nécessaire de se demander si cet empiètement lui cause un quelconque préjudice¹⁰²⁴.

Ainsi paré de son droit exclusif, le propriétaire peut, par l'action en revendication, s'opposer aux tiers qui prétendraient avoir des droits sur son bien et se prévaudrait du titre de propriétaire.

Il dispose également du recours pour excès de pouvoir¹⁰²⁵ - dans le cadre d'une expropriation pour cause d'utilité publique¹⁰²⁶ - contre le décret en Conseil d'état qui est requis pour la déclaration d'utilité publique.

Dans ce prolongement, il peut également exercer les actions en restitution lui permettent de retrouver la possession de son bien lorsque quelqu'un d'autre se l'est accaparé. Si la propriété n'est pas contestée, alors il s'agit d'une action en pure restitution : actions tendant à faire cesser l'usage d'autrui ou les voies de fait de l'administration sur les propriétés privées, ou encore les actions en demande de démolition formées par le propriétaire immobilier. Il existe également des actions en restitution qui passent par la reconnaissance préalable du droit de propriété ou droit réel du demandeur : c'est le cas des actions pétitoires, par opposition aux actions possessoires¹⁰²⁷.

L'exclusivisme du droit de propriété connaît cependant certaines atténuations, par exemple concernant les servitudes ou encore les pouvoirs de perquisition de l'autorité publique dans le cadre d'une enquête¹⁰²⁸.

¹⁰²⁴ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 150.

¹⁰²⁵ LOMBARD, M., DUMONT, G., & SIRINELLI, J. (2017). *Droit administratif*. Paris: Dalloz, p. 411 et p. 509 suiv. ; WEIL, P., & POUYAUD, D. (2017). *Le droit administratif*. Paris: PUF (Coll. Que sais-je ?), p. 73 suiv..

¹⁰²⁶ C. expr. art. L 1 « L'expropriation, en tout ou partie, d'immeubles ou de droits réels immobiliers ne peut être prononcée qu'à la condition qu'elle réponde à une utilité publique préalablement et formellement constatée à la suite d'une enquête et qu'il ait été procédé, contradictoirement, à la détermination des parcelles à exproprier ainsi qu'à la recherche des propriétaires, des titulaires de droits réels et des autres personnes intéressées. Elle donne lieu à une juste et préalable indemnité. »

C. expr. art. L 121-1 : « L'utilité publique est déclarée par l'autorité compétente de l'État.

Un décret en Conseil d'État détermine les catégories de travaux ou d'opérations qui ne peuvent, en raison de leur nature ou de leur importance, être déclarés d'utilité publique que par décret en Conseil d'État. »

(On notera à ce sujet qu'un Code entier est consacré à l'expropriation pour cause d'utilité publique).

¹⁰²⁷ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 317 suiv..

¹⁰²⁸ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 150.

Sous cette acception, la représentation de l'exclusivité dans le cadre d'un bien présentant deux propriétaires, l'un économique, et l'autre juridique, est plus difficile à cerner. L'idée de monopole renvoie en effet, de prime abord, à une personne unique : celle qui a l'apanage des possibilités de la chose.

Or justement, le propriétaire économique a bien l'exclusivité de ses prérogatives : dans le cas de la propriété économique passive, seul le propriétaire économique (qui a accepté) peut prétendre au bien au terme de la propriété économique, à l'exclusion de toute autre personne. Et le propriétaire juridique a également l'exclusivité des pouvoirs qu'il exerce : en effet, nul autre ne peut les exercer à sa place, et les pouvoirs dont il ne dispose pas sont tout bonnement perdus : il faut donc comprendre que si ce n'est pas le propriétaire juridique qui les exerce, personne ne les exerce, pas même le propriétaire économique.

Dans le cas de la propriété économique active, il en va de même concernant le propriétaire économique : lui seul peut exercer les pouvoirs qui lui sont dévolus, à l'exclusion de tout autre, et seul le propriétaire juridique a vocation, au terme de la propriété économique, au bien lui-même ou à sa valeur. La propriété de chacun est donc bien exclusive, même si elle porte sur un même bien, puisqu'elle porte sur des aspects différents de ce bien.

D'ailleurs, on ne considère pas que l'indivision ou la communauté conjugale portent atteinte à l'exclusivisme¹⁰²⁹, alors même qu'un autre a les mêmes droits sur la propriété de la même chose, ce qui est, avouons-le, la définition même de l'atteinte au monopole. *A fortiori*, il ne peut pas avoir atteinte à l'exclusivisme lorsque l'autre a des droits différents sur un aspect différent du bien.

Concernant la fiducie, M. Grimaldi parle de « deux exclusivités », celle du propriétaire juridique et celle du propriétaire économique : « 1) La propriété fiduciaire n'est pas la propriété ordinaire : elle ne confère ni l'avoir ni tous les pouvoirs, et ne dure qu'un temps. Ce qui l'en rapproche, c'est seulement (mais c'est déjà beaucoup) que, sur les pouvoirs ou la garantie qu'elle confère, elle assure *l'exclusivité* : elle met son titulaire hors concurrence. Elle apparaît donc comme une technique - mieux : comme une technique d'exclusion -, appliquée tantôt à la gestion des biens d'autrui, tantôt à une garantie prise sur le bien d'autrui. 2) Surtout, au cas de fiducie-gestion, elle provoque un éclatement, un dédoublement de la propriété, très comparable à celui que réalise le *trust*. Un même bien se trouve faire l'objet de *deux exclusivités* : une *exclusivité de gestion*, qui constitue la propriété du fiduciaire (la *legal*

¹⁰²⁹ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 152.

property du *trustee*) ; une *exclusivité économique*, qui constitue la propriété du fiduciaire ou du bénéficiaire de la fiducie (l'*equitable property* du *beneficiary*, qui peut être le *settlor*) ».

Nous pouvons extrapoler ce raisonnement à la propriété économique en général : en effet, de façon plus globale, soit le propriétaire juridique a l'exclusivité de gestion et le propriétaire économique a l'exclusivité économique (cas de la propriété économique passive), soit le propriétaire économique a l'exclusivité de gestion et le propriétaire juridique a l'exclusivité économique (cas de la propriété économique active). Dans les deux cas, ces exclusivités sont différentes, l'une ne faisant pas concurrence à l'autre, et ne portant pas atteinte à son monopole.

Si les caractères de la propriété économique sont l'absolutisme, l'exclusivité et la perpétuité, ses attributs relèvent du triptyque *usus, fructus* et *abusus*.

II Les attributs de la propriété économique : entre *usus, fructus* et *abusus*

Selon l'article 544 du Code civil « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». La propriété est classiquement définie par son contenu, par les prérogatives qu'elle confère à son titulaire, lesquelles sont couramment résumées par le non moins célèbre triptyque *usus, fructus, abusus*.¹⁰³⁰

Ainsi, le pouvoir d'un propriétaire sur son bien constitue un ensemble de prérogatives « qui lui permettent d'en tirer toutes les virtualités. Aucune n'est véritablement absolue ; chacune comporte des restrictions [...]. Les principales manifestations sont l'*abusus*, l'*usus* et le *fructus* »¹⁰³¹ (A). Qu'en est-il de la propriété économique active (B) et passive (C) à ce sujet ?

A Notions de jouissance et disposition

L'*usus* est le droit de se servir de la chose, de l'utiliser (*jus utendi*) pour son agrément. Ce droit s'accompagne de celui d'accomplir sur la chose les actes conservatoires. Négativement, il s'agit également du droit de ne pas utiliser¹⁰³².

¹⁰³⁰ FABRE-MAGNAN, M., Propriété, patrimoine et lien social, *op. cit.*, p. 583 s..

¹⁰³¹ ATIAS, C., *Droit civil, les biens, op. cit.*, p. 139.

¹⁰³² TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 133.

Ainsi, « l'*usus* (l'usage) désigne cette sorte de jouissance qui consiste à retirer personnellement - individuellement ou pour sa famille - l'utilité (ou le plaisir) que peut procurer par elle-même une chose [...] (habiter sa maison, porter ses bijoux, c'est en user) »¹⁰³³.

Le *fructus*, quant à lui, est le droit de recueillir les fruits¹⁰³⁴ de la chose (*jus fruendi*) ou de ne pas les recueillir. On distingue¹⁰³⁵ :

- Les fruits naturels, qui sont ceux que produit spontanément la terre¹⁰³⁶ sans le concours du travail de l'homme, comme les fourrages issus de prairies, les fruits des arbres non cultivés, les champignons¹⁰³⁷, mais également le croît des animaux¹⁰³⁸.

- Les fruits industriels, qui sont ceux que l'on obtient par la culture¹⁰³⁹ : il en va ainsi des récoltes des terres cultivées en céréales, vignes, fruits ou légumes. Peuvent être qualifiés de fruits industriels tous ceux qui résultent de la mise en valeur d'un bien quelconque par le travail de l'homme, comme un fonds de commerce par exemple : ainsi, dans le domaine des régimes matrimoniaux, si pendant le mariage, les revenus d'un fonds de commerce commun exploité par un époux sont qualifiés gains et salaires, cette qualification cesse après la dissolution du régime matrimonial où ils sont alors assimilés à des fruits d'un bien indivis¹⁰⁴⁰.

- Les fruits civils¹⁰⁴¹, qui consistent dans les revenus en argent, produits de façon périodique et dus par les tiers auxquels le propriétaire a concédé la jouissance de la chose, tels que les loyers des biens loués, les intérêts ou arrérages des sommes prêtées¹⁰⁴², ou encore les dividendes mis en distribution qui sont attachés à des parts sociales ou actions.

¹⁰³³ CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations, op. cit.*, p. 1641.

¹⁰³⁴ Par opposition aux *fruits*, les *produits* proviennent de la chose sans périodicité et en épuise la substance (par exemple les coupes de bois dans les forêts non aménagées).

¹⁰³⁵ DROSS, W. (2012). Propriété : droit d'accession sur ce qui est produit par la chose (fasc. unique). *JCL Civil Code, Art. 547 à 550*, n° 4.

¹⁰³⁶ C. civ. art. 583 al. 1.

¹⁰³⁷ Les truffes sont particulièrement concernées, compte tenu de leur valeur économique.

¹⁰³⁸ Augmentation d'un troupeau par les naissances.

¹⁰³⁹ C. civ. art. 583 al. 2.

¹⁰⁴⁰ DROSS, W., Propriété : droit d'accession sur ce qui est produit par la chose (fasc. unique), *op. cit.*, n° 4 ; V. également CAA. Caen, 11 mars 2010, n° 09/00624 qui détermine que l'activité de l'époux qui gère le fonds de commerce indivis durant l'indivision post-communautaire ne peut être assimilée à une dépense d'amélioration d'un bien indivis de sorte que la plus-value acquise par ce bien, constatée au jour du partage, est considérée comme fruits au sens de l'article 815-10 alinéa 2 du Code civil et accroît donc l'indivision, sous réserve de l'attribution à l'indivisaire gérant d'une rémunération en application de l'article 815-12 du Code civil.

¹⁰⁴¹ C. civ. art. 584.

¹⁰⁴² MERCIER, V. (31 juillet 2017). Usufruit, Prérogatives de l'usufruitier, Droit de l'usufruitier (usage et jouissance) (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 582 à 599*, n° 10.

Enfin, l'*abusus* est le droit de disposer de la chose (*jus abutendi*)¹⁰⁴³, soit par des actes juridiques, c'est-à-dire en aliénant la chose¹⁰⁴⁴, soit par des actes matériels, c'est-à-dire en consommant la chose¹⁰⁴⁵ ou en la détruisant¹⁰⁴⁶ : c'est donc à ce stade que se manifeste le pouvoir sur la substance de la chose, alors que les autres droits réels doivent toujours conserver la substance¹⁰⁴⁷.

Cependant, nombreuses sont aujourd'hui les restrictions au pouvoir de disposition, du fait notamment :

- Des droits de préemption : droit de préemption des communes sur les biens immobiliers¹⁰⁴⁸ et sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial¹⁰⁴⁹, droit de préemption applicable dans les zones d'aménagement différé (ZAD)¹⁰⁵⁰, droit de préemption des Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER)¹⁰⁵¹, droit de préemption des exploitants agricoles¹⁰⁵² et des commerçants/artisans¹⁰⁵³ respectivement sur les biens qu'ils prennent à bail, etc.¹⁰⁵⁴,

- Des clauses d'inaliénabilité, que l'on peut trouver tout aussi bien dans un acte à titre gratuit comme un testament ou une donation le plus souvent, que dans un acte à titre onéreux par exemple un apport à société. La clause est plus rare dans les actes de vente... mais pas techniquement impossible. « Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige »¹⁰⁵⁵. Dès lors qu'elle est limitée dans le temps et qu'elle est justifiée par un

¹⁰⁴³ CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations, op. cit.*, p. 1641.

¹⁰⁴⁴ Vendre, donner, apporter en société, etc..

¹⁰⁴⁵ C'est le cas concernant les biens consommables.

¹⁰⁴⁶ Eventuellement progressivement lorsque le propriétaire en tire des produits.

¹⁰⁴⁷ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 140.

¹⁰⁴⁸ Dit « droit de préemption urbain » (DPU).

¹⁰⁴⁹ C. urb. art. L 211-1 suiv..

¹⁰⁵⁰ C. urb. art. L 212-1 suiv..

¹⁰⁵¹ C. rur. art. L 143-1 suiv..

¹⁰⁵² C. rur. art. L 412-1 suiv..

¹⁰⁵³ C. com. art. L 145-46-1.

¹⁰⁵⁴ D'une façon générale, on notera que le champ d'application des droits de préemption immobiliers (DPU, ZAD, SAFER) ne cesse de s'étendre : V. en particulier Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (art. 113) qui élargit ces droits de préemption aux donations qui ne sont pas intrafamiliales, et encore, il y a une limitation du nombre de degrés à six en ligne collatérale.

¹⁰⁵⁵ C. civ. art. 900-1.

intérêt sérieux et légitime, une clause d'inaliénabilité peut être stipulée dans un acte à titre onéreux¹⁰⁵⁶.

- Ou des autorisations administratives auxquelles sont soumises certaines ventes¹⁰⁵⁷.

Ces quelques éléments succincts sur les notions d'*usus*, de *fructus* et d'*abusus* appellent de notre part les remarques suivantes :

En premier lieu, les deux premiers attributs (*usus* et *fructus*) relèvent de la jouissance. Ces deux formes de jouissance peuvent ne pas exister en même temps pour une même chose : par exemple, on peut donner à bail une maison au lieu de l'habiter¹⁰⁵⁸.

D'autre part, alors que certains limitent l'*usus* à la « chose non productive ou non exploitée »¹⁰⁵⁹ et considèrent que certains biens, au rang desquels les valeurs mobilières, ne sont, de par leur nature, pas susceptibles d'usage¹⁰⁶⁰ et que le choix du mode d'exploitation relève de l'*abusus*¹⁰⁶¹, d'autres auteurs conçoivent au contraire l'*usus* également comme le droit de se servir de la chose pour son « exploitation économique » par exemple « en cultivant un domaine »¹⁰⁶² (qui, par définition peut être productif), donc indépendamment des fruits qu'on peut en retirer.

Nous partageons ce second avis : pour nous, user d'un bien, c'est également en tirer ses potentialités économiques, y compris lorsque la chose est productive. En effet, la jouissance de la chose productive ne relève pas nécessairement du *fructus* puisqu'elle peut être productive de richesses sans nécessairement pouvoir les distribuer au propriétaire, même dans le futur. Ainsi, le propriétaire exerce son pouvoir d'usage quand il exploite et administre son entreprise (choix des fournisseurs, des techniques de vente, gestion salariale, etc.) alors même que l'entreprise ne serait pas rentable, et qu'elle ne produirait pas de fruits. Il en va de même lorsque le propriétaire détermine le profil d'investissement de son portefeuille de valeurs

¹⁰⁵⁶ V. Cass. civ. 1^{ère} 31 oct. 2007 n° 05-14.238.

¹⁰⁵⁷ Voir notamment Cons. const. 4 juill. 1989 n° 89-254 DC concernant la mise en place d'un contrôle administratif concernant la vente des actions des sociétés privatisées : « La loi, sans remettre en cause le droit de propriété, définit une limitation à certaines modalités de son exercice qui n'a pas un caractère de gravité tel que l'atteinte qui en résulte en dénature le sens et la portée et soit, par suite, contraire à la Constitution ».

¹⁰⁵⁸ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens*, op. cit., p. 140.

¹⁰⁵⁹ CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations*, op. cit., p. 1641.

¹⁰⁶⁰ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens*, op. cit., p. 140.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 140

¹⁰⁶² TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, op. cit., p. 133.

mobilières, voire même y réalise des arbitrages¹⁰⁶³, alors même que ces valeurs mobilières pourraient ne pas produire de revenus : l'avantage peut parfois résider dans la réalisation d'une plus-value réalisée lors de la revente, or si la revente en elle-même relève de l'*abusus*, les étapes antérieures constituent bel et bien un élément de l'*usus*.

B Jouissance et disposition dans le cadre de la propriété économique active

Dans le cadre de la propriété économique active, le propriétaire économique a incontestablement l'*usus*, mais pas toujours le *fructus* ni l'*abusus*.

L'*usus*, tel qu'entendu ci-dessus, est en effet l'essence même de la propriété économique active, en tant qu'exercice du pouvoir de gestion sur la chose, et ce, en vue de la production et de l'appropriation de richesses dans son propre intérêt ou dans l'intérêt du propriétaire juridique : ainsi, tantôt c'est le propriétaire économique qui a pleinement le *fructus* (c'est le cas de l'usufruitier du portefeuille de valeurs mobilières, du preneur dans le bail emphytéotique), tantôt c'est le propriétaire juridique qui l'a (la communauté concernant l'entreprise individuelle d'un époux ou le contrat d'assurance-vie souscrit par lui seul).

L'*abusus* du propriétaire économique peut également prendre diverses formes.

D'une part, il peut avoir l'*abusus* concernant l'intégralité du bien, y compris concernant les droits du propriétaire juridique :

- Soit seul et sans que ce dernier n'ait son mot à dire, c'est le cas par exemple du quasi-usufruitier, ou encore de l'époux marié sous le régime de la communauté concernant l'assurance-vie qu'il a souscrite,

- Soit assorti de limitations, par exemple l'obligation de conserver la substance du portefeuille de valeurs mobilières qui s'impose à l'usufruitier d'un tel actif,

¹⁰⁶³ A ce sujet, voir Cass. civ. 1^{ère} 12 nov. 1998 n° 96-18041 concernant l'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières : « si l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières, lesquelles ne sont pas consommables par le premier usage, est autorisé à gérer cette universalité en cédant des titres dans la mesure où ils sont remplacés, il n'en a pas moins la charge d'en conserver la substance et de le rendre, la circonstance que l'usufruitier ait été dispensé de donner caution étant indifférente ». Les arbitrages relèvent donc des actes d'administration, et non des actes de disposition, au moins dans une certaine mesure.

- Soit encore soumis à autorisation, comme en ce qui concerne la cession par un époux de l'entreprise, ou des parts sociales représentant une telle entreprise, dépendant de la communauté de biens.

D'autre part, le propriétaire économique peut également n'avoir l'*abusus* que de son droit, à l'exclusion de celui du propriétaire juridique, c'est le cas dans le cadre du bail à construction ou du bail emphytéotique par exemple.

Le propriétaire juridique n'a, quant à lui, toujours que l'*abusus* de son seul droit, ce qui est particulièrement marqué concernant les droits du preneur dans le bail à construction ou le bail emphytéotique, ou encore ceux du nu-propriétaire du portefeuille de valeurs mobilières.

C Jouissance et disposition dans le cadre de la propriété économique passive

On peut considérer que « ni la jouissance effective ni la possibilité actuelle de jouissance de la chose ne caractéris[ent] la propriété puisque l'une et l'autre peuvent être concédées à un autre propriétaire [...] sans que le droit de propriété ne disparaisse pour autant. Dès lors, c'est plus dans la potentialité de jouissance, dans l'expectative de jouissance future d'une chose, que résid[e] la nature de la propriété [...]»¹⁰⁶⁴.

Or, dans le cadre de la propriété économique passive, le propriétaire économique peut :

- Ne pas avoir l'*usus*, par exemple le bénéficiaire de la fiducie, ou encore l'appelé dans la libéralité graduelle,

- Ou ne l'avoir qu'à condition d'y avoir été autorisé : c'est le cas du constituant-bénéficiaire qui profite d'une convention de mise à disposition dans le cadre d'une fiducie-sûreté, ou de l'associé à qui le bien est mis à disposition par la société.

Quant aux fruits du bien, s'ils reviennent toujours au propriétaire juridique, le propriétaire économique peut néanmoins en bénéficier indirectement :

¹⁰⁶⁴ DANOS, F., *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., p. 6 : cependant, compte tenu du temps employé et des éléments de phrase que nous avons tronqués, notre propos a un sens différent du sien, ce dernier ne visant que la concession de droit réel ou personnel de jouissance au profit d'un autre propriétaire.

- Soit parce que le propriétaire juridique est tenu de les réinvestir dans la masse des biens soumis à propriété économique afin qu'ils profitent, *in fine*, audit propriétaire économique : c'est le cas du fiduciaire selon les stipulations du contrat de fiducie.

- Soit indirectement, par l'intermédiaire d'une distribution au profit du propriétaire économique, comme c'est le cas dans les sociétés *via* les distributions de dividendes au profit des associés, le propriétaire économique ne recevant pas alors directement les fruits du bien, mais les fruits de ses parts sociales ou actions, eux-mêmes issus économiquement des fruits du bien.

Enfin, le pouvoir de disposition appartient au propriétaire juridique, à l'exclusion du propriétaire économique. Cependant, ce dernier, s'il ne dispose pas directement de ce droit, peut avoir une influence :

- D'une part, il peut empêcher le propriétaire juridique, dans les faits, de pouvoir exercer son droit d'*abusus* : si le grevé peut potentiellement vendre le bien objet de la libéralité graduelle, il risque cependant de ne pas trouver de candidat qui accepte d'acquérir sous condition résolutoire, et si tant est que ce dernier puisse convaincre un prêteur de lui faire crédit.

- D'autre part, dans les sociétés, si la répartition statutaire, ou à défaut légale, des pouvoirs entre le dirigeant et la collectivité des associés, attribuée à cette dernière le pouvoir de décider, en assemblée générale, de l'aliénation d'un actif social, alors ce sont bien les propriétaires économiques qui prendront la décision, eu égard aux règles de *quorum* et de majorité alors applicables. Dans ce cas, ils disposent indirectement de l'*abusus* des biens de la société.

En conclusion, que l'on considère l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* comme des éléments constitutifs de la propriété ou comme de simples effets de la propriété, il est constant que leur perte n'altère pas la propriété mais seulement son exercice, et leur non-exercice est sans incidence sur la conservation du droit¹⁰⁶⁵. Ainsi, même si le propriétaire économique n'a pas ces trois éléments en même temps, qu'il s'agisse de propriété économique active ou de propriété économique passive, cette circonstance n'est pas, pour autant, incompatible avec la notion de propriété. Cependant, si la propriété économique est bien une propriété, elle est néanmoins une propriété particulière.

¹⁰⁶⁵ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 265.

Section 3 La propriété économique est une propriété particulière

La propriété économique est particulière à plusieurs égards : elle est un droit réel et personnel à la fois (I), et elle est une vocation (II). En outre, elle ne peut exister sans son corollaire : la propriété juridique (III).

I La propriété économique est un droit réel ET personnel

La propriété économique est-elle un droit réel ? Un droit personnel ? Et si elle était les deux à la fois... Cette affirmation peut surprendre, mais nous allons voir qu'elle se justifie pleinement (B). Pour cela il est d'abord nécessaire de rappeler la distinction qui existe entre les droits réels et personnels (A).

A Les termes d'un choix impossible

« La distinction du droit réel et du droit personnel forme l'arrête du patrimoine : le droit réel étant le droit qu'une personne a sur une chose (*jus in re*), son étude conduit aux choses, c'est-à-dire aux *biens* ; le droit personnel, étant le droit qu'une personne a à l'encontre d'une autre personne, fait apparaître la seconde comme obligée envers la première, et c'est tout le droit des *obligations* »¹⁰⁶⁶. Le droit personnel est également appelé droit de créance.

Nous verrons ainsi successivement les droits réels (1) et les droits personnels (2), avant d'expliquer l'intérêt de cette distinction (3).

1 Les droits réels

Le droit réel soumet une chose au pouvoir de son titulaire et porte directement sur elle, sans l'intervention de quiconque : il n'y a de relation qu'entre la chose et son titulaire¹⁰⁶⁷.

Cependant, le Code civil se contentant d'une simple allusion aux droits réels¹⁰⁶⁸, c'est la doctrine qui les a définis et qui en a classé les variétés¹⁰⁶⁹ :

¹⁰⁶⁶ CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations, op. cit.*, p. 1579.

¹⁰⁶⁷ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 108.

On distingue traditionnellement les droits réels principaux, qui portent directement sur la matérialité de la chose et qui se suffisent à eux-mêmes¹⁰⁷⁰ (la propriété, l'usufruit, le droit d'usage et d'habitation, la servitude, l'emphytéose, le droit de superficie, le droit du preneur dans le bail à construction), et les droits réels accessoires (de garantie), c'est-à-dire les accessoires d'une créance, qui lui sont adjoints pour en renforcer l'efficacité (l'hypothèque¹⁰⁷¹, le privilège immobilier spécial, l'antichrèse en ce qui concerne les biens immobiliers, ou encore le gage en ce qui concerne les biens mobiliers)¹⁰⁷². Les droits réels accessoires ne portent pas sur la chose elle-même, mais constituent un droit sur sa valeur, puisque conférant au créancier impayé le droit de se payer sur le bien grevé, par préférence à tout autre créancier, et même si le débiteur a aliéné ladite chose¹⁰⁷³.

Cependant, cette distinction entre droits réels principaux et droits réels accessoires a été mise à mal par « les transformations contemporaines des sûretés réelles et notamment par la réserve de propriété. Lorsque la propriété devient une sûreté, elle ne confère plus à son titulaire un pouvoir sur la chose, l'*abusus*, l'*usus* et le *fructus*, mais seulement une garantie. Elle cesse d'être un droit réel principal pour devenir un droit réel accessoire ».¹⁰⁷⁴

On peut également noter que, un (long) temps, s'est posée la question de savoir si la liste légale des droits réels¹⁰⁷⁵ était limitative : concrètement, est-il possible pour les opérateurs économiques de créer, en particulier par contrat, des droits réels non prévus par la loi ?

Après avoir répondu par l'affirmative sous l'empire de l'Ancien droit (arrêt dit « Caquelard »)¹⁰⁷⁶, puis avoir reconnu, dans l'ordre juridique actuel, l'existence de droits réels *sui generis*¹⁰⁷⁷, la Cour de cassation a fini par exprimer clairement sa position quant à une

¹⁰⁶⁸ C. civ. art. 543 : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. »

¹⁰⁶⁹ CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations, op. cit.*, p. 1579.

¹⁰⁷⁰ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁷¹ En réalité, seule l'hypothèque est expressément qualifiée de droit réel dans le Code civil : C. civ. art. 2393 : « L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation.

Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles.

Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent. »

¹⁰⁷² CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations, op. cit.*, p. 1580.

¹⁰⁷³ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 109.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 109.

¹⁰⁷⁵ Cf. C. civ. art. 543 déjà cité *supra*.

¹⁰⁷⁶ Voir en particulier Cass. req. 16 fév. 1834 arrêt « Caquelard » : CAPITANT, H., TERRE, F., & LEQUETTE, Y. (2007). *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1* (éd. 12). Paris: Dalloz, p. 421.

¹⁰⁷⁷ Cass. civ. 3^{ème} 6 mars 1991 n° 89-17786 (retenant la qualification de « droit de superficie » pour un droit d'usage sur une parcelle de terrain consenti sans limitation de durée à une commune) ; Cass. civ. 3^{ème} 4 mars

absence de *numerus clausus* des droits réels¹⁰⁷⁸ : en effet, en 2012, dans un arrêt dit « Maison de la Poésie »¹⁰⁷⁹, la Cour admet que « la personne morale qui, dans la construction édifiée sur le fonds qu'elle vend, se réserve la jouissance ou l'occupation d'un certain espace pour toute la durée de son existence, est titulaire d'un "droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien" ». En reconnaissant un droit qui n'entre pas dans une catégorie nommée de droits réels principaux, la Cour de cassation rappelle, deux siècles après l'arrêt Caquelard, l'autonomie de la volonté dans les décompositions dont la propriété est susceptible. On pense à un démembrement *sui generis*, mais il s'agit plutôt de propriété partiaire, dont le Code civil reconnaît une manifestation particulière avec le droit de superficie. En tout cas il n'y a pas de *numerus clausus* des droits réels ». ¹⁰⁸⁰

Par la suite, en 2015¹⁰⁸¹, et concernant le droit d'usage sur un transformateur de distribution électrique, la Cour précise que le droit réel de jouissance spéciale, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619 (« L'usufruit qui n'est accordé à des particuliers ne dure que trente ans ») et 625 (« Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit ») du Code civil¹⁰⁸².

L'année suivante, dans l'arrêt dit « Maison de la Poésie 2 »¹⁰⁸³, suite à l'arrêt éponyme de 2012, la Cour statue « sur la durée du droit réel de jouissance spéciale en considérant que la durée de vie d'une personne morale, quelle qu'elle soit, ne confine jamais à la perpétuité »¹⁰⁸⁴. Ainsi « Un droit de jouissance donné à une personne morale pour la durée de sa vie ne peut être considéré comme illimité et n'obéit donc pas aux règles de l'usufruit quant à sa durée. Toute autre position de la Cour de cassation l'aurait conduite à revenir sur la

1992 n° 90-13145 (admettant l'existence d'un droit de jouissance exclusif et perpétuel sur une partie commune d'un immeuble en copropriété) ; Cass. civ. 3^{ème} 2 déc. 2009 n° 08-20310 (affirmant que « si le seul droit de jouissance exclusif sur un ou plusieurs emplacements de stationnement ne conférait pas la qualité de copropriétaire, son titulaire bénéficiait néanmoins d'un droit réel et perpétuel ») ; Cass. civ. 3^{ème} 23 mai 2012 n° 11-13202 (énonçant le caractère perpétuel et imprescriptible du « droit de crû et à croître » (droit permettant d'exploiter une certaine quantité de bois sur une parcelle forestière appartenant à un tiers).

¹⁰⁷⁸ Voir MORTIER, R. (2014). Propriété - Quelles nouvelles libertés suite à la consécration jurisprudentielle des droits réels conventionnels de jouissance ? *JCP N 2014* (n° 38)

¹⁰⁷⁹ Cass. civ. 3^{ème} 31 oct. 2012 n° 11-16304 arrêt dit « Maison de la Poésie ».

¹⁰⁸⁰ TESTU, F.-X. (2012). Propriété - L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux. *JCP G 2012* (n° 52).

¹⁰⁸¹ Cass. civ. 3^{ème} 28 janv. 2015 n° 14-10013.

¹⁰⁸² JULIENNE, M., & DUBARRY, J. (2015). Propriété - Précisions sur le droit de jouissance spéciale. *JCP N 2015* (n° 8-9).

¹⁰⁸³ Cass. civ. 1^{ère} 8 sept. 2016 n° 14-26953 arrêt dit « Maison de la Poésie 2 ».

¹⁰⁸⁴ PERINET-MARQUET, H. (2004). Biens, Droit des biens. *JCP G 2004* (n° 43).

solution qu'elle avait donnée en 2012 et à considérer que la Maison de Poésie devait quitter les lieux qu'elle occupait, ce qui était difficilement imaginable »¹⁰⁸⁵.

Plus récemment¹⁰⁸⁶, la Cour s'est à nouveau prononcée sur la durée du droit réel. Une société, propriétaire d'un lot de copropriété à usage de piscine, s'était vue demander par le syndicat des copropriétaires l'application d'un additif au règlement de copropriété daté du 20 août 1970 par lequel le précédent propriétaire de ce lot s'était engagé à assumer les frais de fonctionnement de la piscine et à autoriser son accès gratuit aux copropriétaires. La société demande alors qu'il soit jugé que la convention est expirée depuis le 20 août 2000 comme ayant été conclue il y a plus de trente ans (sur ce délai, voir *supra*), au motif que « les engagements perpétuels sont prohibés, le caractère perpétuel s'appréciant *in concreto*, en la personne du débiteur de l'engagement ; que si le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit ne peut être perpétuel et s'éteint, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du Code civil ; qu'en retenant que les droits et obligations contenues dans la convention du 20 août 1970 n'étaient pas perpétuels, tout en constatant que ceux-ci s'exerceront tant que les copropriétaires n'auront pas modifié le règlement de copropriété et que l'immeuble demeurera soumis au statut de la copropriété, ce dont il résultait que ces droits et obligations avaient une durée indéterminée et présentaient donc, pour le propriétaire des lots grevés desdites obligations, un caractère perpétuel, la cour d'appel a violé l'article 1210 du Code civil, ensemble les articles 619 et 625 du Code civil ».

Ainsi, « fondé sur la jurisprudence récente de la Cour de cassation, l'argument avait, à première vue, toutes les chances de prospérer.

Il n'en est rien, puisque par cette décision, dont l'importance mérite d'être soulignée par la large diffusion à laquelle elle est promise, la Cour de cassation ne répond pas à la question de savoir si, faute d'avoir été limité dans le temps, le droit ainsi constitué devait, du fait de son caractère prétendument perpétuel, voir sa durée plafonnée à trente ans. Elle recadre d'abord le débat par une substitution de motifs soulevée d'office dans les conditions de l'article 1015 du Code de procédure civile, en énonçant le principe selon lequel est précisément perpétuel un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un lot dès lors qu'il est attaché au lot qui en bénéficie. La Haute juridiction tire ensuite les conséquences de ce principe en soulignant, comme l'ont fait les juges du fond, que c'est par

¹⁰⁸⁵ PERINET-MARQUET, H., Biens, Droit des biens, *op. cit.*

¹⁰⁸⁶ Cass. civ. 3^{ème} 7 juin 2018 n° 17-17240 arrêt dit « Société l'Aigle blanc ».

leur volonté d'instituer ce droit réel *sui generis* au sein même du règlement de copropriété, que les parties ont entendu l'attacher à leur lot et lui conférer incidemment un caractère perpétuel »¹⁰⁸⁷.

2 Les droits personnels

Alors que le droit réel ne comporte que deux composantes, à savoir la personne sujet actif du droit, et la chose objet du droit, le droit personnel ou droit de créance en comporte trois : le créancier sujet actif du droit, le débiteur sujet passif, et la prestation objet du droit. C'est en effet le droit qu'a une personne, le créancier, d'exiger d'une autre, le débiteur, une certaine prestation¹⁰⁸⁸.

La liste des droits personnels n'est pas limitée : les parties, en vertu du principe de liberté contractuelle, peuvent prévoir à la charge du débiteur toutes espèces de prestations, tant qu'elles sont licites¹⁰⁸⁹ : c'est le cas dans le bail.

Techniquement, les obligations se répartissent en trois catégories¹⁰⁹⁰ :

- L'obligation de donner, par laquelle le débiteur s'engage à transférer au créancier un droit réel, en particulier la propriété d'une chose lui appartenant ;
- L'obligation de faire, par laquelle le débiteur s'engage à réaliser une prestation impliquant sa personne même. On parle aujourd'hui de *services* ;
- L'obligation de ne pas faire, par laquelle le débiteur s'engage à s'abstenir.

3 Les intérêts et limites de la distinction

La distinction entre les droits réels et les droits personnels a une portée non seulement économique, mais également pratique¹⁰⁹¹ :

¹⁰⁸⁷ STREIFF, V. (2018). Droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot : caractère perpétuel. *Actualités LexisNexis*, 14 juin 2018.

¹⁰⁸⁸ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, op. cit., p. 61.

¹⁰⁸⁹ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens*, op. cit., p. 113.

¹⁰⁹⁰ BENABENT, A. (2016). *Droit des obligations* (éd. 15). Issy-les-Moulineaux: LGDJ, p. 18 : jusqu'à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, les anciens articles 1136 à 1145 du Code civil, non repris par le nouveau texte, opposaient les obligations de donner aux obligations de faire ou de ne pas faire. Désormais, c'est la tradition qui dicte cette classification.

¹⁰⁹¹ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens*, op. cit., p. 107 et 110.

Économiquement, les droits réels, en tout cas principaux, permettent à leur titulaire de retirer directement de la chose l'utilité qu'elle peut procurer, sans avoir à recourir à autrui, alors que, au contraire, les droits personnels impliquent l'intervention d'une personne, le débiteur. Ensuite, les droits réels échappent au risque d'insolvabilité *via* un droit de préférence¹⁰⁹² ou un droit de suite¹⁰⁹³, alors que les droits personnels reposent sur l'exécution par le débiteur de son obligation, ce qui présente toujours un risque de défaillance. Enfin, les droits réels ne sont pas affectés par l'érosion monétaire, contrairement aux droits personnels lorsque la prestation due ne comporte pas de système d'indexation.

Cette distinction des droits réels et des droits personnels a également des intérêts pratiques : le droit réel est opposable *erga omnes* (à l'égard de tous)¹⁰⁹⁴, contrairement au droit personnel qui n'a d'effet qu'*inter partes* (entre les parties)¹⁰⁹⁵. En outre, il peut être perpétuel, alors que le droit personnel ne peut être que temporaire. Par ailleurs, les actions réelles immobilières sont portées devant la juridiction dans le ressort de laquelle se situe l'immeuble en question¹⁰⁹⁶, alors que les actions personnelles le sont devant la juridiction de laquelle dépend le domicile du défendeur¹⁰⁹⁷.

La propriété économique devrait donc naturellement trouver sa place dans l'une ou l'autre de ces deux catégories que sont les droits réels d'une part, ou les droits personnels d'autre part. Cependant, force est de constater que la distinction n'est pas si nette qu'il n'y paraît, et qu'il n'est pas si aisé de qualifier la propriété économique.

¹⁰⁹² Droit pour son titulaire d'être payé par priorité aux autres créanciers, sur la totalité de la valeur du bien : SIMLER, P., & DELEBECQUE, P. (2012). *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière* (éd. 6). Paris: Dalloz, p. 458 concernant l'hypothèque.

¹⁰⁹³ Droit pour son titulaire de suivre le bien en quelques mains qu'il passe, c'est-à-dire de saisir le bien même s'il est désormais entre les mains d'un autre que le débiteur (hypothèse d'un tiers détenteur), afin d'exercer son droit de préférence sur le prix de la vente forcée dudit bien : SIMLER, P., & DELEBECQUE, P., *op. cit.*, p. 479 concernant l'hypothèque.

¹⁰⁹⁴ Mais parfois à condition d'être publié, ce qui limite de façon certaine son absolutisme : TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 62 ; voir également SIMLER, P., & DELEBECQUE, P., *op. cit.*, p. 743 suiv..

¹⁰⁹⁵ Mais « uniquement du point de vue de son effet obligataire ; abstraction faite de cet effet, le droit personnel est en lui-même opposable aux tiers en tant que fait » (TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 62), ce qui limite son caractère relatif.

¹⁰⁹⁶ CPC. art. 44.

¹⁰⁹⁷ CPC. art. 42, al. 1.

B Le refus d'un choix impossible

L'existence de la propriété économique ayant été, selon nous, redécouverte dans le cadre de la fiducie¹⁰⁹⁸, nous commencerons notre analyse par cette matière.

Aussi, nous verrons que certains voient dans la fiducie exclusivement un droit personnel (1), alors que d'autres n'y voient qu'un droit réel (2).

Quant à nous, nous y distinguons un subtil amalgame des deux (3). La propriété économique présente en effet un caractère réel *et* un caractère personnel : il s'agit en réalité des deux faces d'une seule et même pièce.

1 Le caractère personnel de la propriété économique

Plusieurs auteurs sont d'avis que les droits du bénéficiaire de la fiducie sont de nature personnelle. Pour certains, la raison en est qu'il n'a pas de droit réel, et d'en conclure que ses droits sont donc nécessairement personnels.

Ainsi, pour M. Witz, « la nature juridique des obligations pesant sur le fiduciaire ne saurait faire de doute [...] : il ne peut s'agir que d'obligations personnelles et non d'obligations *propter rem* »¹⁰⁹⁹. En effet, pour ce dernier, les obligations *propter rem* ne sont « à la charge du débiteur qu'en tant que celui-ci est titulaire d'un droit réel » : il peut donc s'en décharger en abandonnant le bien, et elles se transmettent à ses ayants-cause à titre particulier. Nous avons déjà vu que nous excluons aussi cette qualification concernant la situation du fiduciaire¹¹⁰⁰, et donc, concernant les droits du bénéficiaire, la qualification de propriété sur laquelle porterait une telle charge.

Or pour M. Witz, la conséquence immédiate en est que les obligations du fiduciaire sont nécessairement personnelles¹¹⁰¹.

Il analyse également les droits du constituant et du bénéficiaire, et assure que « tant le fiduciaire que le tiers bénéficiaire ne sont titulaires que de droits personnels »¹¹⁰² : en effet, « le fiduciaire devient personnellement bénéficiaire des obligations que le fiduciaire a accepté

¹⁰⁹⁸ Voir *supra*.

¹⁰⁹⁹ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français*, op. cit., p. 272.

¹¹⁰⁰ Voir *supra*.

¹¹⁰¹ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français*, op. cit., p. 272.

¹¹⁰² *Ibid.*, p. 273.

d'endosser en contrepartie du transfert de propriété effectué à son profit »¹¹⁰³. Quant au bénéficiaire, il profite d'une stipulation pour autrui, et par le seul effet de la stipulation, « il acquiert un droit direct de créance contre le promettant »¹¹⁰⁴. Ainsi, « les droits du fiduciaire et du tiers-bénéficiaire constituent des droits de créance et non des droits réels », d'une part, parce que ces droits ne correspondent à aucun démembrement de la propriété prévu par le Code civil (ce en quoi nous rejoignons tout à fait M. Witz), et d'autre part, parce que les droits du fiduciaire et du bénéficiaire ne peuvent être qualifiés de droits réels *sui generis* dans la mesure où l'ensemble des prérogatives juridiques de la propriété repose sur la seule tête du fiduciaire¹¹⁰⁵ (nous sommes moins catégoriques sur ce point).

Mme de Lajarte affirme, quant à elle, que la propriété fiduciaire n'est pas la propriété ordinaire, mais « elle ne confère pas moins [au fiduciaire qu'] un pouvoir exclusif sur les biens fiduciaires. [...] En raison de cette exclusivité, le bénéficiaire ne saurait prétendre à un quelconque droit réel sur les biens mis en fiducie pendant la durée du contrat »¹¹⁰⁶. Elle fonde également sa position d'absence de droit réel sur le régime des fruits générés par les biens fiduciaires¹¹⁰⁷ : « la clause octroyant au bénéficiaire le droit de percevoir les fruits des biens fiduciaires pendant la durée du contrat ne lui confère aucun droit réel et ne fait qu'affecter l'exigibilité de l'obligation de donner du fiduciaire concernant les fruits des biens fiduciaires »¹¹⁰⁸.

La position de M. Barrière est similaire en ce sens qu'il affirme également la nature personnelle des droits du bénéficiaire¹¹⁰⁹ : pour lui, « le droit du bénéficiaire d'une fiducie demeure un droit personnel. Cependant, ce droit de créance est relatif à l'usage d'une chose et peut être qualifié de *jus ad rem* »¹¹¹⁰, c'est-à-dire « le droit à la remise d'une chose »¹¹¹¹, qui « doit effectivement s'insérer dans la catégorie des droits de créance et non pas des droits réels : il ne donne pas un droit sur la chose et n'est pas caractérisé par un droit de suite et un droit de préférence, les deux attributs du droit réel »¹¹¹².

¹¹⁰³ *Ibid.*, p. 273.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 275.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 276.

¹¹⁰⁶ DE LAJARTE, C., *op. cit.*.

¹¹⁰⁷ Voir nos développements *supra*.

¹¹⁰⁸ DE LAJARTE, C., *op. cit.*.

¹¹⁰⁹ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.* p. 482 suiv..

¹¹¹⁰ *Ibid.*, p. 485.

¹¹¹¹ *Ibid.*, p. 484.

¹¹¹² *Ibid.*, p. 484.

Pour M. Kaczmareck, « en raison de la nature de l'institution, [le fiduciaire] est lié par une obligation principale, qui consiste à réaliser l'objet de la fiducie, assortie d'obligations de diligence et de loyauté. En effet, la fiducie française, en dépit du double transfert de propriété qu'elle institue, apparaît comme une institution de source personnelle, étrangère aux obligations réelles résultant d'un démembrement de propriété »¹¹¹³.

Concernant le constituant, il considère que « les droits dont profite [ce dernier] sont des droits personnels et non réels. En effet, la propriété étant transférée d'un point de vue juridique, il ne jouit plus que des utilités expressément conservées au titre du contrat. Il peut seulement exercer son contrôle par lui-même ou par un représentant, mettre en œuvre les prérogatives qui lui sont attribuées et contraindre le fiduciaire à respecter l'affectation convenue, éventuellement en recourant au juge au moyen d'actions. Ainsi, le constituant peut-il mettre en jeu la responsabilité du fiduciaire pour faute de gestion et le faire dessaisir pour manquement à ses devoirs ou mise en péril des intérêts confiés, ainsi qu'en cas de procédure collective contre lui »¹¹¹⁴.

Quant au bénéficiaire, « il ne dispose que d'une vocation future à la propriété pleine et entière des biens affectés, conditionnée à son acceptation. Elle s'analyse en un droit personnel ou de créance, non échu avant le second transfert »¹¹¹⁵.

Enfin, pour Mme Dumont-Lefrand, concernant la fiducie, « l'institution semble [...] fonctionner comme une stipulation pour autrui : le bénéficiaire acquiert un droit de créance contre le fiduciaire par la seule volonté du constituant, mais celui-ci ne devient irrévocable que par son acceptation »¹¹¹⁶.

Un droit de nature personnelle étant déterminé quant à la qualification du droit du bénéficiaire dans l'opération de fiducie, il reste à savoir si ce droit de créance constitue, traditionnellement¹¹¹⁷, une obligation de donner ou de faire :

Pour certains, le bénéficiaire est créancier d'une obligation de donner de la part du fiduciaire (et non d'une obligation de faire) puisque « l'obligation de donner trouve toute sa

¹¹¹³ KACZMARECK, L., *op. cit.*

¹¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹¹⁶ DUMONT-LEFRAND, M.-P. (2008). Le dénouement de l'opération de fiducie. *Dr. et patrimoine* 2008 (n° 171).

¹¹¹⁷ Voir *supra* nos remarques concernant l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.

raison d'être lorsque le transfert de propriété constitue l'objet même de l'obligation du débiteur. Or, tel est le cas du fiduciaire qui, en raison du caractère temporaire de sa propriété, a l'obligation de rétrocéder au bénéficiaire la propriété qui lui a été transmise »¹¹¹⁸.

Pour d'autres en revanche, le bénéficiaire est créancier d'une obligation de faire de la part du fiduciaire (et non d'une obligation de donner) puisque le transfert de propriété du fiduciaire au tiers bénéficiaire s'opère de plein droit¹¹¹⁹, automatiquement, sous réserve de son acceptation préalable, bien entendu.

D'autre encore, dont nous partageons l'avis, estiment que le transfert de propriété s'opère différemment selon la mission confiée au fiduciaire : si la fiducie est conclue à titre de gestion ou de sûreté, alors le transfert au bénéficiaire a lieu de plein droit comme un effet du contrat (ce qui traduit une obligation de faire), mais lorsque la fiducie est conclue à fin de transmission à titre onéreux, alors la transmission dépend nécessairement d'une initiative du fiduciaire (ce qui traduit une obligation de donner)¹¹²⁰.

Ainsi, en ce qui nous concerne, les droits du propriétaire économique s'analysent effectivement en un droit de nature personnelle.

Mais nous ne partageons pas les avis qui déduisent *seulement* d'une absence de droit réel la nature personnelle des droits du bénéficiaire. Nous pensons que le propriétaire économique dispose d'un droit personnel compte tenu des caractéristiques propres aux droits personnels, et en particulier le lien spécifique qui lie le propriétaire économique au propriétaire juridique compte tenu des obligations de ce dernier, de faire ou de donner selon le cas.

Cependant, nous pensons que le bénéficiaire a également un droit réel.

¹¹¹⁸ DE LAJARTE, C., *op. cit.* ; WITZ, C., *La fiducie en droit privé français, op. cit.* p. 293 ; WITZ, C., *Réflexions sur la fiducie-sûreté, op. cit.*

¹¹¹⁹ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, p. 466 ; BARRIERE, F., *La fiducie, op. cit.* ; PUIG, P., *La fiducie et les contrats nommés, op. cit.* ; DUMONT-LEFRAND, M.-P., *op. cit.* ; FABRE-MAGNAN, M. (1996). Le mythe de l'obligation de donner. *RTD civ.* 1996, p. 8 ; SIMLER, P. (2017). *Contrat, Effets du contrat, Effet translatif (fasc. unique). JCL Civil Code, Art. 1196 à 1198, n° 25 ;*

¹¹²⁰ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 447-448.

2 Le caractère réel de la propriété économique

Concernant la fiducie, certains ont développé l'idée selon laquelle les droits du bénéficiaire relèvent de la catégorie des droits réels¹¹²¹.

En effet, si l'on fait un parallèle concernant le *trust*, ce dernier permet, dans certaines circonstances, au *cestui que trust* de récupérer le bien aliéné par le *trustee* entre les mains d'un tiers acquéreur de mauvaise foi, ou d'en saisir le produit de cession, sans avoir à subir la concurrence des tiers : il s'agit du *tracing*¹¹²². Si l'action paulienne est le mécanisme de droit civil qui lui ressemble le plus par ses effets, on peut néanmoins affirmer que le droit de suite s'en rapproche également¹¹²³, droit qui permet au titulaire d'un droit réel de suivre en quelques mains qu'elle passe la chose qui lui appartient ou qui est grevée en sa faveur.

Or un tel droit de suite est reconnu au bénéficiaire d'un contrat de fiducie en cas d'aliénation irrégulière d'un bien fiduciaire. En effet, d'après M. Grimaldi¹¹²⁴, le bénéficiaire est titulaire d'un droit réel « dans la mesure où la loi l'autorise à revendiquer, le moment venu, les biens entre les mains des tiers acquéreurs de mauvaise foi, lui conférant ainsi un droit de suite, qui est la marque du droit réel. C'est le *trust*, et non la *fiducia* romaine, qui a inspiré le législateur »¹¹²⁵.

Il base son analyse sur l'article 2068 de l'avant-projet de loi de l'époque¹¹²⁶ qui prévoyait alors que « dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur les biens objet du contrat, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation des pouvoirs du fiduciaire ».

Or, l'actuel article 2023 du Code civil, issu de la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie, reprend quasiment mot pour mot les termes de l'article 2068 de l'avant-projet de loi de 1991 : « Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs. », ce qui nous permet de dire que les arguments de M. Grimaldi sont encore tout à fait d'actualité.

¹¹²¹ GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.*.

¹¹²² BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 488.

¹¹²³ DE LAJARTE, C., *op. cit.*.

¹¹²⁴ GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.*.

¹¹²⁵ M. Grimaldi précisant que « Le *trust* confère comme un droit de suite ; la *fiducia* ne le conférait pas » : GRIMALDI, M. (1991). La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre. *Deffrénois 1991* (n° 17 et 18).

¹¹²⁶ Voir *supra* nos développements sur la genèse de l'adoption de la loi instituant la fiducie (1991).

Ainsi, M. Grimaldi a « déduit l'existence du droit de suite du bénéficiaire - et, partant, l'existence d'un droit réel à son profit - de ce que l'acte conclu par le fiduciaire au mépris des stipulations du contrat de fiducie avec un cocontractant de mauvaise foi ne saurait produire effet [...] et que cette absence d'effet autoris[e] le bénéficiaire à revendiquer, le moment venu, le bien aliéné irrégulièrement par le fiduciaire »¹¹²⁷.

Après l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, d'autres auteurs ont également admis que le bénéficiaire est titulaire d'un droit réel pendant la durée du contrat de fiducie : M. Prigent estime que, « par emprunt au régime de la stipulation pour autrui, l'article 2028, alinéa 2, du Code civil, prévoit que “après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice”. Il paraît alors raisonnable de considérer que le bénéficiaire acceptant soit titulaire d'un droit réel sur les biens mis en fiducie »¹¹²⁸.

Une précision doit être apportée ici : si le bénéficiaire a bien un droit réel, il n'a pas pour autant un droit réel sur la chose d'autrui (celle du fiduciaire)¹¹²⁹ : « La fiducie ne démembrer pas la propriété »¹¹³⁰. En effet, le bénéficiaire a une propriété économique, laquelle constitue un droit réel en tant que tel. La nuance est importante, puisqu'il n'a pas un droit sur une chose qui appartiendrait à quelqu'un d'autre : il est lui-même propriétaire de la chose, mais son droit porte sur un aspect différent de ladite chose par rapport au propriétaire juridique.

Le bénéficiaire n'est pas non plus titulaire de la propriété entière, sur laquelle porterait un droit réel du fiduciaire :

La confusion sur cette possibilité a, en effet, pu naître à l'occasion de commentaires de la décision du 14 octobre 2009 du Conseil constitutionnel¹¹³¹ que nous avons étudié *supra*, qui avait été rendue dans le contexte particulier de la recherche de dispositifs permettant

¹¹²⁷ DE LAJARTE, C., *op. cit.*, réfutant néanmoins cette position.

M. Barrière est également d'avis que le droit du bénéficiaire n'est pas un droit réel dans la mesure où, selon lui, le fait que l'acte conclu avec le tiers de mauvaise foi ne reçoit pas application trouve son origine dans une « manifestation d'inopposabilité » et non dans un droit réel : BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 483.

¹¹²⁸ PRIGENT, S. (2007). Premiers pas en fiducie dans le Code civil ; étude de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. *AJDI* 2007, p. 280.

¹¹²⁹ Voir *supra*.

¹¹³⁰ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 273.

¹¹³¹ Décision 2009-589 DC du 14 octobre 2009 ; non-conformité partielle.

l'émission de *sukuk* (issus de la finance islamique) sur le fondement du droit français, en particulier à travers la fiducie.

Il avait, en effet, été proposé de compléter l'article 2011 du Code civil par la disposition suivante : « Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire au profit du ou des bénéficiaires », *créant* ainsi dans l'ordre juridique selon certains¹¹³², une propriété économique : « Si l'on se réfère aux travaux des commissions des finances du Sénat et de l'Assemblée nationale (V. notamment le rapport n° 442 fait au nom de la commission des finances du Sénat par le sénateur Marini, p. 83), l'objectif poursuivi était, en fait, de dissocier la propriété en deux parties : une propriété qualifiée de “juridique” dévolue au fiduciaire, laquelle aurait été une propriété intrinsèquement limitée afin de respecter les dispositions du contrat de fiducie et une propriété qualifiée d’ “économique”, dévolue au bénéficiaire de la fiducie, laquelle, toutefois, n'était pas seulement économique puisque le bénéficiaire se voyait reconnaître un droit réel sur le bien. En somme, une superposition de deux droits de propriété et non un simple démembrement »¹¹³³.

L'analyse qui est donnée ici est tout à fait exacte : « une superposition de deux droits de propriété et *non un simple démembrement* » : telle est bien la volonté du législateur.

Pourtant, faisant fi de cette analyse, ces auteurs poursuivent en indiquant que « mais alors, si le nouvel article 2011 du Code civil ne pouvait faire naître deux formes différentes de propriété, on était nécessairement conduit à se demander qui, du fiduciaire, titulaire d'une propriété qui n'en était pas une, et du bénéficiaire, titulaire d'un droit réel sur les biens donnés en fiducie, était le véritable propriétaire des biens donnés en fiducie ? »¹¹³⁴.

Ils poursuivent leur raisonnement en indiquant que « la réponse à cette question est donnée par la jurisprudence : lorsque les attributs de la propriété sont *démembrés* et exercés par deux sujets de droit différents, le propriétaire est toujours celui des deux qui a vocation à recouvrer *in fine*, c'est-à-dire lorsque le démembrement cesse, une plénitude de prérogatives sur le bien. Ainsi, et la Cour de cassation a récemment fait application de ce principe [...], lorsqu'un usufruit est constitué, le nu-propriétaire est le seul véritable propriétaire. Peu importe que, temporairement, il n'ait aucun pouvoir sur le bien. Il n'en est pas moins propriétaire car lui seul a vocation, à la fin de l'usufruit, à recouvrer la plénitude des

¹¹³² Nous avons déjà vu que, en ce qui nous concerne, le bénéficiaire dispose déjà de la propriété économique, et que cette proposition d'ajout à l'article 2011 du Code civil n'était qu'une confirmation de cette position, en vue de plus de clarté pour les opérateurs économiques. Il ne s'agissait donc pas, selon nous, de « créer » la propriété économique, mais de la confirmer (voir *supra*).

¹¹³³ CROCQ, P., & AYNES, L., *op. cit.*, p. 2559 s..

¹¹³⁴ *Ibid.*, p. 2559 s..

prérogatives sur le bien. Qu'en était-il, alors, dans le cas de la fiducie ainsi réformée ? Contrairement à ce qu'affirmait l'article 2011 du Code civil, le fiduciaire ne pouvait pas être qualifié de propriétaire car, dénué de la plénitude de prérogatives sur le bien pendant la durée de la fiducie, il ne la recouvrait pas à la fin de la fiducie, l'objet de la fiducie devant être transféré au bénéficiaire. En revanche, le bénéficiaire, lui, pouvait être qualifié de propriétaire puisque, titulaire d'un droit réel sur le bien pendant la durée de la fiducie, il avait vocation, à la fin de la fiducie, comme un nu-propriétaire, à recouvrer la plénitude des prérogatives sur ce bien. On aboutissait donc, finalement, à ce que *le bénéficiaire de la fiducie soit le véritable propriétaire des biens, sa propriété étant grevée par un droit réel sur la chose d'autrui conféré au fiduciaire, droit que le législateur qualifiait abusivement de "propriété fiduciaire"* »¹¹³⁵ : les auteurs indiquent ensuite les raisons pour lesquelles ce résultat aurait été critiquable s'il n'y avait eu la décision du Conseil constitutionnel, n'est pas mais tel n'est pas le sujet ici.

Or il nous apparaît que non, le bénéficiaire n'est pas le « véritable » propriétaire, et sa propriété n'est pas simplement « grevée » du droit réel du fiduciaire.

En réalité, la confusion provient du fait que ces auteurs partent du principe que la distinction « propriété juridique » et « propriété économique » constitue un démembrement de propriété (« lorsque les attributs de la propriété sont *démembrés* et exercés par deux sujets de droit différents »), alors même qu'ils prennent le soin d'analyser la volonté du législateur quant à cette situation comme étant « une superposition de deux droits de propriété et *non un simple démembrement* »¹¹³⁶.

En effet, ne s'agissant pas d'un démembrement de propriété, la propriété économique n'est pas une propriété entière sur laquelle porte le droit réel du propriétaire juridique, ni l'inverse d'ailleurs : les deux protagonistes sont tous les deux propriétaires, et leurs droits respectifs constituent des droits réels qui portent sur des aspects différents de la chose. Il s'agit d'une superposition de propriétés différentes.

¹¹³⁵ CROCQ, P., & AYNES, L., *op. cit.*, p. 2559 s..

¹¹³⁶ M. Crocq (CROCQ, P., *Propriété et Garantie, op. cit.*, p. 86, note 3) avait déjà indiqué « l'interprétation effectuée par M. Grimaldi dans le sens de la reconnaissance d'une propriété démembrée », faisant référence à l'interprétation de ce dernier quant à l'avant-projet du 1^{er} juillet 1991 (GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.*). En réalité, ce dernier ne mentionne pas un *démembrement* de la propriété, mais un « *dédoublement* » de la propriété.

3 La nature duale de la propriété économique

Plusieurs auteurs ont, semble-t-il, pris très tôt la mesure de la difficulté. M. Grimaldi estime que « le bénéficiaire est assurément titulaire d'un droit personnel, en ce qu'il est créancier des obligations dont est tenu le fiduciaire. Mais il semble l'être *aussi* d'un droit réel ». M. Dupichot considère quant à lui que, « créancier de la parfaite exécution de la mission fiduciaire, le bénéficiaire acceptant paraît *également* titulaire d'un droit réel sur les biens mis en fiducie : doublé d'un droit de suite et par principe cessible (moyennant semble-t-il l'exigence d'un nouvel écrit enregistré), ce droit réel facilitera d'éventuelles revendications »¹¹³⁷. Nous partageons pleinement l'avis de ces auteurs sur ce point.

Comme nous l'avons vu concernant le *trust*, « le droit du *cestuy que trust* [est analysé] comme un droit à mi-chemin entre le droit personnel et le droit réel, qui n'est purement ni l'un ni l'autre mais qui participe des deux »¹¹³⁸, certains emploient même le terme de « quasi droit réel » pour qualifier les droits du bénéficiaire du *trust*¹¹³⁹.

Il nous semble que les droits du propriétaire économique répondent à cette logique, sans être strictement identiques : tout à fait personnels et tout à fait réels, ils sont les deux à la fois, ce qui peut, nous le concevons, étonner.

Mais la propriété économique est une propriété différente, il n'est donc pas inconcevable qu'elle n'emprunte pas tous les traits habituels de la propriété traditionnelle. De nature particulière, elle transcende la distinction habituellement faite entre les droits réels et les droits personnels pour emprunter aux deux. Certains ont d'ailleurs déjà argumenté en ce sens concernant l'usufruit des droits sociaux, l'usufruitier ayant un statut réel¹¹⁴⁰ tout autant que personnel¹¹⁴¹. Tel est également le cas dans les baux superficiaires : ces baux permettent au preneur d'avoir un droit réel sur le bien, mais ils sont avant tout des baux, siège d'un droit personnel.

¹¹³⁷ DUPICHOT, P., Opération fiduciaire sur le sol français, *op. cit.*.

¹¹³⁸ CROCQ, P., *Propriété et Garantie*, *op. cit.*, p. 155, citant BATIFFOL, H. (1976). *Trusts - The trust problem as seen by a french lawyer*. In « *Choix d'articles* ». LGDJ, p. 241 et 243.

¹¹³⁹ ELLAND-GOLDSMITH, M. (1991). Le *trust* : ses emplois bancaires et financiers. *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens : Allemagne, Angleterre, Lichtenstein, Luxembourg, Suisse : colloque organisé le 29 novembre 1990*. Paris: Bulletin Joly (n° 4 bis), p. 70.

¹¹⁴⁰ RABREAU, A. (2006). *L'usufruit des droits sociaux*. Cahors: Litec, p. 13 suiv..

¹¹⁴¹ *Ibid.*, p. 163 suiv..

Ainsi, la propriété économique est un droit réel et personnel, ce qui lui permet de cumuler les avantages des deux statuts, et les avantages de l'un peuvent corriger les inconvénients de l'autre : par exemple le droit de suite attaché aux droits réels peut tout à fait compenser l'insolvabilité du débiteur dans le cadre d'un droit personnel.

Décidément d'une nature particulière, la propriété économique n'est pas seulement un droit personnel tout autant que réel, elle est également une *vocation*.

II La propriété économique est une vocation

La propriété économique est une vocation à la plénitude, au moins éventuelle, des prérogatives possibles (A). En revanche, elle n'est pas nécessairement une vocation à la propriété complète (B).

A La vocation à la plénitude, au moins éventuelle, des prérogatives

« La propriété peut exister en germe, à l'état de simple vocation »¹¹⁴² : tel est le cas de l'indivisaire qui a vocation à recevoir la propriété divisée d'une part déterminée du bien indivis lors du partage (ou sa valeur), du nu-proprétaire qui a vocation à la pleine propriété à l'extinction de l'usufruit, de l'associé d'une société civile d'attribution au moment de son retrait ou du partage de ladite société après dissolution : ainsi, « la vocation à la propriété est dotée d'une intensité variable selon les cas »¹¹⁴³. Qu'en est-il de la propriété économique ?

M. Crocq soutient, en 1996, que « la propriété est conçue comme rassemblant la totalité (actuelle ou seulement potentielle) des prérogatives possibles sur le bien et le qualificatif de “propriété” ne peut être, dès lors, appliqué à des droits qui n'en conféreront jamais qu'une partie, à moins de vider la notion de propriété de sa substance ».

Il s'agit pour lui d'un « fondement du principe du *numerus clausus* des droits réels dégagé par M. Foex : “le *numerus clausus* a pour effet de protéger la propriété, en rendant impossible la constitution de droits susceptibles de la vider de sa substance” »¹¹⁴⁴.

¹¹⁴² ATIAS, C., *Droit civil, les biens, op. cit.*, p. 91.

¹¹⁴³ Ibid., p. 91.

¹¹⁴⁴ CROCCO, P., *Propriété et Garantie, op. cit.*, p. 193, citant FOEX, B. (1987). *Le « numerus clausus » des droits réels en matière mobilière*. Lausanne: Coll. Juridique Romande, Payot, p. 31.

Or il définit la substance de la propriété comme « la vocation à la plénitude des prérogatives sur le bien »¹¹⁴⁵ : « le droit de propriété peut parfaitement se voir amputer de ses prérogatives traditionnelles. Il demeure pour autant un droit de propriété dans la mesure où la possibilité de recouvrer la plénitude des pouvoirs demeure alors qu'elle n'existe pas pour les droits réels sur la chose d'autrui »¹¹⁴⁶. « C'est la potentialité de la plénitude de pouvoirs, de la caractéristique majeure du droit de propriété, et non la plénitude elle-même qui justifie la qualification de propriétaire et qui constitue l'essence du droit de propriété »¹¹⁴⁷.

Ainsi, il serait impossible d'admettre « sous le nom de propriété un droit réel insusceptible de conférer une plénitude de prérogatives au moins potentielle sur un bien. [...] Un droit qui n'a pour objet qu'une des utilités d'un bien ne peut être un droit de propriété ». Et d'en conclure qu'il est donc « juridiquement impropre d'employer les termes de “propriété de la valeur” et la “propriété de l'utilité” »¹¹⁴⁸.

Si l'argument tiré du *numerus clausus* des droits réels n'emporte plus la conviction, la jurisprudence admettant désormais que la liste des droits réels n'est pas limitative¹¹⁴⁹, la question de la vocation à la plénitude, au moins éventuelle, des prérogatives doit néanmoins être posée. A ce sujet, et sous les réserves que nous avons faites *supra* concernant l'expression « propriété de l'utilité », nous ne partageons pas l'avis de M. Crocq. S'il définit la propriété comme étant le droit qui confère une plénitude de prérogatives, au moins potentielle, et compte tenu de la façon dont nous considérons la propriété économique, il nous apparaît qu'elle est, belle est bien, un droit qui confère une plénitude potentielle de prérogatives sur le bien.

En effet, sous son acception passive, le propriétaire économique a, justement, la vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète du bien. Tout comme le nu-propriétaire, qui est qualifié de « véritable propriétaire »¹¹⁵⁰, a vocation à recouvrer la pleine propriété au terme de l'usufruit, le propriétaire économique a vocation à recevoir une propriété complète au terme de la propriété économique. Certes, pendant le temps que dure la

¹¹⁴⁵ CROCCQ, P., *Propriété et Garantie*, op. cit., p. 79.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 80.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 81.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 193.

¹¹⁴⁹ Voir *supra*.

¹¹⁵⁰ Voir *supra*.

propriété économique, il ne dispose pas de toutes les prérogatives d'un propriétaire entendu au sens classique, mais il en a la potentialité (tout comme le nu-propriétaire).

Il est en revanche plus difficile d'appréhender la plénitude potentielle des prérogatives du propriétaire économique actif. Contrairement au propriétaire économique passif, il ne peut prétendre à la propriété complète au terme de la propriété économique. Cependant, pendant le temps qu'elle dure, il a potentiellement toutes les prérogatives quant au bien : en effet, il l'exploite en vue d'en retirer des richesses dont il bénéficie lui-même (avec le propriétaire juridique), et il peut avoir les pouvoirs les plus étendus. L'exemple le plus extrême est celui du quasi-usufruit : le quasi-usufruitier dispose de toutes les prérogatives attachées au bien au point d'être qualifié de propriétaire (tout court) des biens¹¹⁵¹.

Dans le même ordre d'idée, le preneur du bail emphytéotique ou à construction dispose de toutes les prérogatives sur l'aspect du bien objet de son droit : il peut le céder, l'hypothéquer, etc.¹¹⁵², tout comme l'époux commun en bien dispose, seul, de l'intégralité des prérogatives sur l'assurance-vie souscrite par lui, même si sa valeur patrimoniale ne lui revient pas complètement¹¹⁵³.

Dans d'autres cas, la plénitude des prérogatives du propriétaire économique est plus nuancée, par exemple lorsqu'il doit exercer son pouvoir dans des limites imposées : c'est le cas de l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières, qui doit conserver la substance dudit portefeuille¹¹⁵⁴. Il n'a pas toutes les prérogatives sur le bien, mais il a toutes les prérogatives *disponibles*, et c'est là le point important. En effet, les pouvoirs qu'il ne peut pas exercer ne le sont par personne d'autre. Par exemple, l'usufruitier du portefeuille de valeurs mobilières ne peut pas, seul, réaliser des actes qui altéreraient la substance du portefeuille, mais le nu-propriétaire, seul, ne le peut pas non plus. Si les deux protagonistes en étaient d'accord, alors il ne s'agirait pas pour autant d'un partage de prérogatives entre eux, mais d'une simple autorisation donnée par l'un à l'autre.

D'ailleurs, M. Crocq admet lui-même que sa démonstration comporte une faille¹¹⁵⁵ : la tontine¹¹⁵⁶, puisque l'un des deux acquéreurs (le prémourant) n'a pas, même potentiellement,

¹¹⁵¹ Voir *infra*, en contrepartie de la dette de restitution.

¹¹⁵² Voir *infra*.

¹¹⁵³ Voir *infra*.

¹¹⁵⁴ Voir *infra*.

¹¹⁵⁵ CROQC, P., *Propriété et Garantie*, op. cit., p. 194, note 3.

¹¹⁵⁶ Nous qualifions d'ailleurs le prémourant de propriétaire économique : voir *infra*.

la totalité des prérogatives possibles sur le bien. Aussi, le raisonnement comportant au moins un démenti, des mots même de son auteur, l'on voit mal comment on pourrait refuser au propriétaire économique actif la qualité de propriétaire alors même qu'il a la potentialité de toutes prérogatives disponibles.

Si la propriété économique est une vocation à la plénitude, au moins éventuelle, des prérogatives, dans d'autres cas elle peut être la vocation à la propriété complète.

B La vocation, selon le cas, à la propriété complète

Il est des cas dans lesquels le propriétaire économique a vocation à la propriété entière¹¹⁵⁷ : il s'agit de toutes les situations de propriété économique passive. En revanche, tel n'est pas toujours le cas dans la propriété économique active.

Nous avons vu que la propriété économique active est l'exercice du pouvoir sur un bien dont on n'est pas juridiquement propriétaire, en vue de la production et de l'appropriation de richesses dans son propre intérêt *et* dans l'intérêt du propriétaire juridique, ce dernier ayant vocation, à l'arrivée du terme, à la propriété complète du bien lui-même ou à sa valeur.

Ainsi, en principe, seul le propriétaire juridique a vocation à la propriété complète de la chose elle-même ou à sa valeur à l'extinction de la propriété économique, et il est clair que le propriétaire économique ne peut pas également l'avoir : ainsi, tel est le cas du propriétaire économique usufruitier, époux DU propriétaire du logement de la famille, mandataire à effet posthume, preneur à bail superficiaire, emphytéotique, ou à construction. Dans ces cas-là, c'est bien le propriétaire juridique, respectivement le nu-propriétaire, la société, l'époux qui est propriétaire du logement de la famille, le bailleur, qui a vocation, actuelle ou future, à la propriété complète de la chose.

Cependant, avant le terme, le propriétaire économique peut d'ores et déjà avoir la valeur : on pense en particulier au propriétaire économique quasi-usufruitier, qui est

¹¹⁵⁷ Pour une étude plus générale sur la vocation à la propriété en droit patrimonial, voir ATIAS, C. (2001). Des vocations à la propriété. In *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*. Paris: Litec, p. 597. Dans un contexte différent - puisque niant l'existence de la propriété économique et de la propriété juridique, et préférant la distinction entre le titre et l'émolument pour qualifier les propriétés imparfaites, M. Ravenne a également développé le concept juridique de « vocation », celle-ci pouvant être certaine, potestative ou encore résiduelle : RAVENNE, S., *op. cit.*, en particulier p. 317, 320 et 321.

propriétaire de la chose pendant la durée de la propriété économique, le propriétaire juridique n'ayant qu'une créance de restitution à faire valoir au décès du quasi-usufructier.

En outre, il est d'autres cas plus subtils : il s'agit, d'une façon générale, des propriétaires économiques mariés sous un régime de communauté. En effet, le propriétaire économique, époux commun en biens, entrepreneur individuel, associé, ou encore souscripteur d'un contrat d'assurance-vie, n'a jamais vocation immédiate à la propriété complète de la chose, ou en tout cas pas seul. En réalité, les biens en question dépendent en valeur de la communauté de biens (propriétaire juridique) qui existe entre les deux époux.

Après la dissolution du régime matrimonial, les cas les plus fréquents étant le décès et le divorce, les biens en question sont intégrés à la liquidation, et, sauf récompenses, chaque époux a droit, en valeur, à la moitié de l'actif commun. En revanche, seul l'époux propriétaire économique peut se voir attribuer, dans le cadre du partage après liquidation, les biens objets de ladite propriété économique : seul le chef d'entreprise peut se faire attribuer son entreprise, seul le souscripteur peut se voir attribuer son contrat d'assurance-vie. Ainsi, le propriétaire économique a bien vocation à la propriété complète de la chose à l'extinction de la propriété économique, mais non de façon gratuite : cette attribution s'impute sur ses droits dans la communauté.

Ainsi, le propriétaire économique passif peut avoir vocation à la propriété complète.

Or selon un auteur, « l'immédiateté » constitue un caractère certain de la propriété, comme « [relevant] de sa nature même » : « la propriété est une relation exclusive et immédiate entre une personne et une chose » et « donc les prérogatives qu'elle confère sont également exclusives et immédiates », avant d'ajouter que « si la relation entre le propriétaire et la chose n'est pas immédiate, elle ne peut être qualifiée de propriété. [...] L'immédiateté est nécessaire à la constitution de la propriété, mais elle est également indispensable à son maintien »¹¹⁵⁸.

Nous ne partageons pas cet avis. En effet, l'auteur définit l'immédiateté de la propriété comme signifiant que « son exercice ne nécessite pas l' "activité" ou une "attitude" »¹¹⁵⁹ d'une autre personne », et que « le régime juridique du bien n'est soumis à aucun comportement de la part d'une autre personne »¹¹⁶⁰. Or il nous semble au contraire qu'il est

¹¹⁵⁸ DELAVAQUERIE, G., *op. cit.*, p. 480 suiv..

¹¹⁵⁹ Citant HAGE-CHAHINE, F. (1982). Essai d'une nouvelle classification des droits privés. *RTD civ.* 1982, p. 705 suiv..

¹¹⁶⁰ DELAVAQUERIE, G., *op. cit.*, p. 481.

des situations de propriété où, justement, le régime juridique applicable à la propriété dépend d'une autre personne : tel est notamment le cas de la nue-propriété.

Le nu-propriétaire est qualifié par la jurisprudence comme étant le propriétaire, et, pour autant, le régime juridique de sa propriété dépend non seulement de l'existence d'un usufruitier, mais également de son comportement.

Tel est le cas lorsque l'usufruit porte sur un portefeuille de valeurs mobilières, puisque le droit de disposition et de rachat de chaque valeur mobilière prise individuellement appartient à l'usufruitier, ce dernier étant simplement tenu de conserver la substance du portefeuille¹¹⁶¹, son profil d'investissement si l'on emploie des termes plus économiques, et de communiquer au nu-propriétaire les renseignements sur l'évolution dudit portefeuille¹¹⁶². Ainsi, dans le cas de l'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières, l'objet comme le régime de la propriété soumise au démembrement dépend du comportement de l'usufruitier - et de l'usufruitier seul, celui-ci disposant d'un monopole dans les choix d'arbitrage¹¹⁶³.

Un autre exemple est celui de la tontine¹¹⁶⁴, l'acquéreur survivant étant considéré comme ayant toujours été seul propriétaire du bien concerné, rétroactivement depuis le jour de l'acquisition, le prémourant des acquéreurs étant censé n'avoir jamais eu aucun droit de propriété sur ce bien. Ainsi la propriété finale dépend bien d'une autre personne, elle n'est pas immédiate.

Aussi, au-delà de ces exemples, nous considérons que l'immédiateté, si elle peut être une conséquence de la propriété, n'en est en tout cas pas un critère.

III La propriété économique et son corollaire, la propriété juridique, sont des propriétés simultanées et nécessaires l'une à l'autre

La propriété économique ne peut exister sans la propriété juridique. Ce sont des propriétés simultanées (A) issues de la dissociation intellectuelle de la chose (B) et elles sont dépendantes l'une de l'autre (C).

¹¹⁶¹ Voir *infra* : Cass. civ. 1^{ère} 12 nov. 1998 n° 96-18041 ; PIEDELIÈVRE, S. (1999). Un portefeuille de valeurs mobilières constitue une universalité. *JCP G 1999* (n° 6) ; MERCIER, V., *op. cit.*.

¹¹⁶² Voir *infra* : Cass. civ. 1^{ère} 3 déc. 2002 n° 00-17.870 ; PIEDELIÈVRE, S. (2003). L'usufruitier est tenu de communiquer au nu-propriétaire tous renseignements sur l'évolution du portefeuille de valeurs mobilières. *JCP E 2003* (n° 43).

¹¹⁶³ A condition de conserver la substance du portefeuille, voir *infra*.

¹¹⁶⁴ Voir *infra* : MONToux, D. (2018). Vente d'immeuble, Tontine (fasc. 260). *JCL Notarial Formulaire* ; THIERRY, J. (1994). La clause d'accroissement dite clause de tontine. *D. 1994*, p. 417.

A Des propriétés simultanées distinctes, et non une propriété collective

D'une façon générale, la propriété collective est une propriété exercée simultanément par différents propriétaires, aussi pourrait-on penser que la propriété économique et la propriété juridique constituent des propriétés collectives.

Plus particulièrement, certains analysent la propriété collective comme correspondant à un *cumul de droit* de plusieurs propriétaires sur un même bien (indivision, copropriété des immeubles bâtis)¹¹⁶⁵, par opposition aux démembrements de propriété (usufruit, servitude) qui reflèteraient une *distribution de droits* entre eux¹¹⁶⁶.

Nous ne partageons pas cette conception de la propriété collective. Pour nous, la propriété collective est le fait d' « avoir un seul droit de propriété pour tous »¹¹⁶⁷. C'est ainsi qu'a été analysée l'indivision par M. Zenati et M. Revet : ces auteurs estiment en effet que « l'indivision n'est pas une multiplication des titulaires d'un même et unique rapport de droit, elle est un concours de droits multiples et distincts, ce qui explique qu'on la nomme copropriété, notion qui exprime bien l'idée d'être propriétaires ensemble, chacun de son propre droit »¹¹⁶⁸. Ainsi, ils considèrent que « de ce point de vue, l'indivision se distingue nettement de la communauté qui est, au contraire, le fait d'avoir un seul droit de propriété pour tous. Là où la communauté est une authentique propriété collective, l'indivision n'est qu'une propriété individuelle parce qu'elle repose sur une pluralité de droits propres »¹¹⁶⁹. Ainsi, la caractéristique de la propriété collective est qu'elle révèle non pas plusieurs « droits concurrents mais un droit unique tenu par plusieurs personnes »¹¹⁷⁰.

Ainsi définie comme un seul et même droit de propriété que se partagent les différents propriétaires, la propriété collective ne correspond pas à la situation du propriétaire économique et du propriétaire juridique. Comme en matière d'indivision, chacun des

¹¹⁶⁵ BELLOIR-CAUX, B. (2013). *Dictionnaire de droit des biens*. Paris: Ellipses, p. 376 ; RUFFIN-BRICCA, S., & HENRY, L.-C. (2017). *Droit des biens : propriété individuelle, propriété collective, propriété démembrée*. Issy-les-Moulineaux: Gualino, p. 151, p. 153 suiv. et 175 suiv., lesquelles complètent l'indivision qu'elles qualifient de classique, par le cas de la mitoyenneté (p. 168 suiv.).

¹¹⁶⁶ RUFFIN-BRICCA, S., & HENRY, L.-C., *op. cit.*, p. 146, p. 199 suiv., p. 217 suiv. Elles ajoutent également à cette liste des démembrements de propriété ceux non prévus par le Code civil, à savoir les baux de longue durée (bail emphytéotique, bail à construction, bail réel immobilier et bail à réhabilitation) ainsi que le droit de superficie et la concession immobilière, étant précisé que nous ne pensons pas que ces situations constituent des démembrements de propriété.

Voir également REBOUL-MAUPIN, N. (2016). *Droit des biens* (éd. 6). Paris: Dalloz (HyperCours), p. 487.

¹¹⁶⁷ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 513.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 513.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 513.

¹¹⁷⁰ ZENATI-CASTAING, F. (2009). La propriété collective existe-t-elle ? *In Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*. Paris: Dalloz LGDJ, p. 607.

propriétaires économique et juridique a une propriété individuelle, la chose faisant l'objet d'une pluralité de droits propres.

Or, si la chose appartient bien conjointement à deux propriétaires distincts, en ce sens que deux propriétaires différents ont des droits sur la même chose, la propriété de ladite chose n'est pas pour autant une propriété que l'on peut qualifier de collective : il ne s'agit pas d'une seule et même propriété scindée entre, d'une part la propriété économique, et d'autre part, la propriété juridique, revenant chacune à une personne différente, mais belle et bien de deux propriétés distinctes portant sur des aspects différents du bien¹¹⁷¹ et revenant chacune à une personne différente.

Si ces deux propriétés ne sont pas une propriété collective, elles constituent en revanche des propriétés simultanées, c'est-à-dire qui existent au même moment, sur le même bien. Le terme de *propriétés simultanées* a, initialement, été employé par les magistrats de la Cour de Nancy au XIX^{ème} siècle¹¹⁷² pour qualifier les situations dans lesquelles « le même immeuble supporte une pluralité de propriétés différentes portant chacune sur une utilité distincte du fonds »¹¹⁷³, ce qui correspond aux propriétés économique et juridique.

La propriété économique et la propriété juridique sont des propriétés simultanées, contrairement à l'indivision par exemple : « l'indivision n'est pas une propriété simultanée, bien qu'elle implique une pluralité de droit de propriété. Chacun des indivisaires jouit de l'intégralité des utilités de la chose dont aucune n'est réservée à l'un d'eux »¹¹⁷⁴. Au contraire, le propriétaire économique et le propriétaire juridique jouissent chacun d'utilités différentes, de services différents, et qui lui sont réservés. Chacun est propriétaire à un titre différent.

En outre, certains ont indiqué que « la propriété simultanée isole les utilités du bien et constate l'existence d'un droit de propriété *perpétuel* sur chaque utilité »¹¹⁷⁵. Si nous sommes d'accord avec la première partie de cette affirmation, nous ne partageons en revanche pas l'avis émis en seconde partie : si les propriétés simultanées de l'Ancien droit étaient

¹¹⁷¹ D'ailleurs, même si nous adhérons à la première définition de Mme Ruffin-Bricca et Mme Henry, il est clair que la propriété économique et la propriété juridique ne pourraient correspondre à une propriété collective, les droits de chacun sur la chose n'ayant pas la même nature. Il conviendrait alors de se tourner vers la notion de distribution de droit (plutôt que de cumul de droits), c'est-à-dire, selon elles, du démembrement de propriété. Or nous avons déjà vu que la propriété économique et la propriété juridique ne correspondent pas à une situation de démembrement de propriété.

¹¹⁷² Nancy, 16 août 1832, Préfet des Vosges/commune de Bresse (voir *infra*) : PATAULT, A.-M., *op. cit.*, p. 244.

¹¹⁷³ PATAULT, A.-M., *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁷⁴ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 515.

¹¹⁷⁵ MAS, P., & CALMELS, L. (2007). Unité foncière, droit de construire et démembrement de propriété. *Construction Urbanisme 2007* (n° 6).

perpétuelles, tel n'est pas le cas les propriétés simultanées actuelles qui, elles, ne le sont pas : au contraire, l'une des caractéristiques de la propriété économique et de la propriété juridique, propriétés simultanées, est qu'elles sont temporaires justement.

B Des propriétés issues de la dissociation intellectuelle de la chose

Nous avons vu que la propriété économique et la propriété juridique ne constituent pas une dissociation de la propriété, elles n'en constituent pas un démembrement : elles sont, en réalité, une dissociation intellectuelle de son objet, entre d'une part sa valeur, et d'autre part ses services.

Un auteur avait ainsi relevé que « le droit de superficie est érigé en propriété véritable, juxtaposée à celle du tréfoncier. Ne peut-on admettre une dissociation juridique des utilités de la chose lorsque l'on admet celle de sa structure matérielle ? »¹¹⁷⁶. Ainsi, tout comme le superficiaire et le tréfoncier sont propriétaires distincts sur une même assiette cadastrale, il est parfaitement envisageable que, d'une façon plus générale, deux personnes aient chacun un droit de propriété, portant respectivement sur la valeur et sur les services de la chose : nous avons vu que la notion de service est plus appropriée, ici, que celle d'utilité.

En réalité, selon nous, la dissociation de la structure matérielle de la chose, comme c'est le cas concernant la superficie, est simplement une sous-catégorie de dissociation juridique de la chose : c'est la dissociation intellectuelle de la chose qui en permet sa dissociation matérielle, qui n'en est qu'une émanation.

C Des propriétés interdépendantes

La propriété économique est une propriété particulière à maints égards. En particulier, elle ne se suffit pas à elle-même : seule, elle ne peut être. Son existence est conditionnée à l'existence corrélatrice de la propriété juridique, qui, elle également, ne se conçoit qu'en binôme avec la propriété économique.

En réalité, la situation d'interdépendance n'est pas nouvelle. Par exemple, l'accessoire n'existe qu'en vertu du principal, « l'accessoire ne vaut que par le principal »¹¹⁷⁷ : dans la plupart des cas, l'accessoire ne fait que compléter (utilement) le principal, lequel peut exister

¹¹⁷⁶ THERY, P. (1998). *Sûretés et publicité foncière*. Paris: PUF, p. 395. Voir également MARTY, G., RAYNAUD, P., & JESTAZ, P. (1987). *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière* (éd. 2). Paris: Sirey, p. 350.

¹¹⁷⁷ CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations, op. cit.*, p. 1626.

sans lui, alors que le principal est indispensable à l'accessoire. Par exemple, l'assurance de prêt immobilier est l'accessoire dudit prêt¹¹⁷⁸, principal : sans prêt, pas d'assurance de prêt. Pour autant, on peut nuancer ce propos, le principal et l'accessoire étant dans certaines situations indispensables l'un à l'autre : par exemple, il sera difficile (impossible) en pratique pour un emprunteur immobilier d'obtenir l'accord de prêt du prêteur sans assurance : l'accessoire peut ainsi devenir la condition du principal.

Dans le même ordre d'idée, d'autres juxtapositions relèvent de faits purement physiques, comme le contenant et le contenu dans certains cas : « on peut raisonnablement penser qu'un contenant de faible valeur appartient de surcroît au propriétaire du contenu, que la vente d'une marchandise, par ex., comprend aussi l'emballage. Le point, néanmoins, dépend avant tout de l'intention des parties ou de l'usage du commerce »¹¹⁷⁹.

D'une façon générale, « les biens ne se présentent pas toujours de façon isolée. Ils font souvent partie d'un groupement [...] »¹¹⁸⁰ : tantôt ces biens réunis constituent un ensemble ayant une existence propre (c'est le cas des universalités), tantôt ces biens se trouvent avec d'autres « dans un certain *rapport juridique*, de caractère d'ailleurs variable, mais sans que ce rapport aboutisse jamais à former une entité distincte des éléments composants »¹¹⁸¹.

Évidemment, la juxtaposition des propriétés économique et juridique ne constitue pas une juxtaposition de biens ou de contrats dépendants, mais de propriétés. Cela dit, le raisonnement nous semble pouvoir être transposé : elles ne peuvent se présenter de façon isolée, mais au contraire nécessairement ensemble, et se trouvent dans un certain rapport juridique qui n'aboutira jamais à former une entité distincte des éléments composants. La somme de la propriété économique et de la propriété juridique sur un même bien n'est pas égale à la propriété complète.

Dans le même ordre d'idée, l'usufruit ne se conçoit que s'il existe une nue-propriété : usufruit et nue-propriété sont interdépendants, ils n'existent pas l'un sans l'autre, et pour autant, la somme des deux ne constitue pas la propriété entière. Ici également, si les propriétés économique et juridique ne constituent pas un démembrement de propriété, le raisonnement reste le même de ce point de vue-ci : elles sont dépendantes l'une de l'autre dans leur existence.

¹¹⁷⁸ SCHAUFELBERGER, F. (2018). Synthèse - Protection des emprunteurs immobiliers. *JCL Construction Urbanisme*.

¹¹⁷⁹ CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations, op. cit.*, p. 1627.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 1618.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, p. 1627.

IV La propriété économique est une modalité interne de la propriété

Comme nous l'avons déjà évoqué, la propriété ne revêt pas une forme unique. Or, « de même que l'obligation est susceptible de modalités (le terme, la condition, la solidarité, etc.), le droit de propriété comporterait plus d'une manière d'être »¹¹⁸² (A). Nous pensons que la propriété économique, tout comme la propriété juridique d'ailleurs, est une modalité de la propriété (B).

A La notion de modalité interne de la propriété

Après avoir défini la notion de modalité de la propriété (1), nous verrons la différence entre les modalités internes et externes de la propriété (2).

1 La notion de modalité de la propriété

La notion de modalité de la propriété correspond à l'idée que « la propriété connaît une modification sans pour autant être atteinte dans son essence. Elle n'est qu'une propriété particulière [...] »¹¹⁸³.

Pour quelles raisons la propriété fait-elle l'objet de modalités ? La question mérite d'être posée : comment cette notion, que l'on souhaitait si parfaite au lendemain de la Révolution et qui est qualifiée d'absolue (rappelons-le) peut-elle faire l'objet d'aménagements ? En réalité, comme nous l'avons vu, la propriété du droit coutumier était caractérisée par une grande souplesse, en particulier concernant la possibilité de partager les utilités de la chose entre plusieurs personnes, éventuellement de façon perpétuelle. Or, « fort rigide, la nouvelle perception monolithique de la propriété ne pouvait durer qu'un temps. Elle se serait avérée rapidement un frein à l'exploitation maximale des biens, si divers assouplissements n'étaient apparus. La notion de modalité de la propriété fait partie des aménagements ayant pour objectif d'atténuer l'absolutisme du droit »¹¹⁸⁴.

¹¹⁸² *Ibid.*, p. 1618. Concernant les modalités de l'obligation, voir JOSSERAND, L. (1939). *Cours de droit civil positif français, Tome 2 (Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés)* (éd. 3). Paris: Recueil Sirey, p. 452 suiv..

¹¹⁸³ NORMAND, S. (2006). La notion de modalité de la propriété. in *Mélanges offerts au professeur Frenette F., Étude portant sur le droit patrimonial*. Québec: PUL, p. 261.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 255.

En réalité, la doctrine peine à qualifier ces situations qui s'éloignent des sentiers traditionnels : elles ont ainsi pu être qualifiées de « modifications de la propriété »¹¹⁸⁵, d'« états particuliers de la propriété »¹¹⁸⁶, de « formes particulières de la propriété »¹¹⁸⁷, ou encore de « propriétés spéciales »¹¹⁸⁸. Il est vrai que ces qualificatifs sont exacts, à défaut d'être précis : « ces expressions permettent de souligner la singularité de ces propriétés, malgré le lien étroit qu'elles conservent avec l'archétype »¹¹⁸⁹.

M. Normand relève que les auteurs français accordent à cette notion une portée plus ou moins large : alors que dans l'acception étroite donnée par certains¹¹⁹⁰, la notion vise seulement les situations particulières liées à la transmission de la propriété, avec « transposition, dans la sphère des droits réels, d'une situation typique du droit des obligations, soit celle de la survenance d'un événement futur - une condition ou un terme - qui affecterait le droit de propriété »¹¹⁹¹, d'autres auteurs présentent au contraire la modalité « comme un complément à la notion de propriété [...] elle permet d'identifier des situations qui s'éloignent de la configuration idéale qu'est susceptible d'adopter la propriété »¹¹⁹².

Ainsi, mais sans définir la notion, Colin et Capitant reconnaissent l'existence de diverses modalités de la propriété, comme l'indivision ordinaire, le droit de superficie ou encore l'indivision perpétuelle, laquelle peut prendre la forme d'une indivision forcée concernant le tombeau de famille, les papiers et titres de famille, la mitoyenneté, ou encore la propriété par étage, qui correspondrait aujourd'hui au régime de la copropriété¹¹⁹³ issu de la loi de 1965¹¹⁹⁴.

Sans s'étendre, M. Atias reconnaît quant à lui à l'indivision la nature de modalité de la propriété, « forme particulière, accidentelle »¹¹⁹⁵ de la propriété : « la propriété est le genre dont la propriété indivise est une espèce »¹¹⁹⁶.

¹¹⁸⁵ ZACHARIÆ, K. S. (1855). *Le droit civil français, Tome 2, traduit de l'allemand sur la 5e édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon par G. Massé et Ch. Vergé*. Paris: Auguste Durand, p. 64.

¹¹⁸⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, G., & CHAUVEAU, M. (1896). *Traité théorique et pratique de droit - Des biens*. Paris: LGDJ, p. 191.

¹¹⁸⁷ BEUDANT, C. (1934). *Cours de droit civil français, Tome IV, Les biens* (éd. 2). Paris: Rousseau, p. 381.

¹¹⁸⁸ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 219.

¹¹⁸⁹ NORMAND, S., *op. cit.*, p. 261.

¹¹⁹⁰ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J., & CHABAS, F. (1984). *Leçons de droit civil, Tome II* (Vol. 2). *Ibid.*, p. 137.

¹¹⁹¹ NORMAND, S., *op. cit.*, p. 261.

¹¹⁹² *Ibid.*, p. 261.

¹¹⁹³ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

¹¹⁹⁴ COLIN, A., & CAPITANT, H. (1930). *Cours élémentaire de droit civil français, Tome I* (éd. 6). Paris: Dalloz, p. 770.

¹¹⁹⁵ ATIAS, C. (2014). *Droit civil, les biens* (éd. 12). *Ibid.*, p. 131.

Finalement, Josserand sera le premier à proposer une théorie de la notion de modalité. Il affirme que : « le droit commun [de la propriété] comporte des variantes, des adaptations, des limitations ; le droit de propriété, dont la plasticité est presque infinie, se prête à des modalités qui constituent en même temps des restrictions »¹¹⁹⁷. Il répartit les modalités en trois catégories suivant qu'elles affectent le droit de propriété lui-même (la copropriété ou propriété plurale, la propriété conditionnelle), son objet (le droit de superficie et les maisons divisées par étages ou par appartements) ou ses attributs (l'inaliénabilité).

Pour Carbonnier, les modalités du droit de propriété sont « des manières d'être qui affectent le droit de propriété, et se traduisent toujours, en définitive, par des restrictions aux pouvoirs du propriétaire, sans que la propriété ne soit, pour autant, démembrée »¹¹⁹⁸. Il distingue ainsi, parmi les modalités du droit de propriété :

- L'indivision ou copropriété¹¹⁹⁹, elle-même regroupant l'indivision ordinaire, avec ou sans convention d'indivision (on parle alors d'indivision conventionnelle dans le premier cas), la copropriété forcée et perpétuelle, et le temps partagé,

- La propriété conditionnelle¹²⁰⁰ c'est-à-dire affectée d'une condition, à laquelle sont assimilées, quant à leurs effets quant à l'anéantissement rétroactif du transfert de propriété, la propriété sujette à résolution et celle susceptible d'annulation.

- La propriété inaliénable¹²⁰¹, c'est-à-dire à laquelle il manque le droit de disposer, établie par acte de volonté privée.

- Et la propriété affectée¹²⁰² : « une propriété peut être affectée lorsque tout ou partie des utilités qu'elle comporte doivent être appliquées, soit exclusivement, soit de préférence, à un but qui a été déterminé par le propriétaire antérieur. Le propriétaire actuel subit les restrictions dans son droit [...]. En acceptant son acquisition, il est obligé de se conformer à l'affectation

¹¹⁹⁶ ATIAS, C. (2014). *Droit civil, les biens* (éd. 12). Ibid., p. 131.

¹¹⁹⁷ JOSSERAND, L. (1937). *Cours de droit civil positif français, Tome 1 (Théorie générale du droit et des droits. Les personnes. La famille. La propriété et les autres droits réels principaux)* (éd. 3). Paris: Recueil Sirey, p. 989.

¹¹⁹⁸ CARBONNIER, J. (2004). *Droit civil : les biens, les obligations* (Vol. 2). Ibid., p. 1656.

¹¹⁹⁹ CARBONNIER, J. (2004). *Droit civil : les biens, les obligations* (Vol. 2). Ibid., p. 1657.

¹²⁰⁰ CARBONNIER, J. (2004). *Droit civil : les biens, les obligations* (Vol. 2). Ibid., p. 1660.

¹²⁰¹ CARBONNIER, J. (2004). *Droit civil : les biens, les obligations* (Vol. 2). Ibid., p. 1662.

¹²⁰² Dans le même ordre d'idée, mais sans faire mention d'une modalité de la propriété, MM. Zenati-Castaing et Revet indiquent que « La richesse [des] virtualités [de la propriété] explique qu'elle puisse être affectée à la réalisation d'un but déterminé » (ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T. (2008). *Les biens* (éd. 3). Ibid., p. 750 et p. 257 suiv.)¹²⁰² : la propriété affectée regroupe ainsi la propriété fiduciaire et la propriété réservée.

voulue par son auteur. Le droit de propriété est ainsi remodelé par l'acte d'affectation »¹²⁰³. La propriété peut ainsi être *affectée à un but*, c'est le cas des libéralités avec charges, des substitutions permises¹²⁰⁴, des fondations avec réalisation d'une œuvre d'intérêt général, mais également de la fiducie¹²⁰⁵, ou être *affectée en garantie*, comme la clause de réserve de propriété prévue dans le cadre d'une vente¹²⁰⁶.

Manière d'être du droit de propriété, les modalités se décomposent en outre entre les modalités qualifiées d' « internes » et d' « externes » de la propriété.

2 La distinction entre les modalités internes et externes de la propriété

La question de cette distinction s'est posée à l'occasion des débats concernant la qualification de la propriété fiduciaire : un auteur, s'inspirant de travaux québécois, proposait de la qualifier de modalité externe de la propriété¹²⁰⁷.

En effet, le Code civil québécois dispose, au second alinéa de son article 947, que la propriété est « susceptible de modalités et de démembrements », les modalités faisant l'objet des articles 1009 et suivants dudit Code, et comportant, sans que cette liste ne soit limitative, le régime de la copropriété et celui de la propriété superficière.

Si ce Code ne définit pas la notion de modalité, pour la doctrine québécoise, elle « peut être définie comme une forme particulière que prend la propriété, tout en conservant uni, sous la gouverne de son titulaire, l'ensemble des attributs de la propriété »¹²⁰⁸, à savoir « un droit de propriété complet » comportant « l'*usus*, au *fructus*, à l'*abusus* et même à l'*accessio* »¹²⁰⁹.

« Le ministre [de la justice], dans ses commentaires portant sur l'article 947, distingue ainsi les notions de modalités et de démembrements : «[...] l'article annonce immédiatement que la propriété est susceptible de modalités et de démembrements. On traite des modalités de

¹²⁰³ CARBONNIER, J. (2004). *Droit civil : les biens, les obligations* (Vol. 2). Ibid., p. 1665.

¹²⁰⁴ Ancien article 1048 : « Les biens dont les père et mère ont la faculté de disposer pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires. » L'ouvrage ayant été publié en 2004, et sans présumer de la volonté de son auteur, il nous semble que l'on peut désormais ici faire référence, d'une façon plus générale, aux libéralités graduelles et résiduelles, permises depuis la loi n°2006-728 du 23 juin 2006.

¹²⁰⁵ Laquelle n'avait alors pas encore fait son entrée dans l'ordre juridique français.

¹²⁰⁶ CARBONNIER, J. (2004). *Droit civil : les biens, les obligations* (Vol. 2). Ibid., p. 1667.

¹²⁰⁷ BOUTEILLE, M. (2010). La propriété fiduciaire, une modalité externe de la propriété. *RLDC 2010* (n° 74).

¹²⁰⁸ NORMAND, S., *op. cit.*, p. 264.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, p. 273.

la propriété lorsque les règles de droit régissent les rapports de plusieurs personnes qui ont un droit de propriété complet comportant tous les attributs de la propriété, usage, jouissance et libre disposition. On parle cependant d'un démembrement lorsque deux ou plusieurs personnes possèdent chacune un ou plusieurs attributs du droit de propriété sur un même bien, mais non tous'' »¹²¹⁰.

Certains ont alors pu en déduire que la propriété fiduciaire constitue une modalité de la propriété, et plus précisément une modalité externe de la propriété. En effet, pour Mme Bouteille, il existe deux types de modalités : les modalités qui affectent la structure même de la propriété, comme c'est le cas dans les droits anglo-saxons, et qui constituent « des propriétés concurrentes sur le même *asset* »¹²¹¹ (comme pour le *fee simple* et le *leasehold*)¹²¹². D'autres modalités n'influent que sur l'exercice des prérogatives du propriétaire, sans en affecter l'existence : ces modalités n'existent que si le propriétaire réunit entre ses mains toutes les prérogatives sur le bien, et ce, même s'il peut être dans l'impossibilité, en tout cas provisoire, de les exercer.

« Aussi, à côté des véritables propriétés amputées que semblent représenter les modalités de la propriété du droit anglais par rapport à notre conception absolue de la propriété, coexistent les modalités n'affectant que l'exercice des prérogatives et non leur existence même. Ainsi nous semble-t-il possible de distinguer, au sein des modalités, entre les modalités internes de la propriété, qui l'affectent dans sa structure même, et les modalités externes, qui laissent sa structure intacte, mais qui affectent son exercice par l'introduction d'obligations à la charge du propriétaire »¹²¹³.

B La qualification de la propriété économique de modalité interne de la propriété

La définition des modalités de la propriété donnée, on constate immédiatement que la propriété économique et la propriété juridique répondent parfaitement à la notion de modalités de la propriété : elles sont des manières d'être de la propriété, des propriétés spéciales.

¹²¹⁰ *Ibid.*, p. 263, citant : Commentaires du ministre de la Justice, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 556.

¹²¹¹ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*.

¹²¹² Voir *supra*.

¹²¹³ BOUTEILLE, M., La propriété fiduciaire, une modalité externe de la propriété, *op. cit.*.

Concernant spécifiquement la propriété fiduciaire (propriété juridique), nous partageons l'avis selon lequel elle est une modalité de la propriété : en tant que propriété affectée, elle est une modalité de la propriété¹²¹⁴. Ainsi, « cette propriété particulière représente une modalité de la propriété, une des formes qu'elle peut revêtir »¹²¹⁵, elle est « une modalité de la propriété traditionnelle, propriété modelée par la finalité pour laquelle elle lui a été transférée »¹²¹⁶. « La propriété fiduciaire mise en place par la loi française semble s'inscrire parfaitement dans le moule de la modalité, s'agissant d'une propriété affectée et finalisée »¹²¹⁷.

Ainsi en est-il pour Mme Bouteille, le fiduciaire ne disposant pas de l'absolutisme puisque n'exerçant que les prérogatives qui lui sont nécessaires pour accomplir sa mission, et qui, au surplus, doivent être déterminées à peine de nullité¹²¹⁸. Or, en recevant la théorie des modalités de la propriété, on admet que le fiduciaire dispose d'une propriété à part entière, mais accepte, *ab initio*, de limiter l'exercice de sa propriété dans le cadre de la fiducie, aux seules prérogatives nécessaires à l'accomplissement de sa mission, d'où, d'ailleurs, la nécessité de préciser les limitations de ces prérogatives¹²¹⁹. Le fait que le fiduciaire doive rendre des comptes peut par ailleurs trouver la même justification dans le cadre des modalités de la propriété, puisque le fiduciaire a, *ab initio*, décidé de limiter volontairement ses pouvoirs. D'autre part, il existe déjà d'autres situations dans lesquelles la propriété est contrôlée par une autre personne que le propriétaire sans que leur droit de propriété n'ait été remis en cause, par exemple « les biens du mineur ou de la personne protégée, d'une façon plus générale, n'ont jamais vu leur propriété remise en cause sous prétexte que leur gestion serait encadrée ».¹²²⁰

Pour M. Barrière, « la modulation que réalise la fiducie est originale, en ce sens qu'elle est la modulation la plus complète qui puisse être. Le droit du fiduciaire est en effet en principe un droit qui ne contient aucune prérogative devant être utilisée pour son bénéficiaire. Ce

¹²¹⁴ BOUTEILLE, M., La propriété fiduciaire, une modalité externe de la propriété, *op. cit.* ; CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations, op. cit.*, p. 1667. Voir également ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 750 et p. 257 suiv., qui, sans la qualifier de modalité de la propriété, classent la propriété fiduciaire dans la catégorie des propriétés affectées.

L'idée de modalité de la propriété avait déjà été proposée pour expliquer la propriété québécoise du Code civil du Bas-Canada : FRENETTE, F. (1985). La propriété fiduciaire. *Les Cahiers de droit*, 1985, Vol. 26 (n° 3), p. 735.

¹²¹⁵ KACZMARECK, L., *op. cit.*, p.1845 s..

¹²¹⁶ BARRIERE, F., La fiducie, *op. cit.*.

¹²¹⁷ EMERICH, Y., La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermédiaire à la propriété ?, *op. cit.*, p. 836.

¹²¹⁸ C. civ. art. 2018, 6°.

¹²¹⁹ BOUTEILLE, M., La propriété fiduciaire, une modalité externe de la propriété, *op. cit.*.

¹²²⁰ CHARLIN, J., *op. cit.*.

n'est pas pour autant un droit vide, puisque des prérogatives sont conférées au fiduciaire et puisque celui-ci a nécessairement un intérêt à détenir ces droits. Simplement la titularité du droit et l'appropriation du résultat de l'exploitation du droit sont dissociées : le bénéfice résultant de l'exercice des prérogatives attachées aux droits fiduciaires n'est pas attribué personnellement au fiduciaire »¹²²¹.

Or, *en tant que* modalité de la propriété traditionnelle, la propriété fiduciaire ne peut être la propriété traditionnelle justement : elle est une propriété spéciale, particulière, d'une autre forme finalement. On ne peut donc pas l'assimiler à la propriété de l'article 544 du Code civil, elle est différente : c'est la propriété fiduciaire¹²²².

Il en va de même de la propriété économique, qui constitue également une propriété que l'on peut qualifier d'affectée compte tenu du fait que son titulaire ne dispose pas immédiatement de toutes les prérogatives du propriétaire ordinaire (propriété économique passive) ou qu'il est tenu d'exercer le pouvoir en vue de la production et de l'appropriation de richesses dans l'intérêt - au moins partiel - du propriétaire juridique (propriété économique active).

Dans le même ordre d'idée, Carbonnier définit l'indivision de la façon suivante : « c'est une modalité qui est au droit de propriété ce qu'est au droit de créance la solidarité active (a. 1197) : il y a deux ou plusieurs sujets pour le même objet. Le même bien appartient, dans son ensemble, à deux ou plusieurs propriétaires. Chacun en a sa part et tous l'ont tout entier »¹²²³. Il nous apparaît que, de ce point de vue-ci, la propriété économique et la propriété juridique répondent à la même organisation, en tant que modalités de la propriété : deux sujets pour un même bien (chacun sur un aspect du bien), et ensemble pour la totalité du bien - ce qui ne signifie pas, d'ailleurs, que la somme de leurs propriétés particulières constitue la propriété ordinaire.

Au-delà de la qualification de modalité de la propriété, certains affirment que la propriété fiduciaire constitue une modalité externe de la propriété, c'est-à-dire une modalité qui n'affecte que l'exercice des prérogatives du propriétaire, sans en affecter l'existence : en somme, il réunit entre ses mains toutes les prérogatives sur le bien, mais il est « dans

¹²²¹ BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 324.

¹²²² *Contra* : BOUTEILLE, M., La propriété fiduciaire, une modalité externe de la propriété, *op. cit.*, qui, justement, assimile la propriété fiduciaire à la propriété de l'article 544 du Code civil comme en constituant une modalité externe.

¹²²³ CARBONNIER, J., *Droit civil : les biens, les obligations*, *op. cit.*, p. 1657.

l'impossibilité provisoire »¹²²⁴ de les exercer. Ces modalités externes ne font « que priver provisoirement le titulaire de l'exercice de l'une de ses prérogatives »¹²²⁵.

Or justement, le fiduciaire n'est pas dans l'impossibilité provisoire d'exercer toutes les prérogatives du propriétaire ordinaire : il est dans l'impossibilité perpétuelle de les exercer. En effet, de quelque durée que soit la fiducie, le fiduciaire - en tant que fiduciaire - ne pourra jamais être considéré comme un propriétaire ordinaire tant que dure la fiducie. Ce n'est donc pas seulement l'exercice de ses prérogatives par le fiduciaire qui est affecté, mais bel et bien l'existence même de certaines d'entre elles.

En outre, il est avancé que notre système juridique ne peut admettre de modalités internes de la propriété puisqu'il est « fondé sur une conception unitaire de la propriété, et [qu'il] consacre son fameux absolutisme, contrairement aux systèmes des pays de *Common Law* »¹²²⁶. Or nous avons vu que ces deux principes sont mis à mal, l'unité ou l'unicité¹²²⁷ de la propriété étant plutôt théorique, et l'absolutisme, s'il est un principe important dans la structure du droit de propriété, n'en est cependant pas un caractère distinctif¹²²⁸.

Aussi pensons-nous que la propriété fiduciaire, et la propriété juridique en général, constitue une modalité interne du droit de propriété, c'est-à-dire une propriété amputée.

Concernant la propriété économique, la question est quelque peu différente, puisque, contrairement à la propriété fiduciaire, elle est une vocation - au moins éventuelle - à la plénitude des prérogatives¹²²⁹. Cependant, notre position est identique concernant les arguments tenant à l'unité du droit de propriété et à son absolutisme, aussi pouvons-nous en conclure que la propriété économique constitue une modalité interne de la propriété : la propriété « est la position la plus complète, la plus étendue, mais elle demeure elle-même, malgré toutes les amputations et restrictions qu'elle peut subir »¹²³⁰.

¹²²⁴ BOUTEILLE, M., La propriété fiduciaire, une modalité externe de la propriété, *op. cit.*.

¹²²⁵ *Ibid.*. Voir également BEIGNIER, F. (2018). *La fiducie : aspects juridiques et fiscaux, contribution à l'étude du patrimoine fiduciaire*. Issy-les-Moulineaux: Defrénois Lextenso éditions, p. 65, qui assimile également la propriété fiduciaire à une modalité externe de la propriété.

¹²²⁶ BOUTEILLE, M., La propriété fiduciaire, une modalité externe de la propriété, *op. cit.*.

¹²²⁷ Sur ces notions, voir *infra*.

¹²²⁸ Voir *supra*.

¹²²⁹ Voir *supra*.

¹²³⁰ ATIAS, C. (2007). Une propriété sans objet (propriété, vocation et contrat). *D. 2007*, p. 2415.

|| CONCLUSION DU TITRE 1

La fiducie a entrouvert la porte de la redécouverte de la propriété économique.

Pourtant, selon certains, divers obstacles d'ordre juridique s'opposent à ce que la propriété économique puisse exister¹²³¹. Cependant, compte tenu de l'approche renouvelée que nous proposons de la notion de propriété économique, il apparaît désormais évident qu'il n'existe plus aucun obstacle juridique, tant civils (①) que constitutionnels (②), qui puisse s'opposer à la reconnaissance de l'existence de la propriété économique dans notre droit.

① L'absence d'obstacle d'ordre civil

Il est vrai que la place de la propriété économique dans le droit civil n'est pas évidente au premier abord, et si l'on aborde la propriété économique sous l'angle spécifique de la fiducie, force est de constater que plusieurs obstacles auraient effectivement pu l'interdire¹²³². En vérité, aucune de ces critiques n'est plus pertinente à condition que la propriété économique soit saisie sous son acception renouvelée.

En premier lieu, elle aurait été contraire au principe de non-crédation d'un nouveau type de démembrement de propriété : le Code civil prévoyant lui-même certaines répartitions des prérogatives qu'il comporte, notamment entre usufruitier et nu-propiétaire, créer d'autres démembrements contreviendrait à cette prévision. En réalité, il n'est aujourd'hui plus question, tant en doctrine qu'en jurisprudence, d'un *numerus clausus* des droits réels, ainsi que nous l'avons vu. Ensuite, nous avons analysé que, en tout état de cause, la fiducie - et la distinction propriété économique / propriété juridique en général - ne réalise aucun démembrement du droit de propriété.

En outre, elle porterait atteinte à la réserve héréditaire¹²³³ : or, sous réserve que la fiducie-libéralité voie le jour ultérieurement, ce qui n'est pas envisagé par le législateur, pour l'instant en tout cas, il est clair que le constituant devra respecter, en présence d'héritiers

¹²³¹ Voir en particulier : CROCQ, P., *Propriété et Garantie*, op. cit., p. 189 suiv..

¹²³² PISANI, C. (1990). La fiducie. *Defrénois 1990* (n° 9).

¹²³³ C. civ. art. 912 suiv..

réservataires, les limites de la quotité disponible. La fiducie-sûreté ne constituera alors « pas plus qu'une autre libéralité une atteinte à la réserve »¹²³⁴. On ne voit donc pas bien comment la propriété économique porterait atteinte à la réserve héréditaire, ou en tout cas pas plus que les autres types de libéralité déjà existantes dans l'ordre juridique.

En troisième lieu, elle ferait échec à la prohibition des clauses d'inaliénabilité : on sait que la validité des clauses d'inaliénabilité est soumise à la double condition de leur caractère temporaire et de leur justification par un intérêt sérieux et légitime¹²³⁵. Or, dans le cas de la fiducie-sûreté, cet intérêt légitime et sérieux réside dans la nécessité de retransférer le bien au constituant en fin de garantie, et l'inaliénabilité se trouve limitée à la durée de la sûreté. Dans la fiducie-gestion, il se trouve dans la nécessité de protéger le constituant, contre ses actes de dilapidation, contre sa mauvaise gestion, etc., et l'inaliénabilité est limitée à la durée de la mission du fiduciaire.

Cet argument n'est donc pas non plus pertinent.

Plus généralement concernant la propriété économique, la reconnaissance de son existence porterait atteinte au principe d'*unité* de la propriété¹²³⁶, c'est-à-dire au principe selon lequel l'article 544 du Code civil « confère un pouvoir complet de jouissance sur la chose qui en est l'objet. Le propriétaire, pouvant, selon les dispositions de l'article 544, jouir et disposer de la chose de la manière la plus absolue, doit par conséquent être en mesure de jouir de l'intégralité des utilités de sa chose »¹²³⁷. « Afin de maintenir les caractères unitaire et exclusif de la propriété, tels qu'ils résultent de l'article 544 du Code civil, la propriété doit conférer à tout le moins une potentialité de jouissance complète de la chose qui en est l'objet, c'est-à-dire qu'elle maintient au bénéfice du propriétaire une vocation à une pleine jouissance de la chose, une vocation à recouvrer une plénitude de prérogatives sur cette chose »¹²³⁸.

¹²³⁴ PISANI, C., *op. cit.*

¹²³⁵ CONCHON, H. (2002). Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps. *LPA 2002* (n° 75).

¹²³⁶ RAVENNE, S., *op. cit.*, p. 216 suiv., pour rejeter la position de M. Goyer (GOYET, C., *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, op. cit.*) et de M. Blanluet (BLANLUET, G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, op. cit.*).

¹²³⁷ DANOS, F. (2012). Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie. *Deffrénois 2012* (n° 21).

¹²³⁸ DANOS, F., Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie, *op. cit.*

Or justement, nous avons vu que la propriété économique, comme la propriété juridique d'ailleurs, répondent bien à la condition d'une nécessité de potentialité de plénitude de prérogatives.

Une variante consiste en outre à avancer que la reconnaissance de la propriété économique remettrait en cause le principe d'*unicité* du droit de propriété¹²³⁹, c'est-à-dire le fondement selon lequel il ne peut exister de « propriétés simultanées » en dehors de l'indivision. En effet, pour certains, l'existence de plusieurs propriétaires pour un même bien est « impossible en dehors de l'hypothèse de l'indivision : ‘il y a un droit, un seul, avec lequel le droit de propriété est inconciliable sur une même chose : c'est le droit de propriété. Deux droits de propriété ne peuvent pas coexister sur une chose. Deux ou plusieurs personnes peuvent être copropriétaires d'une chose, c'est-à-dire avoir chacune sur une chose *une part du droit de propriété*. Mais deux ou plusieurs personnes ne peuvent être en même temps propriétaires de la chose, c'est-à-dire avoir chacune sur elle *le droit total de propriété*' »¹²⁴⁰.

Or justement, dans le cadre de propriétés juxtaposées (propriété juridique, propriété économique), aucun n'a « le droit total de propriété », mais chacun a des droits de nature différente sur le bien, et nous avons vu qu'il peut tout à fait exister des propriétés simultanées en dehors de toute indivision.

② L'absence d'obstacle d'ordre constitutionnel

Certains soulignent que, « sauf à violer la Constitution, il ne peut pas y avoir, pour un même bien et au même moment, deux formes de propriété différentes en droit français »¹²⁴¹, au motif que « selon le Conseil constitutionnel, le droit de disposer est de l'essence de la propriété [...], comme l'est également l'existence d'une plénitude de prérogatives sur l'objet de la propriété (avec pour conséquence logique la reconnaissance du caractère constitutionnel du droit de demander le partage d'une indivision afin que la plénitude de prérogatives puisse être reconstituée [...]) »¹²⁴².

¹²³⁹ RAVENNE, S., *op. cit.*, p. 227 suiv..

¹²⁴⁰ CROCQ, P., *Propriété et Garantie*, *op. cit.*, p. 194, par référence à VAREILLES-SOMMIERES, G., *op. cit.*, p. 443 s..

¹²⁴¹ CROCQ, P., & AYNES, L., *op. cit.*, p. 2559 s..

¹²⁴² *Ibid.*, p. 2559 s..

Concernant le droit de disposer, il faut bien admettre que, s'il est essentiel au droit de propriété, la propriété ne se réduit pour autant pas à cette caractéristique.

En effet, la faculté de disposition du propriétaire d'un bien peut tout à fait être restreinte, voire même anéantie : « d'une manière générale, il ne peut le grever de charges nouvelles ni concéder de droits nouveaux qui soient incompatibles avec ceux antérieurement établis »¹²⁴³. Par exemple lorsqu'il met son bien location, il perd la faculté de pouvoir le louer une seconde fois pour le même terme, ou bien lorsque la chose est soumise à usufruit, il ne peut rien faire qui nuise aux droits de l'usufruitier, ou encore si le bien est grevé d'une servitude, il ne peut rien faire qui en diminue l'usage.

De la même façon, s'il en allait ainsi, toute personne majeure soumise au régime de la tutelle ne pourrait être propriétaire, puisque privée, éventuellement sa vie durant, du droit de disposer elle-même de ses biens¹²⁴⁴.

L'existence d'une plénitude de pouvoirs ne nous semble pas non plus être concluante, sinon, à l'image des indivisaires qui ne peuvent être privés du droit de demander le partage, aucun copropriétaire (au sens de la Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis), qui dispose de droits de même nature que les autres copropriétaires sur les parties communes, ne devrait pouvoir être privé du droit de demander le partage desdites parties communes... or tel n'est pas le cas¹²⁴⁵. Pour autant, le copropriétaire est bien un propriétaire.

En outre, aucune disposition de la Constitution du 4 octobre 1958 elle-même, ou des éléments dont il est fait référence en son préambule¹²⁴⁶, n'interdit la coexistence de deux propriétés de nature différente sur un même bien. Sans être muets sur le sujet de la propriété, ces textes sont assez laconiques sur ce point en réalité, puisque les seules dispositions traitant de la propriété sont les suivantes :

¹²⁴³ GINOSSAR, S., *op. cit.*, p. 31.

¹²⁴⁴ C. civ. art. 473 et 505.

MARIA, I., & ROBBE, C. (2016). Majeur vulnérable : protection judiciaire : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, habilitation familiale. *Dalloz action Droit de la famille, Chap. 335*, p. 1381.

¹²⁴⁵ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, art. 6 : « Les parties communes et les droits qui leur sont accessoires ne peuvent faire l'objet, séparément des parties privatives, d'une action en partage ni d'une licitation forcée. ».

¹²⁴⁶ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et Charte de l'environnement de 2004.

Le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1958, lequel renvoie au préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans sa décision dite « Liberté d'association » du 16 juillet 1971 (Cons. const. 16 juill. 1971 n° 71-44 DC).

« La loi fixe [...] les règles concernant : [...] les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ». ¹²⁴⁷

« La loi détermine les principes fondamentaux : [...] du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ». ¹²⁴⁸

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». ¹²⁴⁹

« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». ¹²⁵⁰

« Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». ¹²⁵¹

En réalité, seules deux dispositions pourraient alimenter le sujet : la propriété est qualifiée d'une part de « droit naturel et imprescriptible de l'Homme », et d'autre part de « droit inviolable et sacré », mais on ne voit pas bien en quoi cela est juridiquement incompatible avec la possibilité d'une superposition de propriétés de nature différentes sur un même bien. Raisonçons par l'absurde : si la propriété ne pouvait avoir qu'un seul visage, celui d'une propriété entière et complète, une et unique, alors aucune superposition de propriétés - y compris de même nature (on pense à l'indivision), et aucun démembrement (on pense à l'usufruit), sur un même bien, ne serait possible.

D'aucuns pourront arguer que la propriété entière relève de « l'esprit » de la Constitution et qu'elle n'autorise donc, de fait, aucun autre type de propriété. Cet argument ne nous semble pas pertinent : la définition à donner à la propriété, et en particulier la possibilité d'une propriété économique, face à une propriété juridique, n'était pas au cœur des débats lors de l'adoption de la Constitution.

L'était-elle lors de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ? Certainement, mais dans le cadre du souvenir, à l'époque féodale, des rapports de force entre un seigneur ayant le domaine éminent et un tenancier ayant le domaine utile, et surtout dans un cadre fiscal, la propriété éminente de la fin de l'Ancien régime se résumant finalement à la

¹²⁴⁷ Constitution du 4 octobre 1958, art. 34 al. 2.

¹²⁴⁸ Constitution du 4 octobre 1958, art. 34 al. 3.

¹²⁴⁹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 2.

¹²⁵⁰ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 17.

¹²⁵¹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, 9.

perception des taxes¹²⁵². Même si elle en a été une conséquence, il ne nous semble pas que ce soit la propriété en elle-même qui a conduit à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, mais plutôt la façon dont les protagonistes la pratiquaient par la création de rapports de soumission entre les personnes. De nos jours, la situation est bien différente, et la juxtaposition de deux types de propriétés sur un même bien n'a plus rien de commun, d'un point de vue humain, avec la situation du domaine utile et du domaine éminent de cette époque¹²⁵³.

En tout état de cause, si la réminiscence de la théorie du double domaine, ce « souvenir du droit féodal »¹²⁵⁴, « hante en effet notre sujet »¹²⁵⁵, on ne peut, de toute façon, que constater que certains domaines de l'ordre juridique actuel lui font déjà écho, et en particulier le bail à construction ou l'emphytéose, débarrassés de leur perpétuité¹²⁵⁶.

« Il ne faut donc pas se laisser abuser par une évocation suggestive. La féodalité fut d'abord une organisation politique et sociale fondée sur un mode particulier d'appropriation de la terre, et on ne saurait s'emparer à plus ou moins bon escient des catégories du droit féodal pour agiter la crainte d'un retour à une société disparue. [...] Sans doute le mot, sinon la notion, de double domaine permet d'opposer à la propriété exclusive et absolue son antithèse exacte. Pourtant, il est inutile de rechercher dans un passé révolu le modèle¹²⁵⁷ d'une propriété relative. Elle existe aujourd'hui et, si elle ne paraît guère conforme à l'esprit du Code civil, elle existe grâce à lui [...] »¹²⁵⁸ sous la forme de la fiducie notamment.

Ainsi, même si la propriété économique trouve ses origines à une époque ancienne, elle n'est plus aujourd'hui ce qu'elle était à l'ère médiévale et dans l'Ancien droit, et il nous apparaît qu'une nouvelle façon de l'aborder est possible. La propriété économique, ainsi que nous proposons de la repenser, s'intègre ainsi parfaitement dans l'ordre juridique : sans révolutionner la définition générale de la propriété, elle constitue simplement une manière différente de l'approcher.

¹²⁵² Voir *supra*. Voir également LEGAY, M.-L., FELIX, J., & WHITE, E. (2009). Retour sur les origines financières de la Révolution française. *Annales historiques de la révolution française*, 2009 (n° 356), p. 183 suiv. : M. WHITE y décrit notamment la France de l'époque comme « suffoquée par un système fiscal inefficace », n° 24.

¹²⁵³ D'ailleurs, nombre de démocraties, telles la Grande-Bretagne ou les États-Unis, connaissent la juxtaposition de propriétés.

¹²⁵⁴ GOYET, C., *op. cit.*, p. 192.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, p. 191.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 192.

¹²⁵⁷ La théorie du double domaine ne sert pas de modèle au régime juridique de l'actuelle dissociation propriété économique / propriété juridique, simplement elle en est l'ancêtre.

¹²⁵⁸ GOYET, C., *op. cit.*, p. 192-193.

Partant de cette nouvelle lecture de la propriété économique, il apparaît qu'elle trouve déjà application dans un certain nombre de situations juridiques et qu'il est possible d'en établir un régime juridique global. Aussi, après avoir étudié le principe de la propriété économique renouvelée, convient-il d'en analyser les modalités et potentialités.

TITRE 2

LES MODALITES ET POTENTIALITES

DE LA PROPRIETE ECONOMIQUE

RENOUVELEE

Nous avons vu qu'il était possible d'aborder la propriété économique sous un angle différent de celui traditionnellement et historiquement admis.

Or la redéfinition de la propriété économique implique une réétude de ses potentialités, qui se trouvent êtres démultipliées.

Il s'agit ici, en effet, d'avoir une approche pratique et concrète des possibilités offertes par la propriété économique renouvelée, et l'on perçoit rapidement que son champ d'application s'étend d'ores et déjà dans des domaines très divers. D'applications multiples, la propriété économique ainsi abordée sous un jour différent se décompose en de nombreuses variations et offre une multitude d'opportunités (chapitre 1).

Cette pluralité de visages de la propriété économique ne l'empêche cependant pas de présenter des caractères communs. Toute disséminée soit-elle dans divers domaines du droit, il est néanmoins possible d'en dégager un régime juridique global (chapitre 2).

CHAPITRE 1

LE CHAMP D'APPLICATION DE LA PROPRIÉTÉ ÉCONOMIQUE

RENOUVELEE

Le principe de juxtaposition de propriétés distinctes (propriété juridique, propriété économique) sur un même bien, ainsi, a été redécouvert en 2007 avec l'introduction de la fiducie dans l'ordre juridique contemporain. Or, si l'on relit la propriété économique de façon différente, il nous semble alors que le concept n'est pas limité à la seule fiducie, qu'il peut recouvrir en réalité des pans entiers du droit, que nous allons nous efforcer d'étudier : il s'agira ainsi de relire un certain nombre de mécanismes existants à la lumière de la définition renouvelée de la propriété économique.

Il ne s'agit en revanche pas d'une liste exhaustive des cas dans lesquels l'on est susceptible de trouver une propriété économique, mais plutôt de faire ressortir la multiplicité des situations dans lesquelles l'on peut être amené à trouver la notion. Nous verrons ainsi que la propriété économique, ainsi redéfinie, peut avoir une ampleur tout à fait exceptionnelle dans l'ordre juridique (section 1).

En outre, cette nouvelle grille de lecture de la propriété économique pourrait lui permettre de réellement concurrencer le *trust*. Il est clair que la fiducie, telle qu'elle existe actuellement, ne remplit absolument pas cette fonction, pour preuve le peu de fiducie mises en œuvre depuis 2007.... Or la propriété économique, perçue sous une approche rénovée, nous apparaît comme un moyen exceptionnel de concurrencer le *trust*, d'une façon générale, par la mise en œuvre de mécanismes *ad hoc* (section 2).

Section 1 La relecture de mécanismes existants à la lumière de la conception renouvelée de la propriété économique

Dans les développements qui suivent, notre dessein est de généraliser cette propriété d'exception qu'est la propriété économique du bénéficiaire de la fiducie, afin d'y découvrir la

notion d'une propriété double qui pourrait enrichir la compréhension d'un certain nombre d'autres situations juridiques¹²⁵⁹.

En effet, le principe de l'existence de la propriété étant posé, nous avons été amenés à constater que la propriété économique présente une double forme : si les droits du bénéficiaire dans la fiducie relèvent de la propriété économique que l'on peut qualifier de *passive*, il existe également moult situations qui répondent également à cette définition (I).

En outre, bien des cas de propriété économique *active* existe également déjà dans l'ordre juridique (II).

I Les propriétés économiques passives dans l'ordre juridique

Nous avons vu que la propriété économique passive est la vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète d'un bien (ou à un bien subrogé ou à sa valeur) dont on n'est pas juridiquement propriétaire, et sur lequel le propriétaire juridique exerce, pendant ce laps de temps, le pouvoir de gestion dans l'intérêt, pour l'utilité, du propriétaire économique auquel peut éventuellement s'ajouter (mais sans jamais être exclusif) son propre intérêt.

Or, il existe d'ores et déjà, dans l'ordre juridique, des situations présentant une organisation des prérogatives et droits des différents protagonistes pouvant impliquer une propriété économique passive. D'une façon générale, les situations dans lesquelles on trouve une propriété économique passive se regroupent en deux catégories : celles qui sont réalisées dans l'intérêt exclusif du propriétaire économique (A) et celles dont l'intérêt est partagé entre le propriétaire économique et le propriétaire juridique (B).

Compte tenu des développements qui précèdent, l'on ne s'attardera pas ici sur le cas de la fiducie, le fiduciaire, propriétaire juridique, devant gérer et exploiter les biens fiduciaires dans l'intérêt du bénéficiaire, mais il va de soi que la fiducie appartient à cette catégorie, et nous renvoyons le lecteur aux développements qui précèdent à ce sujet.

A Propriété économique et intérêt exclusif du propriétaire économique

Lorsque le propriétaire juridique exerce le pouvoir dans l'intérêt exclusif du propriétaire économique, il peut le faire par exemple dans le cadre d'un mode d'organisation (1) ou de gestion (2) du patrimoine.

¹²⁵⁹ Nous paraphrasons ici, en modifiant certains termes, M. Goyet : GOYET, C., *op. cit.*, p. 193.

1 La propriété économique comme mode d'organisation du patrimoine

Nous avons vu que l'objectif des présents développements n'est pas de lister tel un catalogue les différentes propriétés économiques qui existent, mais plutôt de faire ressortir, à travers des exemples, la multiplicité des situations. Ainsi, nous semble t-il que l'exemple de la société est assez caractéristique comme mode d'organisation du patrimoine.

En effet, la propriété économique se retrouve dans ce domaine à deux niveaux, non seulement entre la société elle-même et ses associés (a), mais également, et en particulier de façon plus marquée encore, concernant certaines formes de sociétés immobilières (b).

a Les associés, propriétaires économiques de l'universalité du patrimoine de la société

L'article 1832 du Code civil définit la société de la façon suivante : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter [al. 1]. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne [al. 2]. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes [al. 3]. »

En somme, « la société est issue de l'acte juridique par lequel deux ou plusieurs personnes décident de mettre en commun des biens ou leur industrie (activité, compétences...) dans le but de partager les bénéfices, les économies ou les pertes qui pourront en résulter. Exceptionnellement, la création d'une société peut être le fait d'une seule personne »¹²⁶⁰.

L'accent est ainsi mis sur quatre types d'éléments : le ou les associés, les apports, l'entreprise commune (au sens de projet) et la participation aux résultats¹²⁶¹.

Ainsi, une personne, en contrepartie de son apport, reçoit des titres, qui sont des actions¹²⁶² ou des parts sociales¹²⁶³ selon le cas, ainsi que la qualité d'associé : elle perd la

¹²⁶⁰ BAILLY-MASSON, C. (2000). L'intérêt social, une notion fondamentale. *LPA 2000* (n° 224).

¹²⁶¹ LE CANNU, P., & DONDERO, B. (2015). *Droit des sociétés* (éd. 6). Issy-les-Moulineaux: LGDJ, p. 71.

¹²⁶² Dans les sociétés par actions : société anonyme (SA), société en commandite par actions (SCA), société par actions simplifiée (SAS), société européenne (LE CANNU, P., & DONDERO, B., *op. cit.*, p. 417).

¹²⁶³ Dans les autres formes de sociétés : société à responsabilité limitée (SARL), société civile (SC), etc..

propriété des biens dont elle était jusque-là propriétaire¹²⁶⁴ pour que la société, personne distincte, en soit elle-même propriétaire.

N'étant plus propriétaire des biens apportés, l'associé n'a plus aucun pouvoir sur eux ni ne peut plus en profiter directement. Cependant, sa qualité d'associé lui ouvre de nouveaux horizons : il participe aux décisions collectives¹²⁶⁵ et aux résultats de la société¹²⁶⁶.

Bénéficiaire de l'apport, la société est propriétaire des biens apportés, et l'on peut qualifier cette propriété de propriété juridique, tout comme celle des associés peut être qualifiée de propriété économique.

Cette affirmation peut surprendre : comme nous l'avons indiqué, l'on enseigne habituellement que les associés perdent la propriété des biens qu'ils apportent, en contrepartie de quoi ils deviennent propriétaires de titres sociaux. En réalité, notre réflexion sur leur propriété économique ne porte pas sur les biens dont ils ont pu faire apport à la société, mais sur les biens dont la société est propriétaire d'une façon générale : biens qui lui ont été apportés à l'occasion de sa constitution ou d'une augmentation de capital, mais également biens acquis par elle, ou encore fruits perçus par elle issus de ses biens frugifères¹²⁶⁷. Il s'agit de son patrimoine pris comme universalité.

La société est juridiquement propriétaire de ces biens, et de façon active : c'est la société qui, au travers des décisions qui sont prises en son nom par ses dirigeants et associés, administre ses actifs. Précisons d'ores et déjà que les associés eux-mêmes ne gèrent pas personnellement les biens de la société : s'ils prennent des décisions collectives en assemblées générales¹²⁶⁸, aucun n'a, en personne, de tels droits. C'est bien la société, personne morale à part entière, qui les a.

On dit également que la société a « un intérêt propre qui est différent des intérêts particuliers des associés qui composent la société »¹²⁶⁹ : l'intérêt du groupement, la société, est distinct de l'intérêt personnel de ses membres, les associés, et à ce titre, on voit mal comment les associés pourraient être considérés comme étant propriétaires économiques. En réalité, c'est à la définition de l'intérêt social qu'il convient de se référer.

¹²⁶⁴ Pour les apports en nature en propriété. Les apports peuvent également être en jouissance ou en industrie : C. civ. art. 1843-3.

¹²⁶⁵ C. civ. art. 1844 al. 1.

¹²⁶⁶ C. civ. art. 1832 et 1844-1.

¹²⁶⁷ Loyers, intérêts de placements, etc..

¹²⁶⁸ COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F. (2017). *Droit des sociétés* (éd. 30). Paris: LexisNexis, p. 204.

¹²⁶⁹ BAILLY-MASSON, C., *op. cit.*.

La notion d'intérêt social¹²⁷⁰ n'étant pas déterminée par la loi, le concept a été forgé par la jurisprudence et la doctrine, au gré des besoins. « L'intérêt social est un standard, un guide qui impose d'agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société. C'est un impératif de conduite, en clair la boussole qui indique la marche à suivre »¹²⁷¹.

Une première définition voudrait que l'intérêt social ne soit pas confiné au seul intérêt de la société, mais « englobe l'intérêt de l'entreprise qui est la réalité économique, humaine et financière à laquelle la société sert d'enveloppe juridique [...]. La gestion de la société doit être développée dans le respect des contraintes inhérentes à l'entreprise, c'est-à-dire pesant sur la société en sa qualité d'entrepreneur et d'employeur »¹²⁷². Nous ne partageons pas cette conception de l'intérêt social, dans la mesure où :

- Une entreprise peut être exploitée en dehors de toute société, c'est le cas de l'entreprise individuelle,

- Toute société n'est pas le support d'une entreprise : on pense en particulier aux sociétés constituées dans un but patrimonial, telles les sociétés civiles immobilières.

Aussi, selon nous, l'intérêt social ne peut être résumé à l'intérêt de l'entreprise, même si, parfois, il l'englobe.

Selon une autre interprétation, dite institutionnelle, « l'intérêt social ne se confond pas avec l'intérêt égoïste des associés [...] ; la société a un rôle propre, qui transcende celui des associés »¹²⁷³ : il s'agit d'un intérêt supérieur qui les domine¹²⁷⁴. Nous ne partageons pas non plus cette vision de l'intérêt social, les associés fondateurs ayant nécessairement une bonne raison de constituer la société : « ''partager le bénéfice ou profiter d'une économie''. On n'entre pas en société pour poursuivre un but altruiste, s'abîmer dans des recherches philosophiques, se lancer dans une quête spirituelle, prier, rêver, contempler, méditer. Nul

¹²⁷⁰ Notion distincte de l' « objet social », qui apparaît clairement dans les statuts, et qui se définit « comme la ou les activités que les associés se proposent de faire exercer à la société » : LE CANNU, P., & DONDERO, B., *op. cit.*, p. 163. Voir également CHAPUT, Y. (1973). *De l'objet social des sociétés commerciales*. Thèse, Clermont-Ferrand, p. 36 suiv..

¹²⁷¹ COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F., *op. cit.*, p. 247.

¹²⁷² *Ibid.*, p. 248, décrivant les différentes positions doctrinales quant à la définition de l'intérêt social.

¹²⁷³ COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F., *op. cit.*, p. 248, décrivant les différentes positions doctrinales quant à la définition de l'intérêt social.

¹²⁷⁴ BAILLY-MASSON, C., *op. cit.*, qui décrit « l'intérêt social supérieur à celui des associés », se fondant sur les dispositions relatives à l'abus de majorité et de minorité.

n'entre en société s'il n'a pas l'intention de rechercher un avantage économique, profit ou économie : telle est la cause, ou aujourd'hui, le but de la société »¹²⁷⁵.

Aussi sommes-nous partisans de la conception, dite contractuelle, de l'intérêt social : concrètement, l'intérêt social correspond à l'intérêt commun des associés visé à l'article 1833 du Code civil : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ». « En matière d'acte juridique - et la société en est un [...] - la notion d'intérêt renvoie aux parties à l'acte, en l'occurrence aux associés ; l'intérêt commun est l'intérêt de chacun des associés, identique pour tous, tel qu'il est défini dans l'acte de société¹²⁷⁶ ; c'est un intérêt personnel mais objectivé par son inscription dans le pacte social ; il se définit par référence au but du contrat de société [...], à savoir l'enrichissement de l'ensemble des parties contractantes par la réalisation de l'objet social (C. civ., art. 1832) »¹²⁷⁷.

En effet, l'affirmation selon laquelle l'intérêt social se définit par opposition aux intérêts individuels des associés se trouve démentie par l'existence même des sociétés unipersonnelles¹²⁷⁸. « En réalité, la personne morale tirant son existence de l'acte constitutif du groupement, c'est à cet acte qu'il appartient de déterminer l'intérêt dont est en charge le groupement personnifié. La nécessité d'un intérêt distinct se ramène donc à l'exigence que l'acte constitutif fasse apparaître un intérêt juridique et qu'il soit opposable aux tiers. Or, en matière d'acte juridique, la notion d'intérêt renvoie aux personnes : l'intérêt exprimé est celui des parties à l'acte [...]. Cela signifie par conséquent que l'intérêt du groupement n'est autre que l'intérêt de ses membres ou fondateurs tel qu'il ressort de son acte constitutif [...]. La déduction s'impose alors que la personnification repose, non sur une distinction de l'intérêt du groupement et des intérêts individuels de ses membres, mais sur une sélection opérée au sein de l'ensemble de ces intérêts individuels par l'acte constitutif du groupement »¹²⁷⁹.

¹²⁷⁵ COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F., *op. cit.*, p. 1.

¹²⁷⁶ *Contra* : SCHMIDT, D. (1994). *Revue de droit bancaire* 1994, p. 205 (cité par BAILLY-MASSON, C., *op. cit.*) : « Intérêt social et intérêt commun ont chacun leur domaine. L'intérêt social, concept à contenu variable, indique ce qui est bon pour la société. Au contraire, l'intérêt commun, concept à contenu strict, implique que chaque associé participe à l'enrichissement social en proportion de ses droits individuels. L'intérêt social concerne les relations entre associés. L'intérêt commun commande que toute décision sociale comportant des effets sur le patrimoine des associés alloue à chacun son dû ». Nous ne partageons pas cette vision de l'intérêt commun.

¹²⁷⁷ COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F., *op. cit.*, p. 247-248, décrivant les différentes positions doctrinales quant à la définition de l'intérêt social.

¹²⁷⁸ « Parce que ces intérêts individuels peuvent être tout aussi bien ceux d'une seule personne que ceux d'un groupe de personnes, l'attribution de la personnalité morale à des groupements non collectifs ne représente pas une anomalie » : WICKER, G. (2016). *Personne morale. Répertoire de droit civil*, n° 27.

¹²⁷⁹ WICKER, G., *Personne morale, op. cit.*, n° 26. Voir également GAILLARD, E., *op. cit.*, p. 196.

Ici, le but du groupement correspond aux avantages que ses membres ou fondateurs sont en droit d'en attendre, lesquels sont le plus souvent de nature pécuniaire, à savoir le droit aux bénéfices, ou encore l'affectation personnelle des biens à la dissolution-liquidation de la société¹²⁸⁰. Évidemment, la société peut être déclarée fictive, et frappée de nullité, si elle n'est « qu'une façade destinée à masquer les agissements d'une [...] personne. Mais la fictivité suppose en ce cas, [...] que l'intérêt poursuivi par cette personne diffère de l'intérêt caractérisé par l'acte constitutif »¹²⁸¹.

Ainsi, l'intérêt social étant l'intérêt commun des associés, il apparaît tout à fait clairement que l'opération est réalisée pour l'utilité des associés. Or, la société n'étant jamais perpétuelle (son existence est limitée à 99 ans¹²⁸², durée longue et renouvelable, certes, mais néanmoins temporaire), les associés ont la vocation certaine¹²⁸³, à l'arrivée du terme, à la propriété complète des biens sociaux pris dans leur universalité, dont ils ne sont, dans l'intervalle, pas juridiquement propriétaires, et sur lesquels la société exerce, pendant ce laps de temps, le pouvoir économique dans l'intérêt social, intérêt commun des associés. Or il s'agit-là de la définition de la propriété économique : les associés sont propriétaires économiques, tandis que la société est propriétaire juridique¹²⁸⁴.

D'une façon plus générale, on peut dire que « la réalité économique renverse [...] l'apparence juridique. Là où la société est juridiquement titulaire du droit de propriété, elle n'est, dans la réalité économique, qu'un simple représentant mandaté à l'effet de porter le bien d'autrui »¹²⁸⁵.

¹²⁸⁰ L'avantage peut également consister en une organisation particulière de la gestion des actifs, par exemple dans les sociétés familiales, où le recours à la société permet d'écarter la règle de l'indivision - et en particulier l'unanimité, au profit de règles de majorité concernant les décisions prises en assemblées générales.

¹²⁸¹ WICKER, G., *Personne morale*, *op. cit.*, n° 29.

¹²⁸² C. civ. art. 1838.

¹²⁸³ Sauf liquidation judiciaire, cela va sans dire.

¹²⁸⁴ Voir par exemple, en droit allemand, la théorie développée par Ernst Immanuel BEKKER selon laquelle le patrimoine d'une société en nom collectif (*offene Handelsgesellschaft*) appartient aux associés et non pas à la société, tout en étant séparé du reste de leur patrimoine : RIEHM, T. (2010). Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés. *RLDA 2010* (n° 77) (citant : BEKKER, E. I. (1861). *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Actiengesellschaften*, ZHR 4, p. 499 suiv. ; BEKKER, E. I. (1873). *Zur Lehre vom Rechtssubjekt*, JherJb 12, p. 1 suiv.).

¹²⁸⁵ BLANLUET, G., *op. cit.*, p. 209.

b Les associés des sociétés d'attribution et assimilées, propriétaires économiques d'actifs sociaux en particulier

Si la société de droit commun ne distingue pas les actifs sociaux quant aux droits des associés sur eux, certaines sociétés particulières, au contraire, permettent aux associés d'avoir des droits sur des actifs sociaux ciblés. C'est en particulier le cas de la *société d'attribution*¹²⁸⁶, laquelle a pour objet la construction ou l'acquisition « d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance [ainsi que] la gestion et l'entretien de l'immeuble jusqu'à la mise en place d'une organisation différente »¹²⁸⁷, concrètement, la copropriété au sens de la Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

Il s'agit d'une société particulière puisqu'elle peut ne pas avoir pour but le partage d'un bénéfice¹²⁸⁸ entre les associés : pour autant, ces derniers ont un but commun, se faire attribuer individuellement en propriété ou en jouissance certains biens particuliers de la société, la mutualisation de leur moyens constituant, à tout le moins, une économie. A ce titre, la société d'attribution, qui peut prendre n'importe quelle forme de société prévue par la loi, et dont l'objet peut être civil comme commercial¹²⁸⁹, doit toujours être regardée comme un organisme à but lucratif¹²⁹⁰.

La société d'attribution est, par nature, un « groupement éphémère »¹²⁹¹ puisqu'elle est destinée à disparaître dès la réalisation de son objet, à savoir l'acquisition ou la construction d'un immeuble, et la mise en place d'un système de gestion, le plus souvent une copropriété.

Comme pour toute société, le capital social de la société d'attribution est constitué par les apports réalisés par les associés à sa constitution¹²⁹², en contrepartie desquels ils reçoivent des titres, parts sociales ou actions, selon la forme de la société, qui « doivent être proportionnels à la valeur des biens auxquels ils ont vocation par rapport à la valeur de l'ensemble telles que lesdites valeurs résultent de la consistance, de la superficie, de la situation et des possibilités d'utilisation des biens [...] »¹²⁹³. Ainsi, de façon statutaire, « le

¹²⁸⁶ CCH. art. L 212-1 suiv.. Cette société est souvent dénommée dans le langage courant « société immobilière de copropriété » par référence au régime fiscal qui lui est applicable (CGI. art. 1655 ter).

¹²⁸⁷ FAURE-ABBAD, M. (2016). *Droit de la construction* (éd. 3). Issy-les-Moulineaux: Gualino, p. 29.

¹²⁸⁸ CCH. art. L 212-1.

¹²⁸⁹ La plupart du temps il s'agit d'une société civile, mais cela n'a rien d'obligatoire.

¹²⁹⁰ CE. 24 nov. 1989 n° 68439.

¹²⁹¹ *Mémento Urbanisme Construction*. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre, n° 67380.

¹²⁹² Et également ultérieurement lors d'une augmentation de capital, même si c'est plus rare.

¹²⁹³ CCH. art. L 212-5 al. 1.

capital est réparti en groupes de droits sociaux affectés à des lots individualisés »¹²⁹⁴, par exemple les titres n° 1 à 100 représentent spécifiquement l'appartement du premier étage, et les parts 101 à 180 celui du deuxième étage, plus petit. Aussi, avant même le commencement des travaux en cas de construction, ou d'entrée en jouissance en cas d'acquisition d'un immeuble déjà construit, un état *descriptif de division* doit être établi¹²⁹⁵ afin de délimiter les diverses parties privatives (concrètement, les futurs appartements) et parties communes dudit immeuble. Il est complété par un *règlement de jouissance*, qui sera le futur règlement de copropriété une fois que le partage aura eu lieu¹²⁹⁶. Les statuts se réfèrent audit état descriptif de division pour déterminer l'affectation de chaque groupe de titres sociaux.

Ainsi, contrairement au droit commun des sociétés, « les droits sociaux de chaque associé (parts ou actions) correspondent à une partie déterminée de l'actif social à laquelle ils donnent vocation et qui est destinée à lui être attribuée en partage en fin d'opération la société d'attribution. L'actif est ainsi divisé entre les associés »¹²⁹⁷.

Chaque associé a droit à la *jouissance exclusive* de la fraction d'immeuble correspondant à ses droits sociaux¹²⁹⁸. Au surplus, « le règlement ne peut imposer de restrictions aux droits des associés sur les parties réservées à leur jouissance exclusive, en dehors de celles qui sont justifiées par la destination de l'immeuble, par ses caractères ou par sa situation ». C'est dire la force de ce droit de jouissance.

Dans ce type de structure, avant la réalisation de la dissolution-partage, aucune cession de lot de copropriété ne peut avoir lieu, la copropriété n'existant pas encore : la totalité de l'immeuble est dans le patrimoine de la société¹²⁹⁹, dont les titres sont eux-mêmes répartis entre les associés. Ainsi, l'associé qui veut vendre ses droits va céder ses titres, et non le lot auquel ils donnent accès.

Finalement, l'associé n'accède à la propriété complète de la fraction d'immeuble correspondant à ses droits sociaux qu'à la dissolution de la société suivie de son partage¹³⁰⁰.

¹²⁹⁴ *Mémento Urbanisme Construction, op. cit.*, n° 67685.

¹²⁹⁵ CHAPUT, J.-C., & ROCHEGUDE, S. (2007). 103e Congrès des notaires de France : La division de l'immeuble - Audit des procédures de division conventionnelle : des techniques contrôlées à l'organisation conventionnelle de l'espace. *JCP N 2007* (n° 18).

¹²⁹⁶ L'état descriptif de division et le règlement de copropriété ne doivent pas être confondus, même s'ils se trouvent souvent dans le même acte. Alors que le premier délimite matériellement les parties privatives (lots) et les parties communes, le second « fixe les droits et les obligations des copropriétaires, les conditions d'usage des différentes parties de l'immeuble et les règles d'administration des parties communes » : *La copropriété* (éd. 9). (2018). Paris: Dalloz, p. 300.

¹²⁹⁷ *Mémento Urbanisme Construction, op. cit.*, n° 67380.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, n° 68430.

¹²⁹⁹ Même si chaque lot est individualisé dans l'état descriptif de division.

¹³⁰⁰ Il existe également un droit de retrait, dont les effets sont identiques pour l'associé.

Dans l'intervalle, on peut affirmer qu'il a la propriété économique de cette fraction d'immeuble, la société en ayant la propriété juridique.

En effet, « l'exercice de son droit de propriété [par la société] est tout entier subordonné à la satisfaction des seuls associés. À l'instar d'un fiduciaire, la société d'attribution n'est jamais propriétaire que pour le compte d'autrui »¹³⁰¹. « L'absence d'absolutisme est corrélative à la transparence de la société. [...] Celle-ci implique qu'au moins économiquement, l'assiette du droit de l'associé soit l'immeuble. Par conséquent, la société n'use pas de l'immeuble et ce droit est réservé aux associés »¹³⁰². « Dès l'origine, avant même la construction de l'immeuble, la société est donc privée de l'*usus* de son bien au profit des associés. Elle n'a pas non plus vocation à en retirer les fruits, elle ne peut ainsi louer l'immeuble. Elle ne peut non plus le céder. En réalité, toutes les utilités économiques de l'immeuble sont entre les mains des associés-attributaires qui se les partagent »¹³⁰³.

Or, dans le cas de la société de droit commun, les associés ont ensemble la propriété économique de l'intégralité du patrimoine social, il n'y a pas d'individualisation. Dans la société d'attribution, cette individualisation existe bien : ainsi, chaque associé de la société d'attribution a la propriété économique de la fraction d'immeuble représentatif de ses parts sociales.

Dans le même ordre d'idée, on peut également citer la *société coopérative de construction*¹³⁰⁴ : c'est une société hybride, puisqu'elle est tout à la fois une société coopérative¹³⁰⁵ et une société de construction¹³⁰⁶, qui obéit également aux articles L 212-2 et -6 (al. 1, 2 et 4) applicables à la société d'attribution. C'est « une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires »¹³⁰⁷. Elle a pour objet la construction d'un ou plusieurs immeubles en vue de leur division par lots ou d'un ensemble de maisons individuelles groupées¹³⁰⁸. Les différences avec la société d'attribution sont les suivantes : elle ne peut être que de construction (la seconde pouvant être

¹³⁰¹ RAVENNE, S., *op. cit.*, p. 189, qualifiant néanmoins cette situation de propriété imparfaite, et non de propriété juridique/économique.

¹³⁰² *Ibid.*, p. 190 ; MALINVAUD, P. (1985). La distinction des meubles et des immeubles à l'épreuve des sociétés d'attribution. In *Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*. Paris: Sirey, p. 201 suiv..

¹³⁰³ RAVENNE, S., *op. cit.*, p. 190.

¹³⁰⁴ CCH. art. L 213-1 suiv..

¹³⁰⁵ Régie par la Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération modifiée.

¹³⁰⁶ Régie par la Loi n°71-579 du 16 juillet 1971 relative à diverses opérations de construction (titre III).

¹³⁰⁷ *Mémento Urbanisme Construction, op. cit.*, n° 71100.

¹³⁰⁸ CCH. art. L 213-1.

de construction ou d'acquisition), elle ne peut avoir pour objet que la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou un usage mixte professionnel et d'habitation, et elle peut allouer ses immeubles à ses associés par non seulement par voie de partage à sa dissolution, mais également par contrat de vente. Elle doit en outre être à capital variable¹³⁰⁹. Mais comme la société d'attribution, l'objet de la société comprend la gestion et l'entretien de l'immeuble jusqu'à la mise en place d'une organisation différente, ainsi que l'établissement d'un état descriptif de division désignant les lots privatifs et les parties communes, et d'un règlement de copropriété régissant l'organisation de la copropriété¹³¹⁰. Bien que la règle de la proportionnalité ne s'applique pas et qu'ils soient librement répartis, les droits sociaux sont également divisés en groupes affectés à des lots¹³¹¹, ce qui marque également ici la propriété économique des associés relativement aux biens sociaux attachés à leur groupe de titres respectif.

La société d'habitat participatif¹³¹² sous forme de *société d'attribution et d'autopromotion* en est un autre exemple. « L'habitat participatif est une démarche citoyenne qui permet à des personnes physiques de s'associer, le cas échéant avec des personnes morales, afin de participer à la définition et à la conception de leurs logements et des espaces destinés à un usage commun, de construire ou d'acquérir un ou plusieurs immeubles destinés à leur habitation et, le cas échéant, d'assurer la gestion ultérieure des immeubles construits ou acquis »¹³¹³. Sans préjudice des autres formes juridiques prévues par la loi¹³¹⁴, la société d'habitat participatif peut se constituer sous la forme d'une société d'attribution et d'autopromotion, laquelle a pour objet l'attribution à ses associés personnes physiques, en jouissance ou en propriété¹³¹⁵, d'un logement à titre de résidence principale, tout en contribuant à l'animation des lieux de vie collective¹³¹⁶. La société doit être constituée à

¹³⁰⁹ CCH. art. L 213-1.

¹³¹⁰ Renvoi aux dispositions des articles L 212-2 et L 212-6 (alinéas 1, 2 et 4) du Code de la construction et de l'habitation.

¹³¹¹ *Mémento Urbanisme Construction, op. cit.*, n° 71175.

¹³¹² Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

¹³¹³ CCH. art. L 200-1 al. 1.

¹³¹⁴ En particulier sous la forme de la « coopérative d'habitants », qui a pour objet de fournir à ses associés personnes physiques la jouissance d'un logement à titre de résidence principale, « ce qui exclut que les associés en deviennent propriétaires » (*Mémento Urbanisme Construction*. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre, n° 73505) ; la coopérative d'habitants n'est donc pas concernée par la propriété économique.

¹³¹⁵ « Ce droit de jouissance sera temporaire dans l'hypothèse où la société attribuera à ses associés en propriété les biens immobiliers par partage global ou retrait individuel. [...] Les conditions de partage ou de retrait sont directement empruntées au régime des sociétés d'attribution » : SIZAIRE, C. (2014). Construction - Les sociétés d'habitat participatif : une nouvelle forme d'accès au logement ? *Construction Urbanisme 2014* (n° 5).

¹³¹⁶ CCH. art. L 202-2. *Mémento Urbanisme Construction*. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre, n° 73505.

capital variable. Les statuts, un état descriptif de division et un règlement de copropriété doivent être adoptés avant tout commencement des travaux de construction et y être annexés¹³¹⁷. D'une façon générale, le régime d'attribution des lots en propriété est sensiblement le même que celui applicable aux sociétés d'attribution : « division par les statuts des droits composant le capital social en groupes auxquels est affecté l'un des lots définis par l'état descriptif de division qui se trouve annexé aux statuts »¹³¹⁸. Ici également, on peut affirmer que les associés ont la propriété économique de biens de la société, à savoir ceux attachés à leurs titres par les statuts et l'état descriptif de division.

Il convient cependant d'écarter de ce raisonnement la *société d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé*¹³¹⁹. Ce type de société est utilisé essentiellement à des fins de loisir : « pour éviter l'immobilisation de capitaux dans l'achat d'une résidence de loisir, occupée la plupart du temps quelques jours ou semaines seulement par an, et d'avoir à supporter intégralement les charges y afférentes, s'est développée, sous les dénominations impropres de “multipropriété” ou encore de “propriété spatio-temporelle”, une pratique consistant à partager le temps d'utilisation d'un bien immobilier entre plusieurs usagers, chacun d'eux étant successivement titulaire d'une ou plusieurs périodes, dont les prix d'achat varient selon leur durée et selon qu'elles se situent en haute ou basse saison touristique »¹³²⁰.

Ici, les associés n'ont pas vocation à devenir propriétaires, au partage, d'un immeuble en particulier de la société, qui aurait été prédéterminé dès l'origine¹³²¹. D'ailleurs, autant la société d'attribution est conçue pour n'être qu'une simple étape entre la construction et la copropriété, autant la société d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé est constituée dans le but de durer dans le temps. Bien entendu, comme toute société, elle est

¹³¹⁷ CCH. art. R 202-2 et -3.

¹³¹⁸ FAURE-ABBAD, M. (2016). *Droit de la construction* (éd. 3). Issy-les-Moulineaux: Gualino, p. 35.

¹³¹⁹ Loi n° 86-18 du 6 janvier 1986 relative aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé. Cette loi ne concerne que les immeubles du secteur protégé (habitation).

¹³²⁰ *Mémento Urbanisme Construction, op. cit.*, n° 72300. Voir également FAURE-ABBAD, M. (2016). *Droit de la construction* (éd. 3). Issy-les-Moulineaux: Gualino, p. 27.

¹³²¹ « Les attributaires par périodes ont la qualité juridique d'associés ; ils ne sont pas propriétaires d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble mais seulement titulaires (propriétaires) de parts ou actions d'une société. La loi n° 86-18 du 6 janvier 1986 insiste tout particulièrement sur l'obligation d'en bien informer les intéressés (L. n° 86-18, 6 janv. 1986, art. 33 : JO 8 janv. 1986. [...]). La loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 (JO 24 juill. 2009) poursuit le même objectif d'information, en ce qu'elle oblige les professionnels à préciser dans l'offre de contracter, puis dans le contrat lui-même, la nature juridique du ou des droits conférés aux consommateurs (C. consom., art. L. 121-63. [...]) et qu'elle leur interdit de présenter ou de vendre comme un investissement les biens à temps partagé et les produits de vacances à long terme (C. consom., art. L. 121-62. [...]). » : SIZAIRE, D. (2011, maj. 2014). Sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé, Situation des attributaires, Dispositions particulières à la construction. *JCL Sociétés Traitée*.

temporaire, mais elle n'est pas une simple étape, un simple moyen d'atteindre la propriété pour ses associés, comme l'est la société d'attribution. Ici, la société *est* le but recherché.

Aussi ne nous méprenons pas : comme dans toute société, les associés de ce type de société ont bien la propriété économique des biens de la société, ladite société n'en ayant que la propriété juridique, mais cette propriété économique est celle que nous retrouvons dans le droit commun des sociétés (c'est-à-dire portant sur l'intégralité du patrimoine de la société de façon indifférenciée jusqu'au partage), et non celle qui existe concernant les sociétés d'attribution (qui porte dès l'origine sur un bien particulier, différencié dans un état descriptif de division).

2 La propriété économique comme mode de gestion du patrimoine

La propriété économique peut être utilisée comme mode de gestion du patrimoine. L'assurance-vie (a) et le mandat à effet posthume (b) sont deux exemples de superposition de propriétés économique et juridique dans ce domaine.

a Le bénéficiaire acceptant de l'assurance-vie

L'assurance-vie est un contrat par lequel, en contrepartie de primes, l'assureur s'engage à verser au souscripteur ou au tiers par lui désigné, une somme déterminée (capital ou rente) en cas de décès de la personne assurée ou de sa survie à une époque déterminée¹³²².

L'assurance-vie est un moyen « de prévoyance, de protection familiale et sociale et un instrument d'épargne de précaution, voire un support de spéculation, qui, parce qu'il s'agit, en principe, d'une épargne longue et stable, bénéficie d'une fiscalité incitative »¹³²³. Il existe plusieurs types d'assurance-vie, en cas de vie¹³²⁴, en cas de décès¹³²⁵, et mixte¹³²⁶.

¹³²² Les contrats d'assurance-vie sont souvent confondus avec les contrats de capitalisation. Même si ces deux types de contrats sont soumis à certaines règles communes, la principale différence est que, contrairement aux contrats d'assurance-vie, le contrat de capitalisation ne contient pas de clause bénéficiaire et il n'y a pas de personne prenant la qualité d'assuré.

¹³²³ COURTIEU, G. (2013, maj. 2018). Assurances terrestres, Assurances de personnes, Assurance vie (fasc. 90). *JCL Notarial Formulaire*.

¹³²⁴ Le capital est versé au bénéficiaire à la réalisation d'un événement déterminé (date prédéfinie, événement choisi, âge établi...). En cas de décès de l'assuré avant la date ou l'événement déterminé(e), alors les primes versées sont perdues. *Mémento Patrimoine*. (2017-2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre, n° 27955 suiv..

¹³²⁵ Le capital est versé au bénéficiaire au décès de l'assuré. *Mémento Patrimoine, op. cit.*, n° 27970 suiv..

¹³²⁶ « Assurance alternative qui combine une assurance en cas de vie et une assurance en cas de décès : l'assureur s'engage à payer le capital assuré soit au terme du contrat si l'assuré est alors en vie, soit au décès de l'assuré si celui-ci meurt avant l'échéance » : GRIMALDI, M. (1994). Réflexions sur l'assurance-vie en droit patrimonial de la famille. *Defrénois 1994* (n° 11).

C'est ainsi un placement financier de capitalisation à fiscalité avantageuse, qui permet de constituer et valoriser une épargne, de mettre en place une prévoyance. L'assurance-vie est également un très bon outil de transmission de patrimoine notamment afin d'avantager une personne de son choix, le bénéficiaire pouvant ne pas être un héritier ou un héritier réservataire, et les dispositions relatives au rapport et à la réduction des libéralités excessives ne s'appliquant en principe pas¹³²⁷.

Techniquement, le contrat d'assurance-vie est un contrat aléatoire. La notion d'aléa inhérente à l'assurance-vie a été explicitée par quatre arrêts célèbres de la Cour de cassation en date du 23 novembre 2004¹³²⁸. Selon la Cour, « le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil, L. 310-1,1 et R 321-1,20. du Code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie »¹³²⁹. L'aléa réside, en tout état de cause, dans l'ignorance, lors de la souscription, de l'identité du bénéficiaire au dénouement du contrat, et peu importe qu'il existe réellement un risque de perte ou une chance de gain¹³³⁰.

L'assurance-vie est également un contrat constitutif d'une stipulation pour autrui. Elle est prévue à l'article 1205 du Code civil qui dispose que « On peut stipuler pour autrui. L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse ». Ainsi, « la stipulation pour autrui est une opération qui, dès sa conclusion, prévoit qu'un tiers pourra tirer avantage du contrat car celui-ci crée une créance à son profit. [...] On nomme stipulant celui qui impose cette charge [...], promettant celui qui assume cet engagement [...]

¹³²⁷ COURTIEU, G., Assurances terrestres, Assurances de personnes, Assurance vie, *op. cit.*. Nous réservons ici le cas des primes manifestement exagérées : en effet, le montant des versements ne doit pas être manifestement exagéré compte tenu de la situation patrimoniale et financière du souscripteur (au moment du versement) sous peine de voir réintégrer à la succession du souscripteur-assuré le montant des primes versées et d'être soumis aux règles de réduction en cas d'atteinte à la réserve et de rapport successoral (C. ass. art. L 132-13). Le critère de l'utilité est devenu prépondérant (Cass. civ. 1^{ère} 4 juin 2009 n° 08-15050 ; Cass. civ. 1^{ère} 17 juin 2009 n° 08-13620 ; Cass. civ. 2^{ème} 17 sept. 2009 n° 08-17040) sans toutefois être, seul, suffisant pour caractériser l'excès (Cass. civ. 1^{ère} 4 mars 2015 n° 13-23011 et n° 14-13755) ; il s'agit en réalité de rechercher un faisceau d'indices caractérisant l'excès. Voir MAYAUX, L. (2016). Primes manifestement exagérées et intérêt des héritiers. *RGDA 2016* (n° 7) ; PERROTIN, F. (2009). Assurance-vie : primes manifestement exagérées. *LPA 2009* (n° 175).

¹³²⁸ Cass. ch. mixte 23 nov. 2004 n° 03-13673, n° 01-13592, n° 02-17507 et n° 02-11352, confirmés par un arrêt du 21 décembre 2007 (Cass. ch. mixte 21 déc. 2007 n° 06-12769). La question de l'aléa s'est posée concernant la question de la requalification - ou non - de contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation (sans aléa).

¹³²⁹ Cass. ch. mixte 23 nov. 2004 n° 01-13592.

¹³³⁰ Voir GUIGUET-SCHIELE, Q. (2015). *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux, essai sur une notion disqualificative*. Paris: Dalloz, p. 111.

et tiers bénéficiaire celui qui, tout en n'étant pas partie au contrat, en tire un droit »¹³³¹. Au cas particulier de l'assurance-vie, le souscripteur (stipulant) désigne dans le contrat le bénéficiaire auquel sera versé le capital (bénéficiaire) par l'assureur (promettant).

La stipulation pour autrui a un effet rétroactif c'est-à-dire que le capital transmis est réputé n'avoir jamais fait partie du patrimoine du souscripteur¹³³², échappant donc en principe aux créanciers et à la succession.¹³³³

Les intervenants à l'opération sont¹³³⁴ :

- L'assureur, qui s'engage principalement à verser la prestation assurée dès lors que le risque couvert est réalisé,

- Le souscripteur, qui souscrit le contrat, en choisit les caractéristiques et s'engage à régler les primes d'assurance,

- L'assuré, c'est-à-dire celui sur lequel porte le risque assuré : le dénouement du contrat est conditionné par son décès ou sa survie. En général, le souscripteur est également l'assuré¹³³⁵,

- Et le bénéficiaire, qui recueille la prestation définie au décès de l'assuré.

« Alors que le droit au rachat¹³³⁶ appartient exclusivement et personnellement au souscripteur, le droit au capital à l'échéance appartient exclusivement et personnellement au bénéficiaire. La créance contre l'assureur a en quelque sorte un titulaire alternatif : d'abord le souscripteur, puis à l'échéance et rétroactivement, le bénéficiaire »¹³³⁷.

¹³³¹ BENABENT, A. (2016). *Droit des obligations* (éd. 15). Issy-les-Moulineaux: LGDJ, p. 215-216.

¹³³² BIGOT, J. (1993). Clair-obscur sur l'assurance-vie : de l'arrêt Pelletier à l'arrêt Praslicka. *JCP G 1993* (n° 46) ; Cass. req. 22 oct. 1888.

¹³³³ En principe, « le capital ou la rente garantis au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peuvent être réclamés par les créanciers du contractant » (C. ass. art. L 132-14, sauf enquête pénale ouverte à l'encontre du souscripteur (CPC. art. 706-155) ou avis à tiers détenteur en matière fiscale (LPF. art. L.263-0) : cf. Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière)¹³³³. Ainsi, en cours de contrat, les créanciers ne peuvent pas demander le rachat, mais à l'échéance du contrat, ils conservent la possibilité de demander le remboursement des primes manifestement excessives qui ont été versées, eu égard aux facultés du contractant (Cass. civ. 1^{ère} 28 avr. 1998 n° 96-10333 ; Cass. civ. 1^{ère} 2 juill. 2002 n° 99-14819).

¹³³⁴ *Mémento Patrimoine, op. cit.*, n° 28110 suiv..

¹³³⁵ Si tel n'est pas le cas, l'assuré doit donner son consentement écrit, et avec indication du capital ou de la rente initialement garantis (C. ass. art. L 132-2). L'assuré ne peut, en aucun cas, être un mineur âgé de moins de douze ans, un majeur en tutelle, une personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation (C. ass. art. L 132-3 al. 1).

¹³³⁶ Le rachat total consiste pour le souscripteur à demander le remboursement anticipé du capital ; le contrat prend alors fin. Le rachat partiel, quant à lui, est le remboursement d'une fraction des primes versées augmentée d'une fraction des intérêts acquis ; le contrat ne prend pas fin mais continue sur une assiette amoindrie du montant du rachat.

¹³³⁷ BIGOT, J., *op. cit.*.

Le bénéficiaire n'est pas partie au contrat, il n'est pas nécessairement informé de l'existence d'un contrat d'assurance conclu à son profit, et son acceptation, tant que le contrat n'est pas dénoué, n'est ni obligatoire ni nécessaire à la validité du contrat. Le régime de l'acceptation a été profondément réformé par la loi du 17 décembre 2007¹³³⁸ qui subordonne désormais son exercice à des conditions de forme. L'acceptation peut intervenir dès la conclusion du contrat, et dans la limite de trente années après son dénouement après quoi le contrat est en déshérence¹³³⁹.

L'acceptation qui nous intéresse ici est celle qui intervient avant que le contrat ne soit dénoué, c'est-à-dire avant le décès de l'assuré. Dans ce cas, elle est conditionnée à l'accord du stipulant¹³⁴⁰ : « tant que l'assuré et le stipulant sont en vie, l'acceptation est faite par un avenant signé de l'entreprise d'assurance, du stipulant et du bénéficiaire. Elle peut également être faite par un acte authentique ou sous seings privés, signé du stipulant et du bénéficiaire, et n'a alors d'effet à l'égard de l'entreprise d'assurance que lorsqu'elle lui a été notifiée par écrit ». En réalité, un tel formalisme est exigé compte tenu des effets de l'acceptation : « L'acceptation du bénéficiaire consolide le droit propre et direct qu'il tient du contrat d'assurance-vie à l'encontre de l'assureur. En effet, aux termes du premier alinéa de l'article L. 132-9, I du Code des assurances issu de la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007, la stipulation en vertu de laquelle le bénéfice de l'assurance est attribué à un bénéficiaire déterminé devient irrévocable par l'acceptation de celui-ci. Le stipulant ne peut dès lors exercer sa faculté de rachat et l'entreprise d'assurance ne peut lui consentir d'avance¹³⁴¹ sans l'accord du bénéficiaire »¹³⁴². En outre, il ne peut plus consentir de nantissement portant sur sa police d'assurance-vie¹³⁴³.

Les conséquences sont donc graves pour le souscripteur puisqu'il ne peut plus changer de bénéficiaire, ni faire de rachats, ni même recevoir des avances, l'objectif étant de préserver les droits du bénéficiaire jusqu'au dénouement du contrat, jour où l'assureur lui versera les

¹³³⁸ Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés.

¹³³⁹ Assurance-vie : régime juridique, étude 125. (2016). *Le Lamy Patrimoine*, n° 125-480.

¹³⁴⁰ C. ass. art. L 132-9, II. Toutefois, pour les contrats acceptés avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007, soit avant le 18 décembre 2007, la Cour de cassation admet que le rachat peut être exercé nonobstant l'acceptation du bénéficiaire (Cass. ch. mixte 22 fév. 2008 n° 06-11934 ; HOVASSE, S. (2008). Le rachat d'un contrat d'assurance-vie mixte est possible même après l'acceptation du bénéficiaire, veille. *JCP N 2008* (n° 11)).

¹³⁴¹ L'avance permet au souscripteur de percevoir des liquidés sans diminuer la valeur de rachat du contrat. L'avance est un prêt réalisé par la compagnie au profit du souscripteur pour couvrir un besoin de trésorerie ponctuel. Le contrat ne prend pas fin et l'avance ne diminue pas la valeur de rachat du contrat. S'agissant d'un prêt, le souscripteur doit rembourser la compagnie.

¹³⁴² Assurance-vie : régime juridique, étude 125. (2016). *Le Lamy Patrimoine*, n° 125-485.

¹³⁴³ C. ass. art. L 132-10.

fonds. Dans la mesure où le bénéficiaire doit donner son accord au souscripteur à toutes opérations sur l'assurance-vie, il est clair qu'il ne le fera que si c'est dans son propre intérêt. Le souscripteur se trouve ainsi contraint d'exercer ses pouvoirs sur l'assurance-vie dans l'intérêt du bénéficiaire. Notons que l'on peut, certes, envisager que le bénéficiaire accepte que le souscripteur réalise des rachats pour son propre compte, mais alors c'est qu'il y trouve également un intérêt, au moins moral ; dans tous les cas, la décision ne peut venir que de lui.

Il nous apparaît ainsi que le bénéficiaire est en réalité propriétaire économique passif, alors que le souscripteur n'est que propriétaire juridique actif. En effet, après acceptation, et uniquement après acceptation, le bénéficiaire a la vocation certaine au capital décès, mais dans l'intervalle, il ne dispose d'aucun pouvoir particulier : si le souscripteur ne peut pas (sans l'accord du bénéficiaire) effectuer de rachats ou demander d'avances, le bénéficiaire ne le peut pas non plus (même avec l'accord du souscripteur) : ces pouvoirs sont perdus.

Autre exemple de propriété économique dans le domaine de la gestion de patrimoine : celui du cas du mandataire à effet posthume.

b Le mandataire à effet posthume

Innovation de la loi du 23 juin 2006¹³⁴⁴, « le mandat à effet posthume a été conçu pour résoudre les difficultés de gestion que suscite la transmission de certains biens, essentiellement les entreprises, lorsque les héritiers ou certains d'entre eux n'ont pas, en raison de leur âge ou de leur personnalité, les compétences requises pour prendre en charge cette gestion »¹³⁴⁵. L'article 812 du Code civil définit le mandat à effet posthume de la façon suivante : « Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés ». Il est donné pour une durée qui ne peut excéder deux ans¹³⁴⁶, voire cinq ans¹³⁴⁷ en raison de l'incapacité, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels¹³⁴⁸.

¹³⁴⁴ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

¹³⁴⁵ TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S. (2013). *Droit civil, les successions, les libéralités* (éd. 4). Paris: Dalloz, p. 737.

¹³⁴⁶ Prorogeable judiciairement une ou plusieurs fois par décision du juge.

¹³⁴⁷ Prorogeable dans les mêmes conditions.

¹³⁴⁸ C. civ. Art. 812-1-1 al. 2.

Ce mandat¹³⁴⁹ doit être justifié par un « intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé »¹³⁵⁰. Ainsi, d'un point de vue personnel, le mandat peut concerner tel ou tel héritier, mais pas forcément les autres, en raison de son âge, de son incompetence, de sa prodigalité ou encore de son incapacité¹³⁵¹ : si l'héritier est mineur ou fait l'objet d'une mesure d'incapacité, alors le mandataire se substitue spécialement à l'administrateur légal, au tuteur ou au curateur¹³⁵². D'un point de vue réel, le mandat peut se justifier par un patrimoine successoral particulièrement « difficile à gérer en raison de la nature des biens qui le compose (entreprise¹³⁵³, œuvres d'art, valeurs mobilières sensibles, propriétés intellectuelles) ou leur dispersion géographique »¹³⁵⁴.

Avec le mandat à effet posthume, le *de cujus* peut ainsi maintenir « les successeurs saisis à l'écart de la gestion de l'hérédité sans pour autant les priver de leur vocation dans celle-ci »¹³⁵⁵, contrevenant au principe de la saisine. Pire, il peut confier la gestion à un tiers des biens composant non seulement la quotité disponible, mais également la réserve héréditaire, alors même que celle-ci doit, en principe, être délivrée libre de toute charge¹³⁵⁶. Ces deux circonstances justifient que le mandat soit réalisé uniquement si un intérêt sérieux et légitime le justifie.

Une fois le mandat ouvert, les pouvoirs du mandataire sont de deux ordres, selon que l'héritier a ou non encore accepté la succession :

Tant qu'il n'a pas accepté la succession, le mandataire ne peut accomplir que les actes qui ne valent pas acceptation tacite¹³⁵⁷ puisque ses actes ne peuvent préjudicier à l'option de l'héritier pour le compte duquel il agit¹³⁵⁸. Ces actes sont les actes purement conservatoires ou de surveillance et les actes d'administration provisoire, parmi lesquels les opérations

¹³⁴⁹ Sur la représentation dans le mandat en général, voir DIDIER, P. (2000). *De la représentation en droit privé*. Paris: LGDJ, p. 28 suiv..

¹³⁵⁰ C. civ. art. 812-1-1 al. 1.

¹³⁵¹ GRIMALDI, M. (2017). *Droit des successions*. Paris: LexisNexis, p. 349.

¹³⁵² C. civ. art. 812-1. Cass. civ. 1^{ère} 10 juin 2015 n° 14-10377 et 14-12553. Notons que le *de cujus* peut également recourir aux dispositions de l'article 384 du Code civil : « Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers » (al. 1), mais les effets ne sont pas strictement identiques.

¹³⁵³ C'est le cas le plus souvent rencontré en pratique. LABELLE-PICHEVIN, F. (2015). L'efficacité du mandat à effet posthume portant sur l'entreprise. *LPA 2015* (n° 34).

¹³⁵⁴ GRIMALDI, M., *Droit des successions*, *op. cit.*, p. 349.

¹³⁵⁵ TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S., *op. cit.*, p. 777.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p. 777.

¹³⁵⁷ C. civ. art. 812-1-3, par renvoi à l'article 784 du Code civil.

¹³⁵⁸ C. civ. art. 812-1-2.

courantes nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession. Sont également visés les actes nécessaires à la mise en œuvre de décisions d'administration ou de disposition engagées par le défunt et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise¹³⁵⁹, y compris la réalisation ou la poursuite d'un plan d'investissement ou de restructuration de l'entreprise, qui peuvent même comprendre des acquisitions ou cessions de biens voire même de branches d'activité.¹³⁶⁰

Une fois que l'héritier a accepté la succession, ses pouvoirs sont ceux « d'administrer et de gérer »¹³⁶¹ les biens définis au mandat. Le terme « administration » doit probablement être rapproché du mandat d'administration de l'article 815-3, 2° applicable dans le cadre de l'indivision, c'est-à-dire « une exploitation normale des biens qui tend à les faire fructifier sans en compromettre la valeur en capital et en se conformant à leur mode antérieur d'exploitation »¹³⁶². « Il est toutefois permis de penser que si le législateur a pris le soin, à la différence des textes sur le mandat successoral conventionnel et le mandat successoral judiciaire, de viser la mission d'administrer mais aussi celle de *gérer*, c'est que son intention était d'ouvrir l'action du mandataire posthume à un mode de gestion plus dynamique des biens qui ne se limite pas à leur mode antérieur d'administration »¹³⁶³. « Les biens étant exploités sous sa responsabilité, le mandataire se trouverait ainsi investi d'un "pouvoir d'initiative" qui lui permettrait d'en modifier les modes d'exploitation afin de s'adapter à l'évolution des circonstances économiques »¹³⁶⁴, voire même développer l'activité dont les biens qui forment l'objet du mandat sont le support¹³⁶⁵.

En outre, les pouvoirs du mandataire sont également définis par un renvoi¹³⁶⁶ au droit commun du mandat, mais, concernant l'article 1988 du Code civil, est-ce aux seuls pouvoirs d'administration attachés au mandat général (« Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration » (al. 1)) ou bien à ceux que lui a conférés le mandant, qui peuvent être bien plus importants, et, surtout, qui peuvent aller jusqu'au pouvoir de disposer (« S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès » (al. 2)) ? Certains penchent pour la seconde interprétation, non seulement par le renvoi en bloc aux dispositions applicables au mandat, donc sans exclusion

¹³⁵⁹ C. civ. art. 784.

¹³⁶⁰ GRIMALDI, M., *Droit des successions, op. cit.*, p. 391.

¹³⁶¹ C. civ. art. 812.

¹³⁶² TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S., *op. cit.*, p. 783.

¹³⁶³ WICKER, G. (2014). Successions, Mandats successoraux, Le mandat à effet posthume (fasc. unique). *JCL Civil Code, Art. 812 à 812-7*, n° 55.

¹³⁶⁴ TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S., *op. cit.*, p. 784.

¹³⁶⁵ WICKER, G., Successions, Mandats successoraux, Le mandat à effet posthume, *op. cit.*, n° 55.

¹³⁶⁶ Par l'article 812-1-4 du Code civil, aux articles 1984 à 2010 du même Code.

de l'alinéa 2 de l'article 1988¹³⁶⁷, mais également par l'emploi du terme « gérer »¹³⁶⁸ (voir *supra*).

La Cour n'a quant à elle pas donné une position claire : si elle a jugé¹³⁶⁹ que le mandataire à effet posthume ne peut pas s'opposer à la vente des biens, objets du mandat, décidée par l'héritier¹³⁷⁰, elle n'a pas, pour autant, clairement affirmé que le mandataire pouvait lui-même avoir ou non de tels pouvoirs de disposition. A notre sens, il faut simplement comprendre cette décision comme affirmant l'impossibilité pour le mandataire de priver les héritiers de leur possibilité de mettre fin au mandat. « L'esprit du mandat posthume - dont la raison d'être est de dessaisir l'héritier des pouvoirs qu'il confère au mandataire, et corrélativement d'attribuer à celui-ci, comme à un fiduciaire, des pouvoirs exclusifs - s'accommode mal de pouvoirs concurrents. Cependant, l'objection n'est pas décisive, car l'aliénation par le mandataire, dans le cadre de l'exécution de son mandat, ou par l'héritier, en vue de l'extinction du mandat, n'ont pas la même portée : le mandataire qui aliène gère les biens sous mandat, l'héritier qui aliène révoque le mandat »¹³⁷¹. En effet, « dire, comme la cour, que les pouvoirs “qui peuvent être conférés” au mandataire ne peuvent empêcher l'héritier d'aliéner, c'est présupposer que ces pouvoirs peuvent inclure celui d'aliéner, sans quoi la question de savoir si l'héritier conserve le sien ne se poserait pas »¹³⁷².

Reste à savoir si on ne peut pas considérer que le mandataire a les pouvoirs de disposition dans tous les cas, c'est-à-dire même si le mandant ne les lui a pas expressément confiés dans le mandat, ou en tout cas s'il ne les lui a pas expressément enlevés. En effet, la référence au terme « gérer » postule d'un pouvoir de disposition même s'ils ne sont pas expressément prévus au mandat, sauf à considérer, d'ailleurs, que le terme « gérer » est justement la mention expresse de pouvoirs de disposition... c'est en tout cas notre position.

En tout état de cause, le mandat à effet posthume n'est pas un mandat comme les autres. En effet, le mandataire agit dans l'intérêt de l'héritier concerné, et non du mandant. En outre, alors que le mandat ordinaire ne dessaisit pas celui pour le compte de qui le mandataire agit,

¹³⁶⁷ GRIMALDI, M., *Droit des successions, op. cit.*, p. 351.

¹³⁶⁸ WICKER, G., *Successions, Mandats successoraux, Le mandat à effet posthume, op. cit.*, n° 55.

¹³⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère} 12 mai 2010 n° 09-10556 : « Attendu que les pouvoirs d'administration ou de gestion qui peuvent être conférés au mandataire posthume en vertu des articles 812, alinéa 1er et 812-1 du Code civil, ne lui permettent pas de s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat, laquelle constitue l'une des causes d'extinction de celui-ci prévues par l'article 812-4 du même Code ».

¹³⁷⁰ En l'espèce, le représentant légal des héritiers mineurs.

¹³⁷¹ GRIMALDI, M., *Droit des successions, op. cit.*, p. 351.

¹³⁷² *Ibid.*, p. 351-252. Pour une position contraire, rejetant la possibilité d'actes de disposition par le mandataire (hors ceux qui sont en fait des actes d'administration, comme la vente des récoltes ou des marchandises) : TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S., *op. cit.*, p. 784.

le mandat à effet posthume a pour résultat de priver l'héritier de la gestion des biens qui en sont l'objet¹³⁷³. Par ailleurs, c'est un mandat sans représentation, l'expression selon laquelle le mandataire agit « pour le compte et dans l'intérêt » de l'héritier, et non « en son nom » comme c'est le cas du mandat ordinaire¹³⁷⁴, marque qu'il agit en ses lieu et place et en vue de satisfaire l'intérêt de celui-ci, c'est-à-dire qu'il agit pour le compte d'autrui mais en son nom propre¹³⁷⁵ : il a, seul, la qualité de partie aux contrats conclus pour l'administration et la gestion des biens soumis au mandat, l'héritier étant un tiers par rapport à eux¹³⁷⁶. Dans le même sens, l'article 812 alinéa 3 du Code civil exige que le mandataire « doit jouir de la pleine capacité civile et ne pas être frappé d'une interdiction de gérer lorsque des biens professionnels sont compris dans le patrimoine successoral ».

« Dès lors, qui ne voit transparaître, sous le voile d'un prétendu mandat, une convention fiduciaire, par laquelle une personne reçoit le pouvoir exclusif de gérer un bien pour le compte d'autrui ? »¹³⁷⁷. D'autres disent même que le mandat à effet posthume est « un peu beaucoup inspiré du *trust* »¹³⁷⁸. « Dans la mesure où elle est amputée des pouvoirs de gestion, la “propriété” de l'héritier est-elle différente de celle du bénéficiaire d'une fiducie-gestion ? Et ce dessaisissement ne provoque-t-il pas cette scission de la propriété en une propriété-pouvoir et une propriété économique, à quoi l'on reconnaît le *trust* et la fiducie ? »¹³⁷⁹. Il nous semble justement que si. Certains pourront affirmer que s'y oppose la circonstance que le dessaisissement de l'héritier n'est pas complet¹³⁸⁰, dans la mesure où il peut toujours vendre le bien objet du mandat pour y mettre fin. En réalité, il ne nous semble pas que le dessaisissement doive être total, justement. En réalité, l'héritier ne dispose pas du droit, en tant que tel, de mettre fin au mandat : il a uniquement la possibilité de vendre le bien, et la conséquence est la cessation du mandat. Or, dans la mesure où le mandataire doit agir dans le seul intérêt de l'héritier¹³⁸¹, il n'est pas improbable de tenir compte de l'avis de l'héritier qui

¹³⁷³ TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S., *op. cit.*, p. 775.

¹³⁷⁴ C. civ. art. 1984 al. 1.

¹³⁷⁵ TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S., *op. cit.*, p. 775-776 ; WICKER, G., Successions, Mandats successoraux, Le mandat à effet posthume, *op. cit.*, n° 69.

¹³⁷⁶ TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S., *op. cit.*, p. 785.

¹³⁷⁷ GRIMALDI, M. (2007). Le mandat à effet posthume. *Deffrénois 2007* (n° 1), n° 5.

¹³⁷⁸ MALAURIE, P., *op. cit.*

¹³⁷⁹ GRIMALDI, M., Le mandat à effet posthume, *op. cit.*, note 15 (avant de réfuter l'idée).

¹³⁸⁰ *Ibid.*, note 15 ; KARM, A. (2016). Majeurs protégés, Curatelle et tutelle, Effets patrimoniaux de la curatelle et de la tutelle, Classification des actes (fasc. 20). *JCL Civil Code, Art. 467 à 476*.

¹³⁸¹ « Le mandataire posthume ne saurait privilégier les intérêts de la gestion des biens au détriment de ceux des héritiers. Notamment, lorsque le mandataire posthume a reçu mandat de gérer une entreprise, cette gestion doit être conforme à l'intérêt du ou des héritiers, en sorte que ceux-ci ne sauraient être privés de leur droit de jouissance sur les revenus produits par celle-ci. Un équilibre est à trouver entre les besoins de l'entreprise, dont

estime que son propre intérêt est de vendre. Évidemment, cela va à l'encontre du but même de l'existence du mandat à effet posthume, qui doit, justement, permettre la poursuite de l'exploitation malgré l'incapacité (au sens général du terme) de l'héritier, mais quoi que l'on puisse en dire, il s'agit d'une décision particulièrement grave à prendre pour l'héritier : il ne s'agit pas simplement de se « débarrasser » du mandataire posthume, il s'agit de vendre des biens qui ont peut-être une histoire familiale particulière. Ainsi, théoriquement, le dessaisissement de l'héritier n'est certainement pas total, mais en pratique il sera peut-être dans l'impossibilité morale de vendre le bien.

Ainsi, nous avons vu un certain nombre d'exemples de situations dans lesquelles on trouve une propriété économique. Or si le propriétaire juridique peut exercer le pouvoir dans l'intérêt exclusif du propriétaire économique, il peut également partager l'intérêt de ce dernier.

B Propriété économique et intérêt partagé du propriétaire économique et du propriétaire juridique

Dans le cadre de la propriété économique passive, le propriétaire juridique peut exercer le pouvoir dans l'intérêt exclusif du propriétaire économique comme nous l'avons vu, mais il peut également le faire dans son intérêt. Ce sera notamment le cas dans les transmissions d'ordre financier ou professionnel (1) ou d'ordre familial (2).

1 Les transmissions d'ordre financier ou professionnel

On peut ranger dans cette catégorie la titrisation de créances (a) ainsi que certains transferts de valeurs mobilières (b). En effet, dans les deux cas, un transfert de propriété est opéré dans l'intérêt des deux parties, faisant alors naître une propriété économique pour l'un, et corrélativement une propriété juridique pour l'autre.

le mandataire doit assurer le développement et ceux des héritiers, dont le train de vie doit être soutenu » : TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S., *op. cit.*, p.784-785.

a La titrisation de créances

La titrisation de créances est, comme son nom l'indique, la « transformation » de créances en titres : elle « passe par la mise en place d'un dispositif permettant tout d'abord le transfert de créances à une entité qui émettra ensuite des titres adossés à ces créances »¹³⁸². Concrètement, une entreprise, établissement de crédit ou entreprise commerciale, est créancière d'une autre personne, mais souhaite « détenir » cette créance, non encore remboursée par définition, sous une autre forme.

« Lors d'une titrisation de créances, une entreprise transfère des créances qu'elle détient à une entité *ad hoc* qui finance leur acquisition en émettant des titres financiers. La restitution des sommes versées par les investisseurs pour l'achat de ces titres est assurée au moyen des flux financiers engendrés par les créances transférées, à savoir les sommes remboursées par les débiteurs cédés. Le caractère *ad hoc* de l'entité, appelée véhicule pour la titrisation, résulte du fait que son actif et son passif sont respectivement composés exclusivement des créances acquises dans le cadre d'opérations de titrisation et des titres émis pour en financer l'acquisition. [...] Le terme « titrisation » [...] exprime l'action de titriser, de transformer - au sens économique - en titres. La titrisation renvoie donc à la création de titres librement négociables et financièrement représentatifs de biens, d'actifs »¹³⁸³.

En principe, toute valeur patrimoniale peut être titrisée¹³⁸⁴, mais les créances de sommes d'argent représentent indéniablement l'archétype de ce type d'opération. « Chaque créance constitue une richesse dans la mesure où elle a une valeur économique ; la créance est l'anticipation du résultat économique escompté de l'exécution de l'obligation »¹³⁸⁵.

Initialement conçu au sein de territoires de *Common law*¹³⁸⁶ et en particulier aux États-Unis¹³⁸⁷, ce mécanisme a par la suite fait l'objet des attentions du législateur en France¹³⁸⁸.

¹³⁸² LE CANNU, P., GRANIER, T., & ROUTIER, R. (2017). *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Titrisation* (éd. 9). Paris: Dalloz, p. 509.

¹³⁸³ FORTI, V., *op. cit.*, p. 6-7. Voir également *Mémento Droit commercial*. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre, n° 41503.

¹³⁸⁴ « Si l'on appelle « titrisation » le processus de transformation d'un bien, d'une créance par exemple, en un titre, alors le mécanisme est bien connu : les warrants du Code de commerce titrisent une créance de dépôt et une sûreté les actions titrisent certains droits et devoirs des actionnaires ; le droit commun lui-même pourrait le permettre, par convention des parties. Il eût d'ailleurs été plus convenable de parler de monétisation par liquidation anticipée d'une créance à terme » : PRAICHEUX, S. (2009). La réforme de la titrisation, d'un point de vue critique. *Bulletin Joly Bourse 2009* (n° 2).

¹³⁸⁵ FORTI, V., *op. cit.*, p. 8, se référant à BILLIAU, M. (2002). *La transmission des créances et des dettes*. LGDJ, p. 12.

¹³⁸⁶ FORTI, V., *op. cit.*, p. 5.

¹³⁸⁷ LE CANNU, P., GRANIER, T., & ROUTIER, R., *op. cit.*, p. 511.

L'intérêt de la titrisation de créances est multiple : elle permet aux établissements de crédits de respecter leur ratio de solvabilité¹³⁸⁹, et elle constitue une source de financement pour les entreprises commerciales moins onéreuse que le financement traditionnel¹³⁹⁰ tout en n'augmentant pas leur passif¹³⁹¹. Sur le même modèle, elle permet également aux établissements bancaires de se refinancer auprès de la Banque de France ou d'autres agents économiques¹³⁹².

Habituellement, l'opération s'articule autour d'un *trust*. De manière simplifiée, l'entreprise qui souhaite céder ses créances les confie à un *trustee*, lequel finance l'acquisition en émettant des titres qui sont proposés à des souscripteurs par le biais d'établissements spécialisés (*investment banks*). Ces investisseurs titulaires des titres, en tant que bénéficiaires, ont un droit de préférence absolu, et peuvent exiger du *trustee* l'exécution de ses obligations telles que stipulées dans l'acte constitutif du *trust*. En pratique, le *trustee* peut être également émetteur et administrateur des prêts.¹³⁹³

Les dettes du *trustee* ne peuvent être remboursées sur les biens composant le *trust* qu'il administre, ses créanciers ne peuvent pas les saisir. En particulier dans le mécanisme de la titrisation de créances, les créanciers du *trustee* gestionnaire sont privés de toute prétention sur les créances objet du *trust*, affectées dans l'intérêt des investisseurs bénéficiaires. Le *trustee* doit ainsi s'abstenir de tous actes qui seraient dommageables aux investisseurs bénéficiaires, comme des investissements interdits ou encore la mise en place de sûretés sur des biens du *trust* en garantie de dettes qui lui seraient personnelles.¹³⁹⁴

¹³⁸⁸ CMF. art. L 214-175-1 suiv. et D 214-216-1 suiv. : Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances, Décret n°89-158 du 9 mars 1989 portant application des art. 26 et 34 a 42 de la loi 881201 du 23-12-1988 et relatif aux fonds communs de créances, Loi n° 93-6 du 4 janvier 1993 relative aux sociétés civiles de placement immobilier, aux sociétés de crédit foncier et aux fonds communs de créances, Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, Loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, Loi n° 2007-1774 du 17 décembre 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier, Ordonnance n° 2008-556 du 13 juin 2008 transposant la directive 2005/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005 relative à la réassurance et réformant le cadre juridique des fonds communs de créances (J.O.U.E. L323 9 décembre 2005).

¹³⁸⁹ Rapport entre les fonds propres que détient l'établissement de crédit et le montant des créances inscrites à son bilan.

¹³⁹⁰ Car déconnectée de la confiance du prêteur traditionnel.

¹³⁹¹ FORTI, V., *op. cit.*, p. 8.

¹³⁹² LE CANNU, P., GRANIER, T., & ROUTIER, R., *op. cit.*, p. 521.

¹³⁹³ *Ibid.*, p. 516.

¹³⁹⁴ FORTI, V., *op. cit.*, p. 124-125.

Les opérateurs français, ayant importé la titrisation de créances des pays de *Common law*, sans pour autant alors connaître, en tant que tel, le *trust*, ont dû faire preuve d'imagination pour obtenir un résultat similaire. Le mécanisme français constitue ainsi le « résultat de l'assemblage inédit de catégories conceptuelles traditionnelles, dans le but de reproduire les effets du *trust* »¹³⁹⁵. Pour assurer l'affectation patrimoniale, le législateur avait ainsi initialement¹³⁹⁶ instauré une institution originale, dédiée à ce type d'opération, le fonds commun de créances, lequel a, par la suite, été supprimé pour être remplacé par les organismes de titrisation¹³⁹⁷ : sociétés de titrisation et fonds communs de titrisation.

La société de titrisation peut prendre la forme d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée mais bénéficiant d'un certain nombre de dérogations : une assemblée peut se tenir sans que ne soit requis de *quorum*, une personne physique peut être dirigeante de cinq sociétés de titrisation, ces mandats n'étant pas décomptés au regard du droit commun du nombre de mandats, le commissaire aux comptes peut être désigné par le conseil d'administration ou le directoire en lieu et place de l'assemblée, etc.¹³⁹⁸.

Le fonds commun de titrisation, quant à lui, n'a pas la personnalité morale : il est une copropriété, mais les dispositions relatives à l'indivision et aux sociétés en participation ne lui sont pas applicables¹³⁹⁹. Cependant, certains ont pu analyser une sorte de personnalité morale sous-jacente¹⁴⁰⁰ : il existe en effet une autonomie patrimoniale « mise en relief par l'autonomie accordée à chacun de ses compartiments qui ne répondent que des dettes et engagements qu'ils ont contractés et non des obligations des autres compartiments du fonds en dérogation à l'article 2285 du Code civil »¹⁴⁰¹. Le fonds peut également être individualisé : « Pour toutes les opérations faites pour le compte des copropriétaires, la désignation du fonds ou, le cas échéant, d'un compartiment du fonds peut être valablement substituée à celle des copropriétaires »¹⁴⁰².

En tout état de cause, les investisseurs exercent leur propriété directe sur les parts émises, qui sont des valeurs mobilières¹⁴⁰³, représentatives des créances, mais n'ont aucune

¹³⁹⁵ *Ibid.* p. 24.

¹³⁹⁶ Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances.

¹³⁹⁷ Ordonnance n° 2008-556 du 13 juin 2008 transposant la directive 2005/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005 relative à la réassurance et réformant le cadre juridique des fonds communs de créances.

¹³⁹⁸ LE CANNU, P., GRANIER, T., & ROUTIER, R., *op. cit.*, p. 552.

¹³⁹⁹ CMF. art. L 214-180.

¹⁴⁰⁰ LE CANNU, P., GRANIER, T., & ROUTIER, R., *op. cit.*, p. 556.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 556.

¹⁴⁰² CMF. art. L 214-180 *in fine*.

¹⁴⁰³ CMF. art. L 211-2.

prérogative sur le fonds en lui-même et ne peuvent pas s’immiscer dans sa gestion, ce sont des copropriétaires sans pouvoir, ne pouvant pas même demander le partage des créances divisées¹⁴⁰⁴. D’ailleurs, les dettes de la copropriété n’engagent pas leurs biens personnels¹⁴⁰⁵.

Le fonds présente cette caractéristique d’être une copropriété de valeurs mobilières, mais n’est pas une indivision : les membres n’ont aucun droit direct sur les créances du fonds, et, pour autant, celui-ci n’en est pas davantage propriétaire, puisqu’il n’a pas la personnalité morale. Les droits des membres portent sur des parts « représentant une fraction de la valeur du fonds ; le prix de ces parts est égal à la valeur liquidative du fonds, augmentée ou diminuée de certains frais »¹⁴⁰⁶.

Quelle que soit l’entité employée pour l’opération de titrisation, l’objectif est d’affecter les créances *dans l’intérêt des investisseurs*, et ce, de façon à ce que les créanciers des sujets concernés par l’opération, c’est-à-dire les créanciers de l’entreprise financée ou du gestionnaire¹⁴⁰⁷, ne puissent pas les saisir. Or, ainsi que l’a indiqué M. Forti, « l’affectation juridique des créances dans l’intérêt des investisseurs se traduit par un transfert de la valeur économique de celles-ci dans leurs patrimoines. Il est possible d’affirmer que les investisseurs sont les propriétaires économiques des créances titrisées dès lors qu’on admet que la valeur économique d’un bien peut faire l’objet de la propriété »¹⁴⁰⁸.

En effet, l’opération globale de titrisation, à savoir l’administration des créances assurée par le gestionnaire, dans l’intérêt des investisseurs, peut être analysée en un contrat fiduciaire¹⁴⁰⁹. Or « les prérogatives de disposition sont attribuées au gestionnaire qui pourra réclamer le paiement des créances en agissant vis-à-vis des débiteurs cédés ; les prérogatives de jouissance reviennent aux investisseurs qui sont libres de les transférer à un tiers au moyen de la cession des titres financiers. Ainsi, tant que l’opération n’est pas achevée, des prérogatives différentes sont exercées simultanément sur les créances »¹⁴¹⁰. Le gestionnaire, sujet spécialisé dans le domaine considéré, dispose des actifs dans le but d’en conserver ou

¹⁴⁰⁴ LE CANNU, P., GRANIER, T., & ROUTIER, R., *op. cit.*, p. 558.

¹⁴⁰⁵ CMF. art. L 214-23.

¹⁴⁰⁶ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 270.

¹⁴⁰⁷ FORTI, V., *op. cit.*, p. 225.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 25.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 137 et p. 139 suiv. ; LIBCHABER, R., Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, *op. cit.* ; ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 110 (qui qualifie les fonds communs de créances de « fiducies inavouées ») ; BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, p. 222 (« la gestion des créances titrisées est fiduciaire »), p. 223 (le fonds commun de créances est qualifié de « fiducie innommée ») ; MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 270 (« le gérant est un véritable fiduciaire »).

¹⁴¹⁰ FORTI, V., *op. cit.*, p. 225.

d'en accroître la valeur, et à ce titre, d'une part il gère et administre le fonds, et d'autre part il le représente vis-à-vis des tiers¹⁴¹¹. Les investisseurs, quant à eux, sont les seuls destinataires de la gestion à jouir des actifs en question¹⁴¹².

Cette simultanéité de prérogatives au profit d'acteurs différents se traduit par l'existence de propriétés simultanées. Ainsi que l'a relevé M. Forti, « la nature des prérogatives juridique du gestionnaire et des investisseurs ne peut être déduite qu'en identifiant les concepts de *Common law* tels qu'ils ont été traduits dans les pays de tradition romano-germanique. En important le régime de la titrisation, ces pays ont indirectement introduit dans leur ordre juridique la notion de simultanéité, caractéristique du régime du *trust* »¹⁴¹³. En effet, « il a fallu simuler l'institution originelle sur laquelle se fonde la titrisation de créances pour obtenir des effets similaires à ceux du *trust* : l'affectation des créances dans l'intérêt des investisseurs a ainsi fait apparaître un dédoublement de la propriété »¹⁴¹⁴.

Au-delà de la titrisation de créances, il est un autre exemple de l'existence d'une propriété économique dans le cadre des transmissions d'ordre financier ou professionnel : il s'agit du cas de certains transferts de valeurs mobilières.

b Certains transferts temporaires de valeurs mobilières

Le « transfert temporaire de valeurs mobilières » est une expression générique qui regroupe un certain nombre de contrats qui ont tous en commun de transférer temporairement des titres et pour lesquels ce transfert temporaire apparaît *ab initio*, c'est-à-dire dès la conclusion du contrat, « soit que le montant de la rétrocession et ses conditions sont déjà connus, soit que l'une des parties bénéficie d'un droit d'option qui lui permet de mettre fin à l'opération en déclenchant, à son gré, la rétrocession »¹⁴¹⁵.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, p. 227.

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 226. Leurs droits pécuniaires s'exercent sur l'actif dudit organisme, qui est composé des sommes encaissées par lui et des intérêts qu'elles produisent, et sont déterminés par le règlement ou les statuts de l'organisme de titrisation (répartition des actifs selon une fréquence préétablie, ou remboursement différé jusqu'à la dissolution de l'organisme avec dans l'intervalle distribution des seuls intérêts) : FORTI, V., *op. cit.*, p. 229. Voir également LE CANNU, P., GRANIER, T., & ROUTIER, R., *op. cit.*, p. 588.

¹⁴¹³ FORTI, V., *op. cit.*, p. 237-238.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 68.

¹⁴¹⁵ LUCAS, F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, *op. cit.*, p. 2-3.

L'objectif du cessionnaire est de faire face à un besoin de valeurs mobilières, par exemple pour respecter ses obligations en termes de composition de ses actifs¹⁴¹⁶, ou de réaliser un placement de liquidités quasiment sans risque puisque les titres sont nécessairement rétrocédés, peu important à ce sujet les baisses de cours puisque le prix est fixé à la conclusion du contrat. La garantie réside ainsi dans la propriété des titres. Le seul risque pour lui est que le cédant ne veuille¹⁴¹⁷ ou ne puisse pas reprendre les valeurs mobilières.

Quant au cédant, son objectif est de faire sortir des titres de son bilan pour y faire entrer des liquidités, pour, par exemple, « habiller » la présentation de son bilan. Il va également pouvoir se financer sans pour autant se dessaisir définitivement des titres.¹⁴¹⁸

On trouve dans cette catégorie le prêt de titres, la pension livrée ou encore le portage de titres. Alors qu'elle n'avait pas encore intégré le Code civil, M. Lucas avait qualifié la fiducie de « cadre idéal pour les transferts temporaires de valeurs mobilières »¹⁴¹⁹, arguant qu'elle serait, en tout état de cause, mieux adaptée que le *trust*, compte tenu, selon lui, de l'obstacle du *numerus clausus* des garanties réelles. Nous avons vu *supra* que cet argument n'emporte pas notre conviction, mais l'idée que nous défendons ici va dans le même sens que celle défendue par M. Lucas, à savoir une opération fiduciaire. Or notre avis est qu'une telle opération procède d'une superposition de propriétés, économique et juridique, de nature différente entre les protagonistes.

En effet, le *prêt de titres*, comme son nom l'indique, consiste pour une personne à prêter des titres à une autre. Sa particularité est qu'il porte sur des choses fongibles¹⁴²⁰, et revêt ainsi la nature d'un prêt de consommation¹⁴²¹, régi par les articles 1892 à 1914 du Code civil, ce

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴¹⁷ Hypothèse de la vente à réméré, puisqu'il ne s'agit que d'une faculté de rachat, et non d'une obligation.

¹⁴¹⁸ LUCAS, F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, *op. cit.*, p. 19 suiv..

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 313.

¹⁴²⁰ L'article 1892 du Code civil dispose que « le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ». Si, techniquement, le prêt de consommation porte sur les biens consommables, c'est-à-dire qui se consomment par l'usage qu'on en fait, la jurisprudence a également reconnu, implicitement, qu'il porte également sur les biens fongibles, comme les titres financiers, puisqu'elle a admis que le prêt de valeurs mobilières est un prêt de consommation : Cass. civ. 8 mai 1950, Cass. civ. 1^{ère} 5 déc. 1962, CA. Versailles 11 oct. 2012 n° 10/05550 pour un prêt de parts numérotées.

¹⁴²¹ Par opposition au prêt à usage, ou commodat, qui porte sur des corps certains (C. civ. art. 1875 suiv.). C. civ. art. 1874 : « Il y a deux sortes de prêt : Celui des choses dont on peut user sans les détruire ; Et celui des

qui le distingue notamment d'autres conventions similaires comme la pension ou la vente à réméré¹⁴²². Compte tenu de la nature particulière des titres, le prêt de titres a aussi fait l'objet de dispositions spécifiques dans le Code monétaire et financier¹⁴²³.

Le prêt de titres a plusieurs utilités : il peut servir à mettre à la disposition des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance les actions de garanties nécessaires à l'exercice de leurs fonctions lorsqu'ils ne sont pas déjà actionnaires¹⁴²⁴. L'avantage du prêt de titres, plutôt que de la vente, dans les sociétés fermées en tout cas, est de s'assurer que lesdits dirigeants ne les conserveront pas après l'expiration de leurs fonctions.

Il peut également permettre la satisfaction des critères de détention de capital dans certains types de sociétés¹⁴²⁵.

Le prêt de titres peut en outre « être le fait d'entreprises qui ne sont pas tenues de payer l'impôt et qui, à la suite du détachement d'un coupon, ne peuvent imputer le crédit d'impôt. Au moment du détachement du coupon, ces personnes vont donc chercher à transférer temporairement la propriété de leurs titres à une contrepartie qui pourra imputer le crédit d'impôt. En pratique, les parties conviennent de partager le bénéfice ainsi transféré à l'emprunteur des titres qui est tenu de rétrocéder une partie de la valeur de l'avantage ainsi consenti »¹⁴²⁶. Il existe ainsi un marché du prêt de titres, les prêteurs prêtant leurs titres contre la perception d'un intérêt à la charge de l'emprunteur.

Le prêt de titres est un prêt de consommation de l'article 1892 du Code civil, dont l'effet principal est le transfert de propriété de la chose prêtée à l'emprunteur¹⁴²⁷, qui peut donc librement en disposer pour couvrir un défaut de livraison ou réaliser une opération de

choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait. La première espèce s'appelle "prêt à usage". La deuxième s'appelle "prêt de consommation", ou simplement "prêt" ».

¹⁴²² AUCKENTHALER, F. (2017). Prêt de titres (fasc. 2125). *JCL Banque Crédit Bourse*.

¹⁴²³ CMF. art. L 211-22 à L 211-26. Le prêt porte non seulement sur des titres financiers, donc fongibles, mais en plus qui « ne sont pas susceptibles de faire l'objet, pendant la durée du prêt, du détachement d'un droit à dividende ou du paiement d'un intérêt soumis à la retenue à la source prévue au 1° de l'article 119 bis ou à l'article 1678 bis du Code général des impôts ou ouvrant droit au crédit impôt prévu au b du 1 de l'article 220 du même Code, d'un amortissement, d'un tirage au sort pouvant conduire au remboursement ou d'un échange ou d'une conversion prévus par le contrat d'émission » (CMF. art. L 211-22, 2.).

¹⁴²⁴ LUCAS, F.-X., & NEAU-LEDUC, P. (1999). Mise à disposition d'actions à des administrateurs ou à des membres du conseil de surveillance. *Actes prat. ing. soc. 1999* (n° 48).

¹⁴²⁵ Par exemple, concernant une société d'exercice libéral (SEL) : voir CA. Versailles 1^{ère} ch. 1^{ère} sect. 11 oct. 2012 n° 10/05550.

¹⁴²⁶ AUCKENTHALER, F., Prêt de titres, *op. cit.*.

¹⁴²⁷ GRUA, F. (2013, maj. 2017). Prêt de consommation ou prêt simple (fasc. unique). *JCL Civil Code, Art. 1892 à 1904*.

marché, sauf à ce que le contrat n'ait prévu une affectation des titres à une destination particulière.

De même, le prêt de consommation permet la stipulation d'intérêt au profit du prêteur, comme pour les prêts d'argent, dont le taux sera librement déterminé par les parties.

En tant que propriétaire, l'emprunteur perçoit les fruits, c'est-à-dire le montant des coupons d'intérêts ou de dividendes, mais la convention peut prévoir la restitution au prêteur à l'échéance.¹⁴²⁸

C'est également lui qui a le droit de vote¹⁴²⁹, mais il est fréquent que la convention prévoit une interruption du prêt avant l'exercice du droit, puisque bien souvent, bien que propriétaire, l'emprunteur n'a généralement pas l'intention de se comporter comme un associé.

Au terme du prêt, l'emprunteur est tenu de restituer au prêteur « des titres identiques, c'est-à-dire des titres de même nature, du même émetteur, de la même émission ou assimilables, en tout point fongibles avec ceux faisant l'objet du prêt »¹⁴³⁰. Ainsi, si l'emprunteur a encore les titres, il les restituera, mais s'il en a disposé, alors la restitution aura lieu en équivalent, ce qui est le propre des biens fongibles.

La nature de la restitution est importante puisque c'est sur elle que repose la qualification de l'opération : une restitution en argent¹⁴³¹ requalifie le contrat en prêt d'argent¹⁴³², voire en vente, une restitution en titres de nature différente fait dégénérer l'opération en échange.

L'emprunteur doit également restituer une chose de même qualité et quantité : si elle est inférieure, c'est une libéralité ou un abandon de créance, si elle est supérieure, cela peut être une dation en paiement.

Si l'on définit la propriété économique passive comme étant la vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète ou à la valeur d'un bien dont on n'est pas juridiquement propriétaire, et sur lequel le propriétaire juridique exerce, pendant ce laps de

¹⁴²⁸ AUCKENTHALER, F., Prêt de titres, *op. cit.*

¹⁴²⁹ LUCAS, F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières, op. cit.*, p. 31.

¹⁴³⁰ AUCKENTHALER, F., Prêt de titres, *op. cit.*

¹⁴³¹ La restitution en argent est possible uniquement si l'emprunteur est dans l'impossibilité (C. civ. art. 1903) de réaliser une restitution en nature (ce n'est donc pas une simple option pour lui), par exemple si la société émettrice des titres a disparu dans l'intervalle.

¹⁴³² Cass. civ. 19 mars 1928.

temps, le pouvoir économique, alors on peut affirmer que le prêt de titre entre dans cette catégorie, le prêteur étant le propriétaire économique et l'emprunteur étant le propriétaire juridique, le temps que dure le contrat de prêt.

Certes, si l'emprunteur a disposé des titres pendant la durée du contrat, ce sont des titres de même nature qui seront restitués au prêteur : dans ce cas, ce dernier ne récupérera ni exactement les titres prêtés, ni leur valeur en argent, mais il récupérera des titres identiques, or l'équivalence n'est qu'une modalité de la restitution, propre à tous les biens fongibles.

La *pension de titres*, quant à elle, est définie à l'article L 211-27 du Code monétaire et financier comme étant « l'opération par laquelle une personne morale, un fonds commun de placement, un fonds de placement immobilier, un fonds professionnel de placement immobilier, un fonds de financement spécialisé, ou un fonds commun de titrisation cède en pleine propriété à une autre personne morale, à un fonds commun de placement, à un fonds de placement immobilier, un fonds professionnel de placement immobilier ou à un fonds commun de titrisation, moyennant un prix convenu, des titres financiers et par laquelle le cédant et le cessionnaire s'engagent respectivement et irrévocablement, le premier à reprendre les titres, le second à les rétrocéder pour un prix et à une date convenus ». ¹⁴³³

La pension de titres permet au cédant d'obtenir des liquidités sans avoir à recourir au prêt bancaire classique. Quant au cessionnaire, il peut acquérir des titres qu'il n'a pas pu acheter à bon prix sur le marché financier, et surtout de placer son excédent de trésorerie. ¹⁴³⁴

Si la question de la qualification de la pension de titres en prêt assorti d'un nantissement a pu être posée par le passé ¹⁴³⁵, il est désormais certain que l'opération réalise bien un transfert de propriété, eu égard aux termes employés par le législateur (« cède en pleine propriété »).

Le cédant s'engageant à reprendre les titres et le cessionnaire à les rétrocéder, l'opération présente un caractère obligatoire qui la distingue de la vente à réméré, ou la reprise des titres n'est qu'une faculté pour le cédant, d'où son succès. ¹⁴³⁶

¹⁴³³ Création de la pratique, la pension de titres a finalement été consacrée par le législateur par la Loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la Banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers. Elle est désormais dotée d'un régime juridique complet.

¹⁴³⁴ Pension de titres. (2017). *Le Lamy droit du financement*, n° 1373.

¹⁴³⁵ Voir LESCOT, P. & ROBLOT, R. (1953). *Les effets de commerce*, Tome 1. Rousseau, p. 380 ; HAMEL, J. (1957). L'aval en pension. *Banque 1957*, p. 707, cités par LUCAS, F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, op. cit., p. 37.

¹⁴³⁶ PRAICHEUX, S. (2010, act. 2018). Sûretés financières. *Répertoire de droit des sociétés*, n° 172.

« La qualification la plus pertinente est [...] celle de prêt garanti par une aliénation fiduciaire, analyse aujourd'hui consacrée par l'article L. 211-27 du Code monétaire et financier. La pension livrée apparaît ainsi comme une opération unitaire qui se confond avec l'opération de crédit qu'elle garantit, puisqu'elle consiste en une avance de fonds en contrepartie du transfert de titres (objet de la garantie) assorti d'un engagement de rétrocession des titres après remboursement des sommes prêtées ». ¹⁴³⁷

Compte tenu du caractère obligatoire de la rétrocession des titres, on peut affirmer l'existence, pendant la durée que dure la pension, d'une propriété économique du cédant-emprunteur et d'une propriété juridique du cessionnaire-prêteur. Au terme, le propriétaire économique recouvre la propriété complète des titres pour devenir propriétaire (tout court).

Le *portage* de titres permet également un transfert temporaire de valeurs mobilières. Le principe est qu' « un porteur acquiert des valeurs mobilières et les détient pour le compte d'un donneur d'ordre, en s'engageant dès la conclusion du contrat à les rétrocéder à un bénéficiaire, pour un prix et une date fixés *ab initio* » ¹⁴³⁸.

Plusieurs protagonistes interviennent : le donneur d'ordre, qui est à l'origine du portage, le titulaire des valeurs mobilières, le porteur des titres, ainsi que le bénéficiaire. Le donneur d'ordre peut être le bénéficiaire, et il est souvent le titulaire des valeurs mobilières. Il s'agit d'une opération d'ingénierie financière ¹⁴³⁹. Les opérations de portage ont en général deux objectifs principaux : soit gagner du temps, les portages s'apparentant alors à des mesures conservatoires, soit réaliser des opérations de crédit ¹⁴⁴⁰.

Création de la pratique, le portage n'est réductible à aucun contrat nommé ¹⁴⁴¹, et emprunte différentes techniques pour sa mise en œuvre : promesse unilatérale d'achat, promesses croisées d'achat et de vente, cessions d'actions assorties de clauses résolutoires, etc. ¹⁴⁴².

Outre le caractère temporaire de l'opération, l'une de ses caractéristiques est le transfert de propriété des valeurs mobilières au porteur. Il devient juridiquement associé. Cependant, il est un associé qui accepte de se soumettre aux directives d'un donneur d'ordre et de ne pas exercer de manière souveraine les prérogatives que lui confère son titre. La convention

¹⁴³⁷ Pension de titres. (2017). *Le Lamy droit du financement*, n° 1374.

¹⁴³⁸ LUCAS, F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴³⁹ *Ibid.*, p. 56.

¹⁴⁴⁰ GUYON, Y. (2002). *Traité des contrats, les sociétés* (éd. 5). Paris: LGDJ, p. 374.

¹⁴⁴¹ LUCAS, F.-X. (2005, maj. 2017). Conventions de portage (fasc. 2128). *JCL Banque Crédit Bourse*.

¹⁴⁴² Conventions de portage. (2017). *Le lamy droit du financement*, n° 1423.

prévoit en effet qu'il est privé du droit de vote et que les dividendes qui pourraient être versés pendant la période de portage devront revenir au bénéficiaire, et dans ce cas, ils s'imputeront sur le prix de rachat des titres. Certains ont ainsi pu qualifier le porteur d' « actionnaire inerte » ou de « *sleeping partner* qui ne s'intéresse pas aux affaires sociales ». ¹⁴⁴³

Le bénéficiaire ayant vocation certaine à la propriété complète des titres à l'issue de l'opération de portage, il peut être qualifié de propriétaire économique, le porteur étant quant à lui propriétaire juridique. La position de ce dernier est en réalité celle d'un fiduciaire : il a la propriété juridique, le titre, et exerce le pouvoir mais sous les ordres du donneur d'ordre qui est le constituant : sa propriété n'est pas synonyme de richesse. ¹⁴⁴⁴

En revanche, notons qu'il ne nous semble pas que la *vente à réméré*, bien qu'elle puisse constituer un transfert temporaire de valeurs mobilières, engendre une superposition de propriétés. En effet, la vente à réméré est une forme de vente pour laquelle le vendeur bénéficie d'une faculté de rachat ¹⁴⁴⁵, pour cinq ans maximum. La vente à réméré a pour effet de rendre l'acquéreur propriétaire des titres et lui permet d'exercer tous les droits attachés, elle se distingue ainsi de la simple location. La vente à réméré a la nature d'une vente sous condition résolutoire ¹⁴⁴⁶, l'exercice du réméré annulant ainsi rétroactivement la vente initiale. Lors de l'exercice du réméré, le prix et les titres doivent respectivement être restitués, en principe, libres de toutes charges. ¹⁴⁴⁷

En pratique, le réméré peut permettre de réaliser une mise à disposition de fonds afin de réaliser un placement ou un financement. « Dans cette hypothèse, le transfert des fonds est réalisé par le paiement du prix des titres et constitue l'objet principal de la convention. Corrélativement, les titres servent à garantir la restitution des espèces dont ils ne sont que l'accessoire » ¹⁴⁴⁸. Les acheteurs peuvent ainsi être des gestionnaires de liquidités non admis au marché interbancaire ¹⁴⁴⁹ mais souhaitant effectuer des placements à un taux proche du marché interbancaire distinct d'un compte à terme, d'un titre de créance négociable ou d'un

¹⁴⁴³ LUCAS, F.-X., Conventions de portage, *op. cit.*

¹⁴⁴⁴ Voir LUCAS, F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières, op. cit.*, p. 271, sous les réserves que nous avons apportées *supra*.

¹⁴⁴⁵ C. civ. art. 1659 à 1673, ou « vente avec faculté de rachat ». « À l'inverse de la pension ou du prêt de titres, ce procédé n'a pas fait l'objet d'une loi spécifique destinée à en adapter l'usage aux règles des marchés de capitaux. Il n'est ainsi jamais mentionné en tant que tel dans le Code monétaire et financier » : AUCKENTHALER, F. (2017). Vente à réméré (fasc. 2122). *JCL Banque Crédit Bourse*.

¹⁴⁴⁶ MALAURIE, P., AYNES, L., & GAUTIER, P.-Y. (2016). *Les contrats spéciaux* (éd. 8). Issy-les-Moulineaux: LGDJ, p. 68.

¹⁴⁴⁷ AUCKENTHALER, F., Vente à réméré, *op. cit.*

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁴⁹ Trésorier d'entreprise, OPCVM, entreprise d'assurance, caisse de retraite, société de bourse.

bon de caisse¹⁴⁵⁰. D'autres acheteurs peuvent également l'utiliser comme propriété-sûreté, en trouvant dans la propriété temporaire des titres acquis à réméré une sûreté qui garantit la restitution de leurs fonds en cas de défaillance de leur contrepartie¹⁴⁵¹. Les vendeurs des titres, quant à eux, recherchent dans le réméré un instrument de mobilisation qui leur permet de se procurer un financement à un taux inférieur à celui du marché interbancaire, contre la cession temporaire de leurs titres : la majoration du prix de restitution correspondant alors au paiement de l'intérêt couru sur le prix de vente initial. Il peut aussi leur permettre d'obtenir des fonds de contreparties qui n'auraient pu les leur accorder sous forme de prêt parce que leur ligne de crédit est saturée ou que l'emprunteur est considéré comme un « mauvais » risque.¹⁴⁵²

Or nous avons vu que la propriété économique passive est la vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète ou à la valeur d'un bien dont on n'est pas juridiquement propriétaire, et sur lequel le propriétaire juridique exerce, pendant ce laps de temps, le pouvoir économique. Mais dans la vente à réméré, la reprise des titres par le vendeur est une simple faculté¹⁴⁵³, ainsi la restitution du prix est suspendue à la volonté du vendeur qui dispose seul de la faculté de résoudre la vente initiale. L'acheteur court donc le risque que le vendeur n'exerce pas la faculté de réméré et ne lui restitue pas les fonds, par exemple si la valeur des titres cédés chute fortement pendant la durée de l'opération¹⁴⁵⁴. S'agissant d'une simple faculté, le vendeur n'a donc pas la vocation certaine de récupérer le bien. A-t-il au moins la vocation certaine d'en récupérer la valeur ? La réponse est assurément négative : il perçoit en effet le prix de vente dudit bien, mais il le perçoit dès la conclusion de la vente à réméré, il n'a donc pas vocation à récupérer la valeur du bien, il l'a déjà. Et si le réméré n'est pas exercé, alors il s'agit d'une simple vente, avec transfert de propriété dans les conditions de droit commun au profit de l'acquéreur.

¹⁴⁵⁰ AUCKENTHALER, F., Vente à réméré, *op. cit.*

¹⁴⁵¹ « Cette sûreté-propiété était particulièrement attractive dans la mesure où elle n'était pas soumise aux aléas de la réalisation du nantissement de titres [...]. Son intérêt est aujourd'hui plus relatif avec le nouveau régime du gage de compte d'instruments financiers » : AUCKENTHALER, F., Vente à réméré, *op. cit.*

¹⁴⁵² *Ibid.*. Le réméré a également pu également être utilisé comme instrument de prêt de titres avant l'entrée en vigueur de la Loi n°87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne, instituant un régime juridique et fiscal du prêt de titres. Voir également GUYON, Y. (1986). Le régime juridique du prêt de titres. *RD bancaire et bourse 1986*, p. 36.

¹⁴⁵³ C. civ. art. 1659. PERROT, A. (1993). La vente à réméré de valeurs mobilières. *RTD com. 1993*, p. 1.

¹⁴⁵⁴ Voir par exemple « l'affaire DG Bank » dans laquelle une banque a refusé de reprendre des obligations allemandes dont les cours s'étaient fortement dépréciés (DE BOYSSON, I. (1990). Les rémérés en danger de mort, DG Bank bond row escalates. *Euromoney*, 2 mars 1990, p. 3 ; BARRE, N. (1990). Les autorités allemandes prêtes à négocier dans l'affaire de la DG Bank. *Les Échos*, 27 fév. 1990, p. 19 : cités par AUCKENTHALER, F., Vente à réméré, *op. cit.*

Outre les transmissions d'ordre financier ou professionnel, les transmissions familiales peuvent également faire naître une propriété économique.

2 Les transmissions d'ordre familial

Certaines transmissions d'ordre familial engendrent également la naissance d'une propriété économique. C'est en particulier le cas de la libéralité graduelle (a) et de certains droits de retour en faveur du donateur lorsque le donataire précède, éventuellement sans descendance (b).

a La libéralité graduelle

« La libéralité¹⁴⁵⁵ graduelle est une libéralité qui est faite à un premier gratifié sous la double charge de conserver les biens et de les transmettre lors de sa mort à un second gratifié (C. civ., art. 1048) : l'obligation de les conserver lui interdit d'en disposer entre vifs ; l'obligation de les transmettre lui interdit d'en disposer à cause de mort »¹⁴⁵⁶.

L'objectif d'une telle mesure, pour le disposant, est de programmer la dévolution de ses biens, ou de certains d'entre eux, sur deux générations (maximum), par exemple pour protéger le patrimoine familial en y conservant les biens, ou encore pour protéger contre lui-même le prodigue ou l'incompétent.

La libéralité graduelle déroge ainsi à la prohibition des substitutions fidéicommissaires édictée par l'article 896 du Code civil¹⁴⁵⁷. Elle opère, au moyen d'une charge de conserver et de rendre, une double transmission, et permet ainsi de gratifier successivement d'un même bien deux bénéficiaires successifs : le *grevé*, premier gratifié, ainsi que l'*appelé*, second gratifié.¹⁴⁵⁸

Le disposant est libre de choisir tant le premier gratifié que le second. Cependant, si le grevé est héritier réservataire du disposant, la charge ne peut, en principe, être imposée que sur la quotité disponible¹⁴⁵⁹, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas grever sa réserve héréditaire¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁵ Donation ou legs.

¹⁴⁵⁶ GRIMALDI, M. (2006). Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles. *JCP N 2006* (n° 51-52).

¹⁴⁵⁷ Introduites par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

¹⁴⁵⁸ NICOD, M. (2015). Libéralités graduelles, notion, domaine, formation (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 1048 à 1056*.

¹⁴⁵⁹ C. civ. art. 1054 al. 1.

La libéralité graduelle comporte, à titre de charge, l'obligation pour le premier gratifié de conserver *en nature* les biens et droits reçus pour les transmettre, à son décès, au second gratifié¹⁴⁶¹. Cette obligation de conservation en nature, et non en valeur, va à l'encontre du principe de libre disposition des biens et de la libre circulation des richesses, mais elle s'explique parfaitement : tout d'abord, seule la restitution en nature est à même de protéger efficacement les droits du second gratifié. Ensuite, en pratique, si le disposant décide de recourir à une libéralité graduelle, c'est qu'il entend assurer le maintien dans la famille¹⁴⁶² de certains biens en particulier, ceux qui sont généralement liés à son histoire¹⁴⁶³. Enfin, il a été avancé que l'obligation de conserver en nature « semble nécessaire pour maintenir la fiction juridique selon laquelle le second gratifié est réputé tenir ses biens du disposant et non du premier gratifié, posée à l'article 1051 et qui permet de justifier son statut fiscal avantageux »¹⁴⁶⁴.

Par exception, « lorsqu'elle porte sur des valeurs mobilières, la libéralité produit également son effet, en cas d'aliénation, sur les valeurs mobilières qui y ont été subrogées »¹⁴⁶⁵ : l'obligation de conservation porte ainsi sur le portefeuille, et non sur les titres pris individuellement¹⁴⁶⁶.

Cette obligation générale de conservation des biens en question interdit ainsi au premier gratifié d'en disposer : il ne peut ni les vendre, ni les donner, ni même les léguer. Il ne peut pas même les apporter en société puisqu'il s'agit d'un acte de disposition¹⁴⁶⁷. Mais en tant que propriétaire, le grevé peut jouir librement des biens, habiter les immeubles, les louer, percevoir les dividendes, etc. Il exerce seul les pouvoirs de gestion, tant dans son propre intérêt, puisqu'il jouit du bien, que dans l'intérêt de l'appelé, une conservation en nature impliquant *a minima* des actes conservatoires.

¹⁴⁶⁰ Les libéralités excessives sont alors réduites d'autant (C. civ. art. 918 suiv.) Par exception, le grevé peut consentir, dans les conditions de l'article 930 du Code civil, à ce que la libéralité graduelle greève sa réserve héréditaire (renonciation anticipée à exercer l'action en réduction, ou RAAR).

¹⁴⁶¹ « Elle ne lui interdit pas directement de l'aliéner, mais cette aliénation - fatalement conditionnelle - ne sera juridiquement efficace que si le second gratifié prédécède. S'il survit, l'appelé est en droit de réclamer le bien aliéné, qui désormais lui appartient » : NICOD, M., *op. cit.*

¹⁴⁶² Le plus souvent.

¹⁴⁶³ NICOD, M., *op. cit.*

¹⁴⁶⁴ Rapport n° 343 de M. Henri de RICHEMONT au Sénat, fait au nom de la commission des lois, 10 mai. 2006.

¹⁴⁶⁵ C. civ. art. 1049 al. 2.

¹⁴⁶⁶ Ce qui n'est pas sans rappeler la qualification du portefeuille de valeurs mobilières d'*universalité* par la jurisprudence (Cass. civ. 1^{ère} 12 nov. 1998 n° 96-18041) concernant l'usufruit.

¹⁴⁶⁷ Et cela se comprend aisément : si tel était le cas, les biens apportés pourraient ensuite librement être cédés par la société.

On peut ainsi affirmer qu'il dispose de la propriété juridique des biens objets de la libéralité graduelle, la propriété économique étant au bénéficiaire en second. Ce dernier a en effet la vocation certaine à la propriété entière du bien au terme, c'est-à-dire au décès du grevé. Il n'exerce cependant aucun pouvoir dans l'intervalle, aussi sa propriété économique est-elle passive.

Notons que l'on regroupe sous l'appellation de *libéralités successives* les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles. « Les libéralités graduelles et résiduelles sont des libéralités permettant au disposant de transmettre tout ou partie de ses biens à deux gratifiés en ordre successif, le second étant appelé à recevoir l'objet de la disposition ou ce qu'il en reste au décès du premier, s'il lui survit ; elles sont une recherche de pouvoir sur le temps au-delà de la mort, qui exprime une inquiétude enracinée dans la nature humaine »¹⁴⁶⁸. Ces libéralités ont ainsi en commun d'être à « double détente », le disposant donnant ou léguant un bien à deux gratifiés qui en bénéficient successivement, le second au décès du premier, et qui tiennent tous deux leurs droits du disposant¹⁴⁶⁹. La différence est que la libéralité résiduelle n'impose pas au grevé de conserver les biens, il peut ne retransmettre à l'appelé que ce qui restera desdits biens à son propre décès¹⁴⁷⁰. L'appelé n'a donc aucune certitude de recevoir quoi que ce soit. Dès lors, on ne peut pas qualifier son droit de propriété économique. Le grevé est propriétaire - et seul propriétaire, du bien objet de la libéralité.

En réalité, le droit romain et l'Ancien droit avaient largement recours aux substitutions fidéicommissaires, dont la plupart ont, par la suite, été prohibées comme « bloquant » la propriété des biens sur plusieurs générations. Mais il faut bien avouer que si la loi du 23 juin 2006 a rétabli la possibilité de réaliser cette opération, *via* la libéralité graduelle, c'est bien que le droit, en cette matière, était trop rigide. Les demandes de la pratique ont été entendues, ce qui, encore ici, marque bien que la superposition de propriétés de l'Ancien régime n'était pas, en tant que telle, l'abomination que l'on présente traditionnellement. Certes, la situation était perpétuelle et impliquait une lourde charge personnelle, mais le législateur a su écarter les inconvénients d'alors des propriétés simultanées pour n'en conserver que les avantages. Après tout, réaliser une libéralité graduelle va dans le sens de la sacralisation du droit de

¹⁴⁶⁸ MALAURIE, P., & BRENNER, C. (2014). *Les successions, les libéralités* (éd. 6). Issy-les-Moulineaux: LGDJ, p. 335.

¹⁴⁶⁹ GRIMALDI, M., Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, *op. cit.*.

¹⁴⁷⁰ TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S. (2013). *Droit civil, les successions, les libéralités* (éd. 4). Paris: Dalloz, p. 550 suiv..

propriété, permettant ainsi au propriétaire d'avoir tellement d'emprise sur son bien qu'il peut en disposer à sa guise, même pour après sa mort... Ensuite, il arrive fréquemment que ce type de libéralité soit utilisé par des parents soucieux de disposer d'instruments qui leur permettent de pourvoir aux besoins d'un enfant handicapé¹⁴⁷¹ tout en ne rompant pas l'égalité (à terme) avec les autres enfants.

En tout état de cause, si la libéralité graduelle fait naître une propriété économique au bénéfice de l'appelé, tel est également le cas de certains droits de retour au profit du donateur.

b Le droit de retour légal des père et mère et le droit de retour conventionnel

Le principe, lorsqu'une personne décède, est celui de l'unité de la succession, c'est-à-dire que la loi détermine les héritiers en ne tenant compte ni de la nature des biens successoraux, ni de leur origine. Ce principe était initialement posé à l'article 732 du Code civil¹⁴⁷² qui a malencontreusement été supprimé par la loi du 3 décembre 2001¹⁴⁷³, mais il demeure encore, même non écrit¹⁴⁷⁴.

Ce principe connaît néanmoins un certain nombre d'exceptions¹⁴⁷⁵, certains biens faisant l'objet d'une dévolution particulière en raison de leur origine¹⁴⁷⁶ ou de leur nature¹⁴⁷⁷. On parle alors de *succession anormale*. Les successions anormales en raison de l'origine des biens tirent leur explication historique de l'idée de conservation des biens au sein de la famille, l'objectif étant que les biens reçus à titre gratuit par une personne décédée sans postérité, retournent à la famille d'où ils proviennent : c'est le droit de retour légal, qui peut prendre plusieurs formes, selon qu'il est au bénéfice des père et mère¹⁴⁷⁸, des frères et sœurs ou de la famille adoptive.

¹⁴⁷¹ GRIMALDI, M., Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, *op. cit.*.

¹⁴⁷² « La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession ».

¹⁴⁷³ Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

¹⁴⁷⁴ LEQUETTE, Y. (2006). La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? In *Etudes offertes au doyen Ph. Simler*. Paris: Litec, p. 167 suiv..

¹⁴⁷⁵ GRIMALDI, M. (2017). *Droit des successions*. Paris: LexisNexis, p. 91.

¹⁴⁷⁶ Par référence à la personne ayant transmis.

¹⁴⁷⁷ Certains biens ont vocation à revenir à telle ou telle personne en fonction de leur nature, par exemple les souvenirs de famille, les sépultures ou encore les propriétés littéraires et artistiques : GRIMALDI, M., *Droit des successions, op. cit.*, p. 210 suiv..

¹⁴⁷⁸ Contre la qualification du droit de retour légal des père et mère de succession anormale : LEVILLAIN, N. (2007). Les nouveaux droits successoraux des ascendants - Droit de retour légal de l'article 738-2 du Code civil. *JCP N 2007* (n° 12).

Le droit de retour légal des père et mère est prévu à l'article 738-2 du Code civil. Il s'applique lorsque les père et mère (ou l'un d'eux) survivent au défunt et que celui-ci n'a pas de postérité, alors chacun bénéficie du retour dans son patrimoine des biens donnés par lui, à concurrence des quotes-parts fixées à l'article 738, premier aliéna, du Code civil.

La valeur de la portion des biens soumise au droit de retour s'impute sur leurs droits successoraux respectifs, c'est-à-dire qu'il ne vient pas en plus de la vocation successorale des parents. S'il ne peut s'exercer en nature, par exemple par ce que le bien donné a été vendu¹⁴⁷⁹ ou détruit, ou s'ils ont été exhéredés, alors le retour s'exécute en valeur¹⁴⁸⁰, mais toujours dans la limite de l'actif successoral.

Ce droit de retour est d'ordre public¹⁴⁸¹, c'est-à-dire que l'enfant ne peut pas en priver ses parents, et que les parents ne peuvent pas non plus y renoncer avant le décès de leur enfant : une telle renonciation s'analyserait comme un pacte sur succession future prohibé¹⁴⁸².

Il ne porte que sur les biens reçus des père et mère¹⁴⁸³, y compris les père et mère adoptifs¹⁴⁸⁴, et qui ont été donnés par eux, à l'exclusion de toute autre forme d'acquisition par le défunt : vente, succession *ab intestat*, etc..

En outre, l'article 738-2 du Code civil indique que les parents exercent leur droit de retour « à concurrence des quotes-parts fixées au premier alinéa de l'article 738, sur les biens que le défunt avait reçus d'eux par donation ». L'article 738 dispose quant à lui que « Lorsque les père et mère survivent au défunt et que celui-ci n'a pas de postérité, mais des frères et sœurs ou des descendants de ces derniers, la succession est dévolue, pour un quart, à chacun

Notons que, dans le cadre des présentes, nous adoptons la grammaire définie par le Code civil, à savoir « le droit de retour légal des père et mère », mais, dans la mesure où une personne peut désormais avoir plusieurs pères ou plusieurs mères dans le cadre de l'adoption de l'enfant du conjoint de même sexe, il serait plus juste d'écrire « le droit de retour légal des parents », ou encore de façon plus précise pour éviter toute ambiguïté « le droit de retour légal des parents ascendants au premier degré ».

¹⁴⁷⁹ Ce qui peut être le cas si aucun droit de retour conventionnel n'a été prévu dans la donation, voir *infra*.

¹⁴⁸⁰ En cas de vente du bien, la subrogation réelle joue en ce sens que c'est la valeur du nouveau bien acquis en remploi dont il va être tenu compte pour le calcul de l'actif successoral (GRIMALDI, M., *Droit des successions*, *op. cit.*, p. 204). Néanmoins, elle ne joue pas pleinement dans la mesure où le donateur n'a aucune vocation à recueillir le bien subrogé, n'en ayant jamais été propriétaire. Son retour s'effectuera en valeur uniquement (étant précisé que rien n'interdit, dans le cadre du retour en valeur et à défaut de liquidités suffisantes, d'attribuer ledit bien subrogé audit parent).

¹⁴⁸¹ L'article 738-2 indique que les père et mère « peuvent dans tous les cas exercer un droit de retour », « le défunt ne peut donc les priver de ce droit, même en disposant du bien. Dans cette éventualité, le législateur a en effet prévu que le droit de retour s'exerce alors en valeur » : LEVILLAIN, N. (2015). Succession : Droit de retour légal des père et mère, article 738-2 du Code civil (fasc. 240). *JCL Liquidations - Partages*.

¹⁴⁸² Cass. civ. 1^{ère} 21 oct. 2015 n° 14-21337 ; GOLDIE-GENICON, C. (2015). Renonciation au droit de retour conventionnel et droit de retour légal. *JCP N 2015* (n° 51-52).

¹⁴⁸³ A l'exclusion de toute autre personne de la famille.

¹⁴⁸⁴ En vertu du principe d'égalité des filiations. Voir également Cass. req. 14 fév. 1855 ; Cass. req. 20 oct. 1903 concernant le droit de retour et l'enfant adopté par voie d'adoption simple.

des père et mère et, pour la moitié restante, aux frères et sœurs ou à leurs descendants. Lorsqu'un seul des père et mère survit, la succession est dévolue pour un quart à celui-ci et pour trois quarts aux frères et sœurs ou à leurs descendants ».

Il convient d'interpréter ce « quart » comme étant le quart de l'actif successoral total¹⁴⁸⁵, et non pas seulement le quart du bien donné¹⁴⁸⁶. Ainsi, si le bien donné n'excède pas le quart de l'ensemble, alors le père ou la mère recueille le bien dans son intégralité et reçoit même un complément sur les autres biens successoraux pour compléter sa part. En revanche, si la valeur du bien donné excède le quart de l'ensemble, alors le donateur ne recueille le bien que dans cette limite, ce qui fait naître une indivision sur ce bien avec les héritiers, collatéraux privilégiés¹⁴⁸⁷ ou conjoint survivant¹⁴⁸⁸, et il ne peut prétendre à aucun autre bien dans la succession.

Notons que le droit de retour légal des père et mère ne joue que s'il n'a été prévu aucun droit de retour conventionnel dans l'acte de donation. En effet, le droit de retour conventionnel opère « comme une condition résolutoire entraînant un anéantissement rétroactif de la donation. Ainsi lorsque la clause de retour conventionnel joue, le droit de retour légal devient sans objet »¹⁴⁸⁹. Cependant, lorsqu'à l'occasion d'une aliénation du bien par le donataire, le donateur renonce au retour conventionnel stipulé dans l'acte de donation, ce droit de retour ne peut plus être invoqué au décès du donataire, mais cette renonciation est sans effet sur le droit de retour légal qui demeure et s'exerce alors en valeur¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁵ Pourquoi instituer un droit de retour sur seulement un quart alors que l'objectif est de conserver le bien dans la famille ? Il est vrai que la possibilité d'un retour en valeur va à l'encontre de cet objectif, mais ce n'est qu'à défaut de retour en nature possible. En réalité, ce droit de retour a été institué, par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, pour tempérer la suppression de la réserve des ascendants de l'ancien article 914 du Code civil. Celle-ci étant alors d'un quart, « il était normal de considérer que le droit de retour s'exerce dans cette limite. La solidarité familiale qui fondait le droit à la réserve des ascendants impose désormais que soit transmis au père et à la mère la même portion de biens, à condition toutefois qu'ils aient au préalable gratifié leur enfant » : TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S., *op. cit.*, p. 231. Même position : GRIMALDI, M., *Droit des successions, op. cit.*, p. 202.

¹⁴⁸⁶ En faveur de cette seconde interprétation : LEVILLAIN, N., Les nouveaux droits successoraux des ascendants - Droit de retour légal de l'article 738-2 du Code civil, *op. cit.* ; PETERKA, N. (2006). Successions - Les retouches à la dévolution successorale À propos de la loi du 23 juin 2006. *Droit de la famille 2006* (n° 12).

¹⁴⁸⁷ C. civ. art. 738.

¹⁴⁸⁸ C. civ. art. 757-1.

¹⁴⁸⁹ LEVILLAIN, N., Les nouveaux droits successoraux des ascendants - Droit de retour légal de l'article 738-2 du Code civil, *op. cit.* ; V. également DELFOSSE, A., & PENIGUEL, J.-F. (2006). *La réforme des successions et libéralités*. Paris: LexisNexis Litec, p. 147.

¹⁴⁹⁰ LEVILLAIN, N., Les nouveaux droits successoraux des ascendants - Droit de retour légal de l'article 738-2 du Code civil, *op. cit.*.

Dans la limite d'un quart de l'ensemble de l'actif successoral, il nous apparaît donc que chacun des père et mère dispose de la propriété économique des biens qu'il a donnés à son enfant, décédé sans postérité, et si les biens ne se retrouvent pas en nature dans sa succession, chacun a au moins la vocation certaine d'en recouvrer la valeur. Et l'enfant donataire, propriétaire juridique, exerce tous les pouvoirs sur le bien en question (y compris celui de le céder) non seulement dans son propre intérêt, parce qu'il jouit du bien, mais également dans l'intérêt du parent donateur puisque, le droit de ce dernier étant d'ordre public, il a la certitude¹⁴⁹¹ de pouvoir à nouveau être propriétaire ou titulaire de la valeur en cas de prédécès de son enfant sans postérité, et ce, à l'exclusion de toute autre personne. L'objectif est que le bien reste dans la famille donatrice, mais également que le parent ne se retrouve pas démuné au décès de son enfant alors même qu'il aurait réalisé des donations à son profit.

En revanche, le droit de retour légal des frères et sœurs, et celui des familles adoptive et par le sang, ne constituent pas un cas de superposition de propriétés.

Le premier¹⁴⁹², qui ne naît que dans les successions *entièrement* dévolues au conjoint survivant en l'absence de descendants ou d'ascendants¹⁴⁹³, est prévu par l'article 757-3 du Code civil qui dispose que « par dérogation à l'article 757-2, en cas de prédécès des père et mère, les biens que le défunt avait reçus de ses *ascendants* par succession ou donation et qui se retrouvent en *nature* dans la succession sont, en l'absence de descendants, dévolus pour moitié aux frères et sœurs du défunt ou à leurs descendants, eux-mêmes descendants du ou des parents prédécédés à l'origine de la transmission ». D'une part, il ne s'agit pas d'un « vrai » droit de retour, car les biens donnés ne reviennent pas à la personne qui les avait donnés, puisque s'ils remplissent les conditions, les frères et sœurs du défunt (ou leurs descendants) recueillent des biens qui avaient été donnés par leur ascendants communs avec le défunt¹⁴⁹⁴, et dans la limite de la moitié. En outre, l'une des conditions est que le bien existe encore en nature dans le patrimoine du défunt, et ce droit n'étant pas d'ordre public, tout « retour » en valeur est exclu. Les frères et sœurs n'ont donc aucune vocation *certaine* à recueillir les biens au décès du donataire.

¹⁴⁹¹ Dans la limite du quart de l'actif successoral.

¹⁴⁹² Issu de la Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

¹⁴⁹³ Les frères et sœurs étant primés par le conjoint survivant : C. civ. art. 757-2. LEVILLAIN, N. (2014, maj. 2018). Succession : Droit de retour des frères et sœurs, article 757-3 du Code civil (fasc. 230). *JCL Liquidations - Partages*.

¹⁴⁹⁴ Par exemple, dans une famille dite recomposée, si le bien avait été donné par le père du défunt, seul les frères et sœurs germains et consanguins (ou leur descendants) de ce dernier bénéficient du droit de « retour », à l'exclusion de ses frères et sœurs utérins : GRIMALDI, M., *Droit des successions, op. cit.*, p. 194.

Le droit de retour des familles adoptive et par le sang¹⁴⁹⁵, quant à lui, s'applique en cas de prédécès d'un adopté simple ne laissant ni descendants, ni conjoint survivant, pour lui succéder. Par application du mécanisme dite de la « fente successorale »¹⁴⁹⁶, la succession du défunt se répartit par moitié entre ses deux familles, d'adoption et par le sang¹⁴⁹⁷, mais les biens issus de chaque famille y retournent aux termes de l'article 368-1 du Code civil.

Ce droit de retour suppose ainsi que le défunt ait fait l'objet d'une adoption simple, l'adoption plénière faisant perdre à l'enfant tous ses droits successoraux dans sa famille par le sang¹⁴⁹⁸.

En outre, le retour porte sur tous les biens reçus à titre gratuit, c'est-à-dire par donation, succession ou legs¹⁴⁹⁹, issus des père et mère adoptifs et des père et mère par le sang, et qui se retrouvent en nature dans la succession de l'adopté. Il n'y a pas de subrogation ni de retour en valeur.

Les biens retournent alors aux pères et mères respectifs ou à leurs descendants. Cette situation ne fait pas naître, nous semble-t-il, une superposition de propriétés économique et juridique. En effet, même si le bien peut retourner à son propriétaire originaire, ce retour n'est pas d'ordre public et ne s'exerce que si le bien figure encore en nature dans le patrimoine de l'adopté à son décès. Il n'y a pas de retour en valeur à défaut de retour en nature. Dans cette mesure, aucun des parents (ou leurs descendants) n'a vocation *certaine* à recueillir les biens qu'il avait transmis à l'adopté, ce dernier pouvant faire en sorte qu'ils quittent son patrimoine simplement en les aliénant. Il n'y a donc pas de propriétés économique et juridique.

En parallèle, à côté des différents droits de retour institués par la loi, figure également un droit de retour que les parties peuvent elles-mêmes prévoir : il s'agit du *droit de retour conventionnel*¹⁵⁰⁰. Il résulte de l'acte de donation et constitue une condition résolutoire¹⁵⁰¹.

Ainsi, le donateur peut stipuler à son profit le retour des biens donnés soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants, et

¹⁴⁹⁵ Issu de la Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption.

¹⁴⁹⁶ MALAURIE, P., & BRENNER, C. (2014). *Les successions, les libéralités* (éd. 6). Issy-les-Moulineaux: LGDJ, p. 55-56.

¹⁴⁹⁷ Par symétrie, l'adopté simple hérite lui-même dans les deux familles (C. civ. art. 364 et 368). LACOUR, C. (2007). Adoption - L'incidence de la loi du 23 juin 2006 sur la succession de l'adopté simple. *Droit de la famille 2007* (n° 12).

¹⁴⁹⁸ Puisque la filiation adoptive se substitue à la filiation d'origine (C. civ. art. 356).

¹⁴⁹⁹ Par opposition au droit de retour légal des père et mère qui ne porte que sur les biens reçus par donation.

¹⁵⁰⁰ TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S., *op. cit.*, p. 469 suiv..

¹⁵⁰¹ MALAURIE, P., & BRENNER, C., *op. cit.*, p. 242.

ce droit ne peut être prévu qu'au profit du donateur seul¹⁵⁰², contrairement au retour légal des frères et sœurs et des familles adoptive et par le sang qui bénéficie/peut bénéficier à un autre que le donateur.

Le droit de retour conventionnel n'existe que s'il est expressément prévu, dans l'acte de donation lui-même voire dans un pacte adjoint à un don manuel¹⁵⁰³. Si la clause produit effet, les biens donnés retournent dans le patrimoine du donateur.

Le droit de retour conventionnel est doté, sauf clause contraire, d'un effet rétroactif qui anéantit les actes de disposition conclus par le donataire : les biens donnés retournent au donateur « libres de toute charge et hypothèques »¹⁵⁰⁴.

Dans l'intervalle, la condition étant résolutoire, le donataire peut librement administrer les biens donnés et en disposer, sauf clause contraire d'inaliénabilité¹⁵⁰⁵.

Il existe ainsi une superposition de propriétés entre le donateur, propriétaire économique, et le donataire, propriétaire juridique, lequel gère et administre, exclusivement, seul le bien à lui donné mais dans l'intérêt du donateur, qui conserve la maîtrise de la destinée des biens qu'il donne, et a la vocation certaine, si les conditions de prédécès sont remplies, de recueillir la propriété du bien donné au terme. Le donataire ne peut en aucun cas priver le donateur de son droit de retour conventionnel¹⁵⁰⁶, et même si aucune clause d'inaliénabilité n'a été stipulée, le retour fait rétroactivement disparaître les actes de disposition qu'aurait pu réaliser le donataire. La vocation du propriétaire économique est donc en propriété, mais exceptionnellement, elle est en valeur si le bien a été détruit ou détérioré par la faute du donataire, puisqu'une indemnité lui est alors due¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰² C. civ. art. 951. Si le droit de retour est stipulé au profit du donateur et d'un tiers, alors la clause est privée d'effet seulement dans la mesure où son application bénéficie au tiers (Cass. req. 8 juin 1836) ; s'il n'est stipulé qu'au profit d'un tiers, alors la clause est entièrement nulle (Cass. civ. 28 juin 1841).

¹⁵⁰³ A défaut d'acte de donation dans ce dernier cas. Le pacte adjoint doit se borner à relater les conditions du don manuel sans prétendre *constituer* la donation (par référence à C. civ. art. 931). MALAURIE, P., & BRENNER, C., *op. cit.*, p. 223.

¹⁵⁰⁴ C. civ. art. 952. Au contraire le droit de retour légal n'a pas d'effets rétroactifs.

¹⁵⁰⁵ En pratique, le droit de retour conventionnel s'accompagne quasi-systématiquement d'une clause d'inaliénabilité.

¹⁵⁰⁶ Mais celui-ci peut y renoncer de lui-même avant le décès du donataire. En revanche, le retour jouant automatiquement et la condition étant rétroactive, le donateur ne peut pas renoncer à son droit de retour après le décès du donataire : si telle est néanmoins son intention, alors la jurisprudence considère qu'il s'agit d'une nouvelle libéralité (Civ. 30 juill. 1860). TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S. (2013). *Droit civil, les successions, les libéralités* (éd. 4). Paris: Dalloz, p. 472.

¹⁵⁰⁷ TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S., *op. cit.*, p. 473.

Ainsi, nous venons de voir qu'il existe d'ores et déjà dans l'ordre juridique des exemples de propriété économique passive. Cependant, la propriété économique peut également se concevoir de manière active, c'est-à-dire lorsque c'est le propriétaire économique qui exerce le pouvoir, et non le propriétaire juridique.

II Les propriétés économiques actives dans l'ordre juridique

D'une façon générale, « alors que le droit subjectif se définit comme la prérogative juridique reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre, le pouvoir se caractérise, au contraire, par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »¹⁵⁰⁸. Dans la propriété économique active, le propriétaire économique exerce le pouvoir tantôt à titre exclusif (A), tantôt de façon limitée (B).

A L'exercice exclusif du pouvoir par le propriétaire économique

Il est des cas où le propriétaire économique exerce seul le pouvoir : c'est notamment le cas de l'époux commun en biens lorsqu'il est souscripteur d'un contrat d'assurance-vie (1), ou encore lorsque la propriété économique a pour assise un usufruit (2).

1 L'époux commun en biens souscripteur d'une assurance-vie

Précisons d'ores et déjà que les réflexions qui suivent ne portent que sur la nature *juridique*¹⁵⁰⁹ de l'assurance-vie pour son souscripteur *commun en biens*, souscrite et alimentée par des *fonds communs*¹⁵¹⁰, lorsque le contrat n'est *pas dénoué*¹⁵¹¹, et non sur le capital-décès reçu par le conjoint survivant en tant que bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie dont son

¹⁵⁰⁸ GAILLARD, E., *op. cit.*, p. 21

¹⁵⁰⁹ Si la question fiscale des droits de mutation fait régulièrement couler beaucoup d'encre, elle ne fait pas l'objet de nos propos, et n'a, en outre, aucune incidence sur la qualification juridique, propre ou commune, de l'assurance-vie (concernant la fiscalité du contrat dénoué par le décès du souscripteur-assuré : voir CGI. art. 757 B et 990 I, *Mémento Fiscal*. (2018). Francis Lefebvre, n° 68225 suiv. ; concernant la fiscalité du contrat non dénoué au décès du conjoint du souscripteur : voir Rép. min. Ciot JOAN 23 fév. 2016, n° 78192, COUDERC, A. (2016). La valeur de rachat d'un contrat d'assurance-vie non dénoué, un acquêt de nouveau défiscalisé. *Bulletin fiscal Francis Lefebvre* (n° 10/16)).

¹⁵¹⁰ Lorsqu'il s'agit de fonds propres, alors l'assurance-vie constitue un bien propre pour son souscripteur à condition qu'une clause d'emploi ou de remploi ait été prévue (C. civ. art. 1434) ; à défaut, l'assurance-vie dépend de la communauté (C. civ. art. 1402) mais à charge de récompense par elle au profit de l'époux souscripteur (C. civ. art. 1469). *Mémento Patrimoine, op. cit.*, n° 28160 suiv..

¹⁵¹¹ C'est-à-dire lorsque le souscripteur-assuré est encore en vie ou que le terme n'est pas encore survenu.

conjoint, prédécédé, était souscripteur assuré : dans ce cas, le contrat est dénoué, et ce capital-décès constitue un propre par nature pour le conjoint bénéficiaire¹⁵¹² et, bien que la communauté ait financé le versement des primes sur le contrat, aucune récompense ne lui est due à ce titre¹⁵¹³.

Ces précisions apportées, il est clair que l'assurance-vie présente pour le souscripteur un caractère très personnel. En effet, c'est lui qui, seul, peut effectuer des rachats sur le contrat, demander des avances, réaliser des arbitrages, délivrer un mandat spécial pour la gestion du contrat, désigner et modifier les bénéficiaires, donner le contrat en garantie, etc.. Concernant spécifiquement les rachats, il a été jugé que « le droit de rachat est ainsi un droit exclusivement attaché à la personne du souscripteur que le syndic de la liquidation de ses biens ne peut exercer »¹⁵¹⁴. S'il est possible de déléguer ce droit à un mandataire, encore faut-il que le mandat soit spécial : « la faculté de rachat d'un contrat d'assurance-vie est un droit personnel du souscripteur qui ne peut être exercé par son mandataire qu'en vertu d'un mandat spécial prévoyant expressément cette faculté »¹⁵¹⁵.

Aussi, lorsque le souscripteur est marié sous un régime communautaire, certains ont pu se demander si la valeur de rachat¹⁵¹⁶ du contrat d'assurance-vie ne pouvait pas être qualifiée de bien propre par nature en vertu de l'alinéa 1 de l'article 1404 du Code civil qui dispose que « forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne ».¹⁵¹⁷

¹⁵¹² C. ass. art. L 132-16. Cela dit, la communauté étant dissoute du fait du décès de l'un des époux, on voit mal comment le capital-décès pourrait constituer un bien commun.

¹⁵¹³ C. ass. art. L 132-16 (car « l'obligation de récompense disparaît lorsque se manifeste l'intention libérale » : PLANIOL, M., & RIPERT, G. (1960). *Traité pratique de droit civil français, Tome IX, Les régimes matrimoniaux (par BOULANGER, J.)*. Paris: LGDJ p. 192), sauf primes manifestement exagérées.

Néanmoins, lorsque le bénéficiaire est n'importe qui d'autre que le conjoint, le droit à récompense renaît (Cass. civ. 1^{ère} 10 juill. 1996 n° 94-18.733 arrêt dit « Daignan » ; Cass. civ. 1^{ère} 22 mai 2007 n° 05-18516) à hauteur des primes versées en vertu de l'article 1437 du Code civil (Cass. civ. 1^{ère} 10 juill. 1996) ; MALAURIE, P., & AYNES, L. (2017). *Droit des régimes matrimoniaux* (éd. 6). Issy-les-Moulineaux: LGDJ, p. 282.

¹⁵¹⁴ Cass. com. 25 oct. 1994, n° 90-14316.

¹⁵¹⁵ Cass. civ. 2^{ème} 5 juin 2008 n° 07-14077.

¹⁵¹⁶ En substance, la valeur de rachat est égale à la provision mathématique du contrat (C. ass. art. R 331-5).

¹⁵¹⁷ En ce sens, voir HUBLOT, G. (2016). Assurance-vie et renonciation : deux grandes évolutions jurisprudentielles. *LPA 2016, Interview par PANDO, A.* (n° 131). S'appuyant également sur le fait que la

En réalité, il ne nous semble pas que la nature des pouvoirs conférés à une personne puisse déterminer la nature, propre ou commune, du bien sur lequel ils portent. Est-ce que le simple fait d'avoir le pouvoir de gestion implique nécessairement que le bien soit propre par nature ? Nous ne le pensons pas. Cette situation n'est d'ailleurs pas inédite et d'autres cas peuvent se rencontrer, par exemple le fonds de commerce (seul l'époux exploitant dispose des pouvoirs de gestion¹⁵¹⁸) ou encore les comptes bancaires (seul l'époux au nom duquel le compte est ouvert peut le faire fonctionner¹⁵¹⁹). Pour autant ces actifs dépendent bien de la communauté.

La Cour de cassation, dans son fameux « arrêt Praslicka »¹⁵²⁰, rendu dans le cadre des opérations de liquidation et de partage suite à un divorce, et concernant un contrat d'assurance-vie mixte toujours en cours à la dissolution du régime matrimonial, « a tranché en faveur de la communauté »¹⁵²¹ en décidant qu' « il devait être tenu compte dans les opérations de partage de la valeur du contrat au jour de la dissolution de la communauté ». La Cour d'appel, dont l'arrêt a été cassé, avait quant à elle décidé qu'il ne devait pas y avoir récompense - ce qui suppose déjà qu'il s'agisse d'un bien propre - dans la mesure où les primes, payées avec des fonds communs, n'étaient pas disproportionnées. L'on se trouverait alors dans cette curieuse situation d'un époux pouvant utiliser à son gré des fonds de communauté pour se constituer un patrimoine propre, du moment qu'il investit en assurance-vie, et n'ayant pas même de récompense à devoir à la communauté. Cette situation nous paraît absolument contraire à l'article 1437 du Code civil aux termes duquel, *in fine*, « toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense » et on ne voit pas bien en quoi l'assurance-vie serait différente des autres investissements que les époux peuvent réaliser. « La valeur de rachat représente un actif patrimonial qui ne saurait être omis des opérations de liquidation »¹⁵²².

stipulation pour autrui, dont l'effet est rétroactif, investit le souscripteur « d'un droit propre conditionnel en vertu duquel il doit être considéré comme ayant été le bénéficiaire *ab initio* » : BIGOT, J., *op. cit.*.

¹⁵¹⁸ C. civ. art. 221 et 1421 al. 2. KARM, A. (2012, maj. 2017). Mariage, Régime matrimonial primaire, Autonomie des époux (C. civ., art. 220 à 225) (fasc. 20). *JCL Civil Code, Art. 216 à 226* ; BREMOND, V. (2010, maj. 2016). Communauté légale, Administration des biens communs, Répartition ordinaire des pouvoirs (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 1421 à 1432*.

¹⁵¹⁹ C. civ. art. 221. MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 63 ; CREDOT, F.-J., & SAMIN, T. (2011). Compte de dépôt, Autonomie bancaire des époux. *RDBF 2011* (n° 6) ; BREMOND, V. (2010, maj. 2016). Communauté légale, Administration des biens communs, Répartition ordinaire des pouvoirs (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 1421 à 1432*.

¹⁵²⁰ Cass. civ. 1^{ère} 31 mars 1992 n° 90-16343.

¹⁵²¹ GRIMALDI, M., Réflexions sur l'assurance-vie en droit patrimonial de la famille, *op. cit.*

¹⁵²² *Ibid.*.

Notons que la Cour a employé le terme de « valeur du contrat » ce qui regroupe en réalité¹⁵²³ :

- Tant la valeur de rachat du contrat, donc lorsque le contrat n'est pas dénoué au jour de la dissolution du régime matrimonial, et ce qui était le cas dans l'espèce,

- Que le produit de rachat, c'est-à-dire la somme effectivement versée par l'assureur, avant la dissolution du régime matrimonial, lorsque le contrat est dénoué par arrivée du terme.

En outre, lorsque le contrat a été accepté par le bénéficiaire, la « valeur de rachat » est quasiment inexistante pour le souscripteur puisqu'il ne peut plus en réaliser sans l'accord du bénéficiaire, qui, n'en autorisera probablement que très peu. La référence à la « valeur du contrat » par la Cour prend alors toute son importance¹⁵²⁴.

En tout état de cause, la solution énoncée par la Cour de cassation d'inclure la valeur du contrat dans la masse commune, se justifie parce que le droit au rachat, qui appartient au souscripteur, ne se confond pas avec le droit au capital, qui appartient au bénéficiaire, même si l'un et l'autre s'exercent contre la compagnie : or, « comme toute créance appartenant à l'un ou à l'autre des époux, le droit de rachat a donc vocation à être régi par le régime matrimonial éventuel du souscripteur »¹⁵²⁵. Cette valeur entre donc en communauté en application des articles 1401 et suivants du Code civil¹⁵²⁶.

Certes, si le bénéfice du contrat d'assurance-vie a déjà été accepté par le bénéficiaire, la solution peut paraître sévère « pour le souscripteur : ses droits dans la communauté hors valeur du contrat seraient diminués par l'intégration du droit de rachat (attribué par imputation sur sa part) dont en fait il n'a plus le libre exercice »¹⁵²⁷. A vrai dire, non seulement le bénéficiaire est choisi exclusivement par le souscripteur, mais en plus il n'est nullement obligé de l'en informer, et quand bien même il le ferait, l'acceptation du bénéficiaire est subordonnée à l'accord du souscripteur¹⁵²⁸, de sorte que si le bénéficiaire accepte le bénéfice du contrat, c'est parce que le souscripteur l'a bien voulu. On voit donc mal comment le souscripteur pourrait se plaindre de la sévérité d'une situation qu'il a lui-même créée.

¹⁵²³ *Ibid.*.

¹⁵²⁴ LUCET, F. (1993). Le sort des contrats d'assurance-vie non dénoués à la dissolution de la communauté. *Defrénois 1993* (n° 5).

¹⁵²⁵ *Contra* : BIGOT, J., *op. cit.*, qui considère que la valeur de rachat n'est pas autre chose que le capital en voie de formation, de sorte qu'elle lui emprunte sa nature, et le capital, s'il avait été perçu, aurait été propre.

¹⁵²⁶ Dans le même sens : Cass. civ. 1^{ère} 19 avr. 2005 n° 02-10985.

¹⁵²⁷ LUCET, F., *op. cit.*.

¹⁵²⁸ C. ass. art. L 132-9, II..

La valeur commune du contrat étant acquise, une précision doit cependant être apportée : dans le partage, la police d'assurance-vie ne peut être attribué qu'au souscripteur, seul titulaire du droit de rachat¹⁵²⁹. En réalité, s'il nous apparaît que si les spécificités de l'assurance-vie ne justifient pas une qualification de propre pour l'époux souscripteur, il n'empêche que le contrat est intimement lié à son titulaire, au point de lui être attribué en exclusivité au divorce.

Ainsi, il est clair, en ce qui nous concerne, que l'époux souscripteur a la propriété économique, c'est-à-dire qu'il exerce sur l'assurance-vie le pouvoir, à titre exclusif, alors qu'il n'en est pas juridiquement propriétaire, et ce, en vue de la production et de l'appropriation de richesses, dans son propre intérêt et dans l'intérêt du propriétaire juridique, à savoir la communauté : cette dernière a la vocation certaine, à l'arrivée du terme (c'est-à-dire au terme du contrat d'assurance-vie, ou, si elle intervient avant, à la dissolution de la communauté) à la valeur du contrat (respectivement produit de rachat ou valeur de rachat), puisque la liquidation de communauté devra faire apparaître cette valeur comme actif commun.

Notons que cette superposition de propriétés, économique et juridique, présente une particularité lorsque le contrat n'est pas dénoué au moment de la dissolution de la communauté : si la communauté a la vocation certaine à la valeur du contrat puisqu'elle est inscrite comme actif commun dans la liquidation, l'époux souscripteur, propriétaire économique, a également vocation, de façon certaine, à récupérer cette valeur par imputation sur ses droits dans la communauté, et il s'agit alors d'une sorte d'attribution préférentielle. On voit donc qu'il existe ici une double vocation croisée, la différence pour le propriétaire économique résidant dans le fait que cette attribution n'est pas « gratuite », elle s'impute sur la part lui revenant dans la communauté, si bien que si elle est insuffisante, il peut être amené à verser une soulte en compensation : à défaut, il n'a d'autre choix que de racheter le contrat, et c'est alors le produit de rachat qui figurera à l'actif de communauté, sans possibilité d'attribution préférentielle à l'époux ex-souscripteur.

2 L'usufruit

Tous les usufruits ne sont pas le siège d'une superposition de propriétés : tel n'est le cas que lorsque l'usufruitier dispose de pouvoirs de disposition sans qu'il n'ait à recueillir

¹⁵²⁹ LUCET, F., *op. cit.*.

l'accord préalable du nu-propiétaire. Il s'agit donc de cas particuliers, car le principe en la matière est que c'est le nu-propiétaire qui a les pouvoirs de disposition. Dans les cas que nous allons voir, à savoir l'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières (a) et le quasi-usufruit (b), c'est l'usufruitier qui a ces pouvoirs, nous permettant ainsi de qualifier son droit de propriété économique.

a L'usufruit du portefeuille de valeurs mobilières

La notion de « portefeuille » est à l'origine plus économique que juridique¹⁵³⁰ : « à l'image du dossier dans lequel un épargnant classait et conservait ses actions et obligations, le portefeuille de valeurs mobilières est devenu une notion juridique permettant d'identifier et de représenter un ensemble de titres regroupés, au sens matériel et au sens patrimonial, par un investisseur »¹⁵³¹. L'inscription en compte des valeurs mobilières n'a finalement entraîné que la disparition matérielle du portefeuille : « le portefeuille, qui était une notion juridique servant à identifier un ensemble de titres, est devenu lui-même un bien objet d'appropriation »¹⁵³², il est traité désormais comme un bien doté d'une autonomie propre.

Jusqu'à il y a une vingtaine d'année, chaque valeur (action, obligation, part sociale...) était considérée comme un bien distinct, et la réunion de plusieurs valeurs dans le patrimoine d'une personne était perçue comme une simple addition. Chaque composante du portefeuille était autonome des autres, de telle sorte que l'usufruitier était tenu d'obtenir l'accord du nu-propiétaire pour l'aliénation de chaque valeur, y compris pour y substituer une autre.

Or, rompant avec cette conception, au demeurant peu pratique en termes d'optimisation de gestion, la Cour de cassation a énoncé dans un arrêt dit « Baylet » du 12 novembre 1998 que le portefeuille de valeurs mobilières constitue une universalité, et que l'usufruitier « est autorisé à gérer cette universalité en cédant des titres dans la mesure où ils sont remplacés, [mais qu'] il n'en a pas moins la charge d'en conserver la substance et de le rendre, la circonstance [qu'il] ait été dispensé de donner caution étant indifférente à cet égard »¹⁵³³.

Le portefeuille de valeurs mobilières constitue ainsi un bien unique, distinct des éléments qui le composent, et sur lequel les droits de l'usufruitier et du nu-propiétaire

¹⁵³⁰ PIEDELIEVRE, S. (2000). Universalité et gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières. *Dr. et patrimoine 2000* (n° 82).

¹⁵³¹ STORCK, M. (2001). La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières. *In Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*. Paris: Litec, p. 695.

¹⁵³² STORCK, M., *op. cit.*, p. 696.

¹⁵³³ Cass. civ. 1^{ère} 12 nov. 1998 n° 96-18041.

s'exercent globalement : « on parvient ainsi à appliquer au portefeuille de valeurs mobilières une notion d'universalité de fait »¹⁵³⁴. « Une universalité est un ensemble de biens qui sont réunis par une même affectation. [...] Une universalité de fait est définie comme étant un ensemble de biens formant une collection (exemple bibliothèque) ou une entité juridique complexe (exemple fonds de commerce), prise globalement comme un bien unique [...] et soumise à un régime particulier »¹⁵³⁵.

Ainsi, l'usufruitier du portefeuille de valeurs mobilières n'a pas à requérir l'autorisation du nu-propiétaire pour réaliser les arbitrages, et gère seul l'universalité et en particulier il peut seul réaliser les actes de disposition concernant les valeurs mobilières¹⁵³⁶. Bien que constituant un acte de disposition, lorsque l'aliénation d'une valeur mobilière « intervient dans le cadre du portefeuille de valeurs mobilières, devient un acte courant, un acte d'administration destiné à réaliser des arbitrages dans la gestion de cet ensemble : les cessions de valeurs mobilières, dans la mesure où elles sont suivies de leur remplacement par d'autres titres de bourse, s'analysent en des actes de gestion normale du portefeuille et doivent être assimilées à des actes d'administration et non [plus] à des actes de disposition »¹⁵³⁷. La nue-propiété se reporte alors sur les valeurs nouvellement acquises.

Pour autant, l'usufruitier doit conserver la substance du portefeuille : « on peut concevoir qu'une aliénation ne porte pas atteinte à la substance, si celle-ci ne consiste pas dans la chose aliénée, mais dans la valeur de celle-ci »¹⁵³⁸, donc tout arbitrage par l'usufruitier ne portera pas atteinte à la substance du portefeuille, ce ne sera le cas que s'il ne conserve pas le même profil d'investissement qu'initialement.

L'usufruitier perçoit en outre les fruits produits par le bien objet de l'usufruit, à savoir les dividendes des actions, les intérêts des obligations¹⁵³⁹. En revanche, il ne peut prétendre aux plus-values dans la mesure où il s'agit de produits et non de fruits, or les produits reviennent au nu-propiétaire¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁴ MERCIER, V. (2011, maj. 2017). Usufuit : Prérrogatives de l'usufruitier, droit de l'usufruitier (usage et jouissance) (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 582 à 599*.

¹⁵³⁵ STORCK, M., *op. cit.*, p. 697.

¹⁵³⁶ AYNES, L. (1999). Usufuit d'un portefeuille de valeurs mobilières : les pouvoirs de l'usufruitier. *D. 1999*, p. 167.

¹⁵³⁷ STORCK, M., *op. cit.*, p. 699.

¹⁵³⁸ AYNES, L., Usufuit d'un portefeuille de valeurs mobilières : les pouvoirs de l'usufruitier, *op. cit.*, p. 167 s..

¹⁵³⁹ DOCKES, E. (1995). Essai sur la notion d'usufruit. *RTD civ. 1995*, p. 479, cité par STORCK, M., *op. cit.*, p. 705.

¹⁵⁴⁰ STORCK, M., *op. cit.*, p. 705. *Contra* : LIBCHABER, R. (1997). Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? *Defrénois 1997* (n° 2), se fondant sur une interprétation extensive de l'article 616 du Code civil.

Peut-on ainsi affirmer que l'usufruitier a la propriété économique du portefeuille de valeurs mobilières soumis à son usufruit ? Absolument. « La propriété du portefeuille de valeurs mobilières est une propriété économique qui porte sur l'ensemble des valeurs détenues : étant un bien en tant que tel, le portefeuille est appréhendé juridiquement dans sa globalité, indépendamment des valeurs qui le constituent et des mouvements internes portant sur ces valeurs »¹⁵⁴¹.

En tant que propriétaire juridique, le nu-propriétaire ne dispose d'aucun pouvoir de gestion, pas même du pouvoir de disposition des valeurs mobilières prises individuellement ou dans leur ensemble. L'exercice actuel de ses droits se résume à attendre la fin de l'usufruit. L'usufruitier quant à lui, dispose de tous pouvoirs tant qu'il conserve la substance du portefeuille. Dans cette limite, il est bien propriétaire économique, et gère le portefeuille tant dans son intérêt personnel car c'est lui qui perçoit les fruits, que dans l'intérêt du nu-propriétaire puisqu'il devra lui rendre des comptes en fin d'usufruit et justifier de la conservation de la substance du portefeuille qui lui avait été confié. Le nu-propriétaire a ainsi la vocation certaine de recueillir en fin d'usufruit le bien en question, à savoir le portefeuille, même si son contenu peut être différent du jour où l'usufruit s'est ouvert.

L'un des intérêts de la qualification de propriété économique pour l'usufruitier est de lui reconnaître le droit de conserver sa propriété même par non-usage : ainsi, contrairement au droit commun, son usufruit, pris comme propriété économique, ne s'éteint pas par non-usage.

b Le quasi-usufruit

Le quasi-usufruit est également un cas où l'on rencontre une propriété économique. En effet, les choses consommables sont celles qui se consomment par le premier usage, elles « se consomment du seul fait que l'on s'en sert selon leur destination (denrées alimentaires, combustibles, monnaie que l'on utilise en la dépensant) »¹⁵⁴². Or ces choses ne se prêtent pas à l'établissement d'un usufruit ordinaire¹⁵⁴³ puisque l'usage du bien se traduit justement par sa consommation : la jouissance du bien consommable s'accompagne alors de la disparition du bien lui-même. Pour jouir du bien, l'usufruitier en dispose¹⁵⁴⁴ : comment, dès lors, rendre la chose en fin d'usufruit ?

¹⁵⁴¹ STORCK, M., *op. cit.*, p. 700.

¹⁵⁴² TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁴³ CHAMOULAUD-TRAPIERS, A. (2012, act. 2016). Usufruit. *Répertoire de droit civil*, n° 290.

¹⁵⁴⁴ Démembrement, étude 265. (2015). *Le Lamy Patrimoine*, n° 265-130.

Aux termes de l'article 587 du Code civil, « si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution ».

Ainsi, le législateur a reconnu à l'usufruitier de biens consommables « un droit spécifique de propriété qualifié maladroitement par la doctrine de “quasi-usufruit”. Il aurait été préférable de le qualifier de “quasi-propriété” »¹⁵⁴⁵.

Au terme, le quasi-usufruitier doit rendre non pas la chose objet de son droit, puisqu'il l'a consommée, mais soit des choses de même quantité et qualité, soit leur valeur : c'est la dette de restitution ou créance de restitution, selon que l'on se place du côté du quasi-usufruitier ou de l'ex-nu-propriétaire. Ce dernier cesse en effet d'être nu-propriétaire - puisqu'il n'y a pas d'usufruit - pour devenir créancier du quasi-usufruitier, ce dernier, étant propriétaire, pouvant disposer à sa guise des choses qui lui ont été remises, en les consommant ou en les aliénant¹⁵⁴⁶. De façon corrélatrice, le quasi-usufruitier supporte les risques et n'est pas libéré par la perte de la chose¹⁵⁴⁷.

Aux côtés de ce quasi-usufruit légal, c'est-à-dire qui porte naturellement sur les choses consommables¹⁵⁴⁸, il existe également un quasi-usufruit conventionnel, c'est-à-dire que les parties peuvent volontairement choisir de faire porter un quasi-usufruit sur des biens non consommables, à condition qu'ils soient au moins fongibles¹⁵⁴⁹.

Ainsi, concernant les valeurs mobilières, avec le célèbre arrêt Baylet¹⁵⁵⁰, sus-évoqué, la Cour de cassation a exclu les valeurs mobilières du domaine du quasi-usufruit, au motif que

¹⁵⁴⁵ Démembrement, étude 265, *op. cit.*, n° 265-130.

¹⁵⁴⁶ GRIMALDI, M. (1999). L'emploi des deniers grevés d'usufruit. *Deffrénois 1999* (n° 4). Le quasi-usufruitier d'une somme d'argent est en droit de prêter cette somme (Cass. civ. 1^{ère} 5 déc. 2012 n° 11-24758).

¹⁵⁴⁷ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 715.

¹⁵⁴⁸ Comme c'est le cas par exemple lorsque le patrimoine successoral comprend des choses consommables et sur lequel le conjoint survivant hérite d'un usufruit qui porte sur toute la succession.

¹⁵⁴⁹ GRIMALDI, M. (1999). L'usufruit et le quasi-usufruit : questions de droit civil. *Dr. et patrimoine 1999* (n° 76). CASTAGNE, S. (2000). Usufruit, quasi-usufruit : une nouvelle mise au point. *JCP N 2000* (n° 12). COLLARD, F. (2014, maj. 2017). Usufruit, quasi-usufruit (fasc. 60). *JCL Notarial formulaire, Usufruit*. Ainsi les corps certains ne peuvent pas faire l'objet d'un quasi-usufruit, tels les immeubles ou encore les parts sociales (puisque elles sont individualisées). Il nous semble également que des actions (actions en bourse, actions des Sociétés anonymes ou des Sociétés par actions simplifiée), qui sont pourtant des biens fongibles, ne peuvent faire l'objet d'un quasi-usufruit si elles sont numérotées, puisque, dans ce cas, elles sont individualisées et perdent ainsi leur caractère fongible. (En faveur de la possibilité d'un quasi-usufruit portant sur tous types de biens, y compris les corps certains : BRAULT, J.-C. (1997). Une convention de quasi-usufruit généralisée après le décès ? *Deffrénois 1997* (n° 1)).

¹⁵⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère} 12 nov. 1998 n° 96-18041.

les valeurs mobilières ne sont pas des choses qui se consomment par le premier usage¹⁵⁵¹. Ainsi, c'est bien, naturellement, un usufruit qui porte sur les valeurs mobilières. Cependant, ces dernières étant fongibles, on peut néanmoins admettre la constitution d'un quasi-usufruit de façon conventionnelle. Ainsi, la pratique s'était répandue de réaliser des donations de valeurs mobilières ou de portefeuilles de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit au profit du donateur, afin de lui permettre de conserver les pouvoirs de gestion, le donataire n'ayant finalement que la créance de restitution¹⁵⁵². Dans le cadre du portefeuille de valeurs mobilières, on notera néanmoins que tous les titres ne sont pas interchangeables car ils ne sont pas tous émis par la même entité : certains parlent alors d'une « fongibilité économique, en valeur » et volontaire¹⁵⁵³.

En réalité, depuis la qualification d'universalité du portefeuille de valeurs mobilières par la Cour de cassation, la pratique revient plutôt à des donations de portefeuille avec réserve d'usufruit, l'opération produisant les mêmes effets, en termes de gestion du portefeuille, que la réserve de quasi-usufruit, l'usufruitier disposant seul des pouvoirs de disposition, à une différence tout de même : l'usufruitier doit conserver la substance, alors que le quasi-usufruitier n'est pas soumis à une telle obligation.

D'une façon générale, si certains pensent le terme de *quasi-propiété* plus approprié que celui de quasi-usufruit, il nous semble en réalité que c'est celui de propriété économique qui est véritablement adapté¹⁵⁵⁴.

En effet, le quasi-usufruitier n'est pas un propriétaire comme les autres, puisqu'il doit restituer une chose de même nature et même quantité (bien subrogé), ou alors sa valeur, au terme. Il n'est pas non plus un usufruitier ordinaire puisqu'il dispose de pouvoirs exorbitants du droit commun. En réalité, la qualification de propriétaire économique actif reflète parfaitement sa situation : il exerce le pouvoir sur un bien dont il n'est pas juridiquement propriétaire (initialement, il n'a qu'un usufruit, qui a dégénéré), en vue de la production et de l'appropriation de richesses dans son propre intérêt et dans l'intérêt du propriétaire juridique (ex-nu-propiétaire), ce dernier ayant vocation, à l'arrivée du terme, à la propriété complète

¹⁵⁵¹ Voir également Cass. civ. 1^{ère} 4 avr. 1991 n° 89-17.351 et Cass. com. 12 juill. 1993 n° 91-15667.

¹⁵⁵² Voir GRIMALDI, M., & ROUX, J.-F. (1994). La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit. *Deffrénois 1994* (n° 1).

¹⁵⁵³ STORCK, M., *op. cit.*, p. 698.

¹⁵⁵⁴ Dans le même sens : CENAC, P., & CASTERAN, B. (2009). La fiducie avant la fiducie : Le cas du droit patrimonial de la famille. *JCP N 2009* (n° 26) : « À l'image de la technique fiduciaire, la convention de quasi-usufruit permet de bénéficier des atouts résultant de la rupture entre propriété juridique et propriété économique. Il permet en effet de dissocier le pouvoir de la propriété par l'attribution des prérogatives du propriétaire à un simple usufruitier ».

d'un bien équivalent ou à sa valeur. Le quasi-usufructier étant débiteur de la dette de restitution, il agit nécessairement dans l'intérêt du propriétaire juridique, puisqu'il se doit de réaliser une gestion raisonnée afin de pouvoir être en mesure d'assumer le paiement au terme. En conséquence, la qualification de propriété économique permet de dire que le quasi-usufructier qui dilapide volontairement le patrimoine pour nuire au propriétaire juridique se rend coupable d'un abus du droit de propriété au sens du droit civil¹⁵⁵⁵.

Si, au sein de la propriété économique active, le propriétaire économique peut ainsi disposer à titre exclusif de pouvoirs, il est d'autres cas dans lesquels son pouvoir est limité.

B L'exercice limité du pouvoir par le propriétaire économique

Dans certains cas, le propriétaire économique n'est pas totalement libre quant à l'exercice du pouvoir sur le bien. Le propriétaire juridique peut en effet interférer, soit avec lui-même des pouvoirs identiques (1), soit avec des pouvoirs de nature différente (2). Précisons d'ores et déjà qu'il ne s'agit que d'une interférence, son intervention ne le rend pas co-propriétaire économique. Demeure ainsi le principe selon lequel le propriétaire économique dispose des pouvoirs, simplement ils peuvent subir des inflexions.

1 L'interférence du propriétaire juridique par des pouvoirs identiques

Ce sera le cas notamment concernant le logement de la famille en droit des régimes matrimoniaux (a) ou encore la tontine (b).

a Le régime primaire et le logement familial

Le régime primaire¹⁵⁵⁶, ou statut impératif de base, est défini comme regroupant l'« ensemble des règles primordiales à incidence pécuniaire, en principe impératives,

¹⁵⁵⁵ Voir *infra*.

¹⁵⁵⁶ L'expression « régime primaire » n'a pas été consacrée par le législateur, mais est largement utilisée par la doctrine (par exemple : TERRE, F., & SIMLER, P. (2015). *Droit civil - Les régimes matrimoniaux* (éd. 7). Paris: Dalloz, p. 41 ; MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 37) depuis les années soixante (travaux préparatoires à la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, dans l'exposé des motifs : Doc. Sénat n° 131, 1^{ère} session ordinaire, 1964-1965, p. 2). Notons que

applicables à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial proprement dit (lequel, qu'il soit légal ou conventionnel, vient nécessairement se superposer à ce régime de base) et destinées à sauvegarder les fins du mariage, tout en assurant un pouvoir d'action autonome à chacun des époux, soit que ces règles puissent jouer d'elles-mêmes, soit qu'elles permettent l'intervention du juge »¹⁵⁵⁷.

Le régime primaire constitue ainsi l'ensemble des règles impératives¹⁵⁵⁸ applicables à tous les époux en tant qu'effet du mariage¹⁵⁵⁹, quel que soit le régime matrimonial choisi : régime de la communauté légale de biens réduite aux acquêts ou régime conventionnel. Le régime primaire dure tant que dure le mariage.

Or, parmi ces règles d'ordre public, figure un certain nombre de dispositions relatives au logement de la famille, et pour assurer à la famille la stabilité du logement, l'article 215 du Code civil, alinéa 3, dispose que « les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous ».

Le logement familial visé par la protection de l'article 215 alinéa 3 est « celui qui sert effectivement à l'habitation de la famille »¹⁵⁶⁰ et qui est choisi par les époux d'un commun accord¹⁵⁶¹. Les meubles, quant à eux, sont les meubles meublants garnissant le logement, et non pas à tous les meubles garnissant le logement. Aux termes de l'article 534 du Code civil, « les mots "meubles meublants" ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, sièges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature. Les tableaux et les statues qui font partie du

certaines « dénoncent l'ambiguïté de l'expression qui pourrait laisser croire qu'il s'agit d'un régime autonome, alors que les époux ne peuvent conventionnellement décider de s'en tenir à lui seul, d'autant que plusieurs de ses dispositions visent tout simplement à faciliter l'application du régime matrimonial proprement dit » (KARM, A. (2012, maj. 2014). *Mariage, Régime matrimonial primaire, Généralités* (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 216 à 226*, citant notamment PATARIN, J. & MORIN, G. (1974), *La réforme des régimes matrimoniaux*, Tome I, Statut fondamental et régime légal (éd. 3). Defrénois, n° 9).

¹⁵⁵⁷ ASSOCIATION HENRY CAPITANT (2018). *Vocabulaire juridique*. Paris: PUF, coll. Quadrige, p. 803-804.

¹⁵⁵⁸ C. civ. art. 226 et 1388.

¹⁵⁵⁹ C. civ. art. 2015 al. 3 à 226.

¹⁵⁶⁰ KARM, A. (2011, maj. 2017). *Mariage, Organisation de la communauté conjugale et familiale, Communauté de résidence* (art. 215, al. 2 et 3) (fasc. 30). *JCL Civil Code, Art. 212 à 215*.

¹⁵⁶¹ C. civ. art. 215 al. 2.

meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières. Il en est de même des porcelaines : celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement sont comprises sous la dénomination de « meubles meublants »¹⁵⁶². Notons que cette règle prévaut sur l'application de l'article 222 du Code civil relatif à la présomption de pouvoir en matière mobilière¹⁵⁶³.

Quant aux « droits par lesquels est assuré le logement de la famille », l'article 215, alinéa 3, vise une application large puisque la protection du logement familial est ainsi indépendante de la nature des droits au titre desquels est réalisée son occupation, qui peut donc résulter indifféremment d'un droit de propriété ou d'usufruit, d'un droit d'usage et d'habitation, d'un bail, d'un droit au maintien dans les lieux¹⁵⁶⁴, ou encore d'un mécanisme juridique permettant la jouissance d'un immeuble affecté au logement de la famille : tel est ainsi le cas de l'attribution de droits sociaux dans une société civile immobilière.

Lorsqu'il s'agit d'un droit de propriété, en pratique, cette disposition s'applique surtout lorsque l'un des époux est seul propriétaire du logement de la famille et des meubles meublants le garnissant : en effet, si les deux époux sont propriétaires indivis¹⁵⁶⁵, alors le droit commun de l'indivision prévoit déjà l'unanimité¹⁵⁶⁶ des indivisaires pour tous les actes, en particulier de disposition¹⁵⁶⁷. L'article 215 alinéa 3 ne trouve alors d'utilité que concernant les meubles meublants qui n'appartiendraient qu'à un seul des époux. Si le logement dépend de la communauté de biens existant entre les époux, l'article 1424 du Code civil impose également l'accord des deux époux pour aliéner ou grever de droits réels un immeuble commun, ou encore donner à bail à usage commercial ou rural¹⁵⁶⁸. En revanche, l'article 215 alinéa 3 s'applique pour d'autres actes pour lesquels l'accord d'un seul époux est suffisant, par exemple la mise en location à usage d'habitation ou la cession des meubles meublants, qui relèvent de la gestion concurrente¹⁵⁶⁹. Lorsque les époux sont locataires, et non propriétaires du logement, alors l'article 1751 du Code civil prévoit la cotitularité du bail, même s'il a été

¹⁵⁶² Voir ZENATI, F. (1996). Meubles meublants. *RTD civ.* 1996 p. 650 ; ROBERT, A. (1996). Que recouvre l'expression meubles meublants (article 534 du Code civil) ? *D.* 1996 p. 33 ; CHARPENTIER, S. (1998). Un regard contemporain sur une disposition ancienne : les meubles meublants. *Gaz. Pal.* 1998 (n° 269).

¹⁵⁶³ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 53.

¹⁵⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère} 20 janv. 2004, n° 02-12130.

¹⁵⁶⁵ Acquisition antérieure au mariage (C. civ. art. 1405), acquisition par des époux mariés sous un régime séparatiste (C. civ. art. 1536), ou encore acquisition postérieure au mariage par des époux mariés sous le régime légal, mais chacun en emploi ou remploi de deniers propres (C. civ. art. 1434).

¹⁵⁶⁶ Sauf certains limitativement listés à l'article 815-3 pour lesquels la majorité des 2/3 est suffisante. Notons cependant que dans un couple, la majorité des 2/3 ne peut être atteinte qu'avec l'unanimité...

¹⁵⁶⁷ C. civ. art. 815-3.

¹⁵⁶⁸ C. civ. art. 1425.

¹⁵⁶⁹ C. civ. art. 1421 al. 1.

conclu par un seul époux avant le mariage et quel que soit leur régime matrimonial. Dans ce cas, l'article 215 alinéa 3 trouve donc son application principale quant aux meubles meublants garnissant ledit logement.

En outre, les actes visés¹⁵⁷⁰ par l'article 215, alinéa 3, sont les actes de disposition, c'est-à-dire les aliénations à titre gratuit comme à titre onéreux que sont la vente, la donation, l'apport en société, ou encore la cession de parts sociales donnant droit d'occuper l'immeuble affecté au logement familial, etc.¹⁵⁷¹, mais également « tout acte compromettant ou risquant de compromettre la finalité familiale du logement ou des meubles meublants, alors même qu'il présenterait les traits d'un acte d'administration »¹⁵⁷², ainsi le bail consenti sur le logement¹⁵⁷³, ou encore le mandat de vendre confié à un agent immobilier s'il confère à ce dernier le pouvoir d'engager l'époux mandant, la résiliation du contrat d'assurance¹⁵⁷⁴, mais aussi la constitution d'une hypothèque conventionnelle¹⁵⁷⁵ ou encore le prêt viager hypothécaire¹⁵⁷⁶.

Ainsi, « alors que chacun des époux est en principe investi d'un titre d'intervention exclusive sur ses biens propres ou personnels (C. civ., art. 225, 1428 et 1536), le logement de la famille échappe à la maîtrise de l'époux qui en serait l'unique propriétaire. L'article 215,

¹⁵⁷⁰ Ne sont en revanche pas concernés l'engagement de caution personnelle pris par un époux seul (CA Versailles 3^{ème} ch., 12 janv. 1990), la promesse d'affectation hypothécaire (car elle ne fait naître qu'une obligation de faire dont la violation ne fait pas naître une hypothèque mais la condamnation à des dommages et intérêts (Cass. civ. 3^{ème} 29 mai 2002, n° 99-21018)), le mandat de vente sans exclusivité qui ne constitue qu'un contrat d'entremise et non pas d'un mandat d'aliéner le bien ou de représenter l'époux signataire pour conclure la vente (CA Douai 2 juin 2014 n° 342/2014 et n° 13/04373), le cautionnement hypothécaire (CA Fort-de-France 30 juin 2015 n° 14/00161), ou encore le partage lorsque le logement est indivis avec un tiers, lorsque des garanties suffisantes sont apportées (Cass. civ. 1^{ère} 4 juill. 1978 n° 76-15253, alors même que ce partage peut tout à fait aboutir à priver la famille de son logement, « de sorte que des garanties particulières seraient nécessaire, par exemple "par insertion au cahier des charges de l'obligation pour l'adjudicataire de respecter le droit d'usage et d'habitation de l'autre époux" » (TGI Bobigny 19 janv. 1977) » : TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 55). En outre, le régime primaire durant toute la période du mariage, mais seulement la période du mariage, ne sont pas visés par l'article 215 alinéa 3 les actes de disposition à cause de mort comme le legs (Cass. civ. 1^{ère} 22 octobre 1974 n° 73-12402. Mais sauf à s'en remettre aux prescriptions de l'article 1423 quant à la réalisation du legs qui porterait sur un bien commun).

¹⁵⁷¹ KARM, A., *Mariage, Organisation de la communauté conjugale et familiale, Communauté de résidence* (art. 215, al. 2 et 3), op. cit..

¹⁵⁷² *Ibid.*.

¹⁵⁷³ Cass. civ. 1^{ère} 16 mai 2000 n° 98-13441 (alors même que les époux, séparés de fait, vivaient chacun dans un nouveau logement. Une éventuelle réconciliation conjugale semble ainsi primer, au détriment du locataire évincé).

¹⁵⁷⁴ Cass. civ. 2^{ème} 10 mars 2004, n° 02-20275.

¹⁵⁷⁵ Puisqu'en cas de réalisation de la sûreté, la famille se trouvera privée de son logement (C. civ. art. 2413 et Cass. civ. 1^{ère} 17 déc. 1991 n° 90-11908). En revanche, l'inscription d'hypothèque judiciaire n'est pas visée, comme n'étant que l'exercice d'une prérogative légale accordée au titulaire d'une créance, même chirographaire : TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 55.

¹⁵⁷⁶ Probablement, en tant que variété d'hypothèque conventionnelle (C. conso. art. L 314-1 suiv.) : KARM, A., *Mariage, Organisation de la communauté conjugale et familiale, Communauté de résidence* (art. 215, al. 2 et 3), op. cit..

alinéa 3, réalise ainsi en cours de régime la scission du couple traditionnel “propriété-pouvoir”, chaque époux étant censé avoir transféré au ménage le droit de jouissance dont il peut être investi sur le logement familial »¹⁵⁷⁷. S’il ne s’agit pas pour autant d’une cogestion¹⁵⁷⁸, le mécanisme institué à l’article 215 alinéa 3 constitue un « partage des pouvoirs »¹⁵⁷⁹.

Certains ont ainsi pu parler d’une véritable « atteinte à la propriété économique de l’époux propriétaire du logement familial », dont ce dernier se trouve dépouillé. « L’affectation du logement à la famille, fût-il personnel à l’un des époux, [...] traduit la remarquable scission du couple traditionnel “propriété-pouvoir”. Au cœur du régime primaire, cette scission rappelle la propriété utile du droit coutumier : dans l’intérêt de la famille ou du ménage, on n’hésite pas à distinguer propriétaire économique et propriétaire juridique, c’est-à-dire celui qui se sert et celui qui a »¹⁵⁸⁰.

Nous partageons pleinement cet avis, l’époux initialement propriétaire du logement familial se trouvant, finalement, n’être qu’un propriétaire juridique. Il a, en effet, la vocation certaine à la propriété complète du bien au terme (du mariage), mais dans l’intervalle il ne peut exercer un certain nombre de pouvoirs.

Quant au propriétaire économique, qui est-il ? Le conjoint du propriétaire, seul, ne peut être considéré comme étant le propriétaire économique. En effet, sa seule décision n’est pas suffisante, il ne dispose pas seul du pouvoir, sinon il pourrait décider de mettre en vente le logement familial, bien propre ou personnel de l’autre, sans son consentement, ce qui n’est pas le cas¹⁵⁸¹. Le propriétaire économique est celui qui a le pouvoir, et en l’occurrence, c’est le couple qui a le pouvoir. Les deux époux ont la copropriété économique du logement familial. Remarquons que, s’agissant d’une question de *pouvoirs*, il convient de se référer aux personnes elles-mêmes. On pourrait en effet être tenté, lorsque les époux sont mariés sous un régime communautaire, de dire que c’est la communauté qui a la propriété économique. Il

¹⁵⁷⁷ KARM, A., Mariage, Organisation de la communauté conjugale et familiale, Communauté de résidence (art. 215, al. 2 et 3), *op. cit.*.

¹⁵⁷⁸ DELAVAQUERIE, G. (2018). Le logement familial n’est pas soumis à cogestion. *LPA 2018* (n° 36) : « Codécider c’est choisir, cogérer n’est que la mise en œuvre de ce choix conformément aux règles du régime légal », « il apparaît inapproprié et même gênant d’étendre la cogestion à la conduite de la famille car la cogestion apparaît comme un mécanisme de gestion des biens et non d’une famille ». *Contra* : VAREILLE, B., & GRIMALDI, M. (2018-2019). Protection du logement de la famille. *Dalloz action Droit patrimonial de la famille, Chap. 113*, n° 113-10 qui fait référence à une « gestion forcée ».

¹⁵⁷⁹ KARM, A., Mariage, Organisation de la communauté conjugale et familiale, Communauté de résidence (art. 215, al. 2 et 3), *op. cit.*.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*.

¹⁵⁸¹ C. civ. art. 1428 et 1536.

n'en est rien : la communauté n'a aucun pouvoir¹⁵⁸². D'ailleurs, c'est bien dans ce sens qu'il faut lire, dans le Code civil, les dispositions relatives à « l'administration de la communauté et des biens propres » (articles 1421 à 1440), puisqu'il est toujours fait référence aux époux eux-mêmes comme décideurs. Aussi, ce sont bien les époux qui sont copropriétaires économiques.

Notons que l'époux qui a le titre se trouve ainsi dans la situation de propriétaire juridique et en même temps de copropriétaire économique, ce qui n'en fait pas pour autant un propriétaire complet... puisqu'il ne dispose pas de tous les pouvoirs.

Précisons bien que ce n'est pas seulement la nécessité, en tant que telle, d'un accord du conjoint pour céder le logement familial qui nous incite à qualifier la situation de superposition de propriétés. Notre position relève également des raisons qui justifient cette nécessité, qui s'explique en réalité par la valeur extrapatrimoniale que représente le logement dans l'intérêt du ménage et des enfants, et qui nécessite une protection particulière, révélée par son inclusion au sein du régime primaire : « le logement de la famille occupe une place de choix »¹⁵⁸³. Or l'obtention de l'accord du conjoint pour disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille de l'alinéa 3 de l'article 215 répond immédiatement au premier (« Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie ») et au second alinéa du même article (« La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord »). « Le choix du logement de la famille représente une décision primordiale pour l'avenir du couple marié. Le foyer tout entier y trouve son port d'attache, au point que le plus souvent, et tout particulièrement pour les enfants, la famille s'y incarne un peu »¹⁵⁸⁴. De façon générale, la protection du logement des personnes est au cœur des préoccupations contemporaines.

Au-delà du logement de la famille, la question de l'existence d'une propriété économique se pose également concernant l'activité professionnelle des époux. Or, aussi incongru que cela puisse paraître (en tout cas à nos yeux), l'intégralité des dispositions du régime primaire ne figure pas dans le Code civil. En effet, « la collaboration professionnelle entre époux a donné lieu pour certaines catégories socioprofessionnelles à des dispositions particulières, destinées à s'appliquer quel que soit le régime matrimonial, à raison de la nature

¹⁵⁸² Elle peut néanmoins être propriétaire économique passive, car alors il n'est pas question d'exercer un pouvoir, mais d'avoir une valeur.

¹⁵⁸³ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 51.

¹⁵⁸⁴ VAREILLE, B., & GRIMALDI, M., op. cit., n° 113-10.

même de l'activité : il s'agit de protéger le conjoint qui collabore à une exploitation agricole, ou à une entreprise commerciale ou artisanale. Cette protection s'impose quel que soit le statut du bien qui sert de support à l'exploitation (qu'il soit personnel, propre ou commun). [...] L'idée était, comme pour le régime primaire *stricto sensu* [...], de combiner autonomie et cohésion du foyer, mais concernant les actes relatifs à l'exploitation »¹⁵⁸⁵. Certains ont alors pu qualifier ces dispositions de « complément spécial du régime primaire »¹⁵⁸⁶. On trouve alors sous ces termes les dispositions relatives à la collaboration en matière agricole et en matière commerciale ou artisanale.

En matière agricole, la loi organise deux dispositifs distincts mais combinés : une présomption de mandat portant sur les actes d'administration de l'exploitation agricole et une cogestion du bail rural.

Ainsi, l'article L 321-1 du Code rural et de la pêche maritime dispose que « lorsque des époux exploitent ensemble et pour leur compte une même exploitation agricole, ils sont présumés s'être donné réciproquement mandat d'accomplir les actes d'administration concernant les besoins de l'exploitation. Lorsqu'il ne fait que collaborer à l'exploitation agricole, le conjoint de l'exploitant est présumé avoir reçu de celui-ci le mandat d'accomplir les actes d'administration concernant les besoins de cette exploitation ».

Certains ont ainsi pu affirmer que cette situation illustre une distinction entre propriété juridique et propriété économique, à travers le prisme du mandat¹⁵⁸⁷. En réalité, ce n'est pas tant la présomption de pouvoirs d'administration (qui ne sont, finalement, *que* des pouvoirs d'administration) que la nécessité de l'accord du conjoint concernant les opérations relatives au bail rural qui *pourrait* nous faire affirmer qu'il s'agit d'une propriété économique. En effet, l'article L 411-68 du Code rural et de la pêche maritime dispose que « Lorsque les époux participent ensemble et de façon habituelle à une exploitation agricole, l'époux titulaire du bail sur cette exploitation ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, accepter la résiliation, céder le bail ou s'obliger à ne pas en demander le renouvellement [...] »¹⁵⁸⁸.

Ainsi, certains ont pu affirmer que « le bail rural est traité par l'article L. 411-68 du Code rural comme un bien primordial pour la stabilité et la sécurité de la famille, à l'instar du

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*, n° 117-05.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, n° 117-05 à -42. Voir également KARM, A., Mariage, Régime matrimonial primaire, Généralités, *op. cit.*, qui classe également les dispositions relative sà l'entreprise agricole et commerciale dans le régime primaire hors Code civil.

¹⁵⁸⁷ KARM, A., Mariage, Régime matrimonial primaire, Généralités, *op. cit.*.

¹⁵⁸⁸ Voir également JALLAIS, A. (2002, maj. 2010). Exploitation agricole, Conjoint d'exploitant agricole (fasc. 10). *JCL Rural*.

logement de la famille. C'est pourquoi il fait l'objet d'une protection analogue à celle instaurée par l'article 215 alinéa 3 du Code civil sur le logement familial »¹⁵⁸⁹.

Cependant, même si l'accord du conjoint est nécessaire pour résilier, céder ou ne pas renouveler le bail, il faut bien admettre que le mariage et la collaboration professionnelle ne font pas dégénérer la titularité personnelle du bail en cotitularité des époux¹⁵⁹⁰. En outre, l'époux exploitant peut déclarer à tout moment, devant notaire, que son conjoint ne peut plus se prévaloir du mandat de gestion¹⁵⁹¹. Surtout, il n'existe aucune obligation d'accord du conjoint pour disposer des immeubles à usage ou vocation agricole dont un seul des époux serait propriétaire personnellement ou en propre. Il semble bien que le législateur se soit concentré sur l'époux locataire et n'ait pas traité la situation de l'époux propriétaire : aussi, les immeubles agricoles ne bénéficient pas de la même la protection que celle instaurée par l'article 215 alinéa 3 du Code civil. Pour toutes ces raisons, il n'est pas possible d'affirmer qu'il existerait une superposition de propriétés, économique et juridique, dans le cas de l'exploitation agricole lorsque les deux époux collaborent professionnellement.

Concernant l'exploitation commerciale, des dispositions similaires existent concernant le mandat et les actes d'administration¹⁵⁹², et certains ont affirmé que cette situation illustre, comme en matière agricole, une distinction entre propriété juridique et propriété économique, par le biais du mandat. Il nous apparaît cependant que tel n'est pas le cas : comme en matière agricole, non seulement l'époux propriétaire peut déclarer à tout moment, devant notaire, que son conjoint ne peut plus se prévaloir dudit mandat¹⁵⁹³, mais surtout cette présomption de pouvoir ne vaut que pour les actes d'administration. Ici, il y aurait propriété économique si le conjoint de l'exploitant lui-même exploitant devait nécessairement donner son accord à la cession de l'entreprise commerciale, or tel n'est pas le cas¹⁵⁹⁴. Certes, l'article 1424 du Code civil, les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, mais cette disposition ne s'applique qu'aux époux communs en biens, *et* aux biens de *communauté*. Aucune disposition similaire n'existe concernant la cession d'une telle entreprise commerciale qui appartiendrait en propre

¹⁵⁸⁹ VAREILLE, B., & GRIMALDI, M., *op. cit.*, n° 117-21.

¹⁵⁹⁰ Comme c'est le cas pour le bail d'habitation (C. civ. art. 1751).

¹⁵⁹¹ C. rur. art. L 321-3. Le conjoint doit être présent ou dûment appelé lors de cette déclaration.

¹⁵⁹² C. com. art. L 121-6 et L 121-7.

¹⁵⁹³ C. com. art. L 121-6. Le conjoint doit être présent ou dûment appelé lors de cette déclaration.

¹⁵⁹⁴ Sous le régime légal, le conjoint doit donner son accord en vertu de l'article 1424 du Code civil et de l'article L 121-5 du Code de commerce qui fait référence aux « éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale dépendant de la communauté ». Voir également LE GUIDEC, R. (2014). Régime matrimoniaux, Exploitation du fonds de commerce (fasc. 1150). *JCL Entreprise individuelle*.

à un époux commun en biens, par une acquisition ou une création avant le mariage¹⁵⁹⁵ par exemple, ou qui lui appartiendrait personnellement s'il est marié sous un régime matrimonial séparatiste. De la même façon, l'article L 121-5 du Code de commerce dispose qu' « une personne immatriculée au répertoire des métiers ou un commerçant ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, lorsque celui-ci participe à son activité professionnelle en qualité de conjoint travaillant dans l'entreprise, aliéner ou grever de droits réels les éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale dépendant de la communauté, qui, par leur importance ou par leur nature, sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, ni donner à bail ce fonds de commerce ou cette entreprise artisanale », mais ici également cet article ne fait référence qu'aux « éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale dépendant de la *communauté* ». Les biens propres et les biens personnels sont encore une fois exclus : or, s'il n'est pas improbable que les deux époux doivent donner leur accord pour prendre certaines décisions graves concernant des biens communs, c'est-à-dire qui leur appartiennent à tous les deux finalement, le fait que les biens propres et personnels soient exclus d'une telle autorisation marque bien le fait que ce n'est pas la nature du bien qui est en cause, mais la façon dont il est détenu, à savoir dans la communauté. En séparation de biens, le conjoint qui participe à l'activité de l'autre n'a pas non plus à donner son accord en cas de cession du droit au bail dont l'exploitant serait titulaire, ou même de sa résiliation ou de son non-renouvellement, ni même en cas de vente de l'immeuble commercial qui n'appartiendrait qu'à l'exploitant. Ainsi, même si le conjoint dispose de pouvoirs exorbitants du droit commun des régimes matrimoniaux sur certains biens professionnels particuliers, il n'existe pour autant aucune superposition de propriétés, économique et juridique, en cas de participation d'un époux à l'activité de l'autre, quelle qu'en soit la forme.

Au-delà du régime primaire et du logement familial, la tontine constitue également une situation de propriété économique.

b La tontine

La tontine, ou clause d'accroissement, tiendrait son origine historique du « pacte de tontine », inventé au XVII^{ème} siècle par un banquier napolitain, Lorenzo Tonti, à la demande

¹⁵⁹⁵ C. civ. art. 1405.

de Mazarin qui cherchait alors des moyens d'assainir les finances publiques¹⁵⁹⁶. « L'opération consistait pour les sujets du Roi à verser à l'État un capital contre une rente viagère, en stipulant que la part des prémourants accroîtrait à celle des survivants, mais s'éteindrait au décès du dernier d'entre eux, date à laquelle l'État serait définitivement libéré du service de la rente »¹⁵⁹⁷. La tontine actuelle tire aussi pour partie son origine de la « combinaison tontinière », qui consistait à partager chaque année entre les ayants-droit des prédécédés les mises versées par les associés¹⁵⁹⁸.

Désormais, certains définissent la clause d'accroissement ou de tontine comme étant la disposition par laquelle « deux ou plusieurs personnes, achetant en commun un immeuble ou un autre bien, stipulent que l'acquisition est faite pour le compte du survivant d'entre elles, considéré comme ayant toujours été seul propriétaire du bien concerné, acquis, depuis le jour de l'acquisition, le ou les prémourants des acquéreurs étant censés n'avoir jamais eu aucun droit de propriété sur ce bien »¹⁵⁹⁹.

Ainsi, « chaque acquéreur est copropriétaire de sa part sous condition résolutoire et de tout l'immeuble sous condition suspensive : de sa part, sous la condition résolutoire de son prédécès, de tout l'immeuble sous la condition suspensive de sa survie à tous les autres copropriétaires »¹⁶⁰⁰. Le pacte sur succession future prohibé est ainsi évité grâce à l'effet rétroactif de la condition résolutoire, le prémourant étant censé n'avoir jamais été propriétaire de sa part, elle n'a jamais fait partie de sa succession¹⁶⁰¹.

D'autres, rejetant l'existence d'une condition, ont proposé de définir la tontine comme « un contrat par lequel plusieurs indivisaires conviennent que le bien indivis entre eux ne sera

¹⁵⁹⁶ Autrement que par l'augmentation de la fiscalité, cette méthode ayant déjà été éprouvée, voir *supra*.

¹⁵⁹⁷ THIERRY, J. (1994). La clause d'accroissement dite clause de tontine. *D. 1994*, p. 417.

¹⁵⁹⁸ Ce mécanisme est finalement tombé en désuétude avec le développement de l'assurance : THIERRY, J., *op. cit.*, p. 417 s..

¹⁵⁹⁹ MONToux, D., Vente d'immeuble, Tontine, *op. cit.*.

¹⁶⁰⁰ NAST, M. (1928). *Rép. gén. not. 1928, art. 21759* (cité par RAFFRAY, J. G., & SENECHAL, J.-P. (1986). Quel avenir pour la réserve ? *JCP N 1986* (n° 21)), dont l'analyse fut reprise quasi-unanimement tant en jurisprudence qu'en doctrine (citant : MORIN, G. (1971). La clause d'accroissement, *D. 1971, chron. p. 55* ; DAGOT, M. (1972). L'acquisition faite au profit du survivant des acquéreurs. *JCP 72, I, 2442* ; Morin, G. & Benoist, R. (1968). De l'acte d'acquisition d'un immeuble par plusieurs personnes avec clause d'accroissement au survivant. *Rép. gén. not. 1968, art. 29176* ; Cass. civ. 1^{ère} 3 fév. 1959) ; Cass. ch. mixte 27 nov. 1970 n° 68-10452 ; Cass. civ. 1^{ère} 11 janv. 1983 n° 81-16307.

¹⁶⁰¹ La Chambre des requêtes avait estimé, dans un arrêt du 24 janvier 1928, que la disposition constituait un pacte sur succession future frappé de nullité, parce que le contrat stipulait que lors des décès successifs des acquéreurs, les parts des prédécédés devraient revenir aux survivants et que le dernier serait propriétaire en totalité. Ainsi, il était expressément stipulé que la part de chacun commencerait par entrer dans son patrimoine avant de passer, à son décès, dans le patrimoine des survivants, ce qui était alors caractéristique d'un pacte sur succession future prohibé. Or le fait de prévoir, dans la rédaction de la clause de tontine, une condition, écarte ce risque.

pas partagé mais restera, sans soultte, au profit des prémourants, la propriété exclusive du survivant d'entre eux »¹⁶⁰², l'idée étant de protéger les héritiers réservataires et d'inclure ladite opération dans la reconstitution du patrimoine du défunt afin de calculer la réserve héréditaire : « au rebours du pari ordinaire, la tontine ne fait pas courir immédiatement au parieur le risque de perte. Il court la chance de gagner, s'il survit. Mais s'il précède la perte n'est pas pour lui - qui aura conservé sa mise, c'est-à-dire ses droits indivis, jusqu'à son décès - mais seulement pour ses héritiers. Ainsi apparaît le véritable caractère de la tontine : l'aléa qu'elle crée ne pèse que sur la succession de celui qui la conclut »¹⁶⁰³.

Ces auteurs considèrent que si le contrat est aléatoire, il n'est pas pour autant affecté d'une condition. « Dans le contrat conditionnel, l'incertitude porte sur l'existence du contrat. Le contrat ne naîtra peut-être pas (condition suspensive) ou il sera peut-être résolu (condition résolutoire). Au contraire, l'existence du contrat aléatoire n'est pas en cause, elle n'est entachée d'aucune incertitude. Dans le contrat aléatoire, l'incertitude porte sur l'équilibre des prestations réciproques des parties »¹⁶⁰⁴. Si le contrat était conditionnel, alors il impliquerait non seulement la restitution par le survivant, du prix versé par le prémourant, au profit de ses héritiers, mais également le versement corrélatif par le survivant au profit vendeur, or tel n'est pas le cas : le vendeur se démet définitivement de la propriété et on l'étonnerait bien si on lui disait qu'à son égard le contrat n'est pas définitif.

Pour nous, la tontine, si elle est concomitante à l'acquisition, en est néanmoins distincte. La vente est bien pure et simple, mais c'est l'acquisition de chacun qui est conditionnelle, de sorte que le vendeur n'est pas affecté par cette disposition qui n'a d'effet qu'entre les acquéreurs : de ce point de vue, la vente est réalisée, peu important à ce sujet qui sera l'acquéreur effectif.

Ceci étant précisé, en réalité, si la référence à l'« acquisition » est la plus souvent utilisée par les auteurs pour définir la tontine, c'est parce qu'elle recouvre la majorité des situations, mais la tontine ne concerne pas seulement ce cas. Une tontine peut notamment

¹⁶⁰² RAFFRAY, J. G., & SENECHAL, J.-P., *op. cit.*, faisant également référence aux conclusions de M. Lindon, premier avocat général, concernant Cass. ch. mixte 27 nov. 1970.

¹⁶⁰³ RAFFRAY, J. G., & SENECHAL, J.-P., *op. cit.*.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*.

s'appliquer à un contrat d'assurance-vie comportant plusieurs souscripteurs¹⁶⁰⁵, figurer dans des statuts de société¹⁶⁰⁶ ou encore dans un acte de donation¹⁶⁰⁷. Le mécanisme est également utilisé en droit financier, la tontine prenant alors un visage particulier comme étant « le groupement dont les membres, par des versements, constituent un fonds commun destiné à être capitalisé durant un certain nombre d'années et réparti entre les survivants à l'échéance convenue (opération soumise au contrôle de l'État) »¹⁶⁰⁸.

Concernant le régime juridique de la tontine, la jurisprudence considère que toute indivision relative à la propriété du bien est écartée, le survivant étant, dès l'origine, seul propriétaire¹⁶⁰⁹, ce qui a plusieurs conséquences : d'une part, le bien est frappé d'insaisissabilité¹⁶¹⁰, et d'autre part, aucun partage ne peut être demandé. L'indivision n'est qu'en jouissance¹⁶¹¹.

A défaut d'indivision, « le recours à la notion d'accroissement risquant de faire achopper le montage comme contrevenant au principe de la prohibition des pactes sur successions futures, la doctrine a invité à retenir qu'il n'y a *pas ici de propriété collective*, mais une *double propriété individuelle*, le tout grevée de conditions contradictoires »¹⁶¹².

Or selon nous, cette double propriété individuelle ne s'explique pas seulement par la présence de deux protagonistes, mais également, et surtout, par l'existence de deux propriétés individuelles différentes, réparties entre les deux protagonistes.

¹⁶⁰⁵ DROSS, W. (2016). *Clausier : dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* (éd. 3). Paris: LexisNexis, p. 12. ; HUBLLOT, G. (2008). La libéralisation de la tontine ? Figures en matière d'assurance-vie et d'acquisition immobilière. *Dr. et patrimoine 2008* (n° 176).

¹⁶⁰⁶ Tontine, étude 720. (2016). *Le Lamy Patrimoine*, n°720-60 ; Voir également Cass. civ. 3^{ème} 15 oct. 2015 n° 14-13362.

¹⁶⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère} 8 janv. 2002 n° 99-15547 ; CHARTIER, Y. (2002). Donations entre vifs - Donations entre vifs : Conditions de validité des clauses d'inaliénabilité. *JCP G 2002* (n° 10) ; PATARIN, J. (2002). Donation d'un ensemble immobilier aux deux enfants du donateur, avec clause d'accroissement. *RTD civ. 2002 p. 343*.

¹⁶⁰⁸ ASSOCIATION HENRY CAPITANT, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1030. Voir également CARAUX, C. (2017). La tontine financière : décryptages. *Actualité Francis Lefebvre, Fiscal, 28 août 2017* : « la tontine financière est un mécanisme d'épargne collective viager, encadré par le Code des assurances, qui réunit des épargnants décidant d'investir des fonds en commun qui sont gérés pendant une durée minimale de dix ans et maximale de vingt-cinq ans. Les capitaux versés par l'épargnant, sous déduction des frais statutaires, sont placés et sont gérés au sein d'actifs cantonnés dénommés associations tontinières. [...] A l'expiration de chacune de ces associations collectives d'épargne viagère, les fonds provenant de la capitalisation en commun des cotisations de ses membres sont répartis entre les bénéficiaires des assurés en cas de vie à la date d'échéance de l'association collective d'épargne viagère. Cette opération d'épargne entraîne ainsi un dessaisissement des sommes placées qui restent indisponibles pendant toute la durée du placement ».

¹⁶⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère} 27 mai 1986 n° 85-10031 ; Cass. civ. 1^{ère} 9 fév. 1994 n° 92-11111 ; Cass. civ. 1^{ère} 9 nov. 2011 n° 10-21710 ; Cass. civ. 3^{ème} 5 déc. 2012 n° 11-24448.

¹⁶¹⁰ Sur ce sujet, voir PATARIN, J., *op. cit.*, p. 343 s..

¹⁶¹¹ Cass. civ. 1^{ère} 9 nov. 2011 n° 10-20287 ; Cass. civ. 3^{ème} 17 déc. 2003 n° 12-15453 : « une indemnité d'occupation est due à la partie cotulinaire du droit de jouissance par celle qui a la jouissance exclusive du bien ».

¹⁶¹² MONTOUX, D., Vente d'immeuble, Tontine, *op. cit.*, se référant à M. NAST, M. (1928). De l'acquisition conjointe d'un immeuble avec clause d'accroissement au profit du survivant. *Defrénois 1928*, p. 417.

En effet, la propriété économique active est l'exercice du pouvoir sur un bien dont on n'est pas juridiquement propriétaire, en vue de la production et de l'appropriation de richesses dans son propre intérêt et dans l'intérêt du propriétaire juridique, ce dernier ayant vocation, à l'arrivée du terme, à la propriété complète du bien lui-même ou à sa valeur. Or, la propriété de ceux qui seront prémourants répond à cette définition : ils ne sont pas juridiquement propriétaires du bien, qu'ils gèrent néanmoins avec celui qui sera le survivant, compte tenu de l'indivision de jouissance, dans leur propre intérêt et dans l'intérêt du propriétaire juridique, ce dernier - le survivant - ayant vocation, à l'arrivée du terme, c'est-à-dire au décès du dernier des prémourants, à la propriété complète du bien lui-même.¹⁶¹³

La particularité de ces propriétés simultanées est que, jusqu'au décès du dernier prémourant, on ne connaît pas l'identité exacte des propriétaires économiques : on sait simplement qu'ils se trouvent parmi les acteurs de la tontine. Précisons, à ce sujet, que le meurtre de l'un par l'autre ne remet pas en cause la tontine¹⁶¹⁴.

Notre raisonnement est identique concernant la tontine financière : même si les investisseurs n'exercent pas eux-mêmes le pouvoir et la gestion concernant les actifs objets de la tontine, l'association tontinière, qui, elle, exerce ces prérogatives, ne doit être considérée que comme un intermédiaire. Les adhérents qui seront prémourant sont propriétaires économiques, alors que ceux qui survivront au terme seront propriétaires juridiques.

Évidemment, depuis la réforme du droit des contrats et des obligations de 2016¹⁶¹⁵, ce raisonnement sur la tontine suppose, concernant la condition suspensive, de prévoir expressément la rétroactivité lors de la rédaction de l'acte l'instituant, car celle-ci n'opère plus de plein droit¹⁶¹⁶.

¹⁶¹³ M. Crocq, pourtant farouchement opposé à l'idée de propriété économique, reconnaît d'ailleurs la tontine comme constituant une limite à son raisonnement à ce sujet : voir *infra*.

¹⁶¹⁴ Cass. civ. 3^{ème} 15 déc. 2012 n° 11-24448 ; DELMOTTE, A. (2013). Tontine : à qui profite le crime ? *AJDI* 2013, p. 628.

¹⁶¹⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁶¹⁶ COLLARD, F. (2015). La condition suspensive confrontée à la pratique notariale, d'un régime l'autre. *JCP N* 2015 (n° 47) ; MEKKI, M. (2016). Réforme des contrats et des obligations : la condition suspensive. *JCP N* 2016 (n° 42) ; MONToux, D. (2017). Achat en tontine et réforme du droit des contrats. *JCP N* 2017 (n° 6-7) ; LEVENEUR, L. (2015). La réforme du droit des obligations : incidences sur la pratique notariale. *JCP N* 2015 (n° 50) ; LATINA, M. (2016). Les clauses relatives aux conditions suspensive et résolutoire. *JCP N* 2016 (n° 13).

Précisons que l'association Henri Capitant a remis le 26 juin 2017, au ministère de la Justice, un avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux¹⁶¹⁷. Cet avant-projet de réforme consacre la tontine parmi les contrats aléatoires¹⁶¹⁸, et la définit comme étant « le contrat par lequel, lors de l'acquisition d'un bien, il est prévu que le survivant des acquéreurs est réputé avoir été le seul acquéreur »¹⁶¹⁹. Cette définition nous semble cependant incomplète, puisqu'une tontine, si elle est le plus souvent prévue dans un acte d'acquisition, peut également l'être dans tous autres actes. En particulier, il n'est pas rare de la rencontrer dans des statuts de société, dans l'acte de souscription d'une assurance-vie, voire même dans une donation. Il est donc impropre de parler d'« acquisition » et d'« acquéreur ». Il conviendrait plutôt d'employer les termes de « bénéfice d'une cession » (qui renvoie à tous les actes translatifs de propriété d'une façon générale) et de « souscription » (souscription au capital d'une société, souscription d'une assurance-vie, souscription à une tontine financière), qui sont des vocables plus larges, et qui permettent d'englober l'ensemble des situations. Il est vrai que le terme de « cession » renvoie, dans l'imaginaire collectif, plus à celui qui se sépare de la propriété plutôt qu'à celui qui la récupère, mais il est, en tout état de cause, plus juridiquement juste que celui de « vente » ou d'« acquisition ». On pourrait également envisager le terme de « cessionnaire » et de « souscripteur » en lieu et place de celui d'acquéreur.

L'avant-projet propose d'inscrire dans la loi la nature conditionnelle - suspensive et résolutoire - de la tontine, ce qui clarifierait la situation quant à la définition de la tontine, mais également que l'application des règles de l'indivision entre les protagonistes, mais avec interdiction de demander le partage¹⁶²⁰. A notre sens, cette disposition pourrait poser un problème pratique concernant les tontines portant sur des titres sociaux : en effet, si l'on considère que les titres soumis à la tontine sont en indivision entre les associés, il faut en tirer les conséquences en termes de droit de vote, à savoir l'unanimité¹⁶²¹ pour toutes les décisions à prendre en assemblée générale... ce qui réduit considérablement l'intérêt de l'existence même de la société, surtout lorsqu'elle est constituée entre les membres d'une même famille,

¹⁶¹⁷ Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Association Henri Capitant, remis le 26 juin 2017 au ministère de la Justice. (2017) ; disponible à l'adresse suivante : <http://henricapitant.org/travaux/legislatifs-nationaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-speciaux>.

¹⁶¹⁸ Aux cotés des contrats aléatoires déjà présents dans le Code civil, à savoir le jeu, le pari, la rente viagère.

¹⁶¹⁹ Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Association Henri Capitant, remis le 26 juin 2017 au ministère de la Justice. (2017), art. 171, al. 1.

¹⁶²⁰ Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Association Henri Capitant, remis le 26 juin 2017 au ministère de la Justice. (2017), art. 172.

¹⁶²¹ C. civ. art. 815 suiv., sauf application de l'article 815-3 du Code civil (sans réelle application concernant des titres sociaux indivis) ; nomination d'un mandataire commun : JOYEUX, B. (2018). Gestion et cession des droits sociaux indivis. *Dr. et patrimoine* 2018 (n° 279).

pour, justement, éviter les inconvénients de l'indivision... En ce sens, l'indivision de jouissance élaborée par la jurisprudence nous semble plus opportune.

En outre, l'avant-projet de réforme propose que la tontine prenne fin au décès de l'avant-dernier participant ou « par un événement incertain expressément visé par les parties, telle leur séparation »¹⁶²². Cette précision est la bienvenue dans la pratique compte tenu de la position actuelle de la jurisprudence¹⁶²³, mais pour éviter toute incertitude, il conviendrait de préciser que l'événement en question doit être visé par les parties *dans l'acte constitutif de la tontine*, surtout que l'avant-projet de réforme propose de faire de la tontine un contrat consensuel¹⁶²⁴. En revanche, il ne nous semble pas nécessaire de définir outre mesure la « séparation », cette analyse relevant, à notre sens, de l'appréciation souveraine des juges du fonds, au cas par cas.

Ces précisions, d'application pratique immédiate, renforceraient la propriété économique et la propriété juridique des intervenants à l'opération.

Ainsi, les pouvoirs du propriétaire juridique peuvent interférer avec ceux du propriétaire économique. Mais si ces pouvoirs peuvent être identiques à ceux du propriétaire économique, ils peuvent également présenter une nature différente.

2 L'interférence du propriétaire juridique par des pouvoirs de nature différente

Le propriétaire juridique peut « parasiter » les pouvoirs du propriétaire économique s'il dispose lui-même de pouvoirs de nature différente. Tel est notamment le cas lorsqu'un époux commun en bien est chef d'entreprise et que son entreprise dépend de la communauté sous une forme ou sous une autre (a). On peut également citer le cas des baux superficiaires (b).

a L'époux commun en biens chef d'entreprise

Si un époux crée ou acquiert un fonds de commerce pendant son mariage, alors il dépend de la communauté en vertu des articles 1401 et 1402 du Code civil, et ce, même si un

¹⁶²² Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Association Henri Capitant, remis le 26 juin 2017 au ministère de la Justice. (2017), art. 173.

¹⁶²³ Blocage jusqu'au décès à défaut d'accord.

¹⁶²⁴ Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Association Henri Capitant, remis le 26 juin 2017 au ministère de la Justice. (2017), art. 171, al. 2.

seul des époux est inscrit au Registre du commerce et des sociétés et exerce seul l'activité. La date à prendre en compte pour déterminer si le fonds est commun ou non est celle de l'ouverture au public¹⁶²⁵ suivie d'un début d'exploitation effective, même relativement brève, attestant de la constitution d'un premier noyau de clientèle, car le fonds naît avec l'existence de la clientèle.

Or les époux mariés sous le régime de la communauté légale bénéficient d'une double protection quant à leur autonomie professionnelle. D'une part, le régime primaire, socle commun de règles d'ordre public applicables à tous les époux sans distinction de régimes matrimoniaux, consacre la liberté professionnelle de chacun des conjoints à l'article 223 du Code civil : « chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage ». En outre, et spécifiquement concernant les époux mariés sous le régime de la communauté légale, l'article 1421 alinéa 2 dispose que « l'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci ». Concrètement, seul l'époux professionnel dispose des pouvoirs de gestion quant à son entreprise : choix des fournisseurs, recrutement des salariés, achat et vente des marchandises, etc..

Pour autant, l'époux exploitant n'est pas totalement libre dans cette gestion puisqu'il ne peut pas, sans l'accord de son conjoint, donner son fonds de commerce¹⁶²⁶, le vendre ou le nantir¹⁶²⁷, ni même décider de donner à bail à un tiers une partie des bâtiments communs dont il n'aurait plus l'utilité professionnelle¹⁶²⁸.

On perçoit ainsi, de suite, la difficulté que présente la situation de l'époux professionnel marié sous le régime légal quant à la dissociation entre, d'une part, la propriété commune du fonds de commerce, et, d'autre part, le pouvoir de gestion garanti par le principe d'autonomie professionnelle, mais parfois limités par la nécessité d'un accord du conjoint.

¹⁶²⁵ Cass. civ. 1^{ère} 18 avr. 1989 n° 87-19348 ; Cass. civ. 1^{ère} 4 déc. 2013 n° 12-28076 concernant une pharmacie. MATHIEU, M. (2016). Communauté entre époux, Biens propres par origine (fasc. 30). *JCL Notarial Formulaire*, n° 31 et 36.

¹⁶²⁶ C. civ. art. 1422 al. 1 : « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté ». Cet article qui porte sur les biens communs d'une façon générale, donc sur le fonds de commerce commun en particulier.

¹⁶²⁷ C. civ. art. 1424 al. 1 : « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité [...]. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations ».

¹⁶²⁸ C. civ. art. 1425 : « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal dépendant de la communauté. Les autres baux sur les biens communs peuvent être passés par un seul conjoint et sont soumis aux règles prévues pour les baux passés par l'usufruitier ».

En réalité, il ressort de ces constatations que l'époux exploitant est propriétaire économique actif du fonds de commerce, alors que la communauté n'en est que propriétaire juridique. En effet, cet époux exerce les pouvoirs sur un bien dont il n'est pas juridiquement propriétaire, en vue de la production et de l'appropriation de richesses, dans son propre intérêt, car c'est son outil de travail, mais également dans l'intérêt de la communauté, propriétaire juridique, puisqu'elle en tire tous les bénéfices, les gains et salaires des époux étant eux-mêmes communs¹⁶²⁹. En outre, elle a vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la valeur du fonds. La propriété économique peut en effet prendre fin :

- A la vente du fonds, et dans ce cas, le produit de la vente revient exclusivement à la communauté. D'ailleurs les deux époux doivent quittance le paiement du prix¹⁶³⁰,
- En cas de sinistre détruisant le fonds, et c'est alors elle qui encaisse l'indemnité d'assurance,
- Où encore à la dissolution de la communauté, le fonds étant porté comme actif de communauté, mais seul l'époux exploitant pouvant se le faire attribuer dans le partage de sorte que la communauté¹⁶³¹, finalement, n'en a jamais que la valeur¹⁶³².

Lorsque l'activité est de nature civile¹⁶³³, la question est quelque peu différente, et la propriété économique de l'époux ressort encore plus. En effet, on réalise une distinction entre ce qu'il est traditionnel de nommer « le titre et la finance »¹⁶³⁴. En effet, l'article 1404 du Code civil dispose que forment des propres par nature « tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne » (alinéa 1) ainsi que, sous réserve de récompense, « les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des

¹⁶²⁹ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 219. D'une façon générale, sur la nature commune des gains et salaires : Cass. civ. 1^{ère} 8 fév. 1978 n° 75-15731 ; MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 141.

¹⁶³⁰ C. civ. art. 1424 al. 1 *in fine* : « [...] Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations ».

¹⁶³¹ Il bénéficie d'une attribution préférentielle conformément aux dispositions des articles 831 et suivants du Code civil (C. civ. art. 1476 : « Le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, la licitation des biens, les effets du partage, la garantie et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre "Des successions" pour les partages entre cohéritiers. Toutefois, pour les communautés dissoutes par divorce, séparation de corps ou séparation de biens, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit, et il peut toujours être décidé que la totalité de la soulte éventuellement due sera payable comptant ». En tout état de cause, si l'attribution préférentielle n'est pas de droit pour l'exploitant, elle n'existe pas pour son conjoint.

¹⁶³² Évidemment, il est des cas où cette valeur sera nulle, par exemple en cas de destruction du fonds non assuré ou encore en cas de donation du fonds par les époux.

¹⁶³³ On vise ici essentiellement les professions libérales. Initialement prévue concernant les offices ministériels, la règle s'étend aux clientèles civiles des médecins, architectes, agents d'assurance, etc..

¹⁶³⁴ En tout état de cause, admettre, même avant 1982, la distinction entre le titre et la finance, n'était-ce pas déjà admettre une dissociation intellectuelle des utilités de la chose ? (voir nos développements quant à la nature de la propriété économique).

époux » (alinéa 2). Il est vrai que « le succès de l'activité exercée par le titulaire de l'office ou du cabinet implique l'existence de qualités étroitement attachées à sa personne : compétences techniques proprement dites et garanties humaines telles que la moralité et l'aptitude générale à satisfaire une clientèle, le tout étant spécialement vérifié lors de l'investiture des fonctions d'officier ministériel »¹⁶³⁵. Ainsi pourrait-on penser que les dispositions de l'article 1404 alinéa 2 du Code civil (issu de la loi de 1965¹⁶³⁶) militent en faveur d'une qualification de propre de toute entreprise. Cependant il serait « difficilement admissible, étant donné leur importance patrimoniale, qu'ils soient entièrement exclus de la communauté »¹⁶³⁷. En réalité, considérés « dans leur aspect purement patrimonial, l'office ministériel et la clientèle civile ont toujours eu vocation à faire partie de l'actif de la communauté légale, soit en tant que produit de l' "industrie" de l'époux concerné, en cas de création durant le mariage, soit en qualité d'acquêt proprement dit, en cas d'acquisition durant le mariage ; dans le cadre de la communauté légale de meubles et acquêts, en vigueur avant la loi du 13 juillet 1965, leur caractère de bien meuble eût même suffi à justifier la solution »¹⁶³⁸.

Aussi voit-on que la qualification pure et simple de propre comme celle d'acquêt aurait été trop réductrice, aussi la jurisprudence a-t-elle confirmé le maintien de la distinction qui était alors faite avant la loi de 1965 concernant les offices ministériels¹⁶³⁹, entre d'une part le « titre », rattaché à la personne de l'époux, et d'autre part la « finance », c'est-à-dire la valeur patrimoniale de l'office ou du cabinet, qui elle, dépend effectivement de la communauté¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁵ MATHIEU, M., Communauté entre époux, Biens propres par nature, *op. cit.*.

¹⁶³⁶ Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

¹⁶³⁷ MATHIEU, M., Communauté entre époux, Biens propres par nature, *op. cit.*. Voir également DERRUPPE, J. (1993). L'altération du régime de communauté avec l'extension des propres par nature. In *Mélanges offerts à André Colomer*. Paris: Litec, p. 167.

¹⁶³⁸ MATHIEU, M., Communauté entre époux, Biens propres par nature, *op. cit.*.

¹⁶³⁹ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 167.

¹⁶⁴⁰ Ainsi a-t-il été jugé que lorsqu'un époux exploite un parc à huitres, dont la concession lui a été individuellement accordée par l'administration, la concession impliquant une exploitation personnelle du concessionnaire, cessible uniquement avec l'autorisation de l'administration, il peut être considéré qu'elle a un caractère personnel et que seule la valeur patrimoniale des parcs à huitres est tombée en communauté (Cass. civ. 1^{ère} 8 déc. 1987 n° 86-12426). Également concernant un notaire, la valeur patrimoniale de l'office qu'il a acquis pendant le mariage étant considérée comme étant un bien commun, mais lui reste personnel son droit de présentation de la clientèle à son successeur (Cass. civ. 1^{ère} 8 janv. 1980 n° 78-15902). Ou encore : le droit de présentation d'un successeur à une clientèle de chirurgien-dentiste constitue une valeur patrimoniale devant être portée à l'actif de la communauté comme constituant un acquêt provenant de l'industrie personnelle de l'époux, et non un propre par nature à charge de récompense (Cass. civ. 1^{ère} 12 janv. 1994 n° 91-18104). Pour la clientèle d'un médecin (Cass. civ. 1^{ère} 27 avr. 1982 n° 81-11258), d'un laboratoire d'analyses médicales (Cass. civ. 1^{ère} 10 mai 1984 n° 83-10849) : voir MEMETEAU, G. (1999). Cabinet médical et communauté légale. *Médecine et droit* 1999 (n° 34).

Concernant la notion de fonds libéral : la clientèle civile d'un époux exerçant une profession libérale médicale, de même que les locaux et le matériel, forment un fond d'exercice libéral et doivent être portés à l'actif de la communauté pour leur valeur patrimoniale (Cass. civ. 1^{ère} 19 fév. 2002 n° 99-21085) : ainsi, la distinction entre le titre et la finance est maintenue, bien que la notion de fonds libéral soit désormais consacrée (Cass. civ. 1^{ère} 7

Remarquons, qu'en lieu et place du maintien de la distinction entre le titre et la finance, certains avaient proposé de qualifier l'entreprise de bien propre par nature, à charge de récompense envers la communauté pour toute contribution de sa part ayant permis à l'époux d'exercer ses fonctions professionnelles, liquidée dans les conditions de l'article 1469 du Code civil, soit directement en fonction de la valeur de l'office ou de la clientèle, mais la Cour a rejeté cette qualification¹⁶⁴¹.

Ainsi, l'entreprise dont l'activité est civile ne constitue pas un propre par nature, mais un bien commun spécial puisque se rattachant à la personne de l'époux. Certains parlent ainsi même de « biens mixtes » comme étant en même temps « pour certains de ses attributs, propres et pour d'autres, commun »¹⁶⁴².

On constate ainsi que, malgré le caractère personnel de la profession en cause (nécessité d'un diplôme spécifique, d'une autorisation administrative personnelle, etc.), la valeur de la clientèle civile tombe dans la communauté, « mais le droit d'exploiter la clientèle doit nécessairement, lors de la liquidation de la communauté, être attribuée à celui qui exerçait la profession, en raison du caractère personnel qu'a alors son droit »¹⁶⁴³.

L'existence d'une superposition de propriétés entre l'époux et la communauté ne fait alors aucun doute : l'époux, propriétaire économique, exerce les pouvoirs dans son intérêt et dans l'intérêt de la communauté, comme s'agissant du fonds de commerce, et la communauté ne recueille jamais que la valeur - et seulement la valeur, et c'est là une différence avec le fonds de commerce.

L'activité professionnelle peut également être exercée sous forme de société¹⁶⁴⁴. S'il est admis que le titre d'associé permet d'exercer toutes les prérogatives liées à cette qualité comme le vote en assemblées générales, l'octroi de l'agrément aux nouveaux associés, le bénéfice de la distribution des dividendes, etc., la question de la propriété des parts sociales

nov. 2000 n° 98-1773 : la cession de clientèle civile est possible, mais à condition que la liberté de choix du patient/client soit respectée. Sur la composition du fonds libéral : Cass. civ. 1^{ère} 2 mai 2001 n° 99-11336). Si une clientèle « d'un nouveau type » est créée ou acquise pendant le mariage, alors la valeur patrimoniale correspondant est commune (Cass. civ. 1^{ère} 17 déc. 1996 n° 93-17602), mais si la clientèle « historique » s'accroît pendant le mariage, elle reste propre à l'époux (théorie de l'accessoire).

¹⁶⁴¹ Cass. civ. 1^{ère} 12 janv. 1994.

¹⁶⁴² MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 167.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, p. 169.

¹⁶⁴⁴ On vise ici les droits sociaux non négociables auxquels fait référence l'article 1832-2 du Code civil : la négociabilité est « la faculté de céder [les titres] selon des modes simplifiés du droit commercial » (COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F. (2017). *Droit des sociétés* (éd. 30). Paris: LexisNexis, p. 434), c'est-à-dire les sociétés civiles, en nom collectif, commandite simple et sociétés à responsabilité limitée.

est en revanche plus délicate. Au lendemain de la loi du 10 juillet 1982¹⁶⁴⁵ ayant institué l'article 1832- 2 du Code civil¹⁶⁴⁶ (« La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition » (al. 2)), un débat doctrinal s'est engagé sur la question de savoir quelle qualification donner aux parts sociales, la seule certitude étant que l'attribution du titre d'associé ne déterminait pas directement cette qualification. Pour certains, la qualification reste déterminée par l'article 1404 du Code civil (droits exclusivement attachés à la personne, instruments de travail nécessaires à la profession), de sorte que les parts sociales sont propres ou communes selon que le conjoint ait été agréé ou non¹⁶⁴⁷. Pour d'autres, la qualité d'associé est une prérogative extrapatrimoniale, et les parts sociales font partie de la communauté, tant en valeur qu'en nature¹⁶⁴⁸. Pour d'autres enfin, il faut dissocier le titre d'associé, qui appartient à l'époux à titre personnel et exclusif, et la qualification des parts sociales, et la possibilité qui est laissée au conjoint de revendiquer ultérieurement la qualité d'associé est nécessairement exclusive d'une qualification de propres par nature¹⁶⁴⁹.

La jurisprudence a quant à elle opté pour cette dernière analyse¹⁶⁵⁰ dans un arrêt relatif au partage de la succession d'un époux commun en bien, en décidant, dans un arrêt du

¹⁶⁴⁵ Loi n°82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale.

¹⁶⁴⁶ « Un époux ne peut, sous la sanction prévue à l'article 1427, employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables sans que son conjoint en ait été averti et sans qu'il en soit justifié dans l'acte. La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition. La qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé. Lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux. Si cette notification est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts sont opposables au conjoint ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Les dispositions du présent article ne sont applicables que dans les sociétés dont les parts ne sont pas négociables et seulement jusqu'à la dissolution de la communauté ».

¹⁶⁴⁷ PAISANT, G. (1984). *JCP N 1984. I. 19, n° 43* cité par TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 262.

¹⁶⁴⁸ DERRUPPE, J. (1983). Les droits sociaux acquis avec des biens communs selon la loi du 10 juillet 1982. *Deffrénois 1983. 33053 n° 10* ; DERRUPPE, J. (1984). La nécessaire distinction de la qualité d'associé et des droits sociaux. *JCP N 1984. I. 251* cités par TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 262 ; COLOMER, A. (1979). La nature juridique des parts de sociétés au regard du régime matrimonial. *Deffrénois 1979, art. 32034, p. 897, n° 83* cité par VINCKEL, F., & COLLARD, F. (2018). Capacité des contractants, Associé marié ou partenaire (fasc. 8-30). *JCL Sociétés Traité*. MATHIEU, M. (2016, maj. 2018). Communauté entre époux, Biens propres par nature (fasc. 40). *JCL Notarial Formulaire*.

¹⁶⁴⁹ COLOMER, A. (1982). Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale. *Deffrénois 1982. 32965*, cité par TERRE, F., & SIMLER, P. (2015). *Droit civil - Les régimes matrimoniaux* (éd. 7). Paris: Dalloz, p. 262.

¹⁶⁵⁰ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 263. COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F., *op. cit.*, p. 193-194 ; PAISANT, G. (2012). Régime de communauté, Droits sociaux non négociables, Commentaire. *Droit de la famille 2012* (n° 10) ; CABRILLAC, R., *op. cit.*, p. 153.

9 juillet 1991¹⁶⁵¹ que : « seul Joseph X... avait la qualité d'associé du GAEC, et que la succession de son épouse, Roselyne Z..., n'avait recueilli que la *valeur* des parts souscrites », et que « *l'indivision* successorale ne portait pas sur les parts sociales de Joseph X... mais, comme l'ont exactement décidé les premiers juges, uniquement sur la *valeur* de celles-ci, seule la finance des parts étant entrée en communauté ; qu'en conséquence, la cession intervenue ne portait pas sur un bien de cette indivision ».

Dans un arrêt du 22 juin 1999¹⁶⁵², elle a également reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché « si la *valeur des parts* de la SCP titulaire de l'office notarial constituait un bien propre au mari ou un *bien commun* ». Ainsi, la « valeur des parts » peut constituer un « bien commun ».

En 2005¹⁶⁵³, dans une espèce où l'époux avait apporté à une EURL¹⁶⁵⁴ un fonds de commerce dépendant de la communauté et où il lui était reproché des fautes de gestion envers la communauté, la Cour de cassation a jugé que « la cour d'appel, qui [contrairement à ce qui lui est reproché] n'a pas décidé que la *valeur* de ces parts ne faisait pas partie de la communauté, a jugé à bon droit que celui-ci n'avait pas engagé sa responsabilité envers la communauté en raison de prétendues fautes commises dans la gestion de la société, dès lors que celle-ci ne constituait *pas un bien commun* ». Ainsi, la « valeur de ces parts » fait partie de la communauté, mais pas « la société », qui, elle, ne constitue « pas un bien commun »¹⁶⁵⁵.

Par la suite, la Cour décide que « ayant constaté que le mari, souscripteur des parts sociales acquises pendant la durée du mariage, avait seul la qualité d'associé, la cour d'appel en a exactement déduit que ces parts n'étaient entrées en communauté que pour leur valeur patrimoniale et qu'elles ne pouvaient qu'être attribuées au titulaire des droits sociaux lors du partage »¹⁶⁵⁶. Plus récemment, il a été jugé que « à la dissolution de la communauté matrimoniale, la qualité d'associé attachée à des parts sociales non négociables dépendant de celle-ci ne tombe pas dans l'indivision post-communautaire qui n'en recueille que leur valeur,

¹⁶⁵¹ Cass. civ. 1^{ère} 9 juill. 1991 n° 90-12503 ; MATHIEU, M., Communauté entre époux, Biens propres par nature, *op. cit.*.

¹⁶⁵² Cass. civ. 1^{ère} 22 juin 1999 n° 97-16909.

¹⁶⁵³ Cass. civ. 1^{ère} 19 avr. 2005 n° 02-18288

¹⁶⁵⁴ Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Il s'agit d'une SARL (société à responsabilité limitée) unipersonnelle en réalité.

¹⁶⁵⁵ On remarquera la maladresse qui consiste à employer le terme de « société » alors qu'il s'agit de qualifier la nature des parts sociales, et ce, même s'il s'agit en l'espèce d'une société unipersonnelle.

¹⁶⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère} 4 juill. 2012 n° 11-13384 ; PAISANT, G., *op. cit.*.

de sorte que le conjoint [survivant] associé peut transmettre son titre sans recueillir l'accord de ses coïndivisaires [les héritiers de son époux prédécédé] »¹⁶⁵⁷.

Ainsi, les parts sociales sont communes seulement en valeur. Cependant, pour déterminer la nature des pouvoirs de chacun, il convient de distinguer selon que la communauté est dissoute ou non : tant que la communauté n'est pas dissoute, l'article 1424 alinéa 1 du Code civil impose l'accord du conjoint quant à la cession des droits sociaux non négociables « dépendant de la communauté », et ce, même si ces parts sociales ne dépendent de la communauté qu'en valeur. En réalité, lorsqu'il s'agit spécifiquement de la question des pouvoirs, la dépendance à la communauté doit être entendue dans un sens large¹⁶⁵⁸ : sinon, il faudrait bien admettre que l'article 1424 alinéa 1 ne trouverait jamais d'application !

En revanche, une fois que la communauté est dissoute, en cas de décès ou de divorce, l'article 1424 alinéa 1 ne s'applique plus, et dès lors, seule la valeur des parts sociales étant tombée en communauté, l'autre partie (ex-conjoint, ensemble des héritiers du conjoint prédécédé) n'a plus aucun pouvoir.

En particulier, les héritiers de l'associé, qui ne recueillent ainsi que la valeur des parts dans l'indivision successorale, ne peuvent *donc* pas participer aux assemblées générales, ni y voter (arrêt de 1991), ni consentir à la cession des parts néanmoins qualifiées d'indivises par la Cour (arrêt de 2014). Comment, dès lors, la même Cour peut-elle juger que « ayant constaté que les parts sociales détenues par M. X... au sein du groupe GVA avaient été acquises au cours du mariage, et exactement retenu que ces parts seraient portées à l'actif de communauté pour leur valeur au jour du partage, la qualité d'associé s'y attachant ne relevant pas de l'indivision, la cour d'appel en a à juste titre déduit que les bénéfices et dividendes perçus par

¹⁶⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère} 12 juin 2014 n° 13-16309 ; Seule la valeur des parts sociales non négociables fait partie de l'indivision post-communautaire, Brèves. (2014). *RJPF 2014* (n° 9).

Dans le même ordre d'idée, dans le cadre d'un divorce, il a été jugé que les dividendes versés entre la dissolution du régime matrimonial et le partage devaient être intégrés à l'indivision postcommunautaire, alors même que les parts sociales ne sont communes qu'en valeur et que la qualité d'associé reste propre : Cass. civ. 1^{ère} 28 mars 2018 n° 17-16198 (l'époux soutenait que les dividendes ne constituant pas des fruits de biens indivis - les parts sociales n'étant communes qu'en valeur - les dividendes versés n'avaient donc pas à accroître l'indivision postcommunautaire. Cette interprétation a été rejetée par la Cour).

¹⁶⁵⁸ Dans un arrêt de 1995 (Cass. civ. 1^{ère} 28 fév. 1995 n° 92-16794), la Cour reconnaît que « les parts litigieuses constituaient des biens communs », mais il n'était pas question dans l'arrêt de savoir si les parts étaient propres ou communes, et dans ce dernier cas, si elles étaient communes en nature ou en valeur. Il s'agissait simplement d'énoncer qu'en vertu de l'article 1424 du Code civil, le conjoint de l'associé doit donner son accord à la cession de parts sociales, nonobstant la liberté de gestion de l'époux ayant une profession séparée édictée à l'article 1421. Dans un arrêt de 2011 (Cass. civ. 1^{ère} 9 nov. 2011 n° 10-12123), la Cour de cassation casse l'arrêt de Cour d'appel et décide pareillement que le conjoint de l'associé doit donner son accord à la cession de parts sociales d'une SCI, non pas parce que ces parts constitueraient des biens communs en nature, mais parce qu'elles constituent des droits sociaux non négociables auxquels l'article 1424 s'applique, alors que la Cour d'appel avait jugé qu'elles constituaient des « droits sociaux négociables » (donc non soumis à l'article 1424) entrés en communauté seulement en valeur et non en nature (on voit bien la confusion opérée par la Cour d'appel...).

M. X... de toutes les sociétés du groupe pendant l'indivision postcommunautaire étaient des fruits accroissant à l'indivision » ?

Cela voudrait donc dire que l'on peut bénéficier des fruits, mais ne pas avoir le droit de prendre une quelconque décision ?

La seule explication tient au fait que l'époux associé a la propriété économique active des parts sociales puisqu'il exerce le pouvoir dans son propre intérêt car il s'agit de son outil de travail, mais également dans l'intérêt de la communauté, puisque c'est à elle (ou ses « ayants-droit »)¹⁶⁵⁹ que reviennent les fruits que sont les dividendes. En outre, et de façon plus large, s'agissant de l'activité professionnelle de l'un des époux, on conçoit bien que la gestion de l'entreprise se réalise nécessairement dans l'intérêt du ménage et dans l'intérêt de la famille¹⁶⁶⁰, comme moyen de subsistance. Au terme, la communauté recueille de façon certaine la valeur des parts sociales : en effet, en cas de cession des parts sociales, c'est bien la communauté qui perçoit le prix de vente, en cas de dissolution de la communauté en cours de vie sociale, la valeur des parts est portée à l'actif de communauté.

Quant aux droits sociaux négociables, la question de leur nature n'a jamais réellement posé de difficulté et ils sont considérés comme étant communs en nature, non soumis à la cogestion de l'article 1424¹⁶⁶¹ ni aux obligations édictées par l'article 1832-2 du Code civil.

Pour autant, il peut exister dans les sociétés anonymes (SA) et de sociétés par actions simplifiée (SAS) un fort *intuitu personae*¹⁶⁶². En effet, ces formes de sociétés ne sont plus réservées aux « grands groupes » et nombre de commerçants et artisans y ont recours, y compris dans des PME¹⁶⁶³ et des PME familiales.

Or on ne peut que remarquer que leur situation est sensiblement la même puisque seul l'époux dont le nom est inscrit sur les registres de la société est considéré comme actionnaire et peut exercer les droits attachés à ce titre (vote, etc.). Il est même beaucoup plus libre qu'un associé de parts non négociables puisque les opérations sur ces titres ne sont pas soumises à la cogestion matrimoniale...

¹⁶⁵⁹ Nous reconnaissons que les termes ne sont pas juridiquement exacts mais ils traduisent néanmoins bien la situation : l'on fait référence ici aux héritiers de l'époux commun en biens prédécédé.

¹⁶⁶⁰ On retrouve la notion d'intérêt de la famille dans le régime primaire, mais également dans les dispositions relatives au changement de régime matrimonial : FRAISSINIER-AMIOT, V. (2007). L'intérêt de la famille : une notion "standard" à contenu variable. *LPA* 2007 (n° 260). D'une façon générale : POMART, C. (2004). *La magistrature familiale*. Paris: L'Harmattan.

¹⁶⁶¹ Cass. civ. 1^{ère} 27 mai 2010 n° 09-11894.

¹⁶⁶² Voir également PAISANT, G., *op. cit.*.

¹⁶⁶³ Petites et moyennes entreprises.

Il est clair pour nous que ces titres sont également le siège d'une superposition de propriétés économique (à l'époux actionnaire) et juridique (à la communauté)¹⁶⁶⁴. L'intérêt d'une telle qualification, qui est à mettre en parallèle avec une distinction titre/finance, est que l'époux actionnaire est le seul à pouvoir se faire attribuer ses actions dans le cadre du partage de communauté, évitant ainsi l'immixtion d'un ex-conjoint dans les affaires sociales, qui, potentiellement, ne s'y serait jamais intéressé.

Évidemment, il convient dans ce cas de trouver un critère qui permette de distinguer les titres négociables qui constituent de purs investissements financiers, des titres négociables qui sont le siège de l'activité professionnelle de l'époux. A notre sens, l'existence dans les statuts d'une clause d'agrément des nouveaux actionnaires est un critère fort puisque son existence implique un *intuitu personae* entre les actionnaires. Un autre critère, non cumulatif, pourrait être l'exercice par l'époux d'un mandat social dans la société : président, directeur général, etc..

b Les baux superficiaires

On définit souvent le droit de superficie comme « correspondant à un découpage de la propriété entre, d'une part, le tréfonds, et, d'autre part, le sol et les plantations, ouvrages et bâtiments qui s'y trouvent, voire entre le tréfonds et le sol, d'une part, et ce qui se situe sur le sol, d'autre part. La propriété du tréfonds et celle de la superficie y sont attribuées à des titulaires différents. Le droit de superficie constitue une dérogation au principe de l'accession posé par l'article 552 du Code civil selon lequel le propriétaire du sol est propriétaire du dessus et du dessous. La règle trouve sans doute son expression la plus marquée dans les articles 553 et suivants du Code civil. Aux termes de l'article 553, on peut acquérir par prescription, et à plus forte raison par convention ou disposition, la propriété d'une cave, d'une construction ou d'une plantation sur le sol d'autrui »¹⁶⁶⁵.

Ainsi, il existe sur un même fonds deux droits superposés : un droit de superficie et un droit de tréfonds. Il est dit que ce droit dédouble ainsi la propriété, en une propriété de la surface et une autre du dessous, conférant au superficiaire et au tréfoncier des prérogatives

¹⁶⁶⁴ Sans étendre l'application de l'article 1832-2 du Code civil à ces sociétés (puisqu'il ne les vise expressément pas). Voir VINCKEL, F., & COLLARD, F. (2018). Capacité des contractants, Associé marié ou partenaire (fasc. 8-30). *JCL Sociétés Traité*.

¹⁶⁶⁵ LAPORTE-LECONTE, S. (2016). Le droit de superficie (fasc. 251-30). *JCL Construction Urbanisme*, n° 1. En réalité, le fait qu'il s'agisse d'un droit réel principal tel que ceux listés par l'article 543 du Code civil, ne suscite désormais plus de doutes, mais s'agit-il d'un véritable droit de propriété ou un droit réel original venant grever la chose d'autrui ? Nous penchons pour la première analyse.

identiques¹⁶⁶⁶, mais sur un aspect différent du bien. « Le droit de superficie n'est pas un droit réel original ou spécial, mais une propriété immobilière distincte. Tréfoncier et superficiaire ne partagent d'aucune façon leurs prérogatives, dans la mesure où elles s'appliquent à des objets différents, le fonds pour l'un, les constructions ou les plantations pour l'autre »¹⁶⁶⁷.

Dans cette mesure, ce droit n'est pas un usufruit¹⁶⁶⁸, qui ne conférerait qu'une partie des prérogatives attachées à la propriété, et à la différence de l'usufruit, il est transmissible à cause de mort et librement cessible entre vifs. Il n'est pas non plus une servitude puisqu'aucun droit n'est « soumis » à l'autre. Ce n'est pas non plus un droit réel *sui generis* sur la chose d'autrui¹⁶⁶⁹. « Ainsi, le droit de superficie n'est-il pas une simple décomposition du droit de propriété. Son titulaire bénéficie de tous les attributs de la propriété et non de certains attributs ou de certaines utilités de la chose. C'est une véritable propriété immobilière distincte de celle qui porte sur le sol et le tréfonds qui lui est attribuée »¹⁶⁷⁰. Le droit de superficie implique ainsi un transfert de la propriété portant sur un objet déterminé : constructions ou plantations, par dérogation au principe d'accession. La propriété immobilière est découpée en tranches superposées appartenant à des propriétaires différents¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶⁶ MARTY, J.-P. (1979). *La dissociation juridique de l'immeuble : contribution à l'étude de droit de superficie*. Paris: LGDJ, p. 152 suiv..

¹⁶⁶⁷ LAPORTE-LECONTE, S., *op. cit.*, n° 46.

¹⁶⁶⁸ PROUDHON, J.-B.-V. (1823). *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie, Tome 1*. Dijon: Douillier, p. 142, qui distingue la superficie de l'usufruit (tout en la qualifiant néanmoins de droit réel sur la chose d'autrui). Voir également Cass. civ. 3^{ème} 6 mars 1991 n° 89-17786 : « la cour d'appel, qui a retenu que la prérogative ainsi concédée sur la parcelle, aujourd'hui boisée, par l'un des auteurs de M. Le Comte, au profit de la commune, était un droit de superficie aussi bien en vertu des principes de l'ancien droit qu'en application du Code civil, a, par ces motifs qui excluent l'existence d'un droit d'usufruit, légalement justifié sa décision ».

¹⁶⁶⁹ Pour certain, le droit de superficie n'est pas une propriété, mais un droit réel de jouissance sur la chose d'autrui permettant à la fois d'utiliser le sol en vue de construire et d'y appuyer les ouvrages réalisés (ZENATI, F. (1995). *Droit de superficie*. *RTD civ.* 1995, p. 656 ; ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 225 ; DUMONT, F. (2001). *La nature juridique du droit de superficie*. Thèse, Lyon III : citée par GRIMONPREZ, B. (2013). *Superficie*. *Répertoire de droit civil 2013*, n° 24). Partant, le droit de superficie ne saurait être perpétuel ; il devrait, comme les autres droits réels, rester temporaire pour que puisse se recomposer un jour la pleine propriété. Cette conception, plus proche de la réalité historique et certaines législations étrangères comme la Belgique, « ne reflète cependant pas le droit civil positif français qui assimile, presque complètement, la superficie au droit de propriété. Ainsi, le pouvoir d'aliéner du superficiaire (transmettre, détruire, reconstruire) ne prête-t-il pas à discussion, tandis que la perpétuité est un caractère de la dissociation de l'immeuble reconnu de manière constante. Il n'y a guère que sur le régime de la preuve - pour renverser la présomption d'accession - que la jurisprudence adopte un traitement particulier. Enfin, la thèse ne correspond pas non plus à la conception moderne de l'immeuble, vu comme un espace dématérialisé. La pratique de la vente d'immeuble à construire repose désormais sur le principe d'une cession définitive de la propriété de volumes, indépendante de celle de la surface qui leur sert d'assiette. Or, il semble parfaitement improbable de revenir sur le fondement juridique de la plupart des grandes opérations de construction urbaine. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la dernière proposition, celle de la Commission de réforme du droit des biens, est de cantonner la superficie à l'hypothèse de la division définitive de l'immeuble » : GRIMONPREZ, B. (2013). *Superficie*. *Répertoire de droit civil 2013*, n° 25.

¹⁶⁷⁰ LAPORTE-LECONTE, S., *op. cit.*, n° 46.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, n° 46, faisant référence à MARTY, J.-P., *op. cit.*.

Dans cette présentation (théorie moniste), « les droits du superficiaire et du tréfoncier ne sont pas concurrents ; ils ne se rencontrent jamais et s'ignorent, vu qu'ils ont chacun des objets différents. Leurs assiettes respectives sont clairement séparées par une ligne horizontale en principe située [plus ou moins] au ras du sol naturel ou artificiel »¹⁶⁷².

En pratique, cette distinction n'est pas si nette, aussi une conception quelque peu différente de la superficie (théorie dualiste) veut que le droit de superficie ne puisse être simplement réduit à un droit de propriété sur des constructions, de façon tout à fait indépendante du sol¹⁶⁷³. Effectivement, le droit de superficie comprend nécessairement une *participation à la propriété du sol*, à savoir, d'une part un droit de construire ou de planter sur le sol, et d'autre part un droit de propriété sur les constructions lorsqu'elles sont édifiées¹⁶⁷⁴. Cette théorie conserve l'analyse du droit de superficie en un droit de propriété, mais élargit son assiette : il existe ainsi un lien de dépendance entre le fonds et les ouvrages ou plantations situées au-dessus.

En tout état de cause, il y a « superposition de droits réels distincts »¹⁶⁷⁵ entre le tréfoncier et le superficiaire, qui ne sont pas pour tant en indivision¹⁶⁷⁶. En tant que véritable propriété, la superficie est en principe perpétuelle¹⁶⁷⁷. Il a ainsi parfois été fait observer que la propriété du sol perdait toute utilité pour son propriétaire, mais rien ne s'oppose à ce que le droit de superficie soit constitué seulement pour une partie de l'espace du dessus ou du dessous (c'est le cas des volumes¹⁶⁷⁸) ou pour un temps limité (c'est le cas de certains baux)¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷² GRIMONPREZ, B., *op. cit.*, n° 18.

¹⁶⁷³ BERTREL, J.-P. (1994). L'accession artificielle immobilière. *RTD civ.* 1994, p. 737 ; GOUBEAUX, G. (1969). *La règle de l'accessoire en droit privé : étude sur la maxime "accessorium sequitur principale"*. Paris: LGDJ, p. 271.

¹⁶⁷⁴ Comment, matériellement, dans le cas des plantations, imaginer que la propriété de l'arbre soit totalement distincte de celle de la terre, alors même que ses racines s'y développent, et surtout qu'elles ne peuvent pas se développer sans elle ?

¹⁶⁷⁵ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 843.

¹⁶⁷⁶ Cass. civ. 16 déc. 1873 : « attendu que le droit de superficie forme un droit de propriété distincte et séparée de celle du fonds ; qu'il porte exclusivement sur les constructions, bois et autres produits du sol (...) que le concours d'un droit de superficie avec la propriété du tréfonds ne crée un état d'indivision ni quant à la propriété du sol, ni quant à la jouissance », cité par MAUREY, H., & LODIER, F. (2008). Du renouveau du droit de superficie. *JCP A 2008* (n° 46), note 2.

¹⁶⁷⁷ Un tel caractère serait impossible en présence d'un droit réel sur la chose d'autrui : TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 843.

¹⁶⁷⁸ Voir *infra*.

¹⁶⁷⁹ Pour certains, cette perpétuité est également limitée par la durée de vie des plantations ou des constructions : leur destruction entraînerait la perte de l'objet du droit de propriété et donc du droit lui-même (GOUBEAUX, G. (1983). Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet du droit de propriété immobilière. In *Études dédiées à Alex Weill*. Paris: Dalloz Litec, p. 279 suiv.).

Ainsi, parfois qualifiée de « division de la propriété »¹⁶⁸⁰ ou de « découpage de la propriété »¹⁶⁸¹ immobilière entre celle du superficiaire et celle du tréfoncier, il ne nous semble cependant pas qu'il s'agisse d'une superposition *de principe* de la propriété du superficiaire et de celle du tréfoncier, la perpétuité s'y opposant. Néanmoins, lorsque le droit de superficie est temporaire, c'est-à-dire dans le cadre du bail superficiaire, tel est le cas¹⁶⁸². Le bail superficiaire est celui qui, soit autorise simplement la construction ou l'amélioration, soit l'impose¹⁶⁸³, voire est muet sur le sujet mais produit des effets identiques¹⁶⁸⁴. En tout état de cause, sont seuls susceptibles de comporter une superposition de propriétés économique et juridique les baux qui permettent au bailleur de les recueillir en fin de bail, et ce sans indemnité : dans le cas contraire, il s'agirait simplement d'une sorte d'acquisition retardée. Le preneur va alors avoir la propriété économique active, par l'exercice du pouvoir, sur les biens que sont les constructions ou plantations, dont il n'est pas juridiquement propriétaire, en vue de la production et de l'appropriation de richesses, dans son propre intérêt et dans l'intérêt du propriétaire juridique, lequel perçoit un foncier amélioré, ou en tout cas non dégradé, et qui a la vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète des biens eux-mêmes.¹⁶⁸⁵

Les baux qui accordent au preneur un droit de superficie et qui lui confèrent un droit à construire¹⁶⁸⁶ et/ou un droit de propriété sur les constructions réalisées pendant la durée du bail, empruntent généralement la forme de baux faisant l'objet de dispositions spécifiques, mais rien n'interdit de choisir le bail ordinaire¹⁶⁸⁷. « Le succès de ces baux est essentiellement

¹⁶⁸⁰ LAPORTE-LECONTE, S., *op. cit.*, n° 46.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, n° 1.

¹⁶⁸² GOYET, C., *op. cit.*, p. 119 suiv.. *Contra* : CROCQ, P., *Propriété et Garantie*, *op. cit.*, p. 195, qui considère qu'il n'y a pas de propriété économique du preneur et de propriété économique du bailleur car leurs propriétés respectives sont totalement séparées (théorie moniste) ; il n'y a donc pas d'identité d'objet.

¹⁶⁸³ GOYET, C., *op. cit.*, p. 154, auxquels on peut ajouter celui qui interdit de construire (concernant les surfaces vides).

¹⁶⁸⁴ Techniquement, le droit de superficie peut également être créé par rétention à l'occasion d'une vente par exemple : TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens*, *op. cit.*, p. 847.

¹⁶⁸⁵ Notons que la superficie est considérée par certains comme constitutive d'une modalité de la propriété au Québec (NORMAND, S., *op. cit.*, p. 270), ce qui est également la qualification que nous retenons concernant la propriété économique.

¹⁶⁸⁶ Dans les développements qui suivent, nous employons le terme « construire » mais bien entendu à chaque fois il s'agit de constructions ou de plantations.

¹⁶⁸⁷ Ainsi peut-il y avoir superposition de propriétés économique et juridique dans le bail ordinaire, c'est-à-dire celui de droit commun du Code civil (C. civ. art. 1709 suiv.). En l'absence d'accord des parties, si le preneur réalise des constructions, qu'elles soient ou non autorisées, alors, par application de l'article 555 du Code civil (initialement applicable au possesseur évincé, puis étendu au locataire (Cass. civ. 1^{ère} 7 mars 1955)), l'accession éventuelle au profit du propriétaire bailleur (c'est-à-dire s'il décide de conserver les constructions) joue en fin de bail (Cass. civ. 1^{ère} 1^{er} déc. 1964 (« en l'absence d'accord des parties, le sort des constructions élevées par le preneur est réglé à l'expiration du bail par l'article 555, alinéas 1 et 2 du Code civil, le preneur reste propriétaire, pendant la durée de la location, des constructions qu'il a édifiées sur le terrain du bailleur ») ; voir également Cass. civ. 3^{ème} 23 oct. 1990 n° 88-20296 (« en l'absence d'accord des parties, [...] le preneur reste propriétaire,

lié au fait qu'ils permettent aux investisseurs d'échapper à l'acquisition du terrain d'assiette de bâtiments dans lesquels ils souhaitent exercer leur activité. Cela permet aux preneurs de prendre des sûretés afin d'obtenir le crédit nécessaire au financement de leur opération. Cela offre également aux propriétaires du terrain, la possibilité de valoriser leur terrain sans le céder »¹⁶⁸⁸. Ainsi, deux situations sont alors à distinguer, selon que le bail prévoit une permission de construire ou une obligation de construire¹⁶⁸⁹. Le premier cas vise le bail emphytéotique alors que le second concerne le bail à construction.

Bien qu'il soit initialement prévu par le Code rural¹⁶⁹⁰, le bail emphytéotique n'est pas limité aux zones rurales et est fréquemment utilisé en milieu urbain¹⁶⁹¹, y compris pour des immeubles à usage commercial ou industriel. En particulier, il a bénéficié d'un regain d'intérêt depuis quelques années concernant l'implantation de panneaux photovoltaïques¹⁶⁹². Le bail emphytéotique est une variété de contrat de louage par lequel le bailleur confère au preneur (l'emphytéote), pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans, un droit réel immobilier spécial (l'emphytéose) sur un immeuble, et qui l'autorise à hypothéquer ce droit, à le céder et qui peut aussi être saisi¹⁶⁹³. La particularité de ce bail est ainsi que « l'emphytéote profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose. »¹⁶⁹⁴. Ainsi, il « se voit conférer un droit de superficie temporaire, véritable droit de propriété immobilière, sur les améliorations, constructions et autres plantations dont il est l'auteur, qui s'ajoute, à titre d'accessoire, au droit réel de jouissance portant sur l'immeuble »¹⁶⁹⁵. « Ainsi,

pendant la durée de la location, des constructions qu'il a édifiées sur le terrain du bailleur ») et Cass. civ. 3^{ème} 4 avr. 2002 n° 01-00041), et ainsi pendant toute la durée de celui-ci, le preneur dispose d'un droit de superficie sur les constructions. En principe, le bailleur est tenu d'indemniser le preneur, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'œuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages (au choix du bailleur), ce qui écarte toute superposition de propriété. Cependant, si le bail prévoit que les constructions plantations, et généralement toutes les améliorations reviennent au bailleur sans indemnité, alors il y a bien propriété économique du preneur et propriété juridique du bailleur.

¹⁶⁸⁸ LAPORTE-LECONTE, S., *op. cit.*, n° 19 ; MAUREY, H., & LODIER, F., *op. cit.*, n° 2.

¹⁶⁸⁹ GOYET, C., *op. cit.*, p. 154.

¹⁶⁹⁰ C. rur. art. L451-1 suiv..

¹⁶⁹¹ LAPORTE-LECONTE, S., *op. cit.*, n° 24.

¹⁶⁹² PERINET-MARQUET, H. (2010). Les techniques de montage juridique d'un projet photovoltaïque. *RDI 2010*, p. 352 ; DESSUET, P. (2010). Bâtir un plan d'assurance pour couvrir les risques en matière de photovoltaïque. *RDI 2010*, p. 472.

¹⁶⁹³ MOREAU, J.-P. (2010, maj. 2013). Bail emphytéotique (fasc. 109). *JCL Construction Urbanisme*, n° 3 ; TIXIER, J.-L. (2006, act. 2017). Bail emphytéotique. *Répertoire de droit immobilier*, n° 1.

¹⁶⁹⁴ C. rur. art. L451-10.

¹⁶⁹⁵ MOREAU, J.-P., *op. cit.*, n° 3.

si l'emphytéose est fondamentalement un droit personnel de bail, le législateur a [...] investi l'emphytéote d'un droit réel sur le fonds »¹⁶⁹⁶.

Initialement, comme nous l'avons vu, l'emphytéose permettait aux propriétaires romains de grands domaines mal cultivés, de transférer la charge de les améliorer ou de les complanter de vignes ou d'oliviers à des preneurs devant alors bénéficier d'une très longue période de jouissance. Il s'agissait d'un moyen pour eux de mettre en valeur des terres qui, sinon, seraient restées en friche. Cet esprit demeure toujours dans le bail emphytéotique actuel, l'objectif du bailleur étant de mettre en valeur, par un moyen ou par un autre, des biens immobiliers lui appartenant, ou, *a minima*, d'éviter leur dépréciation. Ainsi, si l'emphytéote doit généralement améliorer le fonds, cette obligation ne lui incombe pas de plein droit, et il n'est tenu de faire que les améliorations qui ont été expressément prévues par le bail¹⁶⁹⁷ : en revanche, il doit avoir toute liberté de réaliser, ou non, tous travaux de construction et de démolition sans le consentement du bailleur. L'emphytéote est tenu de procéder aux réparations de toute nature et à l'entretien des constructions déjà existantes ainsi que de celles élevées en exécution de celui-ci¹⁶⁹⁸. Si l'emphytéote commet de graves détériorations sur le fonds¹⁶⁹⁹, il s'expose à une demande de résolution judiciaire par le bailleur¹⁷⁰⁰, outre des dommages-intérêt : il a ainsi pu être jugé que « la cour d'appel, qui a exactement relevé qu'il appartenait au preneur de substituer au vignoble une culture de valeur équivalente afin de procurer aux propriétaires du fonds la plus-value qui, dans un bail emphytéotique, constitue la part principale de la rémunération du bailleur, en a déduit que le préjudice subi consistait dans la valeur de la vigne dont ils avaient été privés »¹⁷⁰¹.

En contrepartie du droit qui lui est accordé, l'emphytéote doit payer au bailleur une redevance périodique (le « canon »), en argent ou en une part des fruits et produits. La modicité de la redevance payée, par rapport à la valeur des plantations et des améliorations qui doivent revenir au propriétaire en fin de bail, constitue toujours un critère pour la qualification de bail emphytéotique¹⁷⁰², même si désormais, l'usage croissant du bail emphytéotique en milieux urbains, commerciaux et industriels, se traduit par la stipulation de redevances relativement substantielles. « Elle ne doit toutefois pas constituer l'essentiel de la

¹⁶⁹⁶ DROSS, W. (2016). Biens, Droits dont les biens peuvent être l'objet (fasc. unique). *JCL Civil Code*, Art. 543, n° 11.

¹⁶⁹⁷ Sans pour autant qu'il s'agisse d'une obligation de construction, voir *infra*.

¹⁶⁹⁸ C. rur. art. L 451-8.

¹⁶⁹⁹ Ou, bien sûr, s'il n'exécute pas les obligations du contrat.

¹⁷⁰⁰ C. rur. art. L 451-5.

¹⁷⁰¹ Cass. civ. 3^{ème} 5 déc. 2001 n° 99-20871.

¹⁷⁰² Cass. civ. 3^{ème} 5 déc. 2001 n° 9-20871.

rémunération du bailleur, lequel doit surtout recevoir un fonds amélioré sans versement d'une indemnité au preneur »¹⁷⁰³ car c'est là que réside la principale contrepartie pour lui. L'économie du contrat doit révéler que la redevance, même si elle s'avère d'une modicité relative, a été déterminée en tenant compte de la prise en charge d'améliorations par le preneur¹⁷⁰⁴.

Dans le bail emphytéotique, le bailleur a la vocation certaine de recueillir en fin de bail le bien immobilier amélioré (si cela a été prévu au contrat), ou en tout cas non déprécié (compte tenu des obligations minimales de l'emphytéote). Pendant la durée du bail, le preneur a la propriété économique du bien immobilier lui permettant de réaliser toutes opérations, y compris la constitution de sûretés réelles, et en fin de bail, il perd sa propriété économique sans contrepartie financière au profit du bailleur, son intérêt dans l'opération ayant résidé dans l'existence même de sa propriété économique pendant une longue durée¹⁷⁰⁵. Certains auteurs ont d'ailleurs « considéré que l'emphytéote était “un propriétaire à temps ou quasi propriétaire” »¹⁷⁰⁶ ce qui traduit bien sa qualité de propriétaire économique : il n'est pas entier propriétaire d'un espace au-dessus du sol¹⁷⁰⁷, mais il est propriétaire économique de l'immeuble dans son entier, c'est-à-dire que son droit s'exerce sur un aspect différent du bien que le propriétaire juridique, qui lui, pendant la durée du bail, n'en a véritablement que la valeur immanente.

La faculté d'apporter des améliorations ou de construire, propre au bail emphytéotique, s'oppose à *l'obligation essentielle* d'édification d'une construction inhérente au bail à construction.

Le bail à construction est également une variété particulière du louage de choses : c'est le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions, selon un cahier des charges précis et convenu au contrat, sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail. Il est conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Le bail à construction, sauf dans des opérations de

¹⁷⁰³ TIXIER, J.-L., *op. cit.*, n° 29.

¹⁷⁰⁴ Cass. civ. 3^{ème} 3 oct. 1991 n° 90-15889.

¹⁷⁰⁵ Entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans.

¹⁷⁰⁶ LAPORTE-LECONTE, S., *op. cit.*, n° 24, citant : RÉMY, Ph. (1983). Note ss Cass. 3e civ., 15 mars 1983 ; *RTD civ.* 1983, p. 757.

¹⁷⁰⁷ Ou de toute autre limite géographique contractuelle d'ailleurs.

logement social, n'est que très peu utilisé pour construire des habitations, mais beaucoup plus souvent dans le domaine de la construction d'établissements commerciaux ou industriels¹⁷⁰⁸.

Sa caractéristique essentielle consiste en le double engagement pris à titre principal par le preneur et qui constitue, en quelque sorte, la substance et non l'accessoire d'autres obligations¹⁷⁰⁹ : le preneur a l'obligation d'édifier des constructions et de les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail¹⁷¹⁰. « Ces deux obligations sont mises sur un pied d'égalité par le législateur, mais l'obligation essentielle est la première : le preneur a l'obligation et non pas seulement le droit de construire, et l'obligation d'entretien, si elle n'est pas secondaire, est forcément subséquente »¹⁷¹¹.

« Le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier »¹⁷¹², qui se justifie par les constructions qu'il doit édifier et par la durée du bail. Ce droit peut être hypothéqué ou saisi, et le preneur peut lui-même donner à bail les constructions. Il peut céder tout ou partie de ses droits et même les apporter en société¹⁷¹³.

L'article L 251-2 du Code de la construction et de l'habitation dispose que les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées, et que c'est seulement à défaut d'une telle convention, que le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des constructions et améliorations, ce qui est quasiment toujours le cas. Il est ainsi généralement admis que, pendant la durée du contrat, le preneur est titulaire d'un droit réel sur le terrain loué et sur les constructions qu'il a édifiées, et qu'il s'agit d'un droit de superficie¹⁷¹⁴.

Quant à la valeur du droit du preneur, il a été jugé que si les constructions sont détruites par un incendie, l'indemnisation du preneur à bail ne peut être réduite à leur seule valeur : elle doit tenir compte aussi de la valeur intrinsèque du droit de construire, c'est-à-dire finalement de la potentialité de bâtir de nouvelles constructions qu'il comporte¹⁷¹⁵ : ainsi, « le droit réel résultant du bail à construction a une valeur en lui-même qui est fonction de la durée du contrat et de l'importance des constructions édifiées »¹⁷¹⁶.

¹⁷⁰⁸ SAINT-ALARY-HOUIN, C. (2012, act. 2014). Bail à construction. *Répertoire de droit immobilier*, n° 4.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*, n° 2.

¹⁷¹⁰ Si c'est pour lui une simple faculté, alors il n'y a pas bail à construction (Cass. civ. 3^{ème} 20 mai 1992 n° 90-13598).

¹⁷¹¹ SAINT-ALARY-HOUIN, C., *op. cit.*, n° 10.

¹⁷¹² CCH. art. L 251-3 al. 1.

¹⁷¹³ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 836.

¹⁷¹⁴ CORNILLE, P. (2008). Bail à construction. *Construction Urbanisme 2008* (n° 2) ; GOYET, C., *op. cit.* ; TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 836.

¹⁷¹⁵ Cass. civ. 3^{ème} 31 mars 2004 n° 02-15754, Cass. civ. 3^{ème} 17 juill. 1997 n° 95-70038.

¹⁷¹⁶ SAINT-ALARY-HOUIN, C., *op. cit.*, n° 19.

En fin de bail, les constructions reviennent au bailleur sans indemnité pour lui, ce qui constitue, d'ailleurs, essentiellement le paiement du loyer. Des constructions peuvent même lui être remises avant suivant des conditions convenues¹⁷¹⁷.

Ainsi, de manière encore plus marquée que pour le bail emphytéotique, du fait de l'obligation de construire, le bail à construction est le siège d'une superposition de propriétés entre le preneur, propriétaire économique qui exerce le pouvoir, dans son intérêt, mais également dans celui du bailleur qui a la vocation certaine de recueillir, au terme, le bien immobilier amélioré des constructions réalisées, et ce, sans indemnité.

Dans le bail emphytéotique et dans le bail à construction, l'intérêt des parties n'a pas exactement la même place : dans le premier, c'est le preneur qui choisit les améliorations alors que dans le second, c'est le bailleur. En ce sens, le bail à construction marque également un peu plus l'existence de la superposition de propriétés puisque l'intérêt du bailleur est prépondérant de façon plus marquée.

Ainsi, il apparaît désormais très clair que la conception renouvelée de la propriété économique permet une relecture évidente d'un certain nombre de mécanismes existants concernant les régimes matrimoniaux, le quasi-usufruit, certains baux, etc..

Au-delà de cette analyse, il nous apparaît également que cette nouvelle grille de lecture de la propriété économique permet de définir les contours, au sein du droit français, d'instruments susceptibles de réellement concurrencer le *trust*, et ce, sans création d'un quelconque mécanisme nouveau : tous les ingrédients se trouvent déjà dans notre droit.

Section 2 L'élaboration de mécanismes inédits : une concurrence sérieuse pour le *trust*

A l'instar de la Louisiane connaissant le plurijuridisme et qui accueille le *trust* dans son droit civil ou qui reçoit le droit civil dans sa pratique du *trust*, il nous semble qu'une démarche analogue est possible en France : la propriété économique n'est pas si incompatible qu'on veut bien le dire avec les pays de droit civil (I). Allons même plus loin : la propriété économique, sous son approche rénovée, permet de concurrencer sérieusement le *trust* en ce

¹⁷¹⁷ TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 837.

sens qu'elle permet d'offrir aux acteurs juridiques les moyens permettant d'obtenir des résultats similaires, c'est-à-dire un vrai transfert fiduciaire, en interne¹⁷¹⁸(II).

I La possibilité de rivaliser avec le *trust* : l'exemple du plurijuridisme de la Louisiane ou l'existence de transferts fiduciaires sans fiducie

La Louisiane reconnaît l'existence de transferts fiduciaires sans fiducie, *via* le *trust*. Or, étant un État de droit civil, et donc historiquement bâti, d'un point de vue juridique, sur le même modèle que la France, il nous apparaît donc tout à fait possible que, à l'instar de la Louisiane, la propriété économique puisse concurrencer, en droit français, le *trust*.

En effet, pour autant que l'on puisse s'inspirer des droits étrangers, on dit souvent que la Louisiane et le Québec sont considérés, au sein d'un océan de droit anglo-saxon, comme « étant les seuls bastions d'une tradition civiliste dans leurs pays respectifs »¹⁷¹⁹.

Finalement, « en plus d'un héritage français commun, les Louisianais et les Québécois partagent un système juridique semblable. Celui-ci, au fil des années et à cause du passé colonial, devint ce qu'il est aujourd'hui, c'est-à-dire une combinaison forte intéressante de droit civil et de *Common law*. Malgré ce mélange original, la nature civile de chaque système demeure prononcée, vibrante et s'adapte facilement aux besoins d'un monde en pleine mutation »¹⁷²⁰.

Spécialement, le droit québécois a pu être qualifié d'hybride, en ce sens qu'il a « fait l'objet de deux réceptions en bloc, successives, qui se sont annihilées respectivement en partie et dont il est difficile de déterminer lequel des deux droits est le droit récepteur et l'autre le droit reçu »¹⁷²¹. D'une façon générale, les juges « refusent généralement de s'inspirer de la *Common law*, même pour interpréter des institutions qui ont notoirement été empruntées à celle-ci, telles que la fiducie »¹⁷²². Or c'est justement là la limite de l'imprégnation des deux systèmes de droit l'un dans l'autre : la province de Québec a institué une fiducie plutôt que la

¹⁷¹⁸ Par « vrai transfert fiduciaire », on sous-entend ici un transfert fiduciaire qui n'est pas limité à celui de la fiducie telle que le droit français la connaît depuis 2007, avec toutes les limites que nous avons déjà évoquées.

¹⁷¹⁹ WARD, R. K. (2002). La culture bijuridique en Louisiane. *RGD 2002, Vol. 32* (n° 1).

¹⁷²⁰ *Ibid.*, p. 172.

¹⁷²¹ MORIN, M. (2012). Dualisme, mixité et métissage juridique : Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du sud et Israël. *Mc Gill Law Journal / Revue de droit de McGill 2012, Vol. 57* (n° 4), p. 649-650. M. Morin fait en réalité référence à la définition donnée par M. Tancelin de la mixité (TANCELIN, M. (1980). Comment un droit peut-il être mixte ?, *In Frederick Parker Walton, Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, traduit par Maurice Tancelin. Toronto : Butterworth), mais selon lui, « Il serait sans doute préférable de parler d'hybridité ou de métissage dans ce cas, car la mixité évoque la coexistence ou la juxtaposition de traditions différentes ».

¹⁷²² MORIN, M., *op. cit.*, p. 651.

réception du *trust* dans son droit civil. Doit-on pour autant en conclure que la propriété économique est insoluble dans le droit civil ?

Nous ne le pensons pas : la Louisiane, pays de droit civil, au moins en partie, connaît le transfert fiduciaire sans fiducie : plus particulièrement, elle pratique le *trust*.

Or nous partageons l'avis selon lequel « la compréhension juridique interculturelle [des systèmes de droit civil et anglo-saxon] est faisable, et ceci malgré la nature primordiale des différences qui séparent les deux systèmes. Si nous estimons que l'effort de comprendre l'autre sera fructueux c'est parce que les attributs fondamentaux de chacun des systèmes juridiques paraissent en ampleur dans les sphères non-juridiques de l'autre, si bien que ce qui relie à la mentalité du droit civil n'est nullement étranger à la société des pays de droit commun, quoiqu'absent de leur ordre et de leur culture juridique, et vice versa. [...] Malgré la nature inconciliable des mentalités juridiques sur un certain plan, [l'actualité révèle une convergence juridique due en partie à la conséquence de] la compréhension innée de l'autre, d'une retrouvaille du familier »¹⁷²³.

Or c'est bien que représente la propriété économique justement : la retrouvaille, à travers l'objectif de concurrencer le *trust*, d'un mécanisme ancien et connu du droit français, voire même issu du droit français (voir *supra*). Et l'on constate bien que l'enchevêtrement de l'un dans l'autre n'est pas inédit : en particulier, la Louisiane, territoire historiquement de droit civil, a su s'acclimater de la superposition de propriétés qui existe dans le *trust*.

En effet, la Louisiane est qualifiée de « système juridique mixte »¹⁷²⁴, or la « mixité évoque la coexistence ou la juxtaposition de traditions différentes »¹⁷²⁵. De fait, l'établissement des Français en Louisiane à la fin du XVIII^{ème} « fut consolidé par deux ou trois générations qui développèrent le pays comme une province française ; cette expérience établit une base très solide de droit civil dans le nouveau territoire. L'attraction dut être très puissante entre ces premiers colons et leur droit d'une part, et leur nouveau pays d'autre part, puisqu'après avoir été territoire espagnol pendant quarante ans et territoire américain pendant plus de cent cinquante ans, les principes fondamentaux et la structure générale du droit privé

¹⁷²³ CURRAN, V. (2005). Plurijuridisme et convergence entre le droit commun et civil. In *Le plurijuridisme, Actes du 8ème congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Aix-en-Provence, 4-6 septembre 2003)*. Aix-en-Provence: PUAM, p. 225 et 226.

¹⁷²⁴ LEVASSEUR, A. (2005). La Louisiane : un vaisseau à la dérive ? In *Le plurijuridisme, Actes du 8ème congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Aix-en-Provence, 4-6 septembre 2003)*. Aix-en-Provence: PUAM, p. 257.

¹⁷²⁵ MORIN, M., *op. cit.*, p. 650.

de la Louisiane sont encore ceux du droit français »¹⁷²⁶. En outre, sous domination espagnole, il semble même qu'il y eut également utilisation directe du droit romain¹⁷²⁷. Finalement, lors de l'adoption du Code civil de 1808, « le texte de la loi ne laisse planer aucun doute sur la volonté du législateur et du peuple louisianais de rejeter toute influence de la *Common law* dans le système juridique louisianais »¹⁷²⁸.

Puis, au fil des ans, « le droit louisianais a fait sien non seulement le concept d'*Equity* [...], mais encore le contenu historique de cette institution qui a été transformé en une source de droit »¹⁷²⁹. La *Common law* s'est également imposée dans des domaines juridiques historiquement gouvernés par le droit civil¹⁷³⁰. Désormais, le droit louisianais relève, selon le domaine concerné, tantôt du juridisme civiliste¹⁷³¹, tantôt du juridisme américain¹⁷³², même si le second tend, au fil des réformes, à prendre plus de place que le premier.

En tout état de cause, la Louisiane présente cette particularité d'être le « seul État américain à avoir conservé un Code civil, héritage des droits civils français, espagnols et du Code noir, [alors qu'] il comprend aussi un Code des *trusts* [...] promulgué en 1964 et modifié en 2010 »¹⁷³³.

Même si certains font remarquer que le droit louisianais est un « exemple parfait de cette difficulté d'adaptation sur le plan civil d'une institution qui lui est étrangère [et que] les juridictions locales ont eu le plus grand mal à “intégrer” ce “corps étranger” »¹⁷³⁴, il n'empêche que la superposition des deux traditions juridiques existe bien, prouvant ainsi qu'il est tout à fait possible pour un système juridique de faire cohabiter en son sein des conceptions d'origines différentes : un droit civil en même temps qu'une superposition de propriétés sur un même bien, propriété économique et propriété juridique. Or, si la Louisiane

¹⁷²⁶ DAINOW, J. (1954). Le droit civil de la Louisiane. *RIDC 1954* (n° 1), p.19 : l'Espagne rend la Louisiane à la France en 1800, qui la vendra aux États-Unis trois ans plus tard (p. 21).

¹⁷²⁷ *Ibid.*, p. 21.

¹⁷²⁸ LEVASSEUR, A., *op. cit.*, p. 271.

¹⁷²⁹ *Ibid.*, p. 271.

¹⁷³⁰ En particulier du fait de la langue.

¹⁷³¹ Par exemple en droit des régimes matrimoniaux (la communauté d'acquêts constitue le régime légal, héritage du droit espagnol, et le changement de régime matrimonial s'effectue impérativement après homologation judiciaire), ou encore en droit successoral (la Louisiane est le seul État des États-Unis à connaître la réserve héréditaire, inspirée directement du droit français) : REVILLARD, M. (2018). Législation comparée : Amérique, régimes matrimoniaux et successions (fasc. 40). *JCL Notarial formulaire*, n° 35, 38, 42 et 47.

¹⁷³² Par exemple en droit des sûretés mobilières (depuis peu, la Louisiane a adopté l'article 9 du Code de commerce uniforme (UCC) : TESTON, B. (2001). Garanties et sûretés internationales : les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes. *Dr. et patrimoine 2001* (n° 94)), ou encore en droit de la vente sous certains aspects (le régime juridique du transfert des risques de perte lors du transfert de propriété a été aligné par la réforme de 1993 sur celui de l'UCC. appliqué par les états de *Common law* : LEVASSEUR, A., *op. cit.*, p. 274).

¹⁷³³ GERAUD, C. (2011). *Trusts*, aspects civils (droit international privé) et fiscaux. *La revue fiscale du patrimoine 2011* (n° 11), n° 1.

¹⁷³⁴ *Ibid.*, n° 1.

y parvient, on ne voit pas bien pourquoi la France ne le pourrait pas également¹⁷³⁵, étant précisé qu'il ne s'agit pas ici d'imposer le *trust* en France, mais bien d'utiliser la propriété économique pour ce qu'elle est : un concurrent du *trust* offrant un résultat similaire.

II L'effectivité d'une concurrence pour le *trust* : de nouveaux outils d'organisation et de gestion de patrimoine

La reconnaissance de la propriété économique sous son acception renouvelée permet, selon nous, de rivaliser avec le *trust*, en ce sens qu'elle permet d'offrir des résultats similaires, et ce, dans les domaines les plus divers, et en particulier concernant l'organisation et la gestion de patrimoine (C). Par exemple, on peut tout à fait imaginer de nouveaux types de libéralités (A), mais également de nouveaux types de sûretés - ou en tout cas la reconnaissance de la validité de garanties déjà expérimentées (B).

A La création de nouvelles formes de libéralités

Certes, le principe même des libéralités n'est pas nouveau, mais c'est la forme de la libéralité qui l'est. En effet, il nous apparaît que l'approche rénovée de la propriété économique permet d'imaginer un renouveau des libéralités en ce qu'elle permet la mise en place de mécanismes nouveaux.

Par les termes de « libéralités originales », on entend « libéralités inédites », « nouvelles ». Précisons cependant d'emblée qu'il ne s'agit pas pour nous ici de lister toutes les situations de libéralités auxquelles la propriété économique pourrait se prêter : il nous semble, en ce domaine, que la seule vraie limite est l'imagination. Notre dessein consiste plutôt à mettre en évidence le fait que les deux grands types de libéralités sont concernés : en effet, rappelons que, « depuis la loi du 23 juin 2006, la qualification de libéralité peut désormais s'appuyer sur une disposition légale - l'article 893 du Code civil - qui ne fait cependant que confirmer des principes prétoriens constants. Est une libéralité tout acte de disposition, entre vifs (donation) ou à cause de mort (testament, institutions contractuelles), réalisé à titre gratuit dans une intention libérale »¹⁷³⁶. C'est donc sous couvert de cette architecture que nous présenterons ici un exemple donation (1), mais la transposition au legs

¹⁷³⁵ Certains diront que la Louisiane y est obligée compte tenu de sa position géographique et de sa langue.

¹⁷³⁶ SÉRIAUX, A. (2018). Conditions et charges des libéralités. *JCL Civil Code, Synthèse 400*.

est tout aussi possible, la propriété économique renouvelée trouvant parfaitement sa place au sein des libéralités au sens général.

D'ailleurs, l'introduction de la propriété économique au sein de ces nouvelles libéralités ne contrevient pas au principe d'irrévocabilité spéciale des donations ainsi que nous le verrons (2), ni au principe de la réserve héréditaire et du rapport successoral (3). Allons même plus loin : en l'absence d'équivalent en droit positif (4), elle constitue une alternative à la prohibition de la fiducie libéralité (5).

1 L'élaboration de libéralités originales : la donation de propriété juridique passive et/ou de propriété économique active

La propriété économique engoncée dans la fiducie ne présente pas réellement d'intérêt : en effet, nous avons vu que la fiducie est tellement limitée dans son champ d'application et dans ses modalités qu'elle est très peu utilisée, ce qui a ainsi franchement gâché le renouveau de la propriété économique.

Or, si l'on considère la propriété économique sous son aspect renouvelé, elle n'est plus limitée à la simple fiducie et s'étend au contraire à moult domaines du droit ainsi que nous l'avons vu. Partant, et pour aller encore plus loin, cette nouvelle propriété économique permet de créer des mécanismes inédits, parfaitement à même de concurrencer le *trust*.

En particulier, il nous apparaît que la relecture de la propriété économique permet la réalisation de transferts fiduciaire¹⁷³⁷ à titre de libéralité. En effet, on peut tout à fait imaginer que le propriétaire d'un bien transmette par donation la propriété économique active à une personne qu'il souhaite gratifier, et en conserve la propriété juridique passive, s'il estime que ce tiers est plus à même que lui de prendre en main la gestion dudit bien. Dans la mesure où la propriété économique est une propriété à part entière, ainsi que nous l'avons vu, sa transmission constitue bel et bien un transfert fiduciaire, puisqu'au terme convenu, le propriétaire juridique recouvrera les prérogatives dont il s'était séparées.

Inversement, une personne pourrait tout à fait transmettre la propriété juridique passive à une personne qu'elle souhaite gratifier, tout en s'en réservant la propriété économique active (et donc les pouvoirs), de sorte qu'elle continue lui-même de gérer et d'administrer ledit bien pour le compte du propriétaire juridique gratifié.

¹⁷³⁷ En dehors de toute fiducie nommée.

Et on pourrait même imaginer la transmission des propriétés économique et juridique à deux personnes différentes.

En tout état de cause, la donation de propriété économique trouverait des applications pratiques illimitées, par exemple pour faciliter la gestion des biens des incapables majeurs. On peut tout à fait imaginer un parent donnant la propriété juridique passive à un enfant soumis à une incapacité juridique, et la propriété économique active à un autre membre de la fratrie, avec pour mission de gérer et administrer les biens dans l'intérêt du propriétaire économique, qui ne peut pas y pourvoir lui-même. En réalité, on admet déjà ce type de fonctionnement concernant le portefeuille démembré de valeurs mobilières, l'usufruitier ayant la liberté des arbitrages, mais dans l'intérêt du nu-propriétaire : finalement, il ne s'agirait ici que d'étendre le champ d'application de ce mécanisme, et la reconnaissance de la propriété économique le permet.

Cependant, si ces deux transmissions n'ont pas lieu au même moment, il est vrai que l'on pourrait se poser la question de savoir si la seconde donation ne pourrait pas être qualifiée de donation de la chose d'autrui.

Notons qu'un tel type de donation est tout à fait valable lorsque le donateur s'est engagé à l'acquérir ladite chose d'autrui pour ensuite la transmettre au donataire¹⁷³⁸, et qu'elle est au contraire prohibée lorsque « le donateur a entendu rester maître de son exécution, [...] qu'il se soit réservé le droit de ne pas l'acquérir »¹⁷³⁹.

En tout état de cause, en la matière qui nous intéresse ici, lors de la première donation, la propriété économique est donnée, le disposant se réservant la propriété juridique : il est évident ici que la donation de propriété économique ne correspond absolument pas à la donation de la chose d'autrui, puisque le disposant/entier-propriétaire est à l'origine de l'opération. Lors de la seconde donation, celle portant sur la propriété juridique, il n'est pas non plus exact de dire qu'elle porte sur le bien d'autrui (autrui étant le propriétaire économique) dans la mesure où cette donation ne porte pas sur le même aspect du bien.

¹⁷³⁸ GRIMALDI, M., & PILLEBOUT, J.-F. (2018). Donations et testaments, Donations entre vifs, Irrévocabilité des donations par la volonté du donateur, Clauses prohibées, État estimatif des donations mobilières (fasc. unique). *JCL Civil Code*, Art. 943 à 948.

¹⁷³⁹ GRIMALDI, M., & PILLEBOUT, J.-F., *op. cit.*.

Et l'inverse est également vrai, lorsque la première donation porte sur la propriété juridique et que la seconde porte sur la propriété économique : dans ce cas également, l'opération ne porte pas du même aspect du bien.

Ceci étant précisé, il nous apparaît que la propriété économique, dans sa conception renouvelée, trouve parfaitement sa place dans le cadre des libéralités, en respectant parfaitement toutes les dispositions.

2 Le respect du principe d'irrévocabilité spéciale des libéralités

La donation est un contrat, et à ce titre, elle doit respecter le principe général d'irrévocabilité des contrats posé par l'article 1103 du Code civil : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Ainsi, « comme telle, [la donation] tient lieu de loi au donateur et au donataire qui ne peuvent en principe s'y soustraire autrement que de leur consentement mutuel »¹⁷⁴⁰. Or l'irrévocabilité de la donation ne tient pas seulement à l'article 1103 du Code civil, mais également, et en particulier, à l'article 894 du même Code : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte », principe que les « articles 943 à 952 s'emploient à conjuguer. Ces textes interdisent en effet diverses stipulations dont l'objet ou l'effet est de favoriser l'anéantissement des donations. Si elles avaient été insérées dans un contrat à titre onéreux, ces stipulations auraient été pleinement valables. C'est donc parce que la rigueur dont fait preuve le droit des libéralités à l'égard de ces clauses est plus grande que celle du droit commun que l'irrévocabilité est dite spéciale »¹⁷⁴¹. En réalité, il s'avère que la distinction entre le principe d'irrévocabilité ordinaire des contrats et celui d'irrévocabilité spéciale des donations ne tient qu'à la question de la prohibition des clauses de dédit¹⁷⁴².

En tout état de cause, nous allons voir que la donation de propriété économique ne contrevient absolument pas au principe d'irrévocabilité spéciale des donations (a), ni à ses applications (b). *A fortiori*, elle ne peut donc pas non plus être contraire au principe d'irrévocabilité ordinaire des contrats, moins strict en la matière.

¹⁷⁴⁰ DROSS, W. (2011). L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? *RTD civ.* 2011, p. 25.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 25 s..

¹⁷⁴² *Ibid.*, p. 25 s..

a Le principe d'irrévocabilité spéciale des donations

Certains pourraient dire que l'opération de donation de propriété économique se heurte au principe selon lequel « donner et retenir ne vaut »¹⁷⁴³. En réalité il ne nous le semble pas : concernant la donation de propriété juridique passive, il ne s'agit pas ici de donner et de retenir en même temps : ce que l'on donne, on ne le retient pas, bien au contraire, on transfère à l'autre des prérogatives que l'on n'aura plus.

Quant à la transmission de la propriété économique active, elle signifie se séparer des services économiques du bien, en particulier des pouvoirs : aussi, donner la propriété économique active est tout à fait antinomique de la rétention de propriété justement.

En réalité, l'adage « donner et retenir ne vaut »¹⁷⁴⁴ signifie, techniquement, que l'on exige un dépouillement actuel et irrévocable du donateur. Le dépouillement actuel ne pose pas de problème en l'espèce. En revanche, c'est l'irrévocabilité du dépouillement qui pourrait poser question : « le donateur ne doit pas se réserver le moyen de récupérer le bien donné, comme ce serait le cas s'il stipulait en sa faveur une condition potestative (C. civ., art. 944) »¹⁷⁴⁵. Ce principe appelle deux remarques de notre part :

Tout d'abord, il faut bien admettre qu'a été reconnue la validité d'un certain nombre de stipulations permettant au disposant de satisfaire à l'obligation de dépouillement actuel et irrévocable, tout en lui permettant de transmettre, dans les faits, que plus tard... ainsi, la validité de la donation avec réserve d'usufruit ne fait pas débat¹⁷⁴⁶, alors même que l'exercice de l'usufruit réservé peut s'avérer extrêmement proche du comportement d'un propriétaire : on pense notamment à la donation de nue-propriété de parts sociales lorsque les statuts

¹⁷⁴³ GRIMALDI, M., & PILLEBOUT, J.-F., *op. cit.* : « L'article 894 du Code civil lui apporte-t-il un supplément d'irrévocabilité ? Existe-t-il une irrévocabilité spéciale aux donations, qui ajouterait à l'irrévocabilité ordinaire des contrats ? [...] À l'origine, sans aucun doute. Dans l'Ancien droit, en effet, l'irrévocabilité des donations eut pour sens premier que le donateur devait faire tradition de la chose donnée, qu'il devait s'en déposséder : la retenait-il jusqu'à sa mort que la donation était nulle, et le donataire n'en pouvait exiger l'exécution de ses héritiers. La règle était de forme, et non de fond, à la différence de l'irrévocabilité inscrite aujourd'hui à l'article 1193. Consacrée par plusieurs coutumes (Coutume de Paris, réd. 1850, art. 273 ; Coutume d'Orléans, art. 283) et élevée par Loysel au rang de ses maximes (n° 659), elle reçut une formulation qui rendait bien compte de son sens d'alors : "Donner et retenir ne vaut" ».

¹⁷⁴⁴ Adage qui nous vient de l'Ancien droit : SÉRIAUX, A. (2018). Conditions et charges des libéralités. *JCL Civil Code, Synthèse 400*.

¹⁷⁴⁵ SÉRIAUX, A., *op. cit.*.

¹⁷⁴⁶ C. civ. art. 949.

prévoient que les pouvoirs de décision en assemblée générale reviennent à l'usufruitier¹⁷⁴⁷. En outre, on admet bien la validité du quasi-usufruit, alors que le quasi-usufruitier est reconnu comme étant seul et unique propriétaire¹⁷⁴⁸, des donations de biens présents à terme, y compris quand ce terme n'est autre que le décès du disposant¹⁷⁴⁹, ou encore de la stipulation au profit du donateur d'un droit de retour du bien donné en cas de prédécès du gratifié¹⁷⁵⁰.

Ensuite, le principe d'irrévocabilité des donations n'est pas absolu¹⁷⁵¹, puisqu'est permise la révocation des donations pour cause d'inexécution par le gratifié des charges ou conditions grevant la donation¹⁷⁵², pour cause d'ingratitude du gratifié envers le donateur¹⁷⁵³, ou encore pour cause de survenance postérieure d'un enfant issu du donateur¹⁷⁵⁴.

Ces dispositions sont souvent présentées comme constituant des exceptions à la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations entre vifs, mais ce n'est en réalité pas le cas : en effet, ces « événements qui provoquent selon la loi la “révocation” de la donation ne doivent rien à la volonté du donateur. Ils n'atténuent donc nullement le principe d'irrévocabilité »¹⁷⁵⁵.

Doit-on en conclure que la volonté du donateur de ne donner que pour une durée déterminée (celle de la propriété économique) est assimilable à une révocabilité, voire une révocation, de la donation ?

Nous ne le pensons pas. La donation est irrévocable en ce sens que pendant toute la durée, déterminée ou déterminable, de la propriété économique, le donateur ne peut exiger de récupérer le bien donné, sauf bien entendu pour les causes habituelles de révocation des libéralités : inexécution des charges, ingratitude et survenance d'enfant.

Et le fait qu'il puisse éventuellement recouvrer toutes les propriétés du bien au terme de la propriété économique est indifférent dans la mesure où il s'agit d'un nouveau transfert de propriété. D'ailleurs dans les cas où les propriétés économiques et juridiques sont transmises à deux personnes différentes, la question de « retenir » le bien par le donateur ne se pose même pas, puisqu'il est transmis à une tierce personne. Et ici également, on ne peut pas considérer que celui qui reçoit la propriété temporaire subit une révocation de la libéralité faite à son

¹⁷⁴⁷ Sous réserve que le nu-propiétaire puisse s'exprimer, mais on ne peut pas dire qu'il soit réellement celui qui prend les décisions... à ce sujet, voir *supra*.

¹⁷⁴⁸ Voir *supra*. En droit fiscal, voir en particulier CE. 10 fév. 2017 n° 387960.

¹⁷⁴⁹ NAJJAR, I. (2008, act. 2017). Donation. *Répertoire de droit civil*, n° 567.

¹⁷⁵⁰ C. civ. art. 951.

¹⁷⁵¹ PILLEBOUT, J.-F. (2018). Irrévocabilité des donations. *JCL Civil Code, Synthèse 450*.

¹⁷⁵² C. civ. art. 954.

¹⁷⁵³ C. civ. art. 955.

¹⁷⁵⁴ C. civ. art. 960.

¹⁷⁵⁵ FLOUR, Y., DONZEL-TABOUCOU, C., & GRIMALDI, M. (2018-2019). Causes de révocation. *Dalloz action Droit patrimonial de la famille, Chap. 315*.

profit. En effet, à titre comparatif, c'est comme si l'on considérait que l'arrivée du terme de la donation d'usufruit révoquait ladite donation... or tel n'est pas le cas : la donation n'est pas révoquée, simplement le droit sur lequel elle portait a pris fin. Or tel est justement le cas concernant la donation de propriété juridique ou économique : le droit sur lequel porte la donation prend fin, car il s'agit de propriétés temporaires.

b Les applications du principe d'irrévocabilité spéciale des donations

Si la donation de propriété économique ne contrevient pas au principe général d'irrévocabilité spéciale des donations, le mécanisme n'est pas non plus contraire, au cas particulier, aux applications de ce principe. En effet, si le principe d'irrévocabilité spéciale des donations est posé à l'article 944 du Code civil¹⁷⁵⁶, ce dernier énonce également d'autres prohibitions, qui peuvent, selon certains, être présentées comme étant des applications de ce principe¹⁷⁵⁷ :

- L'interdiction de la stipulation d'une clause réservant au donateur le droit de disposer des biens donnés¹⁷⁵⁸. « Donner un bien tout en se réservant le droit d'en disposer, c'est le donner sous la condition résolutoire que l'on ne l'aliénera pas. La condition est manifestement potestative de la part du donateur, libre d'aliéner ou de conserver, et ainsi d'évincer ou non le donataire. D'où la nullité de la donation : l'article 944 du Code civil eût suffi à la justifier, l'article 946 la prévoit spécialement »¹⁷⁵⁹. La donation de propriété économique, ou juridique d'ailleurs, ne contrevient pas à cette interdiction. En aucun cas le disposant ne se réserve le droit de disposer du bien objet de la donation *dans la mesure* donnée : certes, le fait de donner la propriété économique n'empêche pas le disposant de céder la propriété juridique réservée, ou l'inverse, mais dans ce cas, il ne s'agit pas du même aspect du bien. Et c'est bien à cela que correspond l'idée de propriété économique : des droits différents sur des aspects différents du bien. En revanche, en transmettant la propriété économique (respectivement juridique), le disposant ne peut se réserver la possibilité de disposer tant de ladite propriété économique (respectivement juridique) donnée, que de la propriété complète.

¹⁷⁵⁶ « Toute donation entre vifs, faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle » : il s'agit de la prohibition des conditions potestatives.

¹⁷⁵⁷ GRIMALDI, M., & PILLEBOUT, J.-F., *op. cit.*.

¹⁷⁵⁸ C. civ. art. 946.

¹⁷⁵⁹ GRIMALDI, M., & PILLEBOUT, J.-F., *op. cit.*.

- L'interdiction de la stipulation d'une clause de paiement des dettes futures du donateur et dépendant de la volonté de celui-ci¹⁷⁶⁰ : la libéralité peut tout à fait mettre à la charge du donataire l'acquittement de dettes du donateur, ce qui s'analyse juridiquement en une stipulation pour autrui¹⁷⁶¹, ce qui ne pose pas de problématique particulière au regard du droit des obligations si les conditions sont respectées¹⁷⁶². En revanche, de telles stipulations sont prohibées en droit des libéralités si elles visent des dettes dépendant de la volonté du donateur¹⁷⁶³. En réalité, dans ce cas, on pourrait considérer que le disposant se réserve le droit de reprendre indirectement le bien donné s'il lui est loisible de choisir les dettes dont le donataire aura la charge. En tout état de cause, on ne voit pas bien en quoi la donation de propriété économique va à l'encontre de cette prohibition.

- L'interdiction de la donation de biens à venir¹⁷⁶⁴ : cette prohibition vise la donation des biens que le donateur laissera à son décès. « La prohibition de la donation de biens à venir procède ainsi de la double interdiction de donner avec réserve du droit de disposer ou sous l'obligation de payer les dettes futures du donateur ; l'article 943 est un texte d'application des articles 945 et 946 du Code civil »¹⁷⁶⁵. Cette interdiction se justifie d'ailleurs également au regard de l'interdiction des pactes sur succession future¹⁷⁶⁶. Ceci étant précisé, peut-on considérer que la donation de propriété économique est une donation de biens à venir ? Nous ne le pensons pas, puisqu'elle porte sur des biens identifiés ou identifiables au jour de la donation. Évidemment, si elle devait porter sur des biens « que le donateur laissera à son décès », alors elle serait prohibée, mais pas en tant que donation de propriété économique, mais au titre du droit commun des libéralités. Concernant la donation de propriété juridique, la question se pose également : peut-on considérer que recueille une donation de biens à venir, la personne qui reçoit à titre de donation la propriété juridique passive, alors qu'une autre

¹⁷⁶⁰ C. civ. art. 945.

¹⁷⁶¹ Le disposant est stipulant, le gratifié est promettant, et le créancier est tiers bénéficiaire.

¹⁷⁶² Si tant est, en ce qui concerne le paiement des dettes futures du donateur, que soit admise la stipulation au profit de tiers indéterminés ou de personnes futures.

¹⁷⁶³ Mais non celles qui en sont indépendantes.

¹⁷⁶⁴ Ou « institution contractuelle » : C. civ. art. 943. Sauf celles entre époux, qui sont permises. On notera par ailleurs que la réversion d'usufruit, après moult discussions (Cass. civ. 1^{ère} 20 avril 1983 n° 82-10848), a finalement été qualifiée de donation de biens présents à terme, sous condition suspensive de survie de son bénéficiaire, et non plus de donation de biens à venir (Cass. civ. 1^{ère} 21 oct. 1997 n° 95-19759, puis Cass. civ. 1^{ère} 3 oct. 2000 n° 98-21969 et Cass. civ. 1^{ère} 6 nov. 2002 n°01-00681).

¹⁷⁶⁵ GRIMALDI, M., & PILLEBOUT, J.-F., *op. cit.*, se référant à Cass. civ. 1^{ère} 26 juin 1963.

¹⁷⁶⁶ C. civ. art. 722 : « Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi ».

bénéficie de la propriété économique active, la première recueillant finalement la propriété complète au terme ? Il ne nous le semble pas, puisque, comme dans le cas de la donation de propriété économique active, il ne s'agit pas de faire porter la donation sur les biens qui existeront au décès du disposant, sans autre précision. Les biens sont identifiés ou identifiables, en tout cas leur consistance n'est pas laissée à la seule appréciation du disposant au moment de son décès.

3 Le traitement de l'opération quant au respect de la réserve héréditaire et de l'égalité entre héritiers

Certains pourraient s'émouvoir que le transfert fiduciaire ainsi que nous l'avons vu ci-dessus aille à l'encontre du principe de la réserve héréditaire¹⁷⁶⁷. Or ce mécanisme est, selon nous, parfaitement compatible avec le respect de la réserve héréditaire, à condition cependant d'admettre le principe selon lequel la donation de la simple propriété juridique s'impute en « pleine propriété »¹⁷⁶⁸ sur la réserve du gratifié, à l'instar de l'imputation en pleine propriété des donations réalisées en nue-propriété¹⁷⁶⁹. Si le gratifié n'est pas un héritier réservataire, la donation s'imputerait pareillement en « pleine propriété » sur la quotité disponible.

Quant au rapport successoral¹⁷⁷⁰, conformément au droit commun en la matière, le principe serait également une imputation en « pleine propriété »¹⁷⁷¹, sauf disposition contraire figurant dans la donation, les dispositions relatives au rapport successoral ne sont pas d'ordre public, contrairement à celles relatives à la réserve héréditaire : le disposant peut choisir une

¹⁷⁶⁷ C. civ. art. 912 al. 1 « La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent ». Voir *supra*.

¹⁷⁶⁸ On met ici « pleine propriété » entre guillemets, le terme s'appliquant au démembrement de propriété, or nous avons vu que la superposition de propriétés (juridique et économique) ne constitue pas un démembrement de propriété, mais une superposition de propriétés sur un même bien. Pour autant, dans un souci de *compréhension*, nous employons ici le terme de « pleine propriété » en référence au régime d'imputation des libéralités réalisées en nue-propriété.

¹⁷⁶⁹ Si l'usufruit du bien donné repose sur la tête du disposant, alors ce bien doit être réuni fictivement pour sa valeur en pleine propriété à la date du décès de l'intéressé : MATHIEU, M., & LEVILLAIN, N. (2012, maj. 2017). Quotité disponible et réserve, masse de calcul, réunion fictive des biens donnés entre vifs (fasc. 110). *JCL Notarial Formulaire*, n° 136 suiv.. Voir Cass. civ. 14 mars 1866 ; Cass. civ. 1^{ère} 14 oct. 1981 n° 79-15946.

¹⁷⁷⁰ C. civ. art. 843 al. 1 : « Tout héritier, même ayant accepté à concurrence de l'actif, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément hors part successorale ». Le rapport successoral est un mécanisme permettant d'assurer l'égalité entre les héritiers de même rang, sauf disposition contraire. Voir *supra*.

¹⁷⁷¹ Cass. civ. 1^{ère} 5 fév. 1975 n° 72-12624 ; Cass. civ. 1^{ère} 28 sept. 2011 n° 10-20354 ; EPAILLY, D. (2017). Imputation des libéralités, avancement de part successorale, rapport forfaitaire (fasc. 160). *JCL Notarial Formulaire*.

imputation à hauteur de la simple propriété juridique donnée, voire même écarter purement et simplement le rapport successoral. Dans le premier cas, à défaut de disposition contraire dans la donation, la propriété juridique donnée devra être évaluée conformément au mode de calcul que nous avons évoqué ci-dessus, mais rien n'empêche le disposant de prévoir, dans la donation, des règles d'évaluation différente (ici encore conformément au droit commun du rapport successoral).

Quant à la question de la donation de propriété économique active avec réserve de propriété juridique passive, elle devrait, selon nous, n'interférer qu'à la marge dans le rapport successoral. Il nous semble à ce propos qu'une méthode similaire à celle de l'imputation des donations d'usufruit soit applicable. En particulier, en cas de donation d'usufruit à un héritier, la donation est, à défaut de stipulation contraire, rapportable dans les conditions de droit commun, la question essentielle restant cependant de savoir pour quelle valeur il convient de tenir compte de cet usufruit donné. En réalité la réponse est assez simple (à défaut d'être, selon nous, réellement égalitaire envers les autres héritiers, bien que ce soit l'objectif même du rapport successoral) : selon l'article 860 du Code civil « le rapport est dû de la valeur du bien donné à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de la donation (...) ». Par conséquent, si le donateur décède après le terme de l'usufruit (hypothèse d'un usufruit donné pour une durée fixe), alors, au jour de son décès, la valeur de l'usufruit est nulle puisque l'usufruit n'existe plus, de sorte que, « même si le donataire est tenu à un rapport, ce dernier est égal à zéro. Ainsi, la donation d'usufruit temporaire constitue un véritable avantage pour l'enfant en ayant bénéficié. Il ne lui sera pas tenu compte à la succession de son auteur »¹⁷⁷².

A l'inverse, si l'usufruit est toujours en cours à l'époque du décès du donateur (hypothèse d'une donation d'usufruit à durée fixe dont le terme n'est pas encore atteint, ou encore d'un usufruit viager), alors l'héritier-donataire « usufruitier venant à la succession est tenu au rapport selon la valeur de son usufruit à l'époque du partage [...]. Il sera judicieux, dans cette dernière hypothèse, d'avoir annexé à l'acte de donation une expertise et un état des lieux du bien afin de tenir compte des éventuelles améliorations ou détériorations par l'usufruitier »¹⁷⁷³.

Il nous semble qu'il en va de même en cas de donation de propriété économique active : en effet, même si la propriété économique n'est pas un usufruit, le raisonnement nous semble

¹⁷⁷² GALHAUD, E. (2010). Transmissions atypiques : loger son enfant, incidences liquidatives. *JCP N 2010* (n° 51-52), n° 8

¹⁷⁷³ *Ibid.*, n° 9.

pouvoir être transposé, car la démarche répond à une logique similaire finalement. Le rapport successoral est dû, sauf disposition contraire, et la valeur à prendre en compte pour la détermination du rapport successoral est celle de la propriété économique (donnée) au jour du partage : elle peut être égale à zéro si la superposition de propriétés économique et juridique est déjà arrivée à son terme, ou bien elle doit être déterminée si tel n'est pas le cas. Évidemment, la valeur de la propriété économique au jour de sa constitution ne sera pas la même qu'au jour du partage puisque le temps sera passé entre les deux évènements.

4 L'absence d'autre équivalent en droit positif

D'une façon générale, la donation de propriété économique nous semble particulièrement intéressante dans la mesure où il n'en existe actuellement aucun équivalent en droit interne : autant la donation de nue-propriété ou d'usufruit ne posent pas de problématiques particulières quant à leur validité de principe, autant la donation d'une nue-propriété pour une durée définie semble impossible. En effet, donner un usufruit implique qu'à l'extinction de celui-ci, au décès ou à la date convenue, la pleine propriété se reconstitue sur la tête du nu-propriétaire qui devient alors plein-propriétaire. La temporalité de l'opération est toujours axée sur l'usufruit, jamais sur la nue-propriété. Si l'on entend parfois les termes (erronés) de « donation temporaire d'usufruit » (comprendre « donation d'un usufruit à durée fixe »), n'est jamais envisagée la « donation temporaire de nue-propriété ».

La raison en est simple : « donner et retenir ne vaut », ainsi que nous venons de le voir. Il n'est donc pas possible de donner temporairement la nue-propriété d'un bien, tout comme sa pleine propriété d'ailleurs.

Mais si la « donation temporaire de nue-propriété » ne peut être envisagée, peut-on alors réaliser une « donation de nue-propriété temporaire » ? Ce serait tentant, mais « la nue-propriété, c'est la propriété »¹⁷⁷⁴. Or le caractère perpétuel habituellement entendu de la propriété interdit que la nue-propriété corrélative soit temporaire : aussi n'est-il actuellement pas possible de donner une nue-propriété temporaire. Évidemment, on pourra toujours dire que donner la nue-propriété dont un autre est usufruitier signifie que le nu-propriétaire l'est

¹⁷⁷⁴ REVET, T. (2009). La nue-propriété, c'est la propriété. *RTD civ.* 2009, p. 346, en référence à un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2009 (Cass. civ. 3^{ème} 28 janv. 2009 n° 08-12649) aux termes duquel la promesse unilatérale de vente qui porte sur la nue-propriété d'un bien porte en réalité sur sa pleine propriété en cas d'extinction de l'usufruit avant la levée de l'option.

temporairement... mais en réalité, ce n'est pas la nue-propiété qui est temporaire, c'est l'usufruit qui porte dessus : le nu-propiétaire deviendra plein propriétaire à l'extinction de l'usufruit : sa nue-propiété ne s'éteindra pas, elle se transformera en un droit plus complet.

Cependant, nous avons vu que la perpétuité dans la propriété n'est pas absolue, et à condition d'admettre que la propriété peut être temporaire, alors la donation de la propriété économique devient tout à fait possible : au terme convenu, le gratifié n'est plus propriétaire : ni propriétaire économique, ni propriétaire (tout court). A l'inverse du nu-propiétaire qui devient plein propriétaire, le propriétaire économique perd tout, et c'est bien en ce sens que sa propriété est temporaire. La reconnaissance de l'existence de la propriété économique permet ainsi de réaliser un nouveau type de donation, ou plutôt une donation portant sur un objet d'un nouveau type : une propriété temporaire.

D'ailleurs, au-delà de la donation de propriété juridique passive avec réserve de propriété économique active, ou l'inverse, on pourrait même imaginer qu'une personne donne la propriété juridique passive à un premier gratifié et la propriété économique active à un autre gratifié. De la sorte, pendant la durée convenue, le propriétaire juridique sera un propriétaire sans pouvoir, que le propriétaire économique, lui, exercera. Au terme, le propriétaire juridique a vocation à la propriété complète, sans que le disposant ne recouvre la propriété, quelle qu'elle soit.

5 Une alternative à la prohibition de la fiducie-libéralité

Nous avons vu que la fiducie-libéralité est purement et simplement interdite¹⁷⁷⁵ : à peine de nullité, le contrat de fiducie ne peut résulter d'une intention libérale, et cette nullité est d'ordre public. Or dans le cas de la donation de la seule propriété juridique passive, certains pourraient arguer que le mécanisme tombe sous le coup de la prohibition de cette fiducie-libéralité. Cependant, il est très clair pour nous que cela n'est pas le cas : en effet, dans le cas exposé, le disposant se réserve la propriété économique active et ne transmet que la propriété juridique à la personne qu'il souhaite gratifier. Or dans le cadre de la fiducie-libéralité, c'est l'exact contraire : celui qui a les pouvoirs, même limités, est le fiduciaire, propriétaire juridique, alors que le bénéficiaire, celui que l'on souhaite avantager, est le propriétaire économique passif.

¹⁷⁷⁵ C. civ. art. 2013 : « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public ».

Pour les mêmes raisons, nous ne pensons pas que la donation de la seule propriété économique active, avec réserve de propriété juridique passive (ou donation à un tiers d'ailleurs), soit concernée par la prohibition de la fiducie-libéralité. D'ailleurs, ce mécanisme ressemble plus à la fiducie-gestion, qui, elle, est permise, qu'à la fiducie libéralité.

En revanche, il nous semble que la donation de la seule propriété juridique active, avec réserve de la propriété économique passive (ou donation de cette propriété économique passive à un tiers), puisse être assimilée à la constitution d'une fiducie-libéralité prohibée, dans la mesure où l'organisation des droits de chacun serait alors similaire : le disposant serait assimilé au bénéficiaire, propriétaire économique passif - alors que le gratifié prendrait la place du fiduciaire, propriétaire juridique actif. Et pour les mêmes raisons, la donation de la seule propriété économique passive, avec réserve de propriété juridique active (ou donation de cette propriété juridique active à un tiers) pourrait être assimilée à une fiducie-libéralité, le disposant pouvant alors être assimilé au fiduciaire et le gratifié au bénéficiaire.

En tout état de cause, l'utilisation de la fiducie à des fins d'anticipation successorale, par donation ou testament, est impossible en l'état actuel du droit¹⁷⁷⁶, or nombreux sont ceux qui s'indignent de cette interdiction qui fait perdre à la fiducie les atouts qu'elle aurait pu avoir en matière d'anticipation successorale¹⁷⁷⁷. Or la relecture de la propriété économique, telle que nous l'avons développée, nous apparaît comme étant une solution tout à fait pertinente pour permettre l'anticipation successorale, sans pour autant aller à l'encontre de l'interdiction de la fiducie-libéralité, puisqu'elle met en œuvre un mécanisme différent. Il ne s'agit en effet pas ici de contourner la fiducie-libéralité, qui est interdite, mais d'offrir au disposant qui souhaite anticiper la transmission de son patrimoine un outil supplémentaire, en parallèle de ceux déjà connus et utilisés, parfaitement conforme au droit positif¹⁷⁷⁸.

¹⁷⁷⁶ Voir par exemple : DESBUQUOIS, J.-F., & FARGE, C. (2018). La fiducie-gestion : un élément clé de l'ingénierie patrimoniale dédiée aux dirigeants d'entreprise. *La revue fiscale du patrimoine 2018* (n° 4).

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*.

¹⁷⁷⁸ En tout état de cause, un mécanisme très utilisé dans la pratique permet déjà d'obtenir un résultat similaire, sans que personne n'ait jamais considéré qu'il puisse constituer une fiducie-libéralité déguisée : il s'agit de la transmission de la nue-propriété des parts d'une société par une personne (en général les parents) à un tiers (en général les enfants), en s'en réservant l'usufruit, et les statuts prévoyant par ailleurs que le gérant (les parents) a les pouvoirs les plus étendus et que, pour les décisions ne relevant pas de sa compétence, mais de celle de l'assemblée générale, c'est l'usufruitier (les parents) qui dispose du droit de vote concernant toutes les décisions à prendre (à condition que le nu-propriétaire puisse participer aux assemblées et donner son accord pour les décisions qui doivent être adoptées à l'unanimité : à ce sujet, voir : CASTAGNE, S. (2014, maj. 2018). Droit général des sociétés, Usufruit et nue-propriété d'actions et de parts sociales, Droits de l'usufruitier et du nu-propriétaire (fasc. C-36). *JCL Notarial Formulaire*).

Au-delà du droit des libéralités, la propriété économique va trouver de nombreuses applications : en particulier, elle peut permettre, selon nous, la reconnaissance de la validité des cessions de créances à titre de garantie.

B La reconnaissance de la cession de créances à titre de garantie

La cession de créance est le contrat par lequel un créancier (créancier cédant) transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre son débiteur (débiteur cédé), au profit d'un tiers (cessionnaire)¹⁷⁷⁹. Mais peut-on céder une créance à titre de garantie, dans l'hypothèse où le cessionnaire serait lui-même créancier du créancier-cédant ?

« La cession de créances à titre de garantie est une opération intelligente. A l'effet de sûreté, elle associe l'amortissement du crédit. Pour peu que la créance soit à termes successifs (loyers, redevances périodiques,...), le créancier se trouvera garanti contre la défaillance du débiteur, en même temps qu'il percevra périodiquement des sommes qui viendront diminuer le montant de l'encours. Ce type de garantie est communément pratiqué dans le financement de projet : le créancier perçoit les produits de la réalisation d'un projet qu'il a financé. Ainsi retrouve-t-on le lien entre la garantie et l'objet financé, qui est l'un des ressorts des sûretés : le droit - ici exclusif - du créancier porte sur ce qu'il a permis d'acquérir grâce au risque qu'il a pris, le crédit qu'il a consenti. - Curieusement, une telle garantie a du mal à pénétrer en droit français »¹⁷⁸⁰.

« La question de la licéité de la cession de créances en propriété en garantie est un débat récurrent du droit français. Elle est, en effet, au cœur d'intérêts aussi divers qu'antagonistes comme le redressement des entreprises en difficulté, la protection des débiteurs, mais aussi l'efficacité des sûretés et, thème un peu plus récent, la compétitivité du droit national. Le succès de la cession de créances en garantie est qu'elle est plus sûre que le nantissement. En cas de procédure collective du constituant, le nantissement, du moins lorsqu'il n'est pas

¹⁷⁷⁹ Cession de créance. (2019). *Dalloz, Fiche d'orientation*.

¹⁷⁸⁰ AYNES, A. (2007). La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? *D. 2007*, p. 961.

assorti d'un droit de rétention, expose le créancier au risque de subir les délais de la procédure et d'être primé par les privilèges supérieurs au sien »¹⁷⁸¹.

En réalité, si la cession de créances à titre de garantie ne fait pas débat lorsqu'elle est réalisée dans le cadre de la loi Dailly¹⁷⁸², aucun texte ne permet ni n'interdit la cession de créances à titre de garantie réalisée hors loi Dailly, d'où l'existence d'un doute quant à sa validité.

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 mars 2006¹⁷⁸³ et la loi du 19 février 2007¹⁷⁸⁴, les arguments favorables à l'admission de la validité de la cession de créances à titre de garantie consistaient en la déduction que le droit français consacrant déjà plusieurs formes de propriétés garanties, on ne voit pas bien pourquoi il n'admettrait pas celle-ci en particulier, surtout que la prohibition du pacte comissoire (le principal obstacle avancé pour justifier l'illicéité de la cession de créances à titre de garantie) n'avait guère de raison d'être s'agissant d'une créance¹⁷⁸⁵. Un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation consacrait d'ailleurs implicitement les cessions en garantie de créances¹⁷⁸⁶.

Cependant, dans un arrêt de principe du 19 décembre 2006¹⁷⁸⁷, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé « qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance », fermant ainsi la porte à la reconnaissance de la validité de la cession de créances à titre de garantie. La motivation de la Cour reposait alors sur l'application de deux textes :

- D'une part l'article 2078 du Code civil, qui prohibait alors le pacte comissoire à l'époque des faits, mais l'ordonnance du 23 mars 2006 a abrogé cette prohibition ;

¹⁷⁸¹ AUCKENTHALER, F. (2007). Cession de créances en garantie : le serpent de mer se déchaîne. *JCP E* 2007 (n° 40).

¹⁷⁸² Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 dite Dailly facilitant le crédit aux entreprises.

¹⁷⁸³ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

¹⁷⁸⁴ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

¹⁷⁸⁵ LEGEAIS, D. (2013 (maj. 2017)). Gage et nantissement, Nantissement de créance. *JCL Notarial Formulaire*.

¹⁷⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère} 20 mars 2001 n° 99-14982. ADELLE, J.-F. (2007). L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? *RDBF* 2007 (n° 2) : « alors saisie de la faisabilité d'une cession en garantie en ce qu'elle portait sur des créances futures, [la première Chambre civile] avait répondu par l'affirmative, dès lors que la créance future est déterminable, confirmant de façon implicite mais nécessaire la faisabilité de la cession en garantie elle-même ».

¹⁷⁸⁷ Cass. com. 19 déc. 2006 n° 05-16395.

- D'autre part l'article 2075 du Code civil, qui prescrivait alors, pour la constitution du nantissement, les formalités d'enregistrement et de signification au débiteur. « Selon la Cour de cassation, la cession de créances à titre garantie, parce que non prévue par la loi, constitue forcément un nantissement dont l'inaccomplissement des formalités entraîne la nullité. Ce postulat repose sur une prémisse contestable dont la sanction est au surplus abrupte car les parties ayant entendu par hypothèse respecter les formalités de la cession de créances et non un nantissement de créance, n'avaient pas de raison de respecter le formalisme du nantissement. Pour contestable qu'il soit, ce deuxième moyen paraît suffisant pour s'opposer à la validité de la cession de créances en garantie même pour les sûretés constituées sous l'empire de l'ordonnance du 23 mars 2006 »¹⁷⁸⁸.

Remarquons néanmoins que cet arrêt a été rendu alors que les textes sur l'introduction de la fiducie en droit français étaient encore en cours de discussion, et qu'il est probable que la Cour n'ait pas souhaité se substituer au législateur à ce sujet.¹⁷⁸⁹

Aussi, à la lumière de la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 qui a, en particulier, expressément consacré la propriété garantie et abandonné la prohibition du pacte comissoire, et de la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie, la question de la validité de la cession de créances à titre de garantie se pose à nouveau.

Pour certains, « l'ordonnance du 23 mars 2006 a adopté un corps de règles spéciales au nantissement de créance, qui donnent à celui-ci un visage original, à mi-chemin du gage et de la propriété fiduciaire : il peut en effet conférer au créancier nanti un droit exclusif au paiement, ce qui lui assure une efficacité comparable à celle de la cession fiduciaire »¹⁷⁹⁰, ce qui résout le problème de la qualification la cession de créances à titre de garantie.

Pour d'autres, la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie ne lui a conféré qu'un domaine très limité : elle en réserve le bénéfice à certaines personnes, et surtout il n'a été « consacré qu'une forme de fiducie reposant sur la constitution d'un patrimoine d'affectation. *A contrario*, cela signifie que les autres variétés de fiducie ne sont pas admises »¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁸ ADELLE, J.-F., *op. cit.*.

¹⁷⁸⁹ LEGEAIS, D., *op. cit.*.

¹⁷⁹⁰ AYNES, L. (2007). Le nantissement de créance, entre gage et fiducie. *Dr. et patrimoine 2007* (n° 162).

¹⁷⁹¹ LEGEAIS, D., *op. cit.*.

Pour d'autres encore, dont nous partageons l'avis, la loi de 2007, en consacrant la fiducie, valide par là même toute cession fiduciaire : « si la fiducie de la loi de 2007 ne présente pratiquement aucun intérêt en ce qui concerne la fiducie-sûreté, cela ne saurait signifier que la fiducie-sûreté n'est pas concevable. En effet, on peut envisager, en dehors de la fiducie telle qu'elle est prévue par la loi du 19 février 2007, laquelle ne concerne pas la fiducie à fins de garantie, une fiducie-sûreté de type classique, c'est-à-dire un véritable transfert de propriété à titre de garantie, comme cela est admis dans plusieurs systèmes juridiques. Il s'agit purement et simplement de la fiducie du droit romain, telle qu'elle est consacrée, par exemple, en ce qui concerne la cession Dailly. Au demeurant, il n'y aurait aucune raison d'en limiter l'application aux créances, encore que ce soit pour celles-ci qu'elle présente l'intérêt le plus grand »¹⁷⁹².

On pourrait ainsi parfaitement envisager une cession de créances à titre de garantie non soumise au régime juridique de la fiducie, et sans constitution d'un patrimoine d'affectation. Or la superposition de propriétés économique et juridique se fond parfaitement dans ce mécanisme et répond à cette problématique : dans cette hypothèse, le créancier-cessionnaire est alors propriétaire juridique de la créance que le créancier-cédant a à l'encontre de son propre débiteur. Le créancier-cessionnaire a la vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète de la créance (en cas de défaillance du créancier-cédant) ou à sa valeur (en cas de remboursement de sa dette par le créancier-cédant), à due concurrence¹⁷⁹³.

« Si cette sûreté devait être reconnue valable, elle concurrencerait véritablement le nantissement de créance et le rendrait même inutile, une cession ayant des effets supérieurs à ceux du nantissement »¹⁷⁹⁴. Une vraie concurrence avec le *trust* est alors possible, dans la

¹⁷⁹² LARROUMET, C. (2007). La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. *D. 2007*, p. 1350.

¹⁷⁹³ Notons que certains proposent, en lieu et place de la cession *de la créance* à titre de garantie, une cession *de l'émolument de la créance* à titre de garantie, afin de contourner l'incessibilité de la créance ou son indivisibilité : PELLIER, J.-D. (2019). Une figure méconnue : la cession de l'émolument de la créance. *RTD civ.* 2019, p. 229.

¹⁷⁹⁴ LEGAIS, D., *op. cit.* : l'auteur réfute cependant cette analyse, qui non seulement ferait perdre tout intérêt au nantissement, mais qui aurait également été écartée par un arrêt du 26 mai 2010 (Cass. com. 26 mai 2010 n° 09-13388). Voir également : CROCQ, P. (2010). Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à exécution successive ! *RTD civ.* 2010, p. 597.

Notons cependant que cet arrêt du 26 mai 2010 a été rendu au regard de faits et actes antérieurs tant à l'ordonnance du 23 mars 2006 que de la loi du 29 février 2007, ce qui, selon nous, est certes conforme à la jurisprudence de la Cour du 19 décembre 2006, mais n'apporte toujours pas de réponse quant à la question de la validité de la cession de créances à titre de garantie à l'heure actuelle.

On notera également que M. Crocq ajoute « qu'en dépit de cette jurisprudence favorable au nantissement de créance, la reconnaissance de la validité d'une cession de créances de droit commun à titre de garantie ne serait pas totalement dépourvue d'utilité » : CROCQ, P., Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à exécution successive ! *op. cit.*, p. 597 s..

mesure où l'efficacité du nantissement de créances n'est pas aussi importante que celle de la cession de créances à titre de garantie.

Quant aux modalités de la cession de créances, on se référera au droit commun en la matière¹⁷⁹⁵, et en particulier, dans l'ordre international, à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international¹⁷⁹⁶.

En outre, si l'on fait un parallèle d'efficacité avec la cession Dailly, il subsiste une différence lorsque le débiteur de la créance est susceptible d'opposer une exception de compensation.

En effet, « - Dans le cas d'une cession à titre de garantie, le débiteur, s'il n'a pas accepté la cession, ne pourra plus opposer cette exception si les créances ne sont pas connexes et si les conditions de la compensation n'ont été réunies qu'après que la cession lui est devenue opposable, c'est-à-dire après la signification d'une cession de droit commun ou après la notification d'une cession Dailly [...]»¹⁷⁹⁷. Ceci est dû au fait que la cession met fin à la réciprocité des qualités de débiteur et de créancier qui est nécessaire pour que la compensation puisse se produire ;

- Dans le cas d'un nantissement de créance, en revanche, le constituant de la sûreté étant demeuré propriétaire de la créance nantie, la constitution de cette sûreté ne porte pas atteinte à la réciprocité des créances susceptibles de se compenser, ce qui a pour conséquence que le débiteur pourra toujours opposer une exception de compensation au bénéficiaire du nantissement, peu important ici que les conditions légales de la compensation soient réunies avant ou après que le nantissement lui a été notifié et peu important également que le débiteur de la créance nantie soit, ou non, intervenu à l'acte de nantissement »¹⁷⁹⁸.

Au-delà des matières particulières que sont les libéralités ou les sûretés, la propriété économique va trouver maintes applications dans le domaine plus global de l'organisation et de la gestion du patrimoine, les praticiens ayant alors toutes les cartes en mains pour utiliser

¹⁷⁹⁵ OPHÈLE, C. (2018, act. 2019). Cession de créances. *Répertoire de droit civil* : voir n° 126 suiv. quant aux conditions d'opposabilité, et n° 155 suiv. quant aux effets de la cession de créances.

¹⁷⁹⁶ Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, New York, 12 déc. 2001.

¹⁷⁹⁷ « (on laissera de côté ici les critiques que l'on peut adresser à la jurisprudence de la Cour de cassation qui se réfère à la date de la notification de la cession Dailly alors qu'elle devrait selon nous se référer à la date de la cession) » : note de l'auteur.

¹⁷⁹⁸ CROCQ, P., Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à exécution successive ! *op. cit.*, p. 597 s..

cet outil qu'est la propriété économique pour élaborer de nouvelles constructions juridiques, au gré de leurs besoins.

C Autres exemples

Ainsi, au-delà de la création de nouveaux types de libéralité ou la reconnaissance de certaines garanties, la propriété économique offre aux praticiens, de façon plus globale, de nouveaux outils de gestion patrimoniale.

A ce sujet, on peut imaginer tous types de montages : par exemple, pour organiser la détention de l'immobilier d'entreprise, on peut parfaitement envisager l'acquisition de la propriété économique active des locaux par la société d'exploitation, et de la propriété juridique par son dirigeant. Il n'y a ainsi plus d'interférence d'une société civile, le vendeur ayant simplement transféré la propriété des locaux à deux personnes différentes, chacune acquérant sa propriété, l'une économique et l'autre juridique, qui se superposent sur le même bien. Au terme, que l'on imagine être par exemple la retraite du dirigeant, la propriété économique prend fin et le dirigeant recueille toute la propriété.

S'il transmet son entreprise, libre à lui d'établir un bail au profit du repreneur ou de transmettre une nouvelle propriété économique à son profit. L'avantage pour lui sera alors de recueillir le local au terme, ou un bien subrogé ou sa valeur, parce que sous cette acception, on peut tout à fait imaginer que la société d'exploitation modifie de façon substantielle les locaux, ou en change complètement : la propriété économique lui offre ainsi une liberté de gestion immobilière inédite.

Dans un registre différent, on pourrait également imaginer l'apport à la communauté de la propriété économique passive d'un bien, dans le cadre d'un changement de régime matrimonial. Il peut s'agir par exemple d'un époux commun en biens, propriétaire en propre d'un bien, mais qui souhaite en faire profiter son conjoint en cas de prédécès de sa part, tout en conservant *seul* les pouvoirs de gestion. En effet, l'apport de la *propriété* à la communauté fait entrer le bien tout entier dans ladite communauté, de sorte que les dispositions relatives à la gestion collective s'appliquent (cogestion et gestion concurrente)¹⁷⁹⁹, certaines opérations

¹⁷⁹⁹ C. civ. art. 1421 suiv..

nécessitant l'accord du conjoint comme la vente ou l'apport en société¹⁸⁰⁰. Or, l'apport à la communauté de la seule propriété économique passive permet à l'époux apporteur de conserver seul les pouvoirs de gestion du bien ainsi apporté, ce qui peut par exemple résoudre le problème de la capacité juridique du conjoint en cas de maladie ou compte tenu de l'âge.

Évidemment, pour que le conjoint survivant recueille *l'intégralité* du bien au décès de l'apporteur, et pas seulement la moitié issue de la communauté, l'acte devra prévoir un préciput portant sur ledit bien en cas de décès (ou sur le bien subrogé), de sorte que le conjoint survivant bénéficie de l'intégralité des revenus qu'il génère, sans répartition avec les autres héritiers.

Il ne s'agit là que d'exemples, et on imagine bien toutes les potentialités de la propriété économique.

En réalité, le champ d'application de la propriété économique se révèle fort étendu, la relecture de cette notion permettant non seulement une nouvelle analyse de nombre de mécanismes existants, mais également la mise en œuvre d'outils juridiques originaux. Or, il ressort de cette introspection de la propriété économique renouvelée qu'il est tout à fait possible d'en dégager le régime juridique.

¹⁸⁰⁰ C. civ. art. 1424.

CHAPITRE 2

LE REGIME JURIDIQUE DE LA PROPRIETE ECONOMIQUE

RENOUVELEE

L'approche renouvelée de la propriété économique a permis d'établir que son champ d'application est très finalement étendu, cette dernière embrassant des domaines très divers du droit. Pour autant, malgré l'apparente hétérogénéité de la matière, l'analyse du domaine d'application de la propriété économique permet d'en dégager un régime juridique global.

Aussi verrons-nous ainsi successivement les modes d'établissement et de fin de la propriété économique (section 1), son objet (section 2) et son sujet (section 3), mais également ses modes de transmission (section 4), ainsi que la protection dont elle bénéficie (section 5).

Section 1 Les modes d'établissement et de fin de la propriété économique

De façon très classique, il convient d'étudier les différentes manières dont la propriété économique peut être constituée (I), ainsi que les raisons de son extinction (II).

I La naissance de la propriété économique

La propriété économique peut naître de différentes manières, au premier rang desquels l'acte juridique. D'une façon générale, on oppose l'acte juridique au fait juridique : « cette distinction de l'acte et du fait juridique tient compte du *rôle de la volonté* dans le phénomène de production d'effets de droit en général, et d'obligations en particulier »¹⁸⁰¹. Aux termes de l'article 1100-1 du Code civil, « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux ». Selon la même distinction, la propriété économique va pouvoir naître d'un accord de volontés par contrat (A) ou d'une volonté unilatérale (B). Elle peut également naître de la loi (C).

¹⁸⁰¹ AUBERT, J.-L., & COLLART-DUTILLEUL, F. (2017). *Le contrat, droit des obligations* (éd. 5). Paris: Dalloz, p. 1.

Les actes qui l'établissent sont à proprement parler des actes constitutifs, et non pas translatifs de propriété¹⁸⁰².

A La propriété économique issue du contrat

Dans la plupart des cas, la propriété économique naît du contrat, c'est-à-dire d'un accord de volonté des parties. Aux termes de l'article 1101 du Code civil « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Ainsi, d'un commun accord entre elles, les parties décident de constituer une superposition de propriétés, économique et juridique. Pour autant, les parties peuvent ne pas toujours être celles qui seront finalement propriétaire économique et propriétaire juridique. On va ainsi distinguer trois situations, selon que le propriétaire économique n'est pas partie au contrat (1), que le propriétaire juridique n'est pas partie au contrat (2), ou que les deux sont parties au contrat (3).

1 Le propriétaire économique peut ne pas être partie au contrat

Il peut arriver que le propriétaire économique ne soit pas partie au contrat ayant constitué sa propriété économique, ce qui n'empêche pas sa propriété d'exister.

C'est en particulier le cas du bénéficiaire de la fiducie. En effet, la fiducie doit être expresse et peut être établie par le contrat¹⁸⁰³. Dans ce cas, elle est un régime volontaire et contractuel qui permet au constituant d'être déchargé de la gestion de biens, tout en les attribuant au fiduciaire, personne de confiance, qui doit les gérer avec loyauté et attention dans l'intérêt du bénéficiaire. Le fiduciaire est le propriétaire juridique des biens fiduciaires et sa propriété juridique naît du contrat de fiducie qu'il a conclu avec le constituant. Mais le bénéficiaire est un tiers quant à ce contrat, même s'il est réalisé dans son intérêt¹⁸⁰⁴.

¹⁸⁰² Dans le même sens : GOYET, C., *op. cit.*, p. 195.

¹⁸⁰³ C. civ. art. 2012 al. 1.

¹⁸⁰⁴ Évidemment, lorsqu'une personne est à la fois constituant et bénéficiaire, alors elle est partie au contrat, mais elle l'est seulement en tant que constituant, pas en tant que bénéficiaire.

Le bénéficiaire de l'assurance-vie n'est également pas partie au contrat conclu entre le souscripteur et l'assureur, même s'il en bénéficie¹⁸⁰⁵, puisqu'il s'agit d'une stipulation pour autrui : « la stipulation pour autrui est une opération qui, dès sa conclusion, prévoit qu'un tiers pourra tirer avantage du contrat car celui-ci crée une créance à son profit. [...] On nomme stipulant celui qui impose cette charge [...], promettant celui qui assume cet engagement [...] et tiers bénéficiaire celui qui, tout en n'étant pas partie au contrat, en tire un droit »¹⁸⁰⁶. Au cas particulier de l'assurance-vie, le souscripteur (stipulant) désigne dans le contrat le bénéficiaire auquel sera versé le capital (bénéficiaire) par l'assureur (promettant).

Dans les deux cas, c'est ensuite leur acceptation qui fait naître leur propriété économique.

Dans le cadre du mandat à effet posthume, la situation est quelque peu différente. La propriété économique va trouver sa source dans le mandat que le *de cuius*, de son vivant, va donner mandataire, propriétaire juridique, mais elle ne naîtra qu'ultérieurement, au décès du mandant. En tout état de cause, le propriétaire économique, c'est-à-dire l'héritier, n'est pas partie au contrat de mandat, lequel se forme par l'acceptation du mandataire¹⁸⁰⁷ du vivant du mandant¹⁸⁰⁸. Au décès du mandataire, il n'y a pas non plus de convention conclue entre le mandataire et l'héritier pour organiser leurs relations : tout est d'ores et déjà prévu au contrat de mandat à effet posthume auquel l'héritier n'a pas pris part.

2 Le propriétaire juridique peut ne pas être partie au contrat

Il est des cas dans lesquels seul le propriétaire économique est partie au contrat.

Tel est notamment le cas de dissociation de propriétés économique et juridique dans le cadre de la société. Nous avons vu que les propriétaires économiques sont les associés, soit de l'universalité du patrimoine de la société (cas général), soit d'actifs de la société en particulier (société civile d'attribution). Dans les deux cas, le contrat de société est conclu entre les associés entre eux, et ce contrat constitue la naissance même de la société. Autrement dit, le

¹⁸⁰⁵ Ici également on réserve le cas du souscripteur qui est également bénéficiaire.

¹⁸⁰⁶ BENABENT, A. (2016). *Droit des obligations* (éd. 15). Issy-les-Moulineaux: LGDJ, p. 215-216.

¹⁸⁰⁷ C. civ. art. 1984 pour le mandat en général. Voir DIDIER, P. (2000). *De la représentation en droit privé*. Paris: LGDJ, p. 28 suiv.

¹⁸⁰⁸ C. civ. art. 812-1-1 al. 4.

contrat qui est le fait générateur de la propriété économique des associés est également celui qui fait naître le futur propriétaire juridique : c'est l'immatriculation qui fait la personne morale. Ainsi, la propriété économique des associés, mais également celle de la société, a pour origine un acte auquel la société n'est pas partie : la constitution de la société. Mais s'agit-il véritablement d'un contrat ? La question de savoir si la société est un contrat ou une institution est récurrente¹⁸⁰⁹. Originellement, le Code civil avait conçu la société comme un contrat, mais cette analyse contractuelle fut remise en cause par une partie de la doctrine à la fin du XIX^{ème} siècle qui fit application de la théorie publiciste de l'institution, en réaction au développement de dispositions de plus en plus contraignante, la société étant alors plus perçue comme un être social dépassant les volontés individuelles¹⁸¹⁰. C'est en tout cas le parti pris par la doctrine commercialiste, la doctrine civiliste planchant quant à elle plutôt pour une sauvegarde la conception classique de la société. Reste que la théorie de l'institution permet d'expliquer l'existence des dispositions d'ordre public, tout développement de l'ordre public étant perçu comme une institutionnalisation de la société, et tout recul de sa part étant signe de contractualisation de la société. Finalement, « le recours à la notion d'institution est devenu inutile dans la mesure où l'ordre public est une donnée intégrée par la théorie du contrat : un contrat ne perd pas sa nature du seul fait qu'il fait l'objet d'une législation d'ordre public »¹⁸¹¹.

La question s'était également posée de savoir si la société était un contrat ou un acte unilatéral collectif (ou individuel si la société est unipersonnelle). Dans ce dernier cas, l'acte émane de plusieurs participants dont les volontés conjointes poursuivent un même but, et c'est bien le cas des associés. Pour autant, cela ne fait pas obstacle à l'existence d'une relation contractuelle, et l'organisation des relations entre associés procède bien d'un acte contractuel qui précise et aménage l'étendue et l'exercice des droits et obligations de chacun. Les statuts « constituent le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations »¹⁸¹², on peut donc bien parler de contrat de société¹⁸¹³.

¹⁸⁰⁹ MAY, J.-C. (2004). La société : contrat ou institution ? *In Contrat ou institution : un enjeu de société*. Paris: LGDJ, p. 122 suiv..

¹⁸¹⁰ Voir *supra* nos développements sur la notion d'intérêt social.

¹⁸¹¹ COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F. (2017). *Droit des sociétés* (éd. 30). Paris: LexisNexis, p. 3.

¹⁸¹² Cass. com. 8 mars 2005 n° 02-17692.

¹⁸¹³ COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F., *op. cit.*, p. 4-5.

3 Les propriétaires économique et juridique peuvent être parties au contrat

Il peut enfin arriver que propriétaires économique et juridique soient tous deux parties au contrat ayant institué leurs propriétés respectives, chacun consentant, en toute connaissance de cause, à la constitution des propriétés économique et juridique. La superposition de propriétés n'est alors imposée à aucun des propriétaires. Il n'existe en réalité aucune autre personne susceptible d'interférer dans la constitution de la propriété économique, contrairement à d'autres cas où l'on retrouve toujours trois intervenants : fiducie (constituant, fiduciaire, bénéficiaire), mandat à effet posthume (mandant, mandataire, héritier), libéralités graduelles (disposant, grevé, bénéficiaire en second), etc.

Dans les cas visés ici, seuls le propriétaire économique et le propriétaire juridiques décident de constituer une superposition de leurs propriétés.

Tel est notamment le cas en ce qui concerne la tontine, chaque acquéreur consentant, en toute connaissance de cause, à la constitution des propriétés économique et juridique, qui naissent alors dès la conclusion de la tontine contenue dans l'acte d'acquisition ou de souscription.

Tel est également le cas dans les baux que nous avons étudiés, bailleur et preneur étant seuls parties à l'opération. Leurs propriétés respectives naissent alors au jour où le contrat prend effet, qui peut, d'ailleurs, ne pas être le jour de la signature du bail, ce qui est, en pratique, assez habituel.

On peut également citer le droit de retour conventionnel prévu dans une donation, donateur et donataire convenant ensemble de dédoubler la propriété. Dans ce cas, les propriétés respectives du donateur et du donataire naissent au jour de la donation.

Dans ces deux derniers cas (bail, donation), le preneur et le donateur se séparent ainsi de leur propriété complète, à laquelle se soustrait de façon concomitante, soit une propriété juridique (pour le bailleur), soit une propriété économique (pour le donateur).

B La propriété économique issue de l'acte unilatéral

La propriété économique peut trouver son origine dans un acte unilatéral. Tel sera par exemple le cas du testament graduel. En effet, la libéralité graduelle peut prendre la forme

d'une donation, mais également d'un testament¹⁸¹⁴, lequel pourra alors prendre l'une des formes autorisées de testament¹⁸¹⁵ : authentique, olographe, international, etc.¹⁸¹⁶.

Or le testament est un acte unilatéral qui ne résulte pas d'un accord de volontés¹⁸¹⁷, et même pire : si tel est le cas, alors il est nul. L'article 968 du Code civil prohibe en effet les testaments conjonctifs, c'est-à-dire ceux qui sont faits par deux ou plusieurs personnes, y compris des époux, dans un seul et même acte, soit réciproquement au profit de chacun des disposants, soit au profit d'un tiers, et ce, au motif que le caractère conjonctif de la disposition de dernières volontés peut nuire à sa révocabilité, laquelle est considérée comme essentielle¹⁸¹⁸.

Certes, dans le cas de la disposition graduelle, la propriété du bénéficiaire en second ne naît pas avec le testament : il n'est pas propriétaire économique dès la rédaction du testament. Néanmoins, elle est issue du testament qui en est le fait générateur. Sa propriété économique ne va naître qu'au décès du disposant, et à condition que le grevé accepte le legs. Dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il renonce au legs¹⁸¹⁹, alors le bénéficiaire en second peut se prévaloir de son propre legs et ainsi recueillir dès cet instant le bien légué¹⁸²⁰, et il n'y aura alors aucune superposition de propriétés.

C La propriété économique issue de la loi

Concernant la fiducie, l'article 2012 du Code civil indique que la fiducie peut être établie par la loi, mais les cas visés par cette hypothèque sont actuellement inexistant¹⁸²¹.

¹⁸¹⁴ MATHIEU, M. (2017). Testament, Legs graduels et résiduels (fasc. 150). *JCL Notarial Formulaire*, n° 1.

¹⁸¹⁵ MATHIEU, M., Testament, Legs graduels et résiduels, *op. cit.*, n° 26 suiv..

¹⁸¹⁶ MALAURIE, P., & BRENNER, C., *op. cit.* : le testament authentique est celui reçu par un notaire et rédigé selon les consignes du disposant (p. 267), le testament olographe est celui rédigé directement par le disposant de sa main (p. 261 suiv.), le testament international est celui rédigé par le disposant ou un tiers, de sa main ou dactylographié, et confié à un notaire avec signature d'une déclaration devant deux témoins qu'il s'agit bien de son testament (p. 268-269), le testament mystique est rédigé par le disposant ou un tiers, dont l'enveloppe cachetée est remise à un notaire qui va alors dresser sur l'enveloppe un acte de suscription (p. 268).

¹⁸¹⁷ MAGOIS, B., & MONToux, D. (2018). Testament, Principes (fasc. 10). *JCL Notarial Formulaire*, n° 24 suiv..

¹⁸¹⁸ *Ibid.*, n° 25.

¹⁸¹⁹ Ou s'il est décédé avant le testateur, ou, plus exceptionnellement, s'il se trouve frappé d'une incapacité de recevoir.

¹⁸²⁰ MATHIEU, M., Testament, Legs graduels et résiduels, *op. cit.*, n° 34. Ce qui peut poser problème lorsque les bénéficiaires en second sont désignés comme étant « les enfants à naître » de telle personne. Faut-il alors considérer que seuls les enfants conçus au décès du disposant et nés viables (C. civ. art. 906 al. 3) recueillent le legs, ou bien que tous les enfants à naître en bénéficient, y compris ceux qui naîtront après ? Dans le silence de la loi, le disposant devra être extrêmement précis dans la rédaction de son testament quant à l'expression de sa volonté.

¹⁸²¹ RAYNOUARD, A., & JOURDAIN-THOMAS, F., *op. cit.*, n° 17.

Sans doute le législateur a-t-il voulu se réserver la possibilité de créer à l'avenir des fiducies spéciales hors du Titre XIV¹⁸²², voire hors du Code civil.

En tout état de cause, la propriété économique peut être établie par la loi. Plus précisément, la loi peut constituer le fait générateur de la propriété économique, même si techniquement une autre opération doit nécessairement intervenir pour en être le support. Ce sera le cas à chaque fois que la superposition de propriétés n'est pas l'objectif recherché par les parties, mais qu'elle en est une conséquence.

On pense ici notamment aux propriétés économiques nées du mariage, et en particulier du régime de la communauté légale. Par exemple, lorsqu'un époux est propriétaire économique du fonds de commerce ou des parts sociales de la société siège de son activité professionnelle, et que la communauté en est propriétaire juridique, c'est bien la loi qui est le fait générateur de la superposition de propriétés. Techniquement, la source pourra en être le contrat, comme l'acquisition du fonds de commerce ou des parts sociales dans le cadre de l'achat d'une entreprise préexistante, mais pas toujours. En effet, pour la création d'une entreprise pendant le mariage, la source ne repose pas nécessairement sur le contrat dans la mesure où, pour un fonds de commerce par exemple, le critère temporel qui permet de déterminer la nature propre ou commune réside dans l'ouverture au public¹⁸²³, et pour une société il réside dans son immatriculation au registre du commerce et des sociétés et non dans ses statuts¹⁸²⁴.

La propriété économique peut également être établie par la loi au titre du régime primaire, lequel comprend, en particulier, un certain nombre de dispositions patrimoniales applicables à tous les époux, quel que soit leur régime matrimonial. Ici également, le contrat ne sera pas nécessairement le support : par exemple si l'époux commun en biens est déjà propriétaire en propre du bien immobilier avant le mariage, et que ce n'est que plusieurs années après le mariage que la famille y emménage, on constate bien que ce n'est pas le contrat qui fait naître la superposition de propriété, mais bien la loi, du fait même du mariage.

Il en va de même concernant le droit de retour légal des père et mère, comme étant une disposition d'ordre public. C'est ici également la loi qui constitue le fait générateur de la

¹⁸²² DUPICHOT, P., *op. cit.*.

¹⁸²³ Cass. civ. 1^{ère} 18 avr. 1989 n° 87-19348 ; Cass. civ. 1^{ère} 4 déc. 2013 n° 12-28076 concernant une pharmacie. MATHIEU, M., Communauté entre époux, Biens propres par origine, *op. cit.*, n° 31 et 36.

¹⁸²⁴ Cass. civ. 1^{ère} 3 déc. 1985 n° 84-16085 ; BOUQUEMONT, A. (2014). Société propre en régime de communauté, la boîte de Pandore ? *JCP N 2014* (n° 21), n° 6.

superposition de propriétés, même si, techniquement, la donation en constituera la source matérielle.

II La fin de la propriété économique : l'arrivée du terme

À la fin de la propriété économique, peut-on affirmer, comme concernant le démembrement de propriété, que la pleine propriété se reconstitue ? Nous ne le pensons pas¹⁸²⁵. On dit que la pleine propriété se reconstitue *sur* la tête de quelqu'un, en l'occurrence le « vrai » propriétaire, ainsi nommé le nu-propriétaire. Parce qu'un tiers jouissait d'un droit sur son bien, il a vocation à « récupérer » la pleine propriété à la fin de l'usufruit.

Lorsqu'il s'agit de propriété économique, la propriété n'a pas à se reconstituer, car elle n'a pas été démembrée. Elle a disparu pour faire place à une superposition de propriétés de natures différentes, mais d'égale importance, et lorsque, au terme, ces propriétés disparaissent (les deux propriétés étant interdépendantes, elles disparaissent simultanément), alors le bien fait l'objet d'une nouvelle propriété au profit de l'ex-propriétaire économique ou de l'ex-propriétaire juridique. La propriété économique est une propriété par essence temporaire, ce qui signifie qu'elle *doit* prendre fin à un moment ou à un autre, elle est nécessairement affectée d'un terme. Ce sera le cas de différentes manières, par disparition de l'un ou l'autre des propriétaires (A), mais également par l'arrivée de la date convenue ou l'expiration de la durée pour laquelle elle avait été convenue (B).

Notons qu'il existe d'autres causes de dénouement de la propriété économique, mais elles sont alors spécifiques à chaque cas, même si certaines peuvent être communes à plusieurs types de propriétés économiques, comme la réalisation du but poursuivi dans le cadre de la fiducie, la réalisation de l'objet social dans la société ou encore la mise sous tutelle du mandataire posthume.

A La disparition d'un propriétaire

La disparition du propriétaire juridique (1) ou du propriétaire économique (2), selon le cas, met fin à la propriété économique, de sorte que le bien fait à nouveau l'objet d'une propriété complète. Par « disparition », employé ici de façon générale, on entend le décès lorsque le propriétaire est une personne physique, le décès de l'un des époux ou le divorce

¹⁸²⁵ Sauf lorsque la superposition de propriétés prend la forme d'un démembrement de propriété bien entendu. Tel est le cas de l'usufruitier du portefeuille de valeurs mobilières.

lorsqu'il s'agit de la communauté¹⁸²⁶ ou du mariage¹⁸²⁷, la dissolution-liquidation lorsqu'il s'agit d'une société (ayant pour origine les causes habituelles : arrivée du terme¹⁸²⁸, réalisation ou extinction de l'objet social, etc.¹⁸²⁹) voire même par fusion-absorption puisque la société initiale ne survit pas à l'opération : dans ce dernier cas, même s'il peut y avoir reprise des engagements, le lien particulier qui unit la propriété économique et la propriété juridique nous fait dire que la disparition doit être entendue au sens strict¹⁸³⁰.

1 La disparition du propriétaire juridique dans le cadre de la propriété économique passive

Lorsque la propriété économique est passive, c'est le propriétaire juridique qui a les pouvoirs. Or sa disparition entraîne inéluctablement la fin de la propriété économique et de la propriété juridique dans la mesure où l'intérêt de la superposition de propriété, à savoir faire exercer le pouvoir par un autre, s'éteint corrélativement.

Tel est le cas concernant le mandat à effet posthume, dont le décès du mandataire posthume (personne physique) ou la dissolution (personne morale) entraîne de plein droit la fin du mandat¹⁸³¹ et donc de la superposition de propriétés. L'obligation de rendre compte et d'informer les héritiers de l'ensemble des actes accomplis qui pèse sur le mandataire incombe alors à ses propres héritiers¹⁸³². Aussi, le mandant qui souhaite que la mission qu'il a confiée soit menée à terme aura donc tout intérêt à désigner un ou plusieurs mandataires en

¹⁸²⁶ Essentiellement. C. civ. art. 1441 : la communauté prend fin par décès ou par divorce, mais également en cas de changement volontaire de régime matrimonial avec choix d'un régime séparatiste (ce que permet le Code civil malgré le principe d'immutabilité du régime matrimonial : C. civ. art. 1397 ; sur les conditions : CABRILLAC, R., *op. cit.*, p. 103 suiv. ; voir également la loi n° 2018-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice), en cas de séparation de biens judiciaire (C. civ. art. 1443) ou encore en cas de séparation de corps (laquelle entraîne automatiquement séparation de biens (C. civ. art. 302) (dans ces deux cas, voir : CABRILLAC, R., *op. cit.*, p. 219 suiv.), auxquels on ajoute l'absence déclarée (C. civ. art. 112 suiv.) qui produit les mêmes effets que le décès (C. civ. art. 128).

¹⁸²⁷ C. civ. art. 227 : « Le mariage se dissout : 1° Par la mort de l'un des époux ; 2° Par le divorce légalement prononcé ».

¹⁸²⁸ La société peut être prorogée par décision des associés prise à la majorité nécessaire pour modifier les statuts

¹⁸²⁹ COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F., *op. cit.*, p. 281 suiv..

¹⁸³⁰ *Contra*, concernant le mandat à effet posthume : WICKER, G., Successions, Mandats successoraux, Le mandat à effet posthume, *op. cit.*, n° 128, selon lequel en cas de fusion-absorption, le mandat se poursuit normalement, alors qu'en cas d'apport partiel d'actifs, la poursuite du mandat est subordonnée à l'accord des héritiers.

¹⁸³¹ C. civ. art. 812-5, 6°. LEVILLAIN, N. (2011, maj. 2017). Succession, Mandat à effet posthume (fasc. 300). *JCL Notarial Formulaire*, n° 146.

¹⁸³² C. civ. art. 812-7, al. 2.

second¹⁸³³, de sorte que le décès ou la disparition du premier n'entraîne pas la fin de la propriété économique.

Il en va de même concernant l'assurance-vie, dont le souscripteur-assuré¹⁸³⁴ est propriétaire juridique et le bénéficiaire acceptant propriétaire économique. Au décès du premier, le contrat est dénoué et le capital-décès échoit au bénéficiaire, qui passe ainsi du statut de *propriétaire économique* de la valeur du contrat¹⁸³⁵ à celui de *propriétaire* du capital-décès.

Quant au décès du donataire, dans le cas d'une donation avec ou sans droit de retour conventionnel - mais toujours avec droit de retour légal, il entraîne la fin de la propriété économique du donateur, qui devient alors propriétaire (tout court) si les conditions sont remplies, à savoir le décès du donataire sans descendance dans le cas du droit de retour légal, ou le décès du donataire sous les conditions édictées par la donation dans le cas du droit de retour conventionnel. Si les conditions ne sont pas remplies, alors la propriété économique du donateur s'éteint purement et simplement, les héritiers du donataire héritant alors des biens successoraux, et y compris des biens qui lui avait été donnés.

Ensuite, il est évident que la disparition de la société, propriétaire juridique, entraîne la fin de la propriété économique des associés, tout comme celle de la société de titrisation et du fonds communs de titrisation entraîne la fin de celle des investisseurs, et que celle du grevé dans une libéralité graduelle entraîne la fin de celle de l'appelé, qui devient alors propriétaire entier.

Quant au décès ou à la disparition du propriétaire économique, il peut, ou pas, avoir une incidence sur la fin de la propriété économique, il ne s'agit donc pas d'un critère caractéristique. D'une façon générale, lorsqu'il y a interposition d'une société, le décès ou la disparition du propriétaire économique est sans incidence, par exemple le décès ou la disparition de l'associé, ou de l'investisseur dans le cas d'une titrisation de créance, ne met pas fin à la propriété économique, qui se transmet alors à leurs ayants-droit. Le décès de l'emprunteur de titres ne mettra fin au prêt que si le prêt n'avait été consenti qu'en considération de sa personne¹⁸³⁶. Quant au décès du bénéficiaire acceptant de l'assurance-vie,

¹⁸³³ LEVILLAIN, N., Succession, Mandat à effet posthume, *op. cit.*, n° 25.

¹⁸³⁴ Il est vrai que lorsque le souscripteur n'est pas également l'assuré, ce qui est tout de même assez rare en pratique, c'est le décès de l'assuré et non celui du souscripteur, propriétaire juridique, qui entraîne le dénouement du contrat.

¹⁸³⁵ Sur la distinction avec la notion de valeur de rachat, voir *supra*.

¹⁸³⁶ C. civ. art. 1879 al. 2.

il ne met pas fin à la propriété économique si le stipulant avait exprimé sa volonté d'attribuer le bénéfice du contrat aux héritiers du bénéficiaire décédé ou s'il avait désigné un bénéficiaire en second, lesquels deviendrait alors eux-mêmes propriétaires économiques¹⁸³⁷ : dans le cas contraire, le décès du bénéficiaire acceptant rend sa désignation caduque¹⁸³⁸, rendant ainsi au souscripteur sa liberté quant au choix d'un nouveau bénéficiaire. Concernant le mandat à effet posthume, le décès de l'héritier intéressé met fin au mandat¹⁸³⁹, donc à la propriété économique, et il est évident que le décès du donateur entraîne la fin de la propriété juridique du donataire qui devient alors simplement propriétaire. Par ailleurs, le décès de l'appelé dans le cadre d'une libéralité graduelle entraîne la fin de la propriété économique du grevé¹⁸⁴⁰, lequel devient également propriétaire (tout court), mais sauf si l'acte prévoit expressément que les héritiers de l'appelé pourront recueillir la libéralité ou désigne un autre second gratifié, qui, dans ce cas, deviennent propriétaires économiques.

2 La disparition du propriétaire économique dans le cadre de la propriété économique active

Dans les cas de propriété économique active, la disparition du propriétaire économique entraîne l'extinction de la propriété économique dans la mesure où l'intérêt de la superposition de propriété, à savoir faire exercer le pouvoir par un autre, s'éteint corrélativement.

Ainsi le décès de l'époux souscripteur de l'assurance-vie dénoue le contrat de sorte que le bénéficiaire recueille le capital décès en son seul nom, tout comme le décès de l'usufruitier de valeurs mobilières met fin à la propriété juridique des nus-propriétaires qui deviennent ainsi pleins propriétaires, le décès de l'un ou l'autre des conjoints met un terme au mariage et donc à la superposition de propriétés née du régime primaire. La tontine ne constitue pas un cas particulier, même s'il est nécessaire que tous les propriétaires économiques décèdent pour que la superposition de propriétés prenne fin. En réalité, les deux derniers survivants se

¹⁸³⁷ DJOUDI, J. (2015). Des conséquences du décès de l'attributaire du contrat d'assurance-vie. *RDBF 2015* (n° 6).

¹⁸³⁸ Cass. civ. 2^{ème} 10 sept. 2015 n° 14-20017. Ainsi, tant que le contrat n'est pas dénoué (le souscripteur-assuré est en vie), les héritiers du bénéficiaire acceptant n'ont pas vocation à recueillir le bénéfice de la stipulation pour autrui (La situation est différente lorsque le contrat d'assurance-vie est dénoué (décès de l'assuré) et que le bénéficiaire décède après ce dénouement : dans ce cas, ses héritiers recueillent sa part dans le capital-décès (Cass. civ. 2^{ème} 23 oct. 2008 n° 07-19163)).

¹⁸³⁹ C. civ. art. 812-4, 7°.

¹⁸⁴⁰ C. civ. art. 1056 : « Lorsque le second gratifié prédécède au grevé ou renonce au bénéfice de la libéralité graduelle, les biens ou droits qui en faisaient l'objet dépendent de la succession du grevé, à moins que l'acte prévoit expressément que ses héritiers pourront la recueillir ou désigne un autre second gratifié ».

trouvent dans la même situation que les époux quant à la superposition de propriétés sur le logement de la famille : le décès de l'un ou l'autre va entraîner la fin de la propriété économique et de la propriété juridique.

La disparition du propriétaire juridique peut, quant à elle, avoir, ou pas, une incidence sur le maintien de la superposition de propriétés. Dans le cas de l'assurance-vie, la disparition de l'époux souscripteur, propriétaire économique, implique également la disparition du propriétaire juridique qu'est la communauté. En revanche, le décès du nu-propriétaire de portefeuille de valeurs mobilières ou du bailleur dans un bail superficiaire ne fait pas obstacle à la poursuite du bail, la propriété juridique étant alors transférée à ses ayants-droit.

Outre la disparition de l'un ou l'autre des propriétaires, la superposition de propriétés peut également prendre fin par arrivée de la date butoir qui avait été convenue ou par l'expiration de la durée pour laquelle elle avait été prévue.

B L'arrivée de la date prévue ou l'expiration de la durée convenue

Il peut arriver que la disparition du propriétaire et l'expiration de la durée pour laquelle la propriété économique a été instituée coïncident : c'est le cas de la société. La propriété économique cesse à la dissolution-liquidation de la société, dont la cause peut être l'arrivée de la date prévue dans les statuts ou l'expiration de la durée pour laquelle elle avait été constituée, généralement le maximum permis, à savoir quatre-vingt-dix-neuf ans¹⁸⁴¹.

Une date est également expressément convenue dès l'origine concernant la fiducie, les transferts temporaires de valeurs mobilières, ou encore concernant les baux. En tout état de cause, le terme doit au moins être déterminable.

En effet, la propriété économique doit nécessairement être affectée d'un terme pour recevoir cette qualification. Etant une vocation, elle est mécaniquement temporaire : dans le cas de la propriété économique passive, elle est la vocation à la propriété complète ou à sa valeur à l'arrivée du terme, alors que dans le cas de la propriété économique active, elle est l'exercice du pouvoir pendant une certaine durée à l'expiration de laquelle le propriétaire juridique a vocation à la propriété complète ou sa valeur. Elle est une organisation temporaire.

¹⁸⁴¹ COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F., *op. cit.*, p. 283.

Aussi, si une situation présente les caractéristiques de la propriété économique mais qu'elle est perpétuelle, alors elle ne constitue pas une propriété économique.

Tel est notamment le cas de la superficie hors bail : il existe en effet des droits de superficie qui sont perpétuels, comme le droit de « crû et à croître », qui permet à son titulaire d'exploiter de manière perpétuelle les arbres vifs, morts et à naître situés sur les parcelles appartenant à un tiers¹⁸⁴².

Le droit de superficie est également perpétuel s'il porte sur un volume abstrait, un cube d'air¹⁸⁴³. Ignorée du législateur jusqu'à la loi du 24 mars 2014¹⁸⁴⁴, la division en volumes, création de la pratique, a cependant été rapidement reconnue par la jurisprudence qui en a reconnu la validité : « La division en volumes est une technique juridique consistant à diviser la propriété d'un immeuble en fractions distinctes, sur le plan horizontal comme sur le plan vertical, à des niveaux différents, qui peuvent se situer au-dessus comme en dessous du sol naturel, chaque fraction s'inscrivant, respectivement, dans l'emprise de volumes définis géométriquement, en trois dimensions, par référence à des plans, des coupes et des cotes, sans qu'il existe de parties communes entre ces différentes fractions »¹⁸⁴⁵.

On exclura également du champ d'application de la propriété économique, la copropriété telle qu'issue de la loi du 10 juillet 1965¹⁸⁴⁶. La copropriété correspond à l'organisation juridique de l'espace immobilier vertical, et repose sur une distinction entre des parties privatives¹⁸⁴⁷ et des parties communes¹⁸⁴⁸ de l'immeuble. Elle implique

¹⁸⁴² DANOS, F., Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie, *op. cit.*, n° 5. Voir Cass. civ. 3^{ème} 23 mai 2012 n° 11-13202.

¹⁸⁴³ L'immense majorité de la doctrine rattache la technique de la division en volumes au droit de superficie, par ex : TERRE, F., & SIMLER, P., *Droit civil - Les biens, op. cit.*, p. 844 ; MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 311 ; DAUBLON, G. (2000). Droit de superficie et état descriptif de division. *Deffrénois 2000* (n° 1), n° 10). Semble cependant opérer une distinction : RAVANAS, E. (2009). Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques. *JCP N 2009* (n° 40), n° 25.

¹⁸⁴⁴ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

¹⁸⁴⁵ LE RUDULIER, N. (2016). Division en volumes, Nature et principes (fasc. 107-10). *JCL Construction Urbanisme*, n° 5.

¹⁸⁴⁶ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis. Évidemment le législateur a procédé à des modifications depuis 1965 (voir en particulier Loi n° 79-2 du 2 janvier 1979 relative aux droits grevant les lots d'un immeuble soumis au statut de la copropriété, Loi n° 85-1470 du 31 décembre 1985 modifiant la loi 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, ou encore Loi n° 96-1107 du 18 décembre 1996 améliorant la protection des acquéreurs de lots de copropriété) mais l'essence du statut de la copropriété est issu de la loi du 10 juillet 1965.

¹⁸⁴⁷ Les parties privatives sont celles des bâtiments et des terrains réservées à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé. Les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque copropriétaire (Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 *prec.*, art. 2).

¹⁸⁴⁸ Sont des parties communes les parties des bâtiments et des terrains affectées à l'usage ou à l'utilité de tous les copropriétaires ou de plusieurs d'entre eux (Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 *prec.*, art. 3).

l'établissement d'un règlement de copropriété pour régir les droits et devoirs de chacun des copropriétaires et l'organisation d'assemblées générales.¹⁸⁴⁹

Pour la même raison de perpétuité, la servitude ne peut être considérée comme étant une propriété économique. « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire »¹⁸⁵⁰. La servitude implique ainsi nécessairement deux fonds distincts : le fonds dominant qui bénéficie de la servitude, et le fonds servant qui supporte la servitude. C'est une obligation réelle qui va suivre l'immeuble en quelques mains qu'il passe¹⁸⁵¹, et elle présente un caractère perpétuel. Ce caractère découle de son caractère accessoire : puisqu'elle porte sur le sol, elle doit durer aussi longtemps que lui : elle ne cesse ni par résiliation unilatérale, ni par décès de l'une des parties. Aussi, même si certains proposent d'adopter une conception plus économique de la servitude¹⁸⁵², le fait que la servitude soit perpétuelle s'oppose à sa qualification de propriété économique.

Section 2 L'objet de la propriété économique

La propriété économique a pour objet des biens (I), mais dans une certaine mesure on peut également affirmer qu'elle a pour objet une valeur (II).

¹⁸⁴⁹ *Le Lamy Droit immobilier*. (2018). Paris: Lamy, n° 4914 suiv..

¹⁸⁵⁰ C. civ. art. 637. Nous ne traiterons pas ici des servitudes habituellement qualifiées d'administratives ou d'utilité publique : « Ces charges sont réputées fondée sur l'intérêt public. Elles imposent des obligations aux propriétaires de certains fonds dont elles restreignent la liberté. [...]. Ces dernières ne créent pas de liens entre deux propriétés ; l'existence d'un fonds dominant distinct du fonds servant est indifférente » : ATIAS, C., *Droit civil, les biens, op. cit.*, p. 197.

¹⁸⁵¹ PAINCHAUX, M. (9 avril 2018). Généralités sur les servitudes. *JCL Civil Code, Synthèse 250*.

¹⁸⁵² LETELLIER, F. (2014). Notion de servitude : le va-et-vient jurisprudentiel. *JCP N 2014* (n° 51-52). Au lieu de se baser sur le critère de la gravité de l'atteinte pour distinguer la servitude (par exemple Cass. civ. 3^{ème} 12 mars 2008 n° 07-10164) de l'empiètement (par exemple Cass. civ. 3^{ème} 24 mai 2000 n° 97-22255), l'auteur propose d'analyser la valeur du bien grevé : s'il a encore une valeur pour son propriétaire, s'il lui est encore utile, si sa perte de valeur du bien est faible, si le propriétaire grevé a encore « un intérêt économique à sa propriété », alors il s'agirait d'une servitude. Au contraire, si la perte de valeur du bien absorbe toute la valeur dudit bien, si l'atteinte qui le greève empêche son utilisation normale ou provoque une gêne inacceptable pour lui, alors il s'agirait d'une situation d'empiètement. Il propose ainsi de prendre en compte la nature juridique du bien, d'en apprécier sa valeur et sa destination normale. Il conviendrait également de le prendre en considération dans son ensemble, et non pas la seule partie grevée, pour apprécier cette atteinte. « Ainsi les débords de toits, frontons, quelques marches ou autres, ne portant atteinte que de manière très limitée au droit de propriété, devraient recevoir la qualification de servitudes lesquelles se trouveraient définitivement validées par prescription trentenaire ou destination du père de famille. Ce pouvoir d'appréciation appartiendrait bien évidemment aux juges du fond. Certes, il y aurait atteinte au droit de propriété dans sa structure, mais pas dans sa valeur [...] ».

I Les biens

Comme l'a relevé M. Blanluet, « la propriété économique peut *a priori* porter sur tous les biens producteurs d'une certaine richesse ou représentant, par eux-mêmes, une valeur. Son domaine est donc particulièrement large. Il englobe l'ensemble des choses propres à s'intégrer dans le circuit économique. D'essence et de composition économique, il balaye tout le spectre patrimonial »¹⁸⁵³. Il indique ainsi que la propriété économique peut porter sur des biens susceptibles de produire des revenus (terres agricoles, titres de société, etc.), ces revenus pouvant être actifs (c'est-à-dire lorsque leur perception dépend d'un acte positif de la part de leur bénéficiaire¹⁸⁵⁴) ou passifs (lorsqu'ils ne dépendent pas de l'activité de leur bénéficiaire ou lorsqu'ils ne sont pas susceptibles d'être exploités¹⁸⁵⁵). Le bien objet de la propriété économique peut également ne pas produire de revenus : tel sera par exemple le cas d'une œuvre d'art confiée à un fiduciaire. « L'objet de la propriété économique s'entend d'un bien ayant une valeur et une utilité économique quelconque, aucune restriction ne pouvant, à ce stade, limiter son domaine »¹⁸⁵⁶. Ainsi peut-il s'agir d'un bien pris isolément comme d'une universalité : c'est le cas du portefeuille de valeurs mobilières ou du fonds de commerce.

Ceci étant, la propriété économique, comme la propriété juridique en miroir d'ailleurs, ne peut en revanche porter que sur un bien qui puisse être l'objet d'une appropriation juridique.

« Les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation »¹⁸⁵⁷. Les biens consistent en des objets de nature naturelle ou artificielle, corporelle ou incorporelle. Alors que les choses peuvent se définir comme des objets qui existent indépendamment du sujet, les biens sont des choses qui procurent des utilités au sujet. Pour autant, toute chose utile ne constitue pas un bien : elle ne le devient que lorsque le bienfait ne peut en être retiré sans appropriation ; ainsi l'air ne constitue pas juridiquement un bien. Le principe est que les biens sont des choses dans le commerce. Enfin, les biens se définissent aussi comme des choses appropriées¹⁸⁵⁸ : une chose qui ne peut pas être objet de propriété, ne peut pas être un bien, d'où la question fatidique, à chaque fois qu'apparaît un nouveau type de bien, de son

¹⁸⁵³ BLANLUET, G., *op. cit.*, p. 230-231.

¹⁸⁵⁴ Qu'il définit comme étant les produits de l'activité humaine.

¹⁸⁵⁵ Comme les intérêts ou les dividendes.

¹⁸⁵⁶ BLANLUET, G., *op. cit.*, p. 231.

¹⁸⁵⁷ ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 19.

appropriabilité. En particulier, la question a pu se poser concernant les choses incorporelles, mais « à l'époque moderne, le refus de principe de la propriété incorporelle est un non-sens économique »¹⁸⁵⁹, et « le seul constat de l'existence d'une nouvelle catégorie de choses incorporelles suffit à la reconnaissance de son appropriabilité chaque fois qu'elle est porteuse d'utilités et objet de convoitise »¹⁸⁶⁰.

Au-delà des choses, les droits incorporels peuvent également constituer des biens, et ainsi faire l'objet d'une propriété¹⁸⁶¹ : on peut avoir ou transmettre un droit réel de la même façon qu'un bien ordinaire. La maîtrise de ces droits passe en effet par leur appropriation¹⁸⁶².

Aussi, d'une façon générale, la *propriété économique* est susceptible de porter sur tous biens, tels qu'ainsi définis, à l'instar de la *propriété*.

II La valeur des biens

Au-delà des biens, la propriété économique et la propriété juridique peuvent également porter sur la valeur de ces biens. En effet, sous son acception passive, la propriété économique est la vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète d'un bien ou à un bien subrogé ou à sa valeur, et sous son aspect actif, c'est cette fois-ci le propriétaire juridique qui a vocation, à l'arrivée du terme, à la propriété complète du bien lui-même ou d'un bien subrogé, ou à sa valeur. En réalité, il faut bien comprendre que l'objet de la propriété économique est le bien, et ce n'est que s'il ne se retrouve pas en nature au terme, ou s'il n'y a pas de bien subrogé, que le propriétaire va en recueillir la valeur¹⁸⁶³.

Cependant, concernant la titrisation de créances, M. Forti a analysé que si la propriété juridique du gestionnaire porte sur chaque créance considérée individuellement, la propriété économique des investisseurs porte au contraire sur le portefeuille de créances prises dans leur globalité, et ce, avant même « que l'opération [ne] soit arrivée à son terme et que les sommes

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*, p. 20. Voir *supra* sur cette question.

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 20.

¹⁸⁶¹ LAURENT, J. (2012). *La propriété des droits*. Paris: LGDJ-Lextenso, p. 21.

¹⁸⁶² ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T., *op. cit.*, p. 22 : « ce que la loi, la doctrine et la jurisprudence désignent, timidement, par “titularité” n'est autre qu'un rapport de propriété. Une contre-épreuve en est fournie par le fait que les (rares) tentatives de définition de la titularité se ramènent toutes, peu ou prou, à la propriété (l'appartenance) ».

¹⁸⁶³ Même dans le cas du quasi-usufruit, le principe est de rendre des choses de même quantité et qualité, à défaut leur valeur.

découlant de la liquidation de l'organisme de titrisation [ne] leur soient versées. Les investisseurs exercent donc leurs prérogatives sur la *valeur* économique de la masse de biens qui est administrée par le gestionnaire et que la somme de leur investissement compose »¹⁸⁶⁴.

Dans le même ordre d'idée mais de façon plus générale, pour Mme Beyneix, « le droit de propriété est devenu de nos jours essentiellement un droit sur la valeur. Il porte désormais sur des *valeurs* bien plus que sur des choses. Le droit sur la valeur est la preuve de l'émergence d'une nouvelle forme de propriété, la propriété économique »¹⁸⁶⁵. Elle distingue ainsi la propriété juridique (l'appartenance par le titre) et la propriété économique (la maîtrise par la finance, la valeur)¹⁸⁶⁶.

Nous ne partageons que partiellement cet avis. En ce qui nous concerne, la propriété économique n'est pas véritablement une propriété de la valeur. Concernant la titrisation de créances, nous pensons qu'elle porte sur les créances justement, mais prises dans leur universalité, et non sur leur valeur. Cette affirmation que la propriété économique porte sur des biens est d'autant plus perceptible lorsque la propriété économique est active : ce que recherche le propriétaire économique, c'est le pouvoir sur la chose, et non un droit sur la valeur de ladite chose. Il y a aussi des exemples lorsque la propriété économique est passive : l'associé d'une société civile d'attribution est propriétaire économique de l'immeuble auquel ses parts sociales lui donnent vocation, et pas de la simple valeur dudit immeuble : ce qui compte pour lui, c'est la matérialité de cet immeuble, ayant pour conséquence le fait de pouvoir l'habiter par exemple.

Pour nous, la propriété économique est la propriété des services économiques de la chose. Cependant, nous n'excluons pas toute idée que la propriété économique puisse porter sur des valeurs, simplement nous ne généralisons pas la situation.

Dans le même ordre d'idée, tout droit sur une valeur ne constitue pas une propriété économique. En particulier, la *propriété commerciale* ne peut pas être qualifiée de propriété économique. La propriété commerciale repose sur le droit au renouvellement dont bénéficie le preneur dans le cadre d'un bail commercial¹⁸⁶⁷, l'objectif étant « d'éviter que le propriétaire des murs, en chassant son locataire, ne récupère le fruit des efforts fournis par le commerçant locataire [...]. D'où l'appellation “propriété commerciale” en raison de la stabilité que lui

¹⁸⁶⁴ FORTI, V., *op. cit.*, p. 444.

¹⁸⁶⁵ BEYNEIX, I. (2012). Apport et utilité de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial français à l'aune du *trust* anglo-saxon, de la fiducie et de l'EIRL. *LPA 2012* (n° 67), n° 9.

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*, n° 12.

¹⁸⁶⁷ Un chapitre entier du Code de commerce est consacré au bail commercial : C. com. art. L 145-1 à L 145-60.

confère ce statut protecteur »¹⁸⁶⁸, et ce, bien que le locataire ne soit titulaire que d'un droit personnel contre le propriétaire. Ainsi, bien que le bail commercial soit conclu pour une durée déterminée, il ne prend pas pour autant fin à la date indiquée au contrat : à l'expiration du bail, le locataire a le droit d'obtenir le renouvellement de son bail. Cependant, le bailleur n'est nullement contraint de renouveler le bail (et il n'est même pas tenu de justifier sa position), mais s'il refuse, il doit payer au locataire évincé une indemnité, dite d'éviction, égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement¹⁸⁶⁹. « Cette indemnité comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre »¹⁸⁷⁰. C'est une présomption simple de perte du fonds de commerce, et la preuve du préjudice moindre incombe donc au bailleur.

Cette propriété commerciale, même si elle présente des traits communs avec la propriété économique, n'en est pas une pour autant. Si tel était le cas, sur quoi porterait cette propriété ? Nécessairement sur le bien immobilier objet du bail commercial, et non sur le fonds de commerce, qui appartient déjà au preneur.

Or la propriété économique passive est la vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète d'un bien (ou à un bien subrogé ou à sa valeur) dont on n'est pas juridiquement propriétaire, et sur lequel le propriétaire juridique exerce, pendant ce laps de temps, le pouvoir de gestion dans l'intérêt, pour l'utilité, du propriétaire économique auquel peut éventuellement s'ajouter (mais sans jamais être exclusif) son propre intérêt. La propriété commerciale ne répond pas du tout à cette définition : le preneur n'a pas vocation à recueillir la valeur de l'immeuble en fin de bail en cas de non renouvellement, et le bailleur n'exerce pas les pouvoirs de gestion sur son immeuble dans l'intérêt de son preneur, même si indirectement il peut en bénéficier. En revanche il a vocation à recueillir la valeur de son fonds de commerce, mais nous avons vu que ce ne pouvait pas être sur ce bien que porte la propriété économique s'il en existait une. Au surplus, cette vocation n'est pas certaine : le bail peut se potentiellement se renouveler indéfiniment, et le preneur peut lui-même prendre la décision de ne pas renouveler le bail, auquel cas il ne percevra aucune indemnité d'éviction.

¹⁸⁶⁸ DISSAUX, N. (2010). Fonds de commerce : généralités, JCL Commercial (fasc. 201), n° 16.

¹⁸⁶⁹ *Le Lamy Baux commerciaux*. (2018). Paris: Lamy, n° 1395 suiv. ; QUÉMENT, C. (2018). Synthèse, Bail commercial : renouvellement et refus du renouvellement. *JCL Notarial Formulaire*, n° 1, 22, 23.

¹⁸⁷⁰ C. com. art. L 145-14.

Peut-être s'agit-il alors d'une propriété économique active ? Nous avons vu qu'elle est l'exercice du pouvoir de gestion sur un bien dont on n'est pas juridiquement propriétaire, éventuellement en vue de la production et de l'appropriation de richesses, dans son propre intérêt et dans l'intérêt du propriétaire juridique, ce dernier ayant vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète du bien lui-même ou d'un bien subrogé, ou à sa valeur. Or la propriété commerciale ne répond pas non plus à cette définition : le preneur n'exerce aucun pouvoir sur le bien immobilier lui-même, uniquement sur le fonds de commerce qui est le sien. En conclusion, la propriété commerciale n'est pas une propriété économique.

Section 3 Le sujet de la propriété économique

Le sujet de la propriété économique est le propriétaire économique, qui doit, selon le cas, remplir certaines conditions de capacité (I), et qui doit, dans tous les cas, donner son consentement à la propriété économique (II).

I La capacité du propriétaire économique

Le propriétaire économique est un sujet de droit, c'est-à-dire un être capable de jouir de droits. Il existe deux sortes de sujets de droit, les personnes physiques (les individus) et les personnes morales (les groupements assimilés par le droit à des personnes).¹⁸⁷¹

D'une façon générale, le propriétaire économique n'a pas nécessairement besoin de remplir une quelconque condition de capacité juridique particulière. Il peut être tout aussi bien mineur que majeur sous tutelle, curatelle, sauvegarde de justice ou encore sous mandat de protection future. Il n'y a pas de capacité ou d'incapacité de jouissance ou d'exercice qui soit *inhérente* à la propriété économique dans ce cas. Le meilleur exemple est l'héritier dans le cadre d'un mandat de protection future, voire le quasi-usufructier qui peut également être mineur, comme bénéficiaire d'un legs par exemple.

Cependant, selon l'objet de la propriété économique, des conditions propres peuvent être requises. Par exemple, le bénéficiaire de l'assurance-vie doit accepter le contrat pour qu'il y ait propriété économique. Or s'agissant d'un acte d'administration, le majeur sous curatelle peut l'accomplir sans l'assistance de son curateur ou, en cas de tutelle, le tuteur peut

¹⁸⁷¹ CARBONNIER, J., *Droit civil : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, op. cit., p. 373.

accomplir sans l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles¹⁸⁷². En revanche le mineur ne peut pas le faire seul.

Autre exemple : s'agissant de l'associé de société, sa capacité dépendra de la forme de la société. Dans les sociétés en nom collectif, les associés doivent avoir la qualité de commerçants, ce qui interdit qu'un associé puisse être mineur (sauf les mineurs émancipés qui doivent alors se munir d'une autorisation judiciaire)¹⁸⁷³ ou majeur sous tutelle ou curatelle. Par opposition, un mineur, même non émancipé peut être associé d'une société civile immobilière ou d'une société à responsabilité limitée, mais cette capacité de jouissance ne s'accompagne pas d'une pleine capacité d'exercice, en particulier concernant l'exercice des prérogatives d'associé.¹⁸⁷⁴

Le propriétaire juridique, quant à lui, lorsqu'il exerce le pouvoir, doit nécessairement remplir les conditions de capacité requises à cette fin. Ainsi la société de titrisation ou le fonds commun de titrisation, dans le cadre de la titrisation de créances, doit répondre aux conditions inhérentes à sa fonction¹⁸⁷⁵, tout comme le mandataire posthume qui doit jouir de la pleine capacité civile et ne pas être frappé d'une interdiction de gérer lorsque des biens professionnels sont compris dans le patrimoine successoral¹⁸⁷⁶. La société, quant à elle, doit, nous semble-t-il, être immatriculée au Registre du commerce et des sociétés, pour prétendre être propriétaire juridique. En effet, « la société, qui naît à la date de conclusion des statuts, acquiert la personnalité juridique lors de son immatriculation »¹⁸⁷⁷, et pour que les apports entrent dans le patrimoine de la société, elle doit avoir la personnalité morale¹⁸⁷⁸. Ainsi la société propriétaire juridique doit être immatriculée, ce qui signifie que les sociétés dépourvues de façon durable de personnalité morale comme les sociétés en participation et les sociétés créées de fait¹⁸⁷⁹, ne peuvent jamais être propriétaires juridiques : aucune superposition de propriétés, économique et juridique, n'existe concernant ces formes de société. Cela signifie également que, concernant les autres formes de société, pendant la période de formation, il n'y a pas non plus de superposition de propriétés : les propriétés

¹⁸⁷² *Mémento Patrimoine, op. cit.*, n° 28352.

¹⁸⁷³ C. com. art. L 121-2.

¹⁸⁷⁴ COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F., *op. cit.*, p. 61.

¹⁸⁷⁵ CMF. art. L214-175-1 suiv..

¹⁸⁷⁶ C. civ. art. 812.

¹⁸⁷⁷ COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F., *op. cit.*, p. 105, faisant référence à PLANTAMP., D. (1994). Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales. *RTD com.* 1994, p. 1.

¹⁸⁷⁸ LE CANNU, P., & DONDERO, B., *op. cit.*, p. 141.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 913.

économique et juridique, si elles ont pour origine le contrat de société, ne naîtront véritablement qu'à l'immatriculation.

Il existe cependant deux cas dans lesquels un « groupement » pourra ne pas avoir la personnalité morale, et pour autant être propriétaire juridique : il s'agit de la communauté dans le cadre des régimes matrimoniaux, et de l'indivision (les propriétaires indivis bailleurs d'un bail à construction par exemple).

II Le consentement du propriétaire économique

Nous avons vu que lorsque la propriété économique est instituée par contrat, le propriétaire économique peut ne pas être partie au contrat. Tel est le cas du bénéficiaire dans la fiducie, du bénéficiaire d'assurance-vie ou encore de l'héritier dans le cadre du mandat à effet posthume.

Pour autant, dans tous les cas, et quel que soit le mode de constitution de la propriété économique, le propriétaire économique doit consentir à sa propriété économique, en ce sens qu'elle ne peut pas lui être imposée.

En effet, le bénéficiaire de fiducie et celui de l'assurance-vie doivent accepter le contrat pour ne pas voir leur droit révoqué. D'ailleurs, dans la fiducie-sûreté, le bénéficiaire est, non juridiquement mais dans les faits, partie intégrante de l'opération et sans lequel la fiducie n'aurait pas de sens.

Dans le cas de l'assurance-vie, « l'acceptation n'est pas une condition de la naissance du droit du bénéficiaire, elle a seulement pour objet de la rendre irrévocable. L'acceptation du bénéficiaire n'est que confortative. Le bénéficiaire, du seul fait de sa désignation, acquiert, sous réserve d'une révocation faite par le stipulant avant sa propre acceptation, immédiatement et directement, un droit propre contre l'assureur »¹⁸⁸⁰. Mais c'est bien son acceptation qui fait naître sa propriété économique, son droit passant d'éventuel à certain.

Concernant le mandat à effets posthume, l'héritier peut vendre les biens successoraux s'il ne souhaite pas être simple propriétaire économique¹⁸⁸¹. De la même façon, le donateur a l'initiative de la donation, et consent donc à sa propriété économique dans le cadre de son droit de retour, de même que le mariage constitue le consentement des époux aux

¹⁸⁸⁰ IWANESKO, M. (2014). Clause bénéficiaire démembrée : sécurisation fiscale. *JCP N 2014* (n° 45-46), n° 33.

¹⁸⁸¹ Sous les réserves psychologiques que nous avons pu voir *supra*. Pour autant, il s'agit bien de la réalité juridique.

superpositions de propriétés économique et juridique qui pourront avoir lieu au cours du mariage. Concernant les libéralités graduelles, l'appelé doit également accepter la donation pour voir son droit confirmé, dans la mesure où l'alinéa 1er de l'article 1055 admet la possibilité que l'auteur d'une donation graduelle puisse la révoquer à l'égard du second gratifié tant que celui-ci n'a pas notifié, dans les formes requises en matière de donation, son acceptation au donateur. Jusqu'à la notification de l'acceptation de l'appelé, il peut décider de transformer ce qui aurait dû être une donation graduelle en donation ordinaire au profit du premier gratifié¹⁸⁸².

Section 4 La transmission de la propriété économique

La propriété économique peut, en tant que propriété, se transmettre, cette transmission pouvant être volontaire (I) ou non (II).

I La transmission volontaire

Lorsque le propriétaire économique transmet sa propriété, il peut le faire en totalité (A), mais il peut également, dans certains cas, ne transmettre que sa propriété démembrée (B).

A La transmission de la totalité de la propriété économique

Pour que la propriété économique puisse se transmettre entre vifs (donation¹⁸⁸³, vente, apport, etc.), il faut que les droits sur lesquels elle porte puissent faire l'objet d'une aliénation autonome.

Ainsi, l'associé de société peut transmettre sa propriété économique portant sur les biens du patrimoine social par l'intermédiaire de la transmission de ses titres¹⁸⁸⁴, sous réserve de l'agrément éventuellement prévu par les statuts et de la réalisation des formalités. Entendons-nous bien : si l'objectif est, *in fine*, de transmettre les actifs de la société au

¹⁸⁸² NICOD, M. (2015). Libéralités graduelles, notion, domaine, formation (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 1048 à 1056*, n° 68.

¹⁸⁸³ Nous avons déjà développé l'intérêt de réaliser une donation de propriété économique ou juridique comme alternative au *trust*. A ce sujet, voir *supra*.

¹⁸⁸⁴ Sur les modalités de cette cession, voir, pour les sociétés civiles : *Mémento Sociétés civiles*. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre, n° 21150 suiv., et pour les sociétés commerciales : *Mémento Sociétés commerciales*. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre, n° 16010 suiv..

bénéficiaire de la cession, c'est bien la transmission des titres qui a juridiquement lieu. A ce sujet, rappelons que le legs particulier portant sur un bien appartenant à une société est nul¹⁸⁸⁵, même si le disposant est associé majoritaire. Or c'est bien là l'exemple d'une différence fondamentale entre la *propriété* et la *propriété économique* : transmette la propriété d'un bien de la société, par un associé, n'est pas possible en ce sens qu'il n'en a *que* la propriété économique, or on ne peut pas transmettre plus que ce que l'on a. Ainsi, l'associé ne peut pas transmettre la *propriété* des biens de la société, car il ne l'a pas, mais il peut en transmettre la *propriété économique* par l'intermédiaire de la transmission de titres.

Également, l'époux commun en biens chef d'entreprise peut transmettre la propriété économique du fonds de commerce, de l'exploitation ou des titres de la société siège de son activité professionnelle, sous réserve de l'accord du conjoint¹⁸⁸⁶ : dans ce cas, la propriété juridique est transmise corrélativement. On pourrait penser que ce n'est pas toujours le cas : par exemple s'il s'agit d'une transmission de l'usufruit seulement¹⁸⁸⁷, alors on pourrait considérer que la communauté conserve la propriété juridique sous la forme de la seule nue-propriété. Mais tel n'est pas le cas : en effet, l'existence de la propriété économique de l'époux sur l'outil de travail est conditionnée au fait qu'il est chef d'entreprise et qu'en conséquence, il doit avoir les pouvoirs de gestion nécessaire. Or à partir du moment où l'usufruit est transmis, l'époux n'exerce plus en tant que chef d'entreprise relativement à ce bien, et c'est alors une cause d'extinction de sa propriété économique. La communauté n'est alors plus propriétaire juridique, elle devient simplement nue-propriétaire. De la même façon, si la nue-propriété du fonds ou des titres est transmise, à un enfant par exemple, et que l'époux conserve sa qualité de chef d'entreprise, on pourrait penser que sa propriété économique est maintenue. Mais il n'en est rien : si la nue-propriété est transmise, alors la propriété juridique de la communauté cesse puisque cette dernière n'a plus aucune vocation à recueillir le bien ou sa valeur : c'est le nu-propriétaire qui l'a.

Quant au bénéficiaire de l'assurance-vie, aux termes de l'article L 132-15 du Code des assurances, il peut, « après avoir accepté la stipulation faite à son profit et si la cessibilité de ce droit a été expressément prévue *ou* avec le consentement du contractant et de l'assuré, transmettre lui-même le bénéfice du contrat par une cession dans la forme de l'article 1690 du

¹⁸⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère} 15 mai 2018 n° 14-11123.

¹⁸⁸⁶ C. civ. art. 1424 al. 1 (concernant les titres, uniquement les droits sociaux non négociables).

¹⁸⁸⁷ Ce qui sera assez rare en pratique.

Code civil¹⁸⁸⁸ ». Ainsi, le bénéficiaire acceptant peut transmettre sa propriété économique. Certains avancent que la situation est rare en pratique¹⁸⁸⁹ parce qu'elle a pour conséquence pour le bénéficiaire initial d'imposer au souscripteur un nouveau bénéficiaire qu'il n'a pas choisi. En réalité, ce qui est rare, c'est que cette possibilité soit contractuellement prévue dès la souscription. En revanche, on ne voit pas en quoi le fait, pour le souscripteur, d'autoriser ultérieurement le bénéficiaire acceptant à céder son droit, lui imposerait un nouveau bénéficiaire qu'il n'aurait pas choisi, dans la mesure où, justement, il doit consentir à la cession. Il est évident qu'il ne donnera son consentement que si le choix du cessionnaire lui convient.

L'usufruitier du portefeuille de valeurs mobilières peut également transmettre sa propriété économique puisqu'il peut transmettre son usufruit (et seulement son usufruit) en vertu de l'article 595 qui dispose que « l'usufruitier peut [...] vendre ou céder son droit à titre gratuit ». Dans ce cas, et dans la mesure où on ne peut pas transmettre plus de droits qu'on en a, la propriété économique du cessionnaire s'éteindra au terme initialement prévu pour le cédant : concrètement pour un usufruit viager, l'usufruit s'éteint au décès du cédant et non au jour du décès du cessionnaire¹⁸⁹⁰. En revanche, si le cessionnaire décède avant le terme prévu (le cédant est encore en vie au décès du cessionnaire), alors la propriété économique s'éteint avec son décès. Notons que l'usufruitier peut transmettre son droit sans l'accord du nu-propriétaire, sauf convention préalable entre eux stipulant le contraire¹⁸⁹¹.

Concernant le droit de retour conventionnel, la question est plus ardue. La jurisprudence a reconnu que le donateur peut renoncer, avant même le décès du donataire, à son droit de retour conventionnel¹⁸⁹², et, dans ce cas, il renonce au profit d'un ou plusieurs ayants-droit du donataire. Nous avons vu que le droit de retour conventionnel ne peut être prévu qu'au profit

¹⁸⁸⁸ « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. »

¹⁸⁸⁹ *Mémento Patrimoine, op. cit.*, n° 28365.

¹⁸⁹⁰ PILLEBOUT, J.-F. (2016 (maj. 2018)). Usufuit, Acte constitutif, Conseils de rédaction, Formalités (fasc. 20). *JCL Notarial Formulaire*, n° 32.

¹⁸⁹¹ Voir par exemple BESNARD-GOUDET, R. (2017). Actions indivises et actions démembrées. *JCL Banque Crédit Bourse*, n° 91.

¹⁸⁹² LEPROVAUX, J. (2017). Donations et testaments, Réserve d'usufruit et retour conventionnel (fasc. unique). *JCL Civil Code, Art. 949 à 952*, n° 139 suiv.. Cass. civ. 1^{ère} 18 fév. 1975 n° 72-14587 : « attendu que la renonciation à la succession du donataire n'emporte pas de la part du donateur renonciation à l'exercice de son droit de retour » (c'est donc bien qu'il peut y renoncer).

du donateur seul, à l'exclusion d'un tiers¹⁸⁹³. Pour autant, la qualification de propriété économique de son droit nous permet d'affirmer qu'il peut le céder, à titre gratuit ou à titre onéreux.

En effet, une fois que son droit est ouvert, c'est-à-dire une fois que le donataire est décédé, il est admis que, « considérant que le donateur peut renoncer à son droit, il peut valablement le céder »¹⁸⁹⁴. A notre sens, rien ne s'oppose à ce qu'il en aille de même tant que son droit n'est pas ouvert, mais sous conditions.

Dans ce cas, la transmission doit être réalisée sous condition suspensive de prédécès du donataire initial et sous condition résolutoire de prédécès du donateur. Ainsi, au décès du donataire, si le donateur est toujours vivant, la condition suspensive est réalisée et la personne qui a acquis sa propriété économique devient propriétaire (tout court) du bien, et il tient ses droits du donateur, pas du donataire. En revanche, en cas de prédécès du donateur avant le donataire, la condition résolutoire a pour effet que la personne qui avait acquis la propriété économique ne recueille rien, puisque le droit de retour s'éteint avec le décès du donateur. D'un point de vue fiscal, ce sont les règles applicables aux cessions sous condition qui s'appliquent¹⁸⁹⁵.

Évidemment, la réalisation d'une donation graduelle aurait le même résultat *in fine*, à savoir que le cessionnaire recueille la propriété du bien initialement donné à un autre. Mais ce peut être un moyen de contourner un refus du donataire. En effet, le donataire de la donation graduelle doit accepter non seulement la donation qui est faite à son profit mais également la charge qui grève sa donation, à savoir le caractère graduel, étant précisé que cette acceptation peut avoir lieu dans l'acte de donation, ou par acte ultérieur¹⁸⁹⁶. Imaginons un donateur qui ait transmis un bien à un donataire, et qui, par la suite souhaite lui imposer le caractère graduel. Le donataire n'est nullement obligé d'accepter cette charge *a posteriori*¹⁸⁹⁷ : le donateur peut alors donner sa propriété économique à un second donataire, lequel recueillera alors le bien au décès du premier donataire s'il décède avant lui (et éventuellement s'il décède sans

¹⁸⁹³ C. civ. art. 951.

¹⁸⁹⁴ LÉPROVAUX, J., *op. cit.*, n° 159.

¹⁸⁹⁵ Concernant les immeubles : « En cas de vente sous condition suspensive (condition qui affecte l'existence même du contrat), la convention est enregistrée au droit fixe des actes innomés, le droit proportionnel de vente d'immeubles ne devenant exigible que lors de la réalisation de la condition. En cas de vente sous condition résolutoire (condition qui ne s'oppose pas au transfert de la propriété), le droit de vente d'immeubles est immédiatement exigible. En cas de réalisation de la condition, le contrat de vente est anéanti, mais, sauf en cas de résolution légale ou fondée sur un cas de force majeure, l'impôt ne peut pas être restitué (CGI art. 1961, al. 1). » : *Mémento Fiscal*. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre, n° 66165.

¹⁸⁹⁶ MATHIEU, M. (2011, maj. 2014). Donation entre vifs, Donations graduelles, Régime général (fasc. 200). *JCL Notarial Formulaire*, n° 11 et 18.

¹⁸⁹⁷ Il est concrètement plus facile d'imposer cette charge au moment de la donation qu'ultérieurement...

descendance selon ce qui est prévu à l'acte initial) et si le donateur est toujours en vie. Cependant, il est vrai que si le donateur est prédécédé, le second donataire ne recueille rien, mais le procédé consiste à lui donner une *chance* d'obtenir le bien.

On pourrait ici également objecter qu'il suffirait au donateur de donner le bien au second donataire après le décès du premier, mais la donation de sa propriété économique par le donateur peut être un moyen d'anticiper l'éventuelle dépendance dont il pourrait être victime ultérieurement, ayant pour conséquence une mise sous tutelle par exemple. Réalisant dès à présent la donation de propriété économique, il n'aurait pas à craindre qu'une mise sous tutelle ultérieure l'empêche de réaliser la donation au profit du second donataire, après le décès du premier.

Inversement, certains droits ne peuvent pas faire l'objet d'une aliénation autonome, ce qui empêche ainsi toute cession de propriété économique. Par exemple, le parent donateur bénéficiaire du droit de retour *légal* ne peut pas renoncer à son droit du vivant du donataire, on voit donc mal comment il pourrait le céder.

B Le démembrement de la propriété économique

Selon l'objet de la propriété économique, il va être possible de la démembrement. Par exemple, l'associé de société, propriétaire économique, peut tout à fait donner la nue-propriété de ses parts sociales à un enfant en s'en réservant l'usufruit viager. Conformément au droit commun du démembrement de propriété¹⁸⁹⁸, c'est donc le nu-propriétaire qui devient ainsi propriétaire, mais pas un simple propriétaire, un propriétaire économique. En effet, c'est lui qui a vocation désormais, à l'extinction de l'usufruit, puis à la dissolution-liquidation de la société si elle intervient après, à la propriété des actifs de la société. Sa propriété économique est alors grevée d'un usufruit.

Si la dissolution-liquidation de la société intervient avant l'extinction de l'usufruit, alors le boni de liquidation revient au nu-propriétaire, mais grevé de l'usufruit¹⁸⁹⁹ : le nu-propriétaire a alors vocation à recueillir la pleine propriété du bien à l'extinction de l'usufruit.

¹⁸⁹⁸ C. civ. art. 578 : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

¹⁸⁹⁹ Grâce à la subrogation réelle. CASTAGNE, S., Droit général des sociétés, Usufruit et nue-propriété d'actions et de parts sociales, Droits de l'usufruitier et du nu-propriétaire, *op. cit.*, n° 225 ; HOVASSE, H., *op. cit.* ; *Mémento Sociétés civiles*, *op. cit.*, n° 62055 suiv. ; RABREAU, A. (2006). *L'usufruit des droits sociaux*. Cahors: Litec, sur les distributions de réserve : voir p. 128 suiv..

Néanmoins, usufruitier et nu-proprétaire peuvent conventionnellement décider que le boni de liquidation reviendra à l'usufruitier à titre de quasi-usufruit. Dans ce cas, une seconde propriété économique se greffe sur la première : dans un premier temps, c'est le quasi-usufruitier qui aura vocation à la propriété des actifs de la société à la dissolution-liquidation, mais l'ex-nu-proprétaire a vocation à recueillir leur valeur à l'extinction du quasi-usufruit.

Lorsque la propriété économique porte sur la valeur du contrat d'assurance-vie (nous avons vu que, concernant le contrat non dénoué, le bénéficiaire acceptant est propriétaire économique), un démembrement de propriété est également envisageable. Il est en effet possible, ainsi qu'il est dit en pratique, de « démembrement la clause bénéficiaire » du contrat¹⁹⁰⁰. En réalité, il s'agit de démembrement le bénéfice de la valeur du contrat entre un bénéficiaire usufruitier et un bénéficiaire nu-proprétaire¹⁹⁰¹ : il y a donc désignation par le souscripteur de plusieurs bénéficiaires avec des droits différents¹⁹⁰².

A défaut de précision dans la clause bénéficiaire, le capital-décès, versé en numéraire¹⁹⁰³ par l'assureur au décès, sera recueilli par la personne désignée comme bénéficiaire en usufruit, avec application d'un quasi-usufruit. Dans ce cas, le quasi-usufruitier pourra librement disposer des fonds, en tant que propriétaire, mais à charge pour lui de restituer en fin d'usufruit, en général, à son décès, un capital équivalent, étant précisé que le principe est celui du nominalisme monétaire¹⁹⁰⁴

¹⁹⁰⁰ IMBERT, P.-C. (2003). Le démembrement de la clause bénéficiaire. *RDBF 2003* (n° 5) ; *Mémento Patrimoine, op. cit.*, n° 28448 suiv. ; POIRIER, M.-H., & DARMON, A. (2009). Optimiser l'assurance-vie par l'utilisation du démembrement. *Actes prat. strat. pat. 2009* (n° 3). Notons que stipuler comme clause bénéficiaire « mes héritiers » aboutit, dans le cas d'une donation entre époux donnant vocation à l'usufruit (C. civ. art. 1094-1), ou dans le cas d'un conjoint optant pour l'usufruit légal de l'article 757 du Code civil, au même résultat que si le souscripteur avait stipulé une clause bénéficiaire démembrée : IWANESKO, M., & CORDIER, V. (2010). L'optimisation de la rédaction des clauses bénéficiaires. *JCP N 2010* (n° 5), n° 12.

¹⁹⁰¹ A ne pas confondre avec le démembrement de l'assurance-vie elle-même lorsqu'il y a deux souscripteurs : un pour l'usufruit et l'autre pour la nue-proprété. En général, ce type d'investissement démembré fait suite au remploi d'actifs qui étaient déjà démembrés. *Mémento Patrimoine, op. cit.*, n° 28223 suiv.) ; SIMLER, C. (2012). La souscription démembrée, un instrument de transmission. *Dr. et patrimoine 2012* (n° 218).

¹⁹⁰² Bien que cela n'ait rien d'obligatoire, il est fréquent que la réaction de ce type de clause bénéficiaire soit faite par testament.

¹⁹⁰³ Sous réserve du cas rarissime en pratique où l'assureur peut, à la demande du bénéficiaire, se libérer de sa dette en abandonnant les valeurs sur lesquelles le contrat était adossé (parts de S.C.P.I. ou valeurs de bourse, par exemple : DEPONDT, A. (1995). Quelques réflexions sur le démembrement de l'assurance-vie. *JCP N 1995* (n° 11), n° 66) : les valeurs sont alors attribuées à l'usufruitier et au nu-proprétaire de façon démembrée avec naissance d'un usufruit traditionnel.

¹⁹⁰⁴ Mais il est conventionnellement possible de déroger à cette règle par la conclusion d'une convention de quasi-usufruit entre le quasi-usufruitier et les ex-nu-proprétaires, par exemple en indexation la dette de restitution sur un indice déterminé : *Mémento Patrimoine, op. cit.*, n° 28449 et 28454. Pour produire tous ses effets fiscaux (à savoir la possibilité de porter au passif fiscal de la succession, le montant de la dette de restitution, et diminuer ainsi l'assiette des droits de mutation à titre gratuit), cette convention de quasi-usufruit

Cependant, le souscripteur peut prévoir une obligation d'emploi du capital-décès, les fonds devant alors être réinvestis par l'usufruitier et le nu-proprétaire désignés, dans l'acquisition ou la souscription d'un bien qui sera lui-même démembré dans les mêmes proportions.

Dans les deux cas, le bénéficiaire désigné comme nu-proprétaire a vocation à recueillir, *in fine*, la valeur du contrat, soit parce que sa créance de restitution lui sera remboursée au décès du quasi-usufruitier, soit parce qu'il sera nu-proprétaire d'un bien dont, au décès de l'usufruitier, il deviendra plein propriétaire. Il nous semble donc que c'est lui qui doit être qualifié de propriétaire économique. Cependant, si le bénéficiaire en usufruit accepte le bénéfice du contrat, cette acceptation, a les mêmes effets que toute acceptation par un bénéficiaire, à savoir essentiellement l'interdiction de révoquer le bénéficiaire¹⁹⁰⁵, d'effectuer des rachats et d'obtenir des avances : peut-il donc également être qualifié de propriétaire économique ? Il nous semble que non dans la mesure où il n'a pas vocation à la propriété, seulement à l'usufruit...

On pourra toujours objecter que, dans le cadre spécifique d'un quasi-usufruit, il recueille bien la pleine propriété des fonds, mais ce n'est qu'une étape intermédiaire : c'est bien le bénéficiaire en nue-proprété qui a vocation, au terme, à recueillir la contre-valeur. Cependant, une seconde propriété économique va bien naître au profit du bénéficiaire en nue-proprété, mais cette fois-ci concernant ce quasi-usufruit.

D'autres propriétés économiques sont en revanche insusceptibles de faire l'objet d'un démembrement de propriété, en raison de leur nature : par exemple, l'usufruitier de valeurs mobilières ne peut pas re-démembrer son usufruit.

En effet, si l'usufruit est susceptible de porter sur toute espèce de biens¹⁹⁰⁶ (biens corporels, biens incorporels, choses de genre, fongibles ou consommables, etc.), le propriétaire à l'origine du démembrement de propriété ne peut pas être titulaire de n'importe quel droit : il doit pouvoir être en mesure d'aliéner son droit de façon autonome.

Or, « l'usufruitier a la possibilité de faire des actes de disposition sur l'usufruit d'un bien, parce que, ce faisant, il ne fait que disposer d'un droit propre, distinct de la nue-

doit avoir date certaine, ce qui implique soit un acte authentique, soit un acte sous seings privés enregistré au Service des impôts (droit fixe de 125 € dans ce dernier cas) : *Mémento Patrimoine, op. cit.*, n° 28947.

¹⁹⁰⁵ C. civ. art. 1121 : « Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».

¹⁹⁰⁶ MALAURIE, P., & AYNES, L., *Droit des biens, op. cit.*, p. 288.

propriété, qui est dans son patrimoine »¹⁹⁰⁷. En raison de son caractère temporaire, au maximum viager, l'usufruit est ainsi cessible entre vifs, et l'usufruitier peut ainsi donner son droit d'usufruit et même le vendre comme le prévoit l'article 595 du Code civil¹⁹⁰⁸. En revanche, il est intransmissible à cause de mort. Ainsi, l'usufruitier ne peut pas transmettre son usufruit pour après son décès.

De la même façon, le parent donateur bénéficiaire du droit de retour légal ne peut pas renoncer à son droit du vivant du donataire, on voit donc mal comment il pourrait le céder, y compris à titre gratuit et/ou en démembrement de propriété.

II La transmission involontaire

La transmission involontaire de la propriété économique peut résulter du décès du propriétaire économique (A). Elle peut également faire suite à la mise en œuvre d'une sûreté. Techniquement, le propriétaire économique consent à la constitution de la sûreté, aussi n'est-ce pas une surprise pour lui de la voir mise en œuvre si les conditions sont réunies, mais nous classons cet événement dans les transmissions involontaires de propriété en ce sens qu'il est généralement admis que le propriétaire ne transmet pas de façon volontaire sa propriété : il le fait parce qu'il en est contraint, de par les engagements qu'il a pris (B).

A La transmission subie : le décès du propriétaire économique

Nous avons vu que pour que la propriété économique puisse se transmettre, il faut que les droits sur lesquels elle porte puissent faire l'objet d'une aliénation autonome. Il en va de même concernant la transmission par décès, excepté concernant les propriétés économiques constituées par un usufruit (on pense à la situation de l'usufruitier du portefeuille de valeurs mobilières). En effet, l'usufruit s'éteignant au décès de son titulaire, il est insusceptible d'être transmis aux ayants-droit du défunt.

On peut cependant se poser la question de savoir s'il en va de même lorsque l'usufruit a été stipulé réversif¹⁹⁰⁹ sur la tête d'un tiers. Il est en effet commun dans les actes de donation

¹⁹⁰⁷ SIFFREIN-BLANC, C., & GIL, G. (2016, maj. 2017). Usufruit, Prérogatives de l'usufruitier, Pouvoir de l'usufruitier (fasc. 20). *JCL Civil Code, Art. 582 à 599*, n° 4 suiv..

¹⁹⁰⁸ « L'usufruitier peut [...] vendre ou céder son droit à titre gratuit ».

¹⁹⁰⁹ Avec les réserves qui peuvent être formulées quant à l'emploi de ce terme, voir *infra*.

en nue-propiété, que le donateur qui se réserve l'usufruit le stipule réversif sur la tête d'un autre, le conjoint par exemple, à son propre décès, de sorte que cette personne devienne elle-même usufruitière, plus tard. Après avoir qualifié un temps cette situation de donation de biens à venir¹⁹¹⁰, la jurisprudence la qualifie désormais de donation à terme de biens présents¹⁹¹¹.

Or « ce que nous qualifions très improprement réversion d'usufruit constitue une variété de démembrement complexe. Il faut en effet se garder d'y voir une transmission à cause de mort de l'usufruit constitué au profit d'un tiers. L'usufruit est, par essence, un droit viager et le donateur qui en fait réserve à son profit ne peut transmettre un droit qui n'existera plus à son décès. L'opération se décompose en réalité en une réserve d'usufruit au profit du ou des donateurs et en la constitution d'un usufruit successif »¹⁹¹², c'est-à-dire l'ouverture d'un nouvel usufruit, au profit du conjoint dans notre exemple.

Ainsi, si une réversion d'usufruit est prévue, la propriété économique qui repose sur l'usufruit ne se transmet pas au décès, c'est au contraire une nouvelle propriété économique qui naît. Aussi doit-on classer la réversion d'usufruit non pas dans les cas de transfert de propriété économique, mais dans les cas de naissance de la propriété économique de façon contractuelle (la donation).

B La transmission forcée : la mise en œuvre d'une sûreté

« La technique de la sûreté réelle repose sur l'affectation d'une valeur patrimoniale au paiement d'une créance, valeur représentée par le droit qu'a le débiteur sur un bien. Il en résulte que, dans une stricte analyse, la sûreté est assise sur le droit et ne porte sur le bien qu'au second degré, à travers le droit, qui peut être un droit de propriété mais aussi un droit réel démembré »¹⁹¹³.

Le critère, d'une façon générale, est que les sûretés peuvent porter sur tous les droits réels susceptibles d'être vendus isolément : en effet, les sûretés réelles sont destinées à

¹⁹¹⁰ Cass. civ. 1^{ère} 20 avril 1983 n° 82-10848 : « attendu que la clause de réversibilité de l'usufruit au profit du conjoint survivant insérée dans l'acte de donation partage du 24 mars 1975 s'analysait en une donation de biens à venir, l'usufruit faisant l'objet de la libéralité ne prenant effet qu'au décès du donateur ».

¹⁹¹¹ Cass. civ. 1^{ère} 21 oct. 1997 n° 95-19759 : « attendu que la clause de réversibilité de l'usufruit insérée dans l'acte de donation-partage s'analysait en une donation à terme de bien présent, le droit d'usufruit du bénéficiaire lui étant définitivement acquis dès le jour de l'acte ; que seul l'exercice de ce droit d'usufruit s'en trouve différé au décès du donateur » ; Cass. civ. 3^{ème} 6 nov. 2002 n° 01-00681 ; Cass. ch. mixte 8 juin 2007 n° 05-10727. GRIMALDI, M., *Droit des successions*, op. cit., p. 299.

¹⁹¹² BERRE, S. (2009). La réversion d'usufruit, instrument de protection du conjoint survivant ? *Defrénois* 2009 (n° 2), n° 2.

¹⁹¹³ CABRILLAC, M., MOULY, C., CABRILLAC, S., & PETEL, P., op. cit., p. 655.

permettre le paiement préférentiel du créancier, ce qui implique que ce dernier puisse faire apparaître la valeur du bien par une vente forcée¹⁹¹⁴.

La propriété économique étant une propriété, elle peut *a priori* faire l'objet d'une sûreté réelle. Il est ainsi tout à fait possible de constituer des sûretés réelles ayant pour objet un bien sur lequel porte une propriété économique, à condition que la nature du bien sur lequel elle porte le permette : l'associé de société peut nantir ses parts sociales¹⁹¹⁵, le souscripteur d'une assurance-vie marié sous le régime de la communauté peut également nantir sa police d'assurance¹⁹¹⁶, le preneur d'un bail à construction peut hypothéquer son droit réel immobilier¹⁹¹⁷. Quant au donateur qui bénéficie d'un droit de retour conventionnel, sa situation appelle les remarques suivantes : il est constant qu' « une sûreté immobilière peut être établie sur un droit conditionnel et, naturellement, se trouve affectée de la même condition, qu'elle soit suspensive ou résolutoire. Énoncée à propos de l'hypothèque conventionnelle (C. civ., art. 2414), la règle a une portée générale et gouverne toutes les sûretés »¹⁹¹⁸. Ainsi a-t-il été jugé que l'hypothèque judiciaire prise sur un immeuble qui avait fait l'objet d'une donation au profit du débiteur, puis qui était retourné pour partie dans le patrimoine de l'un des donateurs suite au décès du donataire, par application du droit de retour conventionnel qui était stipulé à l'acte de donation, était subordonnée au partage¹⁹¹⁹. Or il nous semble que si le donataire peut affecter en garantie sa propriété juridique, conditionnelle, le donateur, propriétaire économique, le peut également, la sienne étant tout aussi conditionnelle. Reste à savoir si un créancier accepterait une telle garantie...

Il est en revanche des propriétés économiques qui ne peuvent faire l'objet d'une sûreté, à défaut de pouvoir être vendus isolément : on pense en particulier au droit de retour légal.

Notons par ailleurs que le débiteur a pu consentir des sûretés personnelles, et en particulier un cautionnement. Si celui-ci est actionné, c'est le même critère de possibilité d'aliénation autonome qui va permettre de déterminer si les biens objets de la propriété économique vont constituer le gage du créancier.

¹⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 655.

¹⁹¹⁵ GOFFAUX-CALLEBAUT, G. (2004, act. 2018). Part sociale. *Répertoire de droit des sociétés*, n° 111 suiv..

¹⁹¹⁶ ALBIGES, C. (2008, act. 2018). Nantissement. *Répertoire de droit commercial*, n° 26 suiv.

¹⁹¹⁷ *Mémento Urbanisme Construction, op. cit.*, n° 83000 suiv..

¹⁹¹⁸ CABRILLAC, M., MOULY, C., CABRILLAC, S., & PETEL, P., *op. cit.*, p. 659.

¹⁹¹⁹ Cass. civ. 1^{ère} 10 juill. 2013 n° 12-20885.

III La valorisation de la propriété économique transmise

La transmission de la propriété économique pose inévitablement la question de sa valorisation. Si l'on prend l'exemple de la donation de propriété économique (ou juridique), à notre sens, elle devrait être évaluée par référence, au moins en partie, à la propriété juridique réservée (ou respectivement donnée), à l'instar de l'évaluation de la nue-propriété qui s'effectue par référence à celle de l'usufruit associé.

Or l'usufruit peut faire l'objet de deux modes d'évaluation différents : une évaluation fiscale et une évaluation économique.

L'évaluation fiscale de l'usufruit est obligatoire pour le calcul des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière. Elle se calcule en référence à l'article 669, I du Code général des impôts qui dispose que « pour la liquidation des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière, la valeur de la nue-propriété et de l'usufruit est déterminée par une quotité de la valeur de la propriété entière, conformément au barème ci-après [...] » : par exemple, lorsque l'usufruitier a moins de 41 ans révolus, son usufruit est évalué à 70 % de la valeur de la pleine propriété, et la valeur de la nue-propriété alors est égale à 30 %. L'évaluation fiscale de l'usufruit, et donc de la nue-propriété, est ainsi uniquement assise sur l'âge de l'usufruitier.

Hormis les cas imposés par l'article 669 I du Code général des impôts pour le calcul des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière, les parties sont libres d'évaluer économiquement l'usufruit : pour déterminer son prix de vente, pour déterminer la valeur de l'usufruit réservé dans le cadre d'une donation, voire même pour déterminer la base imposable dans le cadre de l'impôt de plus-value immobilière lors de la cession d'un bien démembrement puisque ce cas n'est pas expressément visé par l'article 669 I¹⁹²⁰, etc..

L'évaluation économique « a pour objet de calculer au jour de la survenance ou de la création du démembrement de propriété la valeur des biens démembrés à partir des avantages économiques que ces biens doivent fournir dans le futur (méthode du cash-flow actualisé) »¹⁹²¹. Cette méthode d'évaluation fait l'objet de différentes interprétations, selon l'importance des éléments pris en compte :

¹⁹²⁰ BOI-RFPI-PVI-20-10-10 n° 290 et 300.

¹⁹²¹ CASTAGNE, S. (1997). L'évaluation de l'usufruit et de la nue-propriété. *JCP N 1997* (n° 19).

Pour M. Mailley¹⁹²², la valeur de la pleine propriété d'un bien ne correspond pas à l'addition de l'usufruit et de la nue-propriété, pour la simple et bonne raison que la propriété est un faisceau de droits détenus par une ou plusieurs personnes : il s'agit donc d'évaluer deux choses différentes : d'une part, « la nue-propriété qui est une propriété grevée de la charge constituée par l'usufruit doit être fixée sur des données objectives relatives au bien démembré exclusivement ; [et d'autre part] l'usufruit doit être évalué de façon subjective c'est-à-dire déterminé par rapport au bien mais aussi en fonction du titulaire de ce droit »¹⁹²³.

Ainsi, la nue-propriété étant la pleine propriété future, « M. Mailley la définit comme “la valeur instantanée d'un capital que l'on appréhendera à terme” c'est-à-dire qu'il faut savoir combien payer un bien que l'on obtiendra plus tard »¹⁹²⁴. La valorisation va ainsi tenir compte de la valeur actuelle du bien grevé de l'usufruit (compte tenu de la situation de jouissance), de sa valeur à l'extinction de l'usufruit (compte tenu notamment de la vétusté et en référence à la durée estimée de l'usufruit sur la base des tables d'espérance de vie¹⁹²⁵) ainsi que de son taux de rentabilité.

Quant à l'usufruit, il est défini comme étant « la capitalisation d'un produit en fonction du temps, c'est-à-dire qu'il faut calculer quel est le capital nécessaire pour produire des annuités constantes pendant un temps déterminé. Il doit être déterminé par rapport à la chose mais également par rapport à la personne de l'usufruitier, [tout en tenant compte] [...] de la situation fiscale de l'usufruitier, de son espérance de vie et du revenu effectif du bien ; [mais également] [...] de la politique de gestion, de la possibilité de mobilisation et de la sécurité »¹⁹²⁶.

Pour M. Aulagnier¹⁹²⁷, à l'inverse, la somme algébrique des valeurs représentatives de l'usufruit et de la nue-propriété est égale à la valeur de la pleine propriété, et il développe l'idée selon laquelle la valeur de la nue-propriété est égale à la valeur *actualisée* de la pleine propriété, c'est-à-dire, concrètement, que la question de la détermination de la valeur de la

¹⁹²² Voir MAILLEY. (1985). Usufruit, nue-propriété et viager. *AJPI* 1985, p. 199, cité par CASTAGNE, S., L'évaluation de l'usufruit et de la nue-propriété, *op. cit.*.

¹⁹²³ CASTAGNE, S., L'évaluation de l'usufruit et de la nue-propriété, *op. cit.*, développant l'idée de M. Mailley.

¹⁹²⁴ *Ibid.*, citant M. Mailley.

¹⁹²⁵ Établies d'après les statistiques de l'INSEE ; voir par exemple : « Espérance de vie à divers âges en 2018 ; données annuelles de 1994 à 2018 », Source : Insee, estimations de population et statistiques de l'état civil.

¹⁹²⁶ CASTAGNE, S., L'évaluation de l'usufruit et de la nue-propriété, *op. cit.*, à propos de la méthode d'évaluation de M. Mailley.

¹⁹²⁷ AULAGNIER, J. (1994). *Usufruit et nue-propriété dans la gestion du patrimoine*. Paris: Maxima, p. 25 ; AULAGNIER, J. (1995). Démembrement de propriété, Colloque Sénat. *Dr. et patrimoine* (hors-série n° 1). Voir également JULIEN SAINT-AMAND, P., & CHOISNE, J.-P. (s.d.). Notaire - La capitalisation sur mesure. *JCP N 2000* (n° 20).

nue-propriété revient à rechercher la valeur actuelle d'un capital qui sera appréhendé à terme. Quant à la valeur de l'usufruit, il la détermine comme étant la valeur actuelle du flux de revenus futurs, c'est-à-dire ceux qui vont être perçus pendant toute la durée de cet usufruit. Il considère que la situation fiscale de l'usufruitier n'influence pas les calculs car elle est difficilement estimable car trop fluctuante dans le temps, et il estime que le taux de rentabilité doit être identique pour le calcul de l'usufruit et de la nue-propriété dans la mesure où la rentabilité de l'opération doit être la même pour toutes les parties : c'est évidemment une conséquence directe l'analyse, qu'il partage, selon laquelle la valeur de la pleine propriété est égale à la somme de celle de la nue-propriété et de celle de l'usufruit.

La principale lacune de ces méthodes d'évaluation réside dans la nature du bien : s'il n'est pas frugifère, la valeur de l'usufruit se réduit nécessairement à zéro, à défaut de rentabilité. Pour autant, le fait d'habiter une maison - plutôt que la donner en location pour en percevoir des revenus - a bien également une valeur. De la même façon, un usufruitier de titres sociaux qui dispose de tous les droits de vote lors des assemblées générales, le nu-proprétaire se limitant à participer aux débats, a, selon nous, un droit d'une plus grande valeur qu'un usufruitier qui n'aurait que le droit de voter l'affectation des bénéfices¹⁹²⁸. Le pouvoir a bien une valeur.

Concernant l'évaluation des entreprises, et dans le même ordre d'idée, M. Barthelemy a proposé une évaluation de l'usufruit qui soit moins financière, c'est-à-dire moins axée sur la rentabilité, et plus patrimoniale, c'est-à-dire plus mathématique, basée sur les actifs dont est propriétaire l'entreprise¹⁹²⁹. Cependant, si cette méthode dualiste d'évaluation de l'usufruit ne se fige pas exclusivement sur l'actualisation des flux de revenus futurs, elle ne tient pas non plus compte de la dimension « pouvoir » et de sa nécessaire valorisation.

Même si la méthode d'évaluation économique de l'usufruit ne nous paraît pas encore totalement satisfaisante, il nous apparaît que, en tout état de cause, la référence au calcul de la valeur de l'usufruit pour déterminer ce que vaut la propriété économique ou la propriété juridique, selon le cas, est une piste de réflexion qui devra permettre d'en établir un mode de

¹⁹²⁸ Sur ce point, se référer aux dispositions statutaires : C. civ. art. 1844 al. 3 et 4 : « Si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Les statuts peuvent déroger aux dispositions des deux alinéas qui précèdent. »

¹⁹²⁹ BARTHELEMY, D. (2012). Évaluation économique de l'usufruit : la nécessité d'une approche dualiste. *Droit fiscal 2012* (n° 29).

calcul *ad hoc*. Ce mode de calcul fait partie d'un faisceau d'indices pour permettre de déterminer cette valeur : il n'est pas cette valeur.

En effet, il est absolument certain que la propriété juridique ou économique, selon le cas, ne peut pas être valorisée par référence au simple usufruit, pour la simple raison qu'elle n'est pas un usufruit, ainsi que nous l'avons déjà évoqué.

Nous avons également vu que l'addition de la propriété juridique et de la propriété économique ne constitue pas la propriété entière, aussi la valorisation de l'une par rapport à l'autre ne peut pas, en tout état de cause, constituer une simple addition dont le résultat serait la propriété complète.

En tout état de cause, à l'instar de la valorisation économique de l'usufruit, qui, bien qu'elle puisse faire l'objet de méthodes de calcul mathématiques afin de donner, *a minima*, un ordre d'idée, et qui dépend finalement toujours de la volonté des parties, la valorisation de la propriété économique et de la propriété juridique répond à la même logique : l'usufruit économique ne vaut que ce que les parties veulent bien lui donner comme valeur, en référence au marché la plupart du temps. Disons que, sans reprendre les méthodes d'évaluation économique de l'usufruit, le même état d'esprit se retrouve dans la valorisation de la propriété économique et la propriété juridique : elle est nécessairement le fruit de l'offre et de la demande, notions prises au sens large en ce sens qu'elle peut être le résultat de négociations intrafamiliales en fonction des aspirations et des moyens de pression dont chacun dispose.

Quant à l'éventuelle valorisation fiscale de la propriété économique et de la propriété juridique, il appartiendra bien évidemment au législateur fiscal de se saisir de la question, s'il l'estime nécessaire.

En tout état de cause, dans tous les cas, il nous semble que la valeur de la propriété économique et de la propriété juridique va évoluer en fonction du temps : plus le terme se rapproche, et plus la valeur de la propriété économique diminue, et inversement celle de la propriété juridique augmente.

Section 5 La protection de la propriété économique

La propriété économique est, en tant qu'elle constitue une propriété à part entière, constitutionnellement protégée (I). Cette protection présente néanmoins quelques limites (II).

I La protection constitutionnelle de la propriété économique

Au-delà du fait que rien ne s'oppose constitutionnellement à l'existence de la propriété économique, l'on peut dire que cette propriété bénéficie de la Constitution de la même protection matérielle que celle de l'article 544. Pour ce faire, il faut revenir au négatif de la propriété économique dans la fiducie, à savoir la propriété fiduciaire.

Pour certains¹⁹³⁰, « la propriété fiduciaire n'est pas la propriété ordinaire : celle que définit l'article 544 C. civ., et que l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen élève au rang des droits inaliénables et sacrés, dont on connaît la valeur constitutionnelle ». Certes la propriété fiduciaire, qui est la propriété juridique dans le cadre de la fiducie, comme la propriété économique, ne sont pas celles de l'article 544 du Code civil ainsi que nous l'avons déjà vu¹⁹³¹. Pour autant, nous pensons que si la Constitution protège la propriété d'une façon générale, elle peut protéger en réalité toutes les formes de propriété de façon particulière, et donc, y compris la propriété juridique et la propriété économique.

En effet, nous avons vu que l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, figurant au préambule de la Constitution de 1958, dispose que « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».¹⁹³²

Or, si la propriété fiduciaire n'était pas protégée par la Constitution, alors tout bien mis en fiducie pourrait faire l'objet d'une expropriation par l'autorité publique, *sans nécessité publique, non légalement constatée*, et *sans juste et préalable indemnité*. Il nous semble au contraire que la propriété fiduciaire est protégée par la Constitution, puisque nous n'imaginons pas qu'une quelconque privation de propriété - quelle qu'elle soit - puisse être réalisée sans nécessité publique, qu'elle ne soit pas légalement constatée, et qu'il n'y ait pas de juste et préalable indemnité. La propriété protégée par la Constitution englobe ainsi la propriété fiduciaire, donc une propriété qui n'est pas celle de l'article 544 du Code civil.

Partant, si la Constitution protège la propriété fiduciaire, elle protège son corollaire, la propriété économique.

¹⁹³⁰ GRIMALDI, M., La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *op. cit.*.

¹⁹³¹ Voir *supra*.

¹⁹³² Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 17.

Cette analyse va dans le sens de l'évolution des décisions du Conseil constitutionnel vers une extension du champ d'application de la protection de la propriété : « le droit de propriété se caractérise par une extension constante de son champ d'application à des domaines nouveaux »¹⁹³³.

En effet, dès 1959, le Conseil constitutionnel a été saisi de la portée des « principes fondamentaux du régime de la propriété »¹⁹³⁴. Or, « l'analyse du compte rendu de [cette] délibération [...] est éclairante : le rapporteur, Georges Pompidou, fait valoir que l'identification des principes fondamentaux de la propriété ne consiste pas à se fonder sur la portée abstraite de l'article 544 du Code civil, mais à prendre en compte le fait que le droit de propriété a déjà été limité par des dispositions qui “ont pu revêtir dans certains cas un aspect assez général et assez permanent pour constituer à leur tour de véritables principes faisant échec aux premiers”¹⁹³⁵. Comme le résume alors René Coty : “les principes fondamentaux du régime du droit de propriété qu'il y a lieu de prendre en considération [...] sont les principes fondamentaux actuels.” »¹⁹³⁶.

Par la suite, le Conseil constitutionnel, « pour définir la portée constitutionnelle du droit de propriété, déclare tenir compte de l'évolution “postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours” des finalités et des conditions d'exercice du droit de propriété¹⁹³⁷ ».¹⁹³⁸

Certes, depuis « 1989, il n'a plus fait référence à l'évolution historique du droit de propriété pour admettre et contrôler les atteintes portées à son exercice [...] [mais] en dépit de ces évolutions, la portée du droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil reste marquée par la plasticité historique. Initialement, la prise en compte de l'histoire du droit de propriété permettait d'atténuer la portée de la protection constitutionnelle de la propriété privée : l'accent était mis sur les “limitations” apportées à l'exercice de ce droit. Plus récemment, cette plasticité a permis l'extension du champ de la protection constitutionnelle »¹⁹³⁹.

En effet, dès 1982, le Conseil constitutionnel relève, concernant le droit de propriété depuis 1789 « une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux »¹⁹⁴⁰, et au nombre de ces domaines nouveaux, on trouve la propriété

¹⁹³³ TREMEAU, J. (2009). Propriété : fondement constitutionnel du droit de la propriété (fasc. 20). *JCL Civil Code, Art. 544*.

¹⁹³⁴ Cons. const. 27 nov. 1959 n° 59-1 FNR.

¹⁹³⁵ Citant *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, 1^{ère} éd., DALLOZ, 2009, p. 57.

¹⁹³⁶ DE MONTGOLFIER, J.-F. (2011). Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2011/2* (n° 31), p. 35-49.

¹⁹³⁷ Cons. const. 16 janv. 1982 n° 81-132 DC.

¹⁹³⁸ DE MONTGOLFIER, J.-F., *op. cit.*, p. 35-49.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, p. 35-49.

¹⁹⁴⁰ Cons. const. 16 janv. 1982 n° 81-132 DC.

intellectuelle¹⁹⁴¹, avec le droit des marques¹⁹⁴² ou encore les droits d'auteur et droits voisins¹⁹⁴³.

Il nous semble qu'il ne fait pas de doute que la propriété économique compte également parmi les nouveaux domaines de protection constitutionnelle, même s'il est déjà arrivé que le Conseil constitutionnel refuse de reconnaître le caractère de droit de propriété (au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789) : il s'agissait en particulier des autorisations d'exploiter des services de transport publics de personnes¹⁹⁴⁴, de certains droits à pension de retraite¹⁹⁴⁵, ou encore du monopole des officiers ministériels¹⁹⁴⁶.

II Les limites à la protection constitutionnelle de la propriété économique

Une précision doit ici d'être apportée : la protection constitutionnelle du droit de propriété ne s'applique qu'en cas de privation ou de dénaturation de ce droit¹⁹⁴⁷. Or, concernant la propriété économique dans le cadre de la fiducie, l'on sait qu'en vertu de l'article 2028 du Code civil, le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire. Le bénéficiaire peut tout aussi bien être remplacé par un autre.

Mais alors une révocation par le constituant constituerait-elle une privation du droit de propriété économique du bénéficiaire, au sens du droit constitutionnel ?

Nous ne le pensons pas. En effet, tant qu'il n'a pas accepté la fiducie, le bénéficiaire n'a qu'une propriété économique en devenir : ce n'est que lorsqu'il a accepté la fiducie que sa propriété économique est consolidée. La situation de la propriété économique vis-à-vis de la protection constitutionnelle est donc bien différente selon que le bénéficiaire ait ou non accepté la fiducie.

Une situation similaire existe concernant le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie : tant que le bénéficiaire n'a pas accepté le bénéfice du contrat, le souscripteur dispose de tous

¹⁹⁴¹ TREMEAU, J., *op. cit.*.

¹⁹⁴² « Le droit, pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service, d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France » : Cons. const. 8 janv. 1991 n° 90-283 DC, Cons. const. 15 janv. 1992 n° 91-303 DC.

¹⁹⁴³ Cons. const. 27 juill. 2006 n° 2006-540 DC.

¹⁹⁴⁴ Cons. const. 30 déc. 1982 n° 82-150 DC.

¹⁹⁴⁵ Cons. const. 16 janv. 1986 n° 85-200 DC.

¹⁹⁴⁶ Cons. const. 18 janv. 2010 n° 2010-624 DC.

¹⁹⁴⁷ *Quelques éléments sur le droit de propriété et le Conseil constitutionnel* (2001) : note d'information interne aux services du Conseil constitutionnel ; voir également DELAVAQUERIE, G., *Pour une théorie de la propriété renouvelée : étude commune des propriétés privée et publique*, *op. cit.*, p.315.

pouvoirs de gestion, y compris celui de révoquer le contrat et/ou le bénéficiaire. Tel n'est plus le cas une fois le bénéfice du contrat accepté par le bénéficiaire.¹⁹⁴⁸

Ainsi, si la constitution protège la propriété économique, ce n'est qu'à la condition que le bénéficiaire ait accepté la fiducie.

¹⁹⁴⁸ IWANESKO, M. (2016). Assurance-vie - La bonne gestion des clauses bénéficiaires de l'assurance-vie. *JCP N 2016* (n° 18) ; PIERRE, P. (2016). De l'intérêt d'anticiper le prédécès du bénéficiaire. *JCP N 2016* (n° 4).

|| CONCLUSION DU TITRE 2

Ainsi saisie sous cet aspect renouvelé, la propriété économique surprend par l'étendue de ses possibilités. Bien au-delà de la seule fiducie, on constate qu'elle est déjà présente dans des domaines très divers du droit si l'on réinterprète un certain nombre de mécanismes existants.

Il s'agit bien entendu d'exemples, l'objectif ici n'étant pas de dresser la liste complète et exhaustive des différents visages que la propriété économique peut prendre : l'idée est plutôt de mettre en lumière les potentialités, les possibilités, de la propriété économique saisie sous la définition rénovée ainsi proposée.

Aussi, à la lumière de cette nouvelle interprétation, et au-delà des instruments juridiques existants, la propriété économique permet également la mise en œuvre de mécanismes *ad hoc*, susceptibles de concurrencer le *trust* par ses effets, évitant ainsi aux acteurs juridiques de délocaliser certaines opérations envisagées pour justement bénéficier des avantages offerts par le *trust* : il s'avère que le droit français propose déjà, en son sein, la propriété économique, qui présente des avantages similaires quant à ses résultats.

Certes, le caractère disséminé de la propriété économique dans des domaines du droit extrêmement variés et qui s'enchevêtrent néanmoins entre eux, aurait pu défier toute tentative de synthèse, tant la matière hétéroclite semble récalcitrante à toute systématisation.

Pourtant, et c'est justement là la force de la propriété économique, son extraordinaire capacité d'adaptation et son incroyable flexibilité concourent à en définir le régime juridique, c'est-à-dire la possibilité d'en déterminer l'ensemble de règles de droit applicables.

|| CONCLUSION DE LA 2^{DE} PARTIE

Ainsi, la propriété économique, saisie sous un nouveau jour, peut être définie comme étant le droit, actuellement ou dans le futur, de retirer d'une chose tous ses services économiques, cette situation étant organisée par la loi, le contrat ou une volonté unilatérale.

Elle présente un double visage :

Sous son aspect passif, elle est la vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète d'un bien (ou à un bien subrogé ou à sa valeur) dont on n'est pas juridiquement propriétaire, et sur lequel le propriétaire juridique exerce, pendant ce laps de temps, le pouvoir de gestion dans l'intérêt, pour l'utilité, du propriétaire économique auquel peut éventuellement s'ajouter (mais sans jamais être exclusif) son propre intérêt.

A l'inverse, sous son aspect actif, la propriété économique active est l'exercice du pouvoir de gestion sur un bien dont on n'est pas juridiquement propriétaire, éventuellement en vue de la production et de l'appropriation de richesses, dans son propre intérêt et dans l'intérêt du propriétaire juridique, ce dernier ayant vocation certaine, à l'arrivée du terme, à la propriété complète du bien lui-même ou d'un bien subrogé, ou à sa valeur.

En miroir de la propriété économique, la propriété juridique est son corollaire, seconde face de la même pièce. Si l'utilité et le pouvoir sont les deux éléments déterminants de la propriété économique, la propriété juridique est, quant à elle, la propriété de la valeur : valeur immanente dans le cadre de la propriété économique passive, et valeur d'utilité dans le cadre de la propriété économique active.

Par ailleurs, malgré ce qu'on aurait pu penser au premier abord, la propriété économique est bien une propriété : elle n'est ni une simple possession, ni une propriété seulement apparente, ni un émoulement (par opposition au titre), ni un démembrement de la propriété, ni une charge de la propriété ou un droit réel sur la chose d'autrui : elle est une propriété. Une propriété particulière, certes, mais une propriété.

En particulier, l'une de ses caractéristiques est d'être un droit à la fois réel *et* personnel, ce qui lui confère une nature tout à fait exceptionnelle : elle est la vocation, au moins

éventuelle, à la plénitude des prérogatives du propriétaire, voire même, dans certains cas¹⁹⁴⁹, la vocation à la propriété complète au sens traditionnellement entendu.

Propriété différente, la propriété économique est une *modalité* de la propriété, c'est-à-dire une manière d'être du droit de propriété qui se traduit par des restrictions, sans que la propriété ne soit, pour autant, démembrée : en somme, elle est un état particulier de la propriété, une forme particulière de la propriété.

En outre, par opposition aux modalités dites externes de la propriété, qui n'affectent que l'exercice des prérogatives du propriétaire, la propriété économique est une modalité *interne* de la propriété, c'est-à-dire une modalité qui affecte son existence-même.

Ainsi saisie sous cette forme renouvelée, la propriété économique dispose d'un champ d'application extrêmement étendu. Elle permet non seulement d'appréhender sous un nouveau jour nombre de mécanismes juridiques déjà existants, mais elle offre également la possibilité de concurrencer le *trust* à bien des égards. Ses potentialités nous semblent à ce sujet extrêmement vastes.

¹⁹⁴⁹ Il s'agit de toutes les situations de propriété économique passive, et certains cas de propriété économique active.

|| CONCLUSION GENERALE

Nous savons que le concept même de propriété économique peut rebuter quelque peu le civiliste. Cependant, qu'il se rassure : la propriété économique telle que nous la concevons ici n'est pas une simple traduction du *trust* étranger qui, en tout état de cause, ne peut pas prendre racine tel quel dans notre droit continental.

En réalité, redécouvrir la propriété économique dans le cadre de la fiducie n'était pas le moyen adéquat pour en tirer le meilleur parti. Trop comparée à la propriété existant dans le cadre du *trust*, elle s'est vu reprocher très tôt de n'être qu'une réminiscence de la propriété dissociée du Moyen-âge, propriété ô combien critiquée et décriée, et donc inenvisageable à l'heure actuelle. Certains en ont conclu qu'il n'y avait pas de propriété économique dans la fiducie, mais nous pensons que le simple fait d'avoir des origines moyenâgeuses, fussent-elles critiquables, ne signifie nullement qu'elle n'existe pas ou qu'elle ne peut pas exister aujourd'hui.

En outre, il faut bien avouer que la comparaison systématique de la fiducie et du *trust* a semé la confusion quant à l'existence et la nature de la propriété économique. Mais en réalité, le *trust* n'était qu'un leurre : il a aveuglé la fiducie de son aura et la fiducie s'en est trouvée diminuée. Puis, nichée dans l'ombre de son cousin, elle n'a jamais vraiment réussi à trouver sa place. Mais quel gâchis se fut pour la propriété économique. Alors que la fiducie était l'occasion idoine de remettre sous le feu des projecteurs cette propriété si particulière et aux multiples possibilités, elle l'a, au contraire, engoncée dans un carcan si étiqué qu'elle en est devenue presque inutile. En témoigne le peu de fiducies constituées depuis 2007... Pour autant, et aussi limitée soit-elle dans ce cadre-là, la propriété économique concourt à la fiducie dont elle est le cœur névralgique.

Mais cette propriété économique n'est pas celle de l'Ancien droit : elle peut être pensée d'une façon différente à condition de la saisir à travers une nouvelle grille de lecture. Perçue sous une approche renouvelée, elle permet ainsi de réinterpréter un certain nombre de mécanismes juridiques contemporains, et l'on constate assez rapidement qu'elle inonde en réalité déjà des domaines juridiques entiers.

Nous concevons qu'affirmer que ce type de propriété existe non seulement dans la fiducie, point de départ de notre étude, mais également dans des pans entiers du droit, peut surprendre. Pour autant, la propriété économique fait bel et bien partie intégrante de l'ordre juridique, et elle n'est pas une simple légende oubliée.

Nous avons vu qu'il aura fallu près d'un demi-siècle après l'avènement du Code civil pour que l'exclusivisme s'impose, et encore, cet exclusivisme n'est finalement pas un monopole absolu. Le législateur a fini « par retrouver lui-même [...] les vieux mécanismes des propriétés simultanées »¹⁹⁵⁰. Il est un fait : si les propriétés simultanées ont perduré aussi longtemps de l'histoire (plusieurs siècles !), c'est, au moins en partie, qu'elles étaient adaptées à la pratique. Or l'introduction de la fiducie en droit français, en 2007, a réveillé la propriété économique et finalement, il s'est avéré que ce concept était applicable à nombre de situations juridiques.

D'où notre question : peut-on dire que la propriété économique était morte, et que la fiducie l'a ressuscitée ?

Finalement, ne pourrait-on pas penser que la doctrine et la pratique ont progressivement mis en sommeil le concept de propriété économique après l'avènement du Code civil (il aura tout de même fallu cinquante ans...), en choisissant délibérément d'occulter les situations dans lesquelles elle s'appliquait toujours ? Car en définitive, les régimes matrimoniaux, le bail emphytéotique, la société, etc. existaient bien avant 2007. Mme Patault écrit d'ailleurs dès 1989, concernant le bail emphytéotique, que « cette difficile gestation du droit nouveau a été occultée par la doctrine. Les auteurs, dans un souci légitime de systématisation, concentrent l'analyse sur la propriété exclusive, rejetant en annexe les “décompositions” de la propriété [...]. On s'efforce de justifier ces formes aberrantes au nom de l'absolutisme du droit et de l'autonomie de la volonté ; elles ne sont pas reliées par les auteurs au droit coutumier »¹⁹⁵¹.

Aussi peut-on affirmer que la propriété économique n'avait pas disparu, simplement les situations dans lesquelles elle s'applique n'avaient pas été qualifiées comme telle, en tout cas pas de façon aussi appuyée. Tout comme le *Prince charmant* a réveillé sa *Belle au bois*

¹⁹⁵⁰ PATAULT, A.-M., *op. cit.*, p. 249, faisant référence à la copropriété bâtie.

¹⁹⁵¹ *Ibid.*

dormant après un long sommeil¹⁹⁵², la fiducie n'a pas ressuscité la propriété économique endormie : elle l'a simplement réveillée. Et tout comme *la Princesse* devait être quelque peu différente après un sommeil de cent ans, la propriété économique actuelle n'est pas exactement la même que celle que notre droit a connue par le passé, en particulier concernant sa temporalité ainsi que le rapport entre les protagonistes. En effet, sa « mise en sommeil », progressive, depuis l'avènement du Code civil l'a transformée de sorte qu'elle n'est plus, aujourd'hui, la propriété de l'injustice, mais celle de la liberté.

Le droit évoluant sans cesse et de nouveaux concepts juridiques apparaissant régulièrement dans la pratique ou à l'initiative du législateur - tous deux étant en proie à une imagination débordante à ce sujet quand le besoin s'en fait sentir¹⁹⁵³, reste désormais à savoir quels domaines nouveaux la propriété économique va conquérir. En effet, il ne fait pas de doute que son rôle va tendre à se développer, en particulier sous l'impulsion de la pratique, et spécialement des notaires. En effet, en tant que conseils et rédacteurs d'actes, l'une de leurs missions est de traduire en langage juridique les conceptions, idées et objectifs de leurs clients, or la propriété économique leur offre des potentialités tout à fait exceptionnelles en ce sens pour imaginer de nouvelles formes de division et/ou de gestion de l'espace immobilier par exemple.

¹⁹⁵² Nous faisons bien entendu ici référence au conte « La belle au bois dormant » dont la version la plus connue est celle de Charles Perrault publiée en 1697, bien qu'ayant des origines plus anciennes.

¹⁹⁵³ Voir en particulier nos développements à ce sujet : POMMIER, E. (2018). L'inventivité dans la création de la loi. In "*L'inventivité. Aspects de sciences politique et juridique*", Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 30 mars 2017. La Revue du Centre Michel de l'Hospital 2018 (n° 14).

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages, contributions et thèses

- ARSAC, A. (2015). *La propriété fiduciaire : nature et régime*. Thèse, Paris Panthéon-Sorbonne.
- ASSOCIATION HENRY CAPITANT (2018). *Vocabulaire juridique*. Paris: PUF, coll. Quadrige.
- ATIAS, C. (2001). Des vocations à la propriété. In *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*. Paris: Litec.
- ATIAS, C. (2014). *Droit civil, les biens* (éd. 12). Paris: Litec.
- AUBERT, J.-L., & COLLART-DUTILLEUL, F. (2017). *Le contrat, droit des obligations* (éd. 5). Paris: Dalloz.
- AUBRY, C., & RAU, C.-F. (1897). *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, Tome 2* (éd. 5). Paris: LGDJ Marchal et Billard.
- AUBRY, C., & RAU, C.-F. (1873). *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, Tome 6* (éd. 4). Paris: LGDJ Cosse Marchal et Billard.
- AULAGNIER, J. (1994). *Usufruit et nue-propriété dans la gestion du patrimoine*. Paris: Maxima.
- BADRE, A. (1932). *Le développement historique des "uses" jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*. Paris: Rousseau et Cie.
- BARRAUD, B. (2016). L'analyse économique du droit. In *La recherche juridique (les branches de la recherche juridique)*. Paris: L'Harmattan.
- BARRIERE, F. (2004). *La réception du trust au travers de la fiducie*. Paris: Litec.
- BART, J. (2009). *Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIXe siècle* (éd. 2). Paris: Montchrétien.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., & CHAUVEAU, M. (1896). *Traité théorique et pratique de droit - Des biens*. Paris: LGDJ.
- BEIGNIER, F. (2018). *La fiducie : aspects juridiques et fiscaux, contribution à l'étude du patrimoine fiduciaire*. Issy-les-Moulineaux: Defrénois Lextenso éditions.

- BELLOIR-CAUX, B. (2013). *Dictionnaire de droit des biens*. Paris: Ellipses.
- BENABENT, A. (2016). *Droit des obligations* (éd. 15). Issy-les-Moulineaux: LGDJ.
- BERAUDO, J.-P., & TIRARD, J.-M. (2006). *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*. Genève: Academy & Finance SA.
- BERDAH, A. (2017). *La fiducie*. Nice: LesEditionsOvadia.
- BEUDANT, C. (1934). *Cours de droit civil français, Tome IV, Les biens* (éd. 2). Paris: Rousseau.
- BLANLUET, G. (1999). *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*. Paris: LGDJ.
- BOUET, P. (2014). *Hastings : 14 octobre 1066*. Paris: Tallandier.
- BOUTEILLE, M. (2008). *Les propriétés conditionnelles*. Aix-Marseille: PUAM.
- CABRILLAC, M., MOULY, C., CABRILLAC, S., & PETEL, P. (2015). *Droit des sûretés* (éd. 10). Paris: LexisNexis.
- CABRILLAC, R. (2017). *Droit des régimes matrimoniaux*. Issy-les-Moulineaux: LGDJ.
- CAPITANT, H., TERRE, F., & LEQUETTE, Y. (2007). *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome I* (éd. 12). Paris: Dalloz.
- CARBONNIER, J. (2004). *Droit civil : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple* (Vol. 1). Paris: PUF (coll. Quadrige).
- CARBONNIER, J. (2004). *Droit civil : les biens, les obligations* (Vol. 2). Paris: PUF (coll. Quadrige).
- CHAPUT, Y. (1973). *De l'objet social des sociétés commerciales*. Thèse, Clermont-Ferrand.
- CHAVANNE, A., BURST, J.-J. B., AZEMA, J., & GALLOUX, J.-C. (2012). *Droit de la propriété industrielle* (éd. 7). Paris: Dalloz.
- CHOUQUER, G. (2014). *Etude juridique et historique du dominium et de la propriété foncière dans le monde romain (Ier s. av. - Ier s. ap. J.-C.)*. Paris: Observatoire des formes du foncier dans le monde.
- COLIN, A., & CAPITANT, H. (1930). *Cours élémentaire de droit civil français, Tome I* (éd. 6). Paris: Dalloz.
- COLIN, F. (2016). *L'essentiel du droit administratif des biens*. Issy-les-Moulineaux: Gualino Lextenso.
- CORLAT, J.-P. (1995). La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble. *In Le sol et l'immeuble, les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et*

d'Italie (XII - XIXème siècle) : actes de la table ronde des 14 et 15 mai 1993. Lyon: PUL (éd. O. FARON et E. HUBERT).

CORNU, G. (2005). *Droit civil : introduction, les personnes, les biens* (éd. 12). Paris: Montchrestien.

CORNU, G. (2007). *Droit civil : les biens* (éd. 13). Paris: Montchrestien.

COZIAN, M., VIANDIER, A., & DEBOISSY, F. (2017). *Droit des sociétés* (éd. 30). Paris: LexisNexis.

CROCQ, P. (2010). La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ? - La propriété fiduciaire, propriété unitaire. In *La fiducie dans tous ses états : actes du colloque du 15 avril 2010*. Paris: Dalloz.

CROCQ, P. (1996). *Propriété et Garantie*. Paris: LGDJ.

CURRAN, V. (2005). Plurijuridisme et convergence entre le droit commun et civil. In *Le plurijuridisme, Actes du 8ème congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Aix-en-Provence, 4-6 septembre 2003)*. Aix-en-Provence: PUAM.

DANOS, F. (2007). *Propriété, possession et opposabilité*. Paris: Economica.

DEGOFFE (dir. de publication), M. (2014). *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique : mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Godfrin*. Paris: Mare & Martin.

DEL CONT, C. (1997). *Propriété économique, dépendance et responsabilité*. Paris: L'Harmattan.

DELAVAQUERIE, G. (2011). *Pour une théorie de la propriété renouvelée : étude commune des propriétés privée et publique*. Thèse, Caen.

DELFOSSÉ, A., & PENIGUEL, J.-F. (2006). *La réforme des successions et libéralités*. Paris: LexisNexis Litec.

DERRUPPE, J. (1993). L'altération du régime de communauté avec l'extension des propres par nature. In *Mélanges offerts à André Colomer*. Paris: Litec.

DIDIER, P. (2000). *De la représentation en droit privé*. Paris: LGDJ.

DROSS, W. (2016). *Clausier : dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* (éd. 3). Paris: LexisNexis.

DRUFFIN-BRICCA, S., & HENRY, L.-C. (2017). *Droit des biens : propriété individuelle, propriété collective, propriété démembrée*. Issy-les-Moulineaux: Gualino.

DUBUISSON, E. (2009). L'exploitation du fonds à risque limité - proposition pour instaurer une pro-personnalité. *105e Congrès des notaires de France, Lille, 17-20 mai 2009, Propriétés incorporelles*. ACNF.

ENGELS, F. (1998). *Esquisse d'une critique de l'économie politique (1844)*, Traduit de l'allemand par Kostas Papaioannou. Paris: Ed. Allia.

FAURE-ABBAD, M. (2016). *Droit de la construction* (éd. 3). Issy-les-Moulineaux: Gualino.

FORTI, V. (2012). *La titrisation des créances en droit comparé, Contribution à l'étude de la propriété*. Clermont-Ferrand: Fondation Varenne.

FRANCOIS, J. (2010). Les créances sont-elles des biens ? *In Liber amicorum Christian Larroumet*. Paris: Economica.

GAILLARD, E. (1985). *Le pouvoir en droit privé*. Paris: Economica.

GARAUD, M. (1958). *La révolution et la propriété foncière*. Paris: Sirey.

GAUTHIER, F. (1988). L'idée générale de propriété dans la philosophie du droit naturel et la contradiction entre liberté politique et liberté économique 1789-1795. *In La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ? : actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986. Tome 1*. Paris: CNRS-PUF.

GAUTIER, P.-Y. (2017). *Propriété littéraire et artistique* (éd. 10). Paris: PUF.

GELOT, B. (2003). *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, aspects théoriques et pratiques*. Paris: LGDJ.

GERARD, P. (2013). *Pratique du droit de l'urbanisme : urbanisme réglementaire, individuel et opérationnel* (éd. 6). Paris: Eyrolles.

GINOSSAR, S. (1960). *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*. Paris: LGDJ.

GODECHOT, S. (2004). *L'articulation du trust et du droit des successions*. Paris: Ed. Panthéon-Assas.

GOUBEAUX, G. (1983). Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet du droit de propriété immobilière. *In Études dédiées à Alex Weill*. Paris: Dalloz Litec.

GOUBEAUX, G. (1969). *La règle de l'accessoire en droit privé : étude sur la maxime "accessorium sequitur principale"*. Paris: LGDJ.

GOYET, C. (1983). *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*. Paris: LGDJ.

GRIMALDI, M. (2017). *Droit des successions*. Paris: LexisNexis.

GRIMALDI, M. (2010). La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ? - La propriété fiduciaire. *In La fiducie dans tous ses états : actes du colloque du 15 avril 2010*. Paris: Dalloz.

GRZEGORCZYK, C. (1982). *La théorie générale des valeurs et le droit : essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*. Paris: LGDJ.

GUIGUET-SCHIELE, Q. (2015). *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux, essai sur une notion disqualificative*. Paris: Dalloz.

GUYON, Y. (2002). *Traité des contrats, les sociétés* (éd. 5). Paris: LGDJ.

HALPERIN, J. L. (2008). *Histoire du droit des biens*. Paris: Economica.

HOSS, P., & SANTER, P. (2004). Le contrat fiduciaire en droit luxembourgeois. *In Droit bancaire et financier au Luxembourg. Vol. 2*. Louvain-la-Neuve: Larcier.

IBARRA GARZA, R. (2014). *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée : droit français-droit anglais)*. Paris: LGDJ.

IMBERT, J. (1996). *Histoire du droit privé* (éd. 8). Paris: PUF (Coll. Que sais-je ?).

IMBERT, J. (1994). *Le droit antique* (éd. 4). Paris: PUF (Coll. Que sais-je ?).

JOSSERAND, L. (1937). *Cours de droit civil positif français, Tome 1 (Théorie générale du droit et des droits. Les personnes. La famille. La propriété et les autres droits réels principaux)* (éd. 3). Paris: Recueil Sirey.

JOSSERAND, L. (1939). *Cours de droit civil positif français, Tome 2 (Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés)* (éd. 3). Paris: Recueil Sirey.

JOUARY, P. (2002). *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*. Thèse, Paris 1 Panthéon Sorbonne.

KRIEF-SEMITKO, C. (2009). *La valeur en droit civil français : essai sur les biens, la propriété et la possession*. Paris: L'Harmattan.

KUHN, C. (2003). *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*. Thèse, Paris 1.

LAMBRECHTS, C. (1999). Le trust et la protection de la nature aux États-Unis. *In Fondation et trust dans la protection du patrimoine*. Paris: L'Harmattan.

LARROUMET, C. (2004). *Droit civil. Tome II, Les biens. Droits réels principaux* (éd. 4). Paris: Economica.

LAURENT, J. (2012). *La propriété des droits*. Paris: LGDJ-Lextenso.

LE CANNU, P., & DONDERO, B. (2015). *Droit des sociétés* (éd. 6). Issy-les-Moulineaux: LGDJ.

LE CANNU, P., GRANIER, T., & ROUTIER, R. (2017). *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Titrisation* (éd. 9). Paris: Dalloz.

LEQUETTE, Y. (2006). La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001: continuité ou rupture ? *In Etudes offertes au doyen Ph. Simler*. Paris: Litec.

LEVASSEUR, A. (2005). La Louisiane : un vaisseau à la dérive ? *In Le plurijuridisme, Actes du 8ème congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Aix-en-Provence, 4-6 septembre 2003)*. Aix-en-Provence: PUAM.

LEVY, J.-P., & CASTALDO, A. (2010). *Histoire du droit civil* (éd. 2). Paris: Dalloz.

LIBCHABER, R. (2004). La recodification du droit des biens. *In Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire*. Paris: Dalloz-Litec.

LOKIEC, P. (2004). *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*. Paris: LGDJ.

LOMBARD, M., DUMONT, G., & SIRINELLI, J. (2017). *Droit administratif*. Paris: Dalloz.

LUCAS, A. (2001). *Traité de la propriété littéraire et artistique* (éd. 2). Paris: Litec.

LUCAS, F.-X. (1997). *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*. Paris: LGDJ.

MALAURIE, P., & AYNES, L. (2017). *Droit des biens* (éd. 7). Issy-les-Moulineaux: LGDJ.

MALAURIE, P., & AYNES, L. (2017). *Droit des régimes matrimoniaux* (éd. 6). Issy-les-Moulineaux: LGDJ.

MALAURIE, P., & BRENNER, C. (2014). *Les successions, les libéralités* (éd. 6). Issy-les-Moulineaux: LGDJ.

MALAURIE, P., AYNES, L., & GAUTIER, P.-Y. (2016). *Les contrats spéciaux* (éd. 8). Issy-les-Moulineaux: LGDJ.

MALINVAUD, P. (1985). La distinction des meubles et des immeubles à l'épreuve des sociétés d'attribution. *In Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*. Paris: Sirey.

MALLET-BRICOUT, B. (2010). Fiducie et propriété. *In Liber amicorum Christian Larroumet*. Paris: Economica.

MARTY, G., RAYNAUD, P., & JESTAZ, P. (1987). *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière* (éd. 2). Paris: Sirey.

MARTY, J.-P. (1979). *La dissociation juridique de l'immeuble : contribution à l'étude de droit de superficie*. Paris: LGDJ.

MAY, J.-C. (2004). La société : contrat ou institution ? *In Contrat ou institution : un enjeu de société*. Paris: LGDJ.

- MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J., & CHABAS, F. (1984). *Leçons de droit civil, Tome II* (Vol. 2). Paris: Montchrétien.
- MESTRE, J., PUTMAN, E., & BILLIAU, M. (1996). *Traité de droit civil : théorie générale. Droit commun des sûretés réelles*. Paris: LGDJ.
- MORIN, F. (1984). *Théorie économique du patrimoine*. Paris: Ellipses.
- MOUSSERON, J.-M., SCHMIDT-SZALEWSKI, J., & VIGAND, P. (1984). *Traité des brevets, Tome 1 : L'Obtention des brevets*. Paris: Litec.
- NORMAND, S. (2006). La notion de modalité de la propriété. *in Mélanges offerts au professeur Frenette F., Étude portant sur le droit patrimonial*. Québec: PUL.
- ORLEAN, A. (2011). *L'empire de la valeur*. Paris: Ed. du Seuil.
- OURLIAC, P., & GAZZANIGA, J.-L. (1985). *Histoire du droit privé français de l'an mil au code civil*. Paris: Albain Michel.
- PAPANDREOU-DETERVILLE, M.-F. (2004). *Le droit anglais des biens*. Paris: LGDJ.
- PASSA, J. (2009). *Droit de la propriété industrielle : marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles, Tome 1* (éd. 2). Paris: LGDJ.
- PATAULT, A.-M. (1989). *Introduction historique au droit des biens*. Paris: PUF.
- PEDAMON, M., & KENFACK, H. (2011). *Droit commercial* (éd. 3). Paris: Dalloz.
- PERRIN, J. (2006). *Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg*. Genève: Librairie Droz.
- PICOD, Y. (2016). *Droit des sûretés* (éd. 3). Paris: PUF.
- PLANIOL, M., & RIPERT, G. (1960). *Traité pratique de droit civil français, Tome IX, Les régimes matrimoniaux* (par BOULANGER, J.). Paris: LGDJ.
- POMART, C. (2004). *La magistrature familiale*. Paris: L'Harmattan.
- PORTALIS, J.-E.-M. (1999). *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (Discours prononcé le 21 janvier 1801)*. Bordeaux: Confluences.
- PORTALIS, J.-E.-M. (1844). Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété présenté le 26 nivôse an XII. *In Discours, rapports et travaux inédits, sur le Code civil*. Paris: Joubert.
- POURQUIER, C. (2000). *Propriété et perpétuité*. Aix-en-Provence: PUAM.
- PROUDHON, J.-B.-V. (1823). *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie, Tome I*. Dijon: Douillier.
- PRÜM, A. (2005). *Trust et fiducie au Luxembourg. In Le trust en droit international privé, perspectives suisses et étrangères : actes de la 17ème journée de droit international privé du 18 mars 2005*. Lausanne: Schulthesse.

- RABREAU, A. (2006). *L'usufruit des droits sociaux*. Cahors: Litec.
- RAVENNE, S. (2007). *Les propriétés imparfaites. Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*. Thèse, Paris-Dauphine.
- RAYNARD, J. (1990). *Droit d'auteur et conflit de lois : essai sur la nature juridique du droit d'auteur*. Paris: Litec.
- REBOUL-MAUPIN, N. (2016). *Droit des biens* (éd. 6). Paris: Dalloz (HyperCours).
- ROLAIN, M. (2016). *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*. Thèse, Nice Sophia Antipolis.
- SAINT MARC, G. (2010). Emission de sukuk en droit français : l'apport de la fiducie. *In La fiducie dans tous ses états : actes du colloque du 15 avril 2010*. Paris: Dalloz.
- SAVARIT-BOURGEOIS, I. (2017). *L'essentiel du droit de l'urbanisme*. Issy-les-Moulineaux: Gualino Lextenso.
- SAY, J.-B. (1826). *Traité d'économie politique, ou simple exposition de la manière dont se forment les richesses, Tome 3* (éd. 5). Paris: Rاپilly.
- SCAPEL, J. (2002). *La notion d'obligation réelle*. Aix-en-Provence: PUAM.
- SHINE, C. (1999). La protection du patrimoine culturel et naturel en droit anglais : l'exemple du National Trust. *Fondation et trust dans la protection du patrimoine*. Paris: L'Harmattan.
- SIMLER, P., & DELEBECQUE, P. (2012). *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière* (éd. 6). Paris: Dalloz.
- STORCK, M. (2001). La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières. *In Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*. Paris: Litec.
- TERRE, F., & SIMLER, P. (2018). *Droit civil - Les biens* (éd. 10). Paris: Dalloz.
- TERRE, F., & SIMLER, P. (2015). *Droit civil - Les régimes matrimoniaux* (éd. 7). Paris: Dalloz.
- TERRE, F., LEQUETTE, Y., & GAUDEMET, S. (2013). *Droit civil, les successions, les libéralités* (éd. 4). Paris: Dalloz.
- THERY, P. (1998). *Sûretés et publicité foncière*. Paris: PUF.
- VILLEY, M. (1976). *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*. Paris: Dalloz.
- VIVANT, M. (2005). *Le droit des brevets* (éd. 2). Paris: Dalloz.
- WEIL, P., & POUYAUD, D. (2017). *Le droit administratif*. Paris: PUF (Coll. Que sais-je ?).
- WITZ, C. (1981). *La fiducie en droit privé français*. Paris: Economica.

YOLKA, P., & GAUDEMET, Y. (1997). *La propriété publique : éléments pour une théorie*. Paris: LGDJ.

ZACHARIÆ, K. S. (1855). *Le droit civil français, Tome 2, traduit de l'allemand sur la 5e édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon par G. Massé et Ch. Vergé*. Paris: Auguste Durand.

ZENATI, F. (1981). *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*. Thèse, Lyon.

ZENATI-CASTAING, F. (2009). La propriété collective existe-t-elle ? *In Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*. Paris: Dalloz LGDJ.

ZENATI-CASTAING, F., & REVET, T. (2008). *Les biens* (éd. 3). Paris: PUF.

Articles de revues

ADELLE, J.-F. (2007). L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? *RDBF 2007* (n° 2).

ATIAS, C. (2007). Une propriété sans objet (propriété, vocation et contrat). *D. 2007*, p. 2415.

AUCKENTHALER, F. (2007). Cession de créances en garantie : le serpent de mer se déchaîne. *JCP E 2007* (n° 40).

AULAGNIER, J. (1995). Démembrement de propriété, Colloque Sénat. *Dr. et patrimoine* (hors-série n° 1).

AYNES, A. (2007). La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? *D. 2007*, p. 961.

AYNES, A. (2014). La fiducie-sûreté par et hors les textes. *RDBF 2014* (n° 5).

AYNES, L. (2007). Le nantissement de créance, entre gage et fiducie. *Dr. et patrimoine 2007* (n° 162).

AYNES, L. (1999). Usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières : les pouvoirs de l'usufruitier. *D. 1999*, p.167.

BAILLY-MASSON, C. (2000). L'intérêt social, une notion fondamentale. *LPA 2000* (n° 224).

BARRIERE, F. (2007). La fiducie. *Bull. Joly Sociétés 2007* (n° 4 et n° 5).

BARRIERE, F. (2007). La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence. *JCP E 2007* (n° 36).

BARTHELEMY, D. (2012). Évaluation économique de l'usufruit : la nécessité d'une approche dualiste. *Droit fiscal* (n° 29).

BENABENT, A. (1993). La fiducie (analyse d'un projet de loi lacunaire). *JCP N 1993* (n° 26).

BERAUDO, J.-P. (1992). Les trusts anglo-saxon et le droit français. *LGDJ, Droit des affaires 1992* (n° 373).

BERGER-TARARE, C. (2016). La fiducie-titrisation : c'est possible ! *RDBF 2016* (n° 3).

BERLINGUER, A. (2008). Trust et fiducie en Italie. *D. 2008*, p.600.

BERRE, S. (2009). La réversion d'usufruit, instrument de protection du conjoint survivant ? *Deffrénois 2009* (n° 2).

BERTHEUIL-DESFOSSÉS, D., FABRE, H., HOUDARD, J.-L., PLOUZENC, F., & PILLEBOUT, J.-F. (2009). Sûreté et gestion, constituants personnes physiques. *JCP N 2009* (n° 26).

BERTHOUD, A. (2010). Valeur absolue, valeur relative et travail. *Cahiers d'économie politique 2010/1* (n° 58).

BERTIN, A. (2017). Les utilisations méconnues de la fiducie-gestion. *EFL - La Quotidienne* (n° du 21 mars 2017).

BERTREL, J.-P. (1994). L'accession artificielle immobilière. *RTD civ. 1994*, p. 737.

BESNARD-GOUDET, R. (2017). Actions indivises et actions démembrées. *JCL Banque Crédit Bourse*.

BEYNEIX, I. (2012). Apport et utilité de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial français à l'aune du trust anglo-saxon, de la fiducie et de l'EIRL. *LPA 2012* (n° 67).

BEYNEIX, I. (2011). Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique. *LPA 2011* (n° 186).

BIGOT, J. (1993). Clair-obscur sur l'assurance-vie : de l'arrêt Pelletier à l'arrêt Praslicka. *JCP G 1993* (n° 46).

BLANLUET, G., & LE GALL, J.-P. (2007). La fiducie : une œuvre inachevée - un appel à la réforme après la loi du 19 février 2007. *JCP E 2007* (n° 36).

BOUQUEMONT, A. (2014). Société propre en régime de communauté, la boîte de Pandore ? *JCP N 2014* (n° 21).

BOUTEILLE, M. (2010). La propriété fiduciaire, une modalité externe de la propriété. *RLDC 2010* (n° 74).

BRAULT, J.-C. (1997). Une convention de quasi-usufruit généralisée après le décès ? *Defrénois 1997* (n° 1).

BREMOND, V. (2010, maj. 2016). Communauté légale, Administration des biens communs, Répartition ordinaire des pouvoirs (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 1421 à 1432*.

CANIVET, G. (2005). La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge. *LPA 2005* (n° 99).

CANTIN-CUMYN, M. (2007). Le pouvoir juridique. *Mc Gill Law Journal / Revue de droit de McGill, 2007, Vol. 52*.

CARAUX, C. (2017). La tontine financière : décryptages. *Actualité Francis Lefebvre, Fiscal, 28 août 2017*.

CARON, C. (2004). Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle. *JCP G 2004* (n° 39).

CASTAGNE, S. (1997). L'évaluation de l'usufruit et de la nue-propriété. *JCP N 1997* (n° 19).

CASTAGNE, S. (2000). Usufruit, quasi-usufruit : une nouvelle mise au point. *JCP N 2000* (n° 12).

CENAC, P., & CASTERAN, B. (2009). La fiducie avant la fiducie : Le cas du droit patrimonial de la famille. *JCP N 2009* (n° 26).

CHALTIEL, F. (2009). La censure des cavaliers législatifs par le Conseil constitutionnel (à propos de la décision du 14 octobre 2009 sur la loi tendant à favoriser l'accès au crédit des PME et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers). *LPA* (n° 216).

CHAPUT, J.-C., & ROCHEGUDE, S. (2007). 103e Congrès des notaires de France : La division de l'immeuble - Audit des procédures de division conventionnelle : des techniques contrôlées à l'organisation conventionnelle de l'espace. *JCP N 2007* (n° 18).

CHARLIN, J. (2009). Fiducie, sukuk et autres murabaha ou ijara. À propos de la finance islamique. *JCP E 2009* (n° 41).

CHARPENTIER, S. (1998). Un regard contemporain sur une disposition ancienne : les meubles meublants. *Gaz. Pal. 1998* (n° 269).

CHARTIER, Y. (2002). Donations entre vifs - Donations entre vifs : Conditions de validité des clauses d'inaliénabilité. *JCP G 2002* (n° 10).

CICILE-DELFOSSÉ, M.-L. (2009). Le droit et l'incorporel à l'orée du XXIe siècle : état des lieux. *RLDC 2009* (n° 65).

COLLARD, F. (2015). La condition suspensive confrontée à la pratique notariale, d'un régime l'autre. *JCP N 2015* (n° 47).

COLLARD, F., & TRAVELY, B. (2014). Servitude interdisant d'affecter un fonds à un usage déterminé : une figure juridique encore trop méconnue. *JCP N 2014* (n° 13).

CONCHON, H. (2002). Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps. *LPA 2002* (n° 75).

CONIL, P.-A. (2018). Le notaire et le Bitcoin ou l'heureuse rencontre du notariat traditionnel et des nouvelles technologies. *JCP N 2018* (n° 11).

COUDERC, A. (2016). La valeur de rachat d'un contrat d'assurance-vie non dénoué, un acquêt de nouveau défiscalisé. *Bulletin fiscal Francis Lefebvre* (n° 10/16).

CREDOT, F.-J., & SAMIN, T. (2011). Compte de dépôt, Autonomie bancaire des époux. *RDBF 2011* (n° 6).

CROCQ, P. (2007). Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés. *D. 2007*, p. 1354.

CROCQ, P. (2012). Transparence et patrimoines d'affectation. *RLDA 2012* (n° 68).

CROCQ, P. (2010). Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à exécution successive ! *RTD civ. 2010*, p. 597.

CROCQ, P., & AYNES, L. (2009). La fiducie préservée des audaces du législateur. *D. 2009*, p. 2559.

DAINOW, J. (1954). Le droit civil de la Louisiane. *RIDC 1954* (n° 1).

DAMMANN, R. (2013). Fiducie - L'utilisation de la fiducie comme technique. *Rev. pro. coll. 2013* (n° 3).

DAMMANN, R., & PODEUR, G. (2008). Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre. *RLDC 2008* (n° 49).

DANOS, F. (2012). Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie. *Defrénois 2012* (n° 21).

DAUBLON, G. (2000). Droit de superficie et état descriptif de division. *Defrénois 2000* (n° 1).

DE LAJARTE, C. (2009). La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie. *RLDC mai 2009* (n° 60).

DE MONTGOLFIER, J.-F. (2011). Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2011/2* (n° 31).

DEFFAINS, B. (2005). Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste. *LPA 2005* (n° 99).

DELAVALQUERIE, G. (2018). Le logement familial n'est pas soumis à cogestion. *LPA 2018* (n° 36).

DELMOTTE, A. (2013). Tontine : à qui profite le crime ? *AJDI 2013*, p. 628.

DEPOND, A. (1995). Quelques réflexions sur le démembrement de l'assurance-vie. *JCP N 1995* (n° 11).

DESBUQUOIS, J.-F., & FARGE, C. (2018). La fiducie-gestion : un élément clé de l'ingénierie patrimoniale dédiée aux dirigeants d'entreprise. *La revue fiscale du patrimoine 2018* (n° 4).

DESSUET, P. (2010). Bâtir un plan d'assurance pour couvrir les risques en matière de photovoltaïque. *RDI 2010*, p. 472.

DJOUADI, J. (2015). Des conséquences du décès de l'attributaire du contrat d'assurance-vie. *RDBF 2015* (n° 6).

DOSTALER, G. (2007). Keynes et Cambridge : une histoire épistolaire : Notes bibliographiques (à propos de *Economists in Cambridge: A Study through their Correspondence, 1907-1946*, sous la direction de Maria Cristina Marcuzzo et Annalisa Rosselli, Londres, Routledge, 2005). *Cahiers d'économie politique 2007/1* (n° 52).

DROSS, W. (2013). Le transfert de propriété en droit français. *Revue des contrats 2013* (n° 4).

DROSS, W. (2011). L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? *RTD civ. 2011*, p. 25.

DUBERTRET, M. (2012). Introduction. In *La fiducie en action, actes du colloque du 18 janvier 2012*. Paris: disponible à l'adresse suivante : <http://docplayer.fr/2603157-Comite-de-droit-financier-paris-europlace-la-fiducie-en-action-actes-du-colloque.html>.

DUMONT-LEFRAND, M.-P. (2008). Le dénouement de l'opération de fiducie. *Dr. et patrimoine 2008* (n° 171).

DUPICHOT, P. (2007). Opération fiducie sur le sol français. *JCP N 2007* (n° 11).

ELLAND-GOLDSMITH, M. (1991). Le *trust* : ses emplois bancaires et financiers. *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens : Allemagne, Angleterre, Lichtenstein, Luxembourg, Suisse : colloque organisé le 29 novembre 1990*. Paris: Bulletin Joly (n° 4 bis).

EMERICH, Y. (2013). La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermède à la propriété ? *Mc Gill Law Journal / Revue de droit de McGill, 2013, Vol. 58* (n°4).

EMERICH, Y. (2009). Les fondements conceptuels de la fiducie française face au *trust* de la Common law : entre droit des contrats et droit des biens. *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 61 (n° 1).

ENCINAS DE MUNAGORRI, R. (2006). L'analyse économique est-elle une source du droit ? propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation. *RTD civ.* 2006, p. 505.

FABRE, H., GORRIAS, S., & DAMMANN, R. (2010). La protection du patrimoine du débiteur personne physique - Entretien. *Rev. proc. coll.* 2010 (n° 3).

FABRE-MAGNAN, M. (1996). Le mythe de l'obligation de donner. *RTD civ.* 1996, p. 85.

FABRE-MAGNAN, M. (1997). Propriété, patrimoine et lien social. *RTD civ.* 1997, p. 583.

FARGE, C., & DESBUQUOIS, J.-F. (2016). Permettre la transmission de la fiducie-gestion. *JCP N* 2016 (n° 39).

FAUCHER, D. (1996). ISF : évaluation du logement familial. *JCP N* 1996 (n° 22).

FEIX, M. (2007). Du juste prix dans la réflexion sur l'économie du père Lebreton et dans l'encyclique *Populorum progressio*. *Revue d'éthique et de théologie morale* 2007/1 (n° 243).

FRAISSINIER-AMIOT, V. (2007). L'intérêt de la famille : une notion "standard" à contenu variable. *LPA* 2007 (n° 260).

FRENETTE, F. (1985). La propriété fiduciaire. *Les Cahiers de droit*, 1985, Vol. 26 (n° 3).

FRISON-ROCHE, M.-A. (2005). L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit. *LPA* (n° 99).

GALHAUD, E. (2010). Transmissions atypiques : loger son enfant, incidences liquidatives. *JCP N* 2010 (n°51-52).

GERAUD, C. (2011). *Trusts*, aspects civils (droit international privé) et fiscaux. *La revue fiscale du patrimoine* 2011 (n° 11).

GOLDIE-GENICON, C. (2015). Renonciation au droit de retour conventionnel et droit de retour légal. *JCP N* 2015 (n° 51-52).

GORE, M. (2007). Le droit anglais des biens. *JDI Clunet*, janv. 2007 (n° 1, biblio. 7.).

GORE, M. (2006). Référence bibliographique. *Revue internationale de droit comparé* 2006, Vol. 58 (n° 3).

GRIMALDI, M. (1999). L'usufruit et le quasi-usufruit : questions de droit civil. *Dr. et patrimoine* 1999 (n° 76).

GRIMALDI, M. (1991). La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre. *Deffrénois 1991* (n° 17 et 18).

GRIMALDI, M. (2007). Le mandat à effet posthume. *Deffrénois 2007* (n° 1).

GRIMALDI, M. (1999). L'emploi des deniers grevés d'usufruit. *Deffrénois 1999* (n° 4).

GRIMALDI, M. (2006). Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles. *JCP N 2006* (n° 51-52).

GRIMALDI, M. (1994). Réflexions sur l'assurance-vie en droit patrimonial de la famille. *Deffrénois 1994* (n° 11).

GRIMALDI, M., & DAMMANN, R. (2009). La fiducie sur ordonnances. *D. 2009*, p. 670.

GRIMALDI, M., & ROUX, J.-F. (1994). La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit. *Deffrénois 1994* (n° 1).

GRIMALDI, M., MAZEAUD, D., & DUPICHOT, P. (2017). Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés. *D. 2017*, p. 1717.

GRUA, F. (2013, maj. 2017). Prêt de consommation ou prêt simple (fasc. unique). *JCL Civil Code, Art. 1892 à 1904*.

GUIBET-LAFAYE, C. (2014). La naturalisation de l'appropriation privative. *Revue de philosophie économique 2014, Vol. 15* (n° 2)

HAUTEREAU-BOUTONNET, M., & HERRNBERGER, O. (2014). Installations classées : pratique notariale et environnement. *Revue Environnement 2014* (n° 8-9).

HEINRICH, J.-B. (1985). La vente à réméré d'obligations. *JCP N 1985* (n° 29).

HENAFF, M. (2010). La valeur du temps. Remarques sur le destin économique des sociétés modernes. *Esprit 2010* (n° 1).

HOSS, P. (1991). L'expérience luxembourgeoise. *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens : Allemagne, Angleterre, Lichtenstein, Luxembourg, Suisse : colloque organisé le 29 novembre 1990*. Paris: Bulletin Joly (n° 4 bis).

HOVASSE, H. (1994). Le démembrement de droits sociaux. *Dr. sociétés 1994* (n° 15).

HOVASSE, S. (2008). Le rachat d'un contrat d'assurance-vie mixte est possible même après l'acceptation du bénéficiaire, veille. *JCP N 2008* (n° 11).

HUBLLOT, G. (2016). Assurance-vie et renonciation : deux grandes évolutions jurisprudentielles. *LPA 2016, Interview par PANDO, A.* (n° 131).

HUBLLOT, G. (2008). La libéralisation de la tontine ? figures en matière d'assurance-vie et d'acquisition immobilière. *Dr. et patrimoine 2008* (n° 176).

IMBERT, P.-C. (2003). Le démembrement de la clause bénéficiaire. *RDBF 2003* (n° 5).

IWANESKO, M. (2016). Assurance-vie - La bonne gestion des clauses bénéficiaires de l'assurance-vie. *JCP N 2016* (n° 18).

IWANESKO, M. (2014). Clause bénéficiaire démembrée : sécurisation fiscale. *JCP N 2014* (n° 45-46).

IWANESKO, M., & CORDIER, V. (2010). L'optimisation de la rédaction des clauses bénéficiaires. *JCP N 2010* (n° 5).

JADAUD, B. (2009). Le régime juridique de la fiducie. *LPA 2009* (n° 115).

JOYEUX, B. (2018). Gestion et cession des droits sociaux indivis. *Dr. et patrimoine 2018* (n° 279).

JULIEN SAINT-AMAND, P., & CHOISNE, J.-P. (s.d.). Notaire - La capitalisation sur mesure. *JCP N 2000* (n° 20).

JULIENNE, M., & DUBARRY, J. (2015). Propriété - Précisions sur le droit de jouissance spéciale. *JCP N 2015* (n° 8-9).

KACZMARECK, L. (2009). Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération. *D. 2009, p.1845*.

KUHN, C. (2008). La mission du fiduciaire. *Dr. et patrimoine 2008* (n° 171).

KUHN, C. (2007). Une fiducie française. *Dr. et patrimoine 2007* (n° 158).

L'émergence de la finance islamique en France. (2009). *Fusions & acquisitions magazine, 29 avril 2009*.

LA PALME, E., & ENTREMONT, F. (2009). La réforme de la fiducie : un pas de plus vers le trust. *La Tribune, 5 mars 2009*.

LABELLE-PICHEVIN, F. (2015). L'efficacité du mandat à effet posthume portant sur l'entreprise. *LPA 2015* (n° 34).

LACOUR, C. (2007). Adoption - L'incidence de la loi du 23 juin 2006 sur la succession de l'adopté simple. *Droit de la famille 2007* (n° 12).

LARROUMET, C. (1990). La fiducie inspirée du trust. *D. 1990, p. 119*.

LARROUMET, C. (2007). La loi du 19 févr. 2007 sur la fiducie, propos critiques. *D. 2007, p. 1350*.

LARROUMET, C. (2007). La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. *D. 2007, p. 1350*.

LASSERRE CAPDEVILLE, J. (2014). Le bitcoin. *JCP E 2014* (n° 3).

LATINA, M. (2016). Les clauses relatives aux conditions suspensive et résolutoire. *JCP N 2016* (n° 13).

LEGAY, M.-L., FELIX, J., & WHITE, E. (2009). Retour sur les origines financières de la Révolution française. *Annales historiques de la révolution française, 2009* (n° 356).

LETELLIER, F. (2014). Notion de servitude : le va-et-vient jurisprudentiel. *JCP N 2014* (n° 51-52).

LEVENEUR, L. (2015). La réforme du droit des obligations : incidences sur la pratique notariale. *JCP N 2015* (n° 50).

LEVILLAIN, N. (2007). Les nouveaux droits successoraux des ascendants - Droit de retour légal de l'article 738-2 du Code civil. *JCP N 2007* (n° 12).

LIBCHABER, R. (1997). Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? *Deffrénois 1997* (n° 2).

LIBCHABER, R. (2007). Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007. *Deffrénois, 2007* (n°15 et n° 17).

LIENHARD, A. (2009). Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008. *D. 2009, p. 110*.

LISANTI, C. (2011). Le nantissement du patrimoine affecté ? *Cahiers du droit de l'entreprise, 2011* (n° 3).

LONGNEAUX, J.-M. (2001). D'une philosophie de la transcendance à une Philosophie de l'immanence. *Revue philosophique de la France et de l'étranger, 2001/3* (Tome 126).

LUCAS, F.-X. (2009). Editorial - La fiducie au pays de l'or noir. *Bull. Joly Société 2009* (n° 10).

LUCAS, F.-X., & NEAU-LEDUC, P. (1999). Mise à disposition d'actions à des administrateurs ou à des membres du conseil de surveillance. *Actes prat. ing. soc. 1999* (n° 48).

LUCET, F. (1993). Le sort des contrats d'assurance-vie non dénoués à la dissolution de la communauté. *Deffrénois 1993* (n° 5).

MAERTEN, L. (1988). Le régime international du *trust* après la Convention de La Haye. *JCP N 1988* (n° 41).

MALAURIE, P. (2006). La réforme des successions et des libéralités. *Deffrénois 2006* (n° 22).

MALLET-BRICOUT, B. (2010). Le fiduciaire propriétaire ? *JCP E 2010* (n° 8).

MARCHAIS-ROUBELAT, A. (2010). Decidere : Guillaume le Conquérant à la bataille de Hastings et l'effet d'irréversibilité. *Prospective et stratégie 2010* (n° 1).

MARINI, P. (2007). Enfin la fiducie à la française ! *D. 2007, p. 1347*.

MAS, P., & CALMELS, L. (2007). Unité foncière, droit de construire et démembrement de propriété. *Construction Urbanisme 2007* (n° 6).

- MAUREY, H., & LODIER, F. (2008). Du renouveau du droit de superficie. *JCP A 2008* (n° 46).
- MAYAUX, L. (2016). Primes manifestement exagérées et intérêt des héritiers. *RGDA 2016* (n° 7).
- MAZEAUD, D. (2004). Clause pénale. *Revue des contrats 2004* (n° 4).
- MEKKI, M. (2016). Réforme des contrats et des obligations : la condition suspensive. *JCP N 2016* (n° 42).
- MEMETEAU, G. (1999). Cabinet médical et communauté légale. *Médecine et droit 1999* (n° 34).
- MENJUCQ, M. (2009). Fiducie : la réforme de trop ? *Rev. pro. coll., nov. 2009* (n° 6).
- MILLEVILLE, S. (2013). La propriété des créances est-elle constitutionnellement consacrée ? *RDLF 2013* (chron. 22).
- MONTOUX, D. (2017). Achat en tontine et réforme du droit des contrats. *JCP N 2017* (n° 6-7).
- MORIN, M. (2012). Dualisme, mixité et métissage juridique : Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du sud et Israël. *Mc Gill Law Journal / Revue de droit de McGill 2012, Vol. 57* (n° 4).
- MORTIER, R. (2014). Propriété - Quelles nouvelles libertés suite à la consécration jurisprudentielle des droits réels conventionnels de jouissance ? *JCP N 2014* (n° 38).
- NICOLLE, M. (2014). La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire. *D. 2014, p. 2071*.
- PAISANT, G. (2012). Régime de communauté, Droits sociaux non négociables, Commentaire. *Droit de la famille 2012* (n° 10).
- PAPAÏS, L. (2014). Le mandat à effet posthume : proposition de réforme. *Droit de la famille 2014* (n° 12).
- PATARIN, J. (2002). Donation d'un ensemble immobilier aux deux enfants du donateur, avec clause d'accroissement. *RTD civ. 2002 p. 343*.
- PELLIER, J.-D. (2019). Une figure méconnue : la cession de l'émolument de la créance. *RTD civ. 2019, p. 229*
- PERINET-MARQUET, H. (2016). Biens - Droit des biens - Chronique. *JCP N 2016* (n° 46).
- PERINET-MARQUET, H. (2004). Biens, Droit des biens. *JCP G 2004* (n° 43).
- PERINET-MARQUET, H. (2010). Les techniques de montage juridique d'un projet photovoltaïque. *RDI 2010, p. 352*.

PERRIN, J. (2017). La valeur sociale du carbone, une innovation de la pensée économique ? *Innovations 2017/3* (n° 54).

PERROT, A. (1993). La vente à réméré de valeurs mobilières. *RTD com. 1993*, p. 1.

PERROTIN, F. (2009). Assurance-vie : primes manifestement exagérées. *LPA 2009* (n° 175).

PETERKA, N. (2009). Fiducie : la ceinture et les bretelles ou la cogestion et l'acte notarié. *L'essentiel du droit de la famille et des personnes 2009* (n° 2).

PETERKA, N. (2006). Successions - Les retouches à la dévolution successorale À propos de la loi du 23 juin 2006. *Droit de la famille 2006* (n° 12).

PIEDELIEVRE, S. (2003). L'usufruitier est tenu de communiquer au nu-proprétaire tous renseignements sur l'évolution du portefeuille de valeurs mobilières. *JCP E 2003* (n° 43).

PIEDELIEVRE, S. (2011). Surendettement - EIRL et procédures collectives. *RDBF 2011* (n° 2).

PIEDELIEVRE, S. (1999). Un portefeuille de valeurs mobilières constitue une universalité. *JCP G 1999* (n° 6).

PIEDELIEVRE, S. (2000). Universalité et gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières. *Dr. et patrimoine 2000* (n° 82).

PIERRE, P. (2016). De l'intérêt d'anticiper le prédécès du bénéficiaire. *JCP N 2016* (n° 4).

PILLET, G. (2003). L'action en revendication n'est pas susceptible de prescription extinctive. *D. 2003*, p. 1461.

PISANI, C. (1990). La fiducie. *Defrénois 1990* (n° 9).

POIRIER, M.-H., & DARMON, A. (2009). Optimiser l'assurance-vie par l'utilisation du démembrement. *Actes prat. strat. pat. 2009* (n° 3).

PRAICHEUX, S. (2009). La réforme de la titrisation, d'un point de vue critique. *Bulletin Joly Bourse 2009* (n° 2).

PRIGENT, S. (2007). Premiers pas en fiducie dans le code civil ; étude de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. *AJDI 2007*, p. 280.

PUIG, P. (2008). Intérêts et limites de la fiducie après la LME, au sens du droit des sûretés. *Dr. et patrimoine 2008* (n° 176).

PUIG, P. (2008). La fiducie et les contrats nommés. *Dr. et patrimoine 2008* (n° 171).

RAFFRAY, J. G., & SENECHAL, J.-P. (1986). Quel avenir pour la réserve ? *JCP N 1986* (n° 21).

RAPPELI, S. (2011). L'EIRL : une révolution sans effet ? *Lettre de l'Observatoire, Alptis 2011* (n° 31).

RAVANAS, E. (2009). Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques. *JCP N 2009* (n° 40).

RAYNOUARD, A. (2010). Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace... tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe. *JCP N 2010* (n° 3).

RAYNOUARD, A. (2011). S'approprier la fiducie... enfin ! - Introduction. *Actes prat. strat. pat. 2011* (n° 1).

RAYNOUARD, A., & JOURDAIN-THOMAS, F. (2010). La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté. *JCP N 2010* (n° 5).

REBOUL-MAUPIN, N. (2003). De la perpétuité de l'action en revendication du droit de propriété. *D. 2003, p. 2044*.

Régime fiscal de la fiducie constituée par des personnes physiques en vue de la gestion de leur patrimoine privé. (2009). *JCP N 2009* (n° 26).

Régime fiscal de la fiducie constituée par des personnes physiques en vue de la gestion de leur patrimoine professionnel. (2009). *JCP N 2009* (n° 26).

REINHARD, D., & PODEUR, G. (2007). Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu. *D. 2007, p. 319*.

RENET, T. (2010). Dossier : le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) : introduction. *Dr. et Patrimoine 2010* (n° 191).

RENET, T. (2010). La consécration de la propriété des créances par le Conseil constitutionnel. *RTD civ. 2010, p. 584*.

RENET, T. (2009). La nue-propriété, c'est la propriété. *RTD civ. 2009, p. 346*.

RENET, T. (2004). Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire. *Dr. et Patrimoine 2004* (n° 124).

RENET, T. (2006). Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété. *RTD civ. 2006 p. 791*.

RIEHM, T. (2010). Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés. *RLDA 2010* (n° 77).

ROBERT, A. (1996). Que recouvre l'expression meubles meublants (article 534 du code civil) ? *D. 1996 p. 33*.

SAINT MARC, G. (2010). Emission de Sukuk en droit français : l'apport de la fiducie. *Banque stratégie 2010* (n° 278).

SAINT MARC, G. (2010). La finance islamique, un exemple de finance responsable et participative. *L'année des professions financières - les mutations de la planète finance 2010*, Vol. 5.

SAVARY, O., & DUBUISSON, E. (2009). Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de "pro-personnalité". *Dr. et Patrimoine 2009* (n° 180).

Seule la valeur des parts sociales non négociables fait partie de l'indivision post-communautaire, Brèves. (2014). *RJPF 2014* (n° 9).

SIMLER, C. (2012). La souscription démembrée, un instrument de transmission. *Dr. et patrimoine 2012* (n° 218).

SIZAIRE, C. (2014). Construction - Les sociétés d'habitat participatif : une nouvelle forme d'accès au logement ? *Construction Urbanisme 2014* (n° 5).

STAUB, A., & DELAVENNE, J.-F. (2007). Loi sur la fiducie : un *trust* à la française, mais à minima (de l'Anstalt à l'Ersatz). *La Revue Hammonds*, 20 fév. 2007.

STREIFF, V. (2018). Droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot : caractère perpétuel. *Actualités LexisNexis*, 14 juin 2018.

TESTARD, A. (2003/1). Propriété et non-propriété de la Terre, l'illusion de la propriété collective archaïque (1ère partie). *Etudes rurales* (n°165-166).

TESTON, B. (2001). Garanties et sûretés internationales : les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes. *Dr. et patrimoine 2001* (n° 94).

TESTU, F.-X. (2012). Propriété - L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux. *JCP G 2012* (n° 52).

THIERRY, J. (1994). La clause d'accroissement dite clause de tontine. *D. 1994*, p. 417.

TOURY, L. (2008). Editorial : Session de rattrapage pour la fiducie. *Dr. et Patrimoine*, 2008 (n° 173).

TRIPET, F. (2006). La prohibition de la fiducie libéralité : pourquoi une telle démesure ? *Gaz. Pal. 2006* (n° 294).

TUROT, J. (2007). Fiducie : être ou ne pas être neutre, voici la question. *RDF 2007* (n° 16).

Une visite au Forum. (2009). *Histoire*, Vol. 341 (n° 4).

VAREILLES-SOMMIERES, G. (1905). La définition et la notion juridique de la propriété. *RTD civ. 1905*, p. 443.

WARD, R. K. (2002). La culture bijuridique en Louisiane. *RGD 2002*, Vol. 32 (n° 1).

WITZ, C. (s.d.). *Appréciation de la législation libanaise sur les opérations fiduciaires*. Récupéré sur Juristisches Internetprojekt Saarbrüchen, Saarbrücken Bibliothek (projet internet juridique de la bibliothèque de Sarrebruck, Allemagne): www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek

WITZ, C. (2007). La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au *trust*. *D. 2007, p. 1369*.

WITZ, C. (1993). Réflexions sur la fiducie-sûreté. *JCP E 1993 (n° 18)*.

ZENATI, F. (1995). Droit de superficie. *RTD civ. 1995, p. 656*.

ZENATI, F. (1996). Meubles meublants. *RTD civ. 1996 p. 650*.

ZENATI, F. (1993). Pour une rénovation de la théorie de la propriété. *RTD civ. 1993, p. 305*.

ZENATI-CASTAING, F. (2006). La propriété, mécanisme fondamental du droit. *RTD civ. 2006, p. 445*.

86e Congrès des notaires de France, Lille, 20-23 mai 1990, La transmission des entreprises : vaincre les obstacles - Compte rendu des travaux. (1990). *JCP N 1990 (n° 28)*.

Encyclopédies, répertoires, ouvrages collectifs

ALBIGES, C. (2008, act. 2018). Nantissement. *Répertoire de droit commercial*.

AUCKENTHALER, F. (2017). Prêt de titres (fasc. 2125). *JCL Banque Crédit Bourse*.

AUCKENTHALER, F. (2017). Vente à réméré (fasc. 2122). *JCL Banque Crédit Bourse*.

BARRIERE, F. (2017). Fiducie. *Répertoire de droit civil*.

BERAUDO, J.-P. (2012). *Trust. Répertoire de droit international*.

BONNET, V. (2015). Biens (fasc. 550). *JCL Droit international*.

BREMONT, V. (2017). Communautés conventionnelles. *JCL Civil Code, Synthèse 976*.

BRENNER, C. (2017). Libéralités, Réserve héréditaire, Quotité disponible, Imputation des libéralités (fasc. 30). *JCL Civil Code, Art. 912 à 930-5*.

CASTAGNE, S. (2014, maj. 2018). Droit général des sociétés, Usufruit et nue-propriété d'actions et de parts sociales, Droits de l'usufruitier et du nu-propriétaire (fasc. C-36). *JCL Notarial Formulaire*.

CHAMOULAUD-TRAPIERS, A. (2012, act. 2016). Usufruit. *Répertoire de droit civil*.

COLLARD, F. (2014, maj. 2017). Usufruit, quasi-usufruit (fasc. 60). *JCL Notarial Formulaire*.

- CORNILLE, P. (2008). Bail à construction. *Construction Urbanisme 2008* (n° 2).
- COURTIEU, D. (2017). Troubles de voisinage (fasc. unique). *JCL Civil Annexes*.
- COURTIEU, G. (2013, maj. 2018). Assurances terrestres, Assurances de personnes, Assurance vie (fasc. 90). *JCL Notarial Formulaire*.
- DISSAUX, N. (2010). Fonds de commerce : généralités, *JCL Commercial* (fasc. 201).
- DROSS, W. (2016). Biens, Droits dont les biens peuvent être l'objet (fasc. unique). *JCL Civil Code, Art. 543*.
- DROSS, W. (2012). Propriété : droit d'accession sur ce qui est produit par la chose (fasc. unique). *JCL Civil Code, Art. 547 à 550*.
- DROZ, G., & REVILLARD, M. (2018). Libéralités, Donations, *Trusts* (fasc. 20). *JCL Civil Code, App. Art. 893 à 1100*.
- EPAILLY, D. (2017). Imputation des libéralités, avancement de part successorale, rapport forfaitaire (fasc. 160). *JCL Notarial Formulaire*.
- FLOUR, Y., DONZEL-TABOUCOU, C., & GRIMALDI, M. (2018-2019). Causes de révocation. *Dalloz action Droit patrimonial de la famille, Chap. 315*.
- FRANCOIS, B. (2011, act. 2018). Fiducie. *Répertoire de droit des sociétés*.
- GALLAND, M. (2008, act. 2011). Obligation foncière. *Répertoire de droit commercial*.
- GOFFAUX-CALLEBAUT, G. (2004, act. 2018). Part sociale. *Répertoire de droit des sociétés*.
- GRIMALDI, M., & PILLEBOUT, J.-F. (2018). Donations et testaments, Donations entre vifs, Irrévocabilité des donations par la volonté du donateur, Clauses prohibées, État estimatif des donations mobilières (fasc. unique). *JCL Civil Code, Art. 943 à 948*.
- GRIMONPREZ, B. (2013). Superficie. *Répertoire de droit civil*.
- HÉRAIL, J. (2008, act. 2017). Libéralités graduelles et résiduelles. *Répertoire de droit civil*.
- IZORCHE, M.-L., & BOFFA, R. (2007, maj. 2016). La circulation du contrat (fasc. 102). *JCL Contrats Distribution*.
- JALLAIS, A. (2002, maj. 2010). Exploitation agricole, Conjoint d'exploitant agricole (fasc. 10). *JCL Rural*.
- JULIENNE, M. (2015). Privilèges mobiliers spéciaux. *Répertoire de droit civil*.
- KARM, A. (2016). Majeurs protégés, Curatelle et tutelle, Effets patrimoniaux de la curatelle et de la tutelle, Classification des actes (fasc. 20). *JCL Civil Code, Art. 467 à 476*.

KARM, A. (2011, maj. 2017). Mariage, Organisation de la communauté conjugale et familiale, Communauté de résidence (art. 215, al. 2 et 3) (fasc. 30). *JCL Civil Code, Art. 212 à 215*.

KARM, A. (2012, maj. 2017). Mariage, Régime matrimonial primaire, Autonomie des époux (C. civ., art. 220 à 225) (fasc. 20). *JCL Civil Code, Art. 216 à 226*.

KARM, A. (2012, maj. 2014). Mariage, Régime matrimonial primaire, Généralités (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 216 à 226*.

LAPORTE-LECONTE, S. (2016). Le droit de superficie (fasc. 251-30). *JCL Construction Urbanisme*.

LE GUIDEC, R. (2014). Régime matrimoniaux, Exploitation du fonds de commerce (fasc. 1150). *JCL Entreprise individuelle*.

LE RUDULIER, N. (2016). Division en volumes, Nature et principes (fasc. 107-10). *JCL Construction Urbanisme*.

LE TOURNEAU, P., & KRAJESKI, D. (2012). Contrat "intuitu personae" (fasc. 200). *JCL Contrat Distribution*.

LEGEAIS, D. (2013 (maj. 2017)). Gage et nantissement, Nantissement de créance. *JCL Notarial Formulaire*.

LEPROVAUX, J. (2017). Donations et testaments, Réserve d'usufruit et retour conventionnel (fasc. unique). *JCL Civil Code, Art. 949 à 952*.

LEVILLAIN, N. (2014, maj. 2018). Succession : Droit de retour des frères et sœurs, article 757-3 du Code civil (fasc. 230). *JCL Liquidations - Partages*.

LEVILLAIN, N. (2015). Succession : Droit de retour légal des père et mère, article 738-2 du Code civil (fasc. 240). *JCL Liquidations - Partages*.

LEVILLAIN, N. (2011, maj. 2017). Succession, Mandat à effet posthume (fasc. 300). *JCL Notarial Formulaire*.

LUCAS, F.-X. (2005, maj. 2017). Conventions de portage (fasc. 2128). *JCL Banque Crédit Bourse*.

MAGOIS, B., & MONTOUX, D. (2018). Testament, Principes (fasc. 10). *JCL Notarial Formulaire*.

MARIA, I., & ROBBE, C. (2016). Majeur vulnérable : protection judiciaire : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, habilitation familiale. *Dalloz action Droit de la famille, Chap. 335*.

MATHIEU, M. (2016, maj. 2018). Communauté entre époux, Biens propres par nature (fasc. 40). *JCL Notarial Formulaire*.

MATHIEU, M. (2016). Communauté entre époux, Biens propres par origine (fasc. 30). *JCL Notarial Formulaire*.

MATHIEU, M. (2011, maj. 2014). Donation entre vifs, Donations graduelles, Régime général (fasc. 200). *JCL Notarial Formulaire*.

MATHIEU, M. (2017). Testament, Legs graduels et résiduels (fasc. 150). *JCL Notarial Formulaire*.

MATHIEU, M., & LEVILLAIN, N. (2012, maj. 2017). Quotité disponible et réserve, masse de calcul, réunion fictive des biens donnés entre vifs (fasc. 110). *JCL Notarial Formulaire*.

MERCIER, V. (2011, maj. 2017). Usufruit : Prérogatives de l'usufruitier, droit de l'usufruitier (usage et jouissance) (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 582 à 599*.

MONTOUX, D. (2018). Vente d'immeuble, Tontine (fasc. 260). *JCL Notarial Formulaire*.

MOREAU, J.-P. (2010, maj. 2013). Bail emphytéotique (fasc. 109). *JCL Construction Urbanisme*.

NAJJAR, I. (2008, act. 2017). Donation. *Répertoire de droit civil*.

NICOD, M. (2015). Libéralités graduelles, notion, domaine, formation (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 1048 à 1056*.

OPHÈLE, C. (2018, act. 2019). Cession de créances. *Répertoire de droit civil*.

OOSTERLYNCK, É. (2012). Fasc. 10 : Propriété : éléments, caractères, limitations (fasc. 10). *JCL Civil Code, Art. 544*.

PAINCHAUX, M. (9 avril 2018). Généralités sur les servitudes. *JCL Civil Code, Synthèse 250*.

PAINCHAUX, M. (13 sept. 2016). Usufruit, Obligations de l'usufruitier, Obligations de l'usufruitier en cours de jouissance. *JCL Civil Code, Art. 605 à 616*.

PILLEBOUT, J.-F. (2018). Irrévocabilité des donations. *JCL Civil Code, Synthèse 450*.

PILLEBOUT, J.-F. (2016 (maj. 2018)). Usufruit, Acte constitutif, Conseils de rédaction, Formalités (fasc. 20). *JCL Notarial Formulaire*.

POLLAUD-DULIAN, F. (2010). *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*. Paris: Economica.

PRAICHEUX, S. (2010, act. 2018). Sûretés financières. *Répertoire de droit des sociétés*.

QUÉMENT, C. (2018). Synthèse, Bail commercial : renouvellement et refus du renouvellement. *JCL Notarial Formulaire*.

REVILLARD, M. (2018). Législation comparée : Amérique, régimes matrimoniaux et successions (fasc. 40). *JCL Notarial formulaire*.

ROUIT, V. (2016). Fiducie-sûreté. *Lamy droit des sûretés, Sûretés réelles, Propriétés-sûretés, étude 293*.

SAINT-ALARY-HOUIN, C. (2012, act. 2014). Bail à construction. *Répertoire de droit immobilier*.

SCHAUFELBERGER, F. (2018). Synthèse - Protection des emprunteurs immobiliers. *JCL Construction Urbanisme*.

SÉRIAUX, A. (2018). Conditions et charges des libéralités. *JCL Civil Code, Synthèse 400*.

SIFFREIN-BLANC, C., & GIL, G. (2016, maj. 2017). Usufruit, Prérogatives de l'usufruitier, Pouvoir de l'usufruitier (fasc. 20). *JCL Civil Code, Art. 582 à 599*.

SIMLER, P. (2017). Contrat, Effets du contrat, Effet translatif (fasc. unique). *JCL Civil Code, Art. 1196 à 1198*.

SIZAIRE, D. (2011, maj. 2014). Sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé, Situation des attributaires, Dispositions particulières à la construction. *JCL Sociétés Traité*.

TIXIER, J.-L. (2006, act. 2017). Bail emphytéotique. *Répertoire de droit immobilier*.

TREMEAU, J. (2009). Propriété : fondement constitutionnel du droit de la propriété (fasc. 20). *JCL Civil Code, Art. 544*.

VAREILLE, B., & GRIMALDI, M. (2018-2019). Protection du logement de la famille. *Dalloz action Droit patrimonial de la famille, Chap. 113*.

VINCKEL, F., & COLLARD, F. (2018). Capacité des contractants, Associé marié ou partenaire (fasc. 8-30). *JCL Sociétés Traité*.

WICKER, G. (2016). Personne morale. *Répertoire de droit civil*.

WICKER, G. (2014). Successions, Mandats successoraux, Le mandat à effet posthume (fasc. unique). *JCL Civil Code, Art 812 à 812-7*.

Assurance-vie : régime juridique, étude 125. (2016). *Le Lamy Patrimoine*.

Cession de créance. (2019). *Dalloz, Fiche d'orientation*.

Conventions de portage. (2017). *Le Lamy Droit du financement*.

Définition économique du terme "valeur". (2018). *Encyclopédie Larousse en ligne, www.larousse.fr/encyclopedie/divers/valeur/100648*.

Démembrement, étude 265. (2015). *Le Lamy Patrimoine*.

Financement de projets et garanties sur créances, étude 287. (2013). *Le Lamy Droit des sûretés*.

Les principales sûretés réelles du droit allemand : fiducie-sûreté et clause de réserve de propriété, étude 523. (2017). *Le Lamy Droit des sûretés*.

Pension de titres. (2017). *Le Lamy Droit du financement*.

Tontine, étude 720. (2016). *Le Lamy Patrimoine*.

La copropriété (éd. 9). (2018). Paris: Dalloz.

La fiducie mode d'emploi (éd. 2). (2009). Francis Lefebvre, Dossiers pratiques.

Le Lamy Baux commerciaux. (2018). Paris: Lamy.

Le Lamy Droit immobilier. (2018). Paris: Lamy.

Le Petit Larousse illustré, Dictionnaire. (2006). Paris: Larousse.

Mémento Comptable. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre.

Mémento Droit commercial. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre.

Mémento Fiscal. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre.

Mémento Patrimoine. (2017-2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre.

Mémento Sociétés civiles. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre.

Mémento Sociétés commerciales. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre.

Mémento Urbanisme Construction. (2018). Levallois-Perret: Francis Lefebvre.

Lois, ordonnances, codes, décrets, propositions de loi et avant-projets

Loi du 27 janvier 1804

Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération modifiée

Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux

Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis

Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption

Loi n° 71-579 du 16 juillet 1971 relative à diverses opérations de construction

Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

Loi n° 79-2 du 2 janvier 1979 relative aux droits grevant les lots d'un immeuble soumis au statut de la copropriété

Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 dite Dailly facilitant le crédit aux entreprises

Loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale

Loi n° 85-1470 du 31 décembre 1985 modifiant la loi 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis

Loi n° 86-18 du 6 janvier 1986 relative aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé

Loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne, instituant un régime juridique et fiscal du prêt de titres

Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances

Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986

Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution

Loi n° 93-6 du 4 janvier 1993 relative aux sociétés civiles de placement immobilier, aux sociétés de crédit foncier et aux fonds communs de créances

Loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la Banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers

Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières

Loi n° 96-1107 du 18 décembre 1996 améliorant la protection des acquéreurs de lots de copropriété

Loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier

Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral

Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière

Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales

Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités

Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie

Loi n° 2007-1774 du 17 décembre 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier

Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés

Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures

Loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers

Loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009

Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière

Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové

Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes

Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

Loi n° 2018-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice

Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés

Ordonnance n° 2008-556 du 13 juin 2008 transposant la directive 2005/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005 relative à la réassurance et réformant le cadre juridique des fonds communs de créances

Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté

Ordonnance n° 2009-79 du 22 janvier 2009 créant l'Autorité des normes comptables

Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie

Ordonnance n° 2010-462 du 6 mai 2010 créant un livre IX du Code rural relatif à la pêche maritime et à l'aquaculture marine

Code des assurances

Code civil

Code de commerce

Code de la consommation

Code de l'environnement

Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique

Code général des impôts
Code pénal
Code de procédure civile
Code rural et de la pêche maritime
Code de l'urbanisme
Livre des procédures fiscales

Décret n° 89-158 du 9 mars 1989 portant application des art. 26 et 34 à 42 de la loi 881201 du 23-12-1988 et relatif aux fonds communs de créances

Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution

Décret n° 2007-725 du 7 mai 2007 relatif à la déclaration d'existence de la fiducie prévue à l'article 223 VH du Code général des impôts et modifiant l'annexe III à ce Code

Décret n° 2009-1627 du 23 décembre 2009 relatif à l'exercice de la fiducie par les avocats

Décret n° 2010-56 du 15 janvier 2010 relatif à l'Autorité des normes comptables

Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies »

Décret n° 2014-852 du 29 juillet 2014 relatif aux obligations déclaratives des particuliers réalisant, directement, par personne interposée ou par l'intermédiaire d'une fiducie des opérations sur des instruments financiers à terme

Proposition de loi n° 178 (Sénat) instituant la fiducie, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 février 2005

Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Association Henri Capitant, remis le 26 juin 2017 au ministère de la Justice. (2017)

Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Association Henri Capitant, réalisé à la demande du ministère de la Justice. (2017)

Dispositions de droit international

Communication de la Commission européenne, 11 juill. 2001 (J.O.C.E. 13 sept. 2001)

Convention relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, La Haye, 1^{er} juill. 1985

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, New York, 12 déc. 2001

Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil, 6 juin 2002 (J.O.U.E L168 27 juin 2002)

Directive 2005/68/CE du Parlement européen et du Conseil, 16 nov. 2005 (J.O.U.E. L323 9 décembre 2005)

Résolution du Parlement européen, 15 nov. 2001 (J.O.C.E. 13 juin 2002)

Réponses ministérielles

Rép. min. Grosdidier JO Sénat 5 mai 2016, n° 16451

Rép. min. Marini JO Sénat 8 janv. 2009, n° 06210

Rép. min. Pecresse JOAN 20 avr. 2004, n° 27670

Rép. min. Ciot JOAN 23 fév. 2016, n° 78192

Rapports, comptes rendus, avis, notes d'information

Rapport n° 11 de M. Henri de RICHEMONT au Sénat, fait au nom de la commission des lois, 11 oct. 2006

Rapport n° 343 de M. Henri de RICHEMONT au Sénat, fait au nom de la commission des lois, 10 mai. 2006

Rapport n° 3655 de M. Xavier de ROUX à l'Assemblée nationale, fait au nom de la commission des finances, 1^{er} fév. 2007

Rapport d'information n° 329 de M. Jean ARTHUIS au Sénat, fait au nom de la commission des Finances, 14 mai 2008

La création d'un patrimoine d'affectation : Rapport de M. Xavier de ROUX préparé à la demande des ministres de l'Économie et de la Justice, ainsi que du secrétaire d'État à l'Artisanat et au Commerce, 5 nov. 2008

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JORF n° 0295 du 19 décembre 2008

Rapport n° 442 de M. Philippe MARINI au Sénat, fait au nom de la commission des finances, 27 mai 2009

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, JO n° 26 du 31 janvier 2009

Doc. Sénat n° 131, 1ère session ordinaire, 1964-1965

Compte rendu intégral de la séance du 17 octobre 2006 (Sénat), JO Sénat n° 82 du 18 octobre 2006

Avis n° 2008-03 du 7 février 2008 du Conseil national de la comptabilité, relatif au traitement comptable des opérations de fiducie.

Quelques éléments sur le droit de propriété et le Conseil constitutionnel (2001) : note d'information interne aux services du Conseil constitutionnel

Colloques dont les actes n'ont pas ou pas encore été publiés

Colloque « La propriété malmenée ? » organisé par la Faculté de Droit et de Sciences politiques, Université d'Auvergne, et le Centre Michel de l'Hospital, le 5 avril 2012 à Clermont-Ferrand

Colloque « Quelle réforme pour le droit des sûretés ? » organisé par l'Université Clermont-Auvergne École de Droit et le Centre Michel de l'Hospital, le 8 novembre 2018 à Clermont-Ferrand

Colloque international « La propriété à l'épreuve de la mer : enjeux et évolutions » organisé par l'UMR AMURE et le Centre de Droit et d'Économie de la Mer, Université de Bretagne Occidentale, les 2 et 3 juillet 2015 à Brest

Autres

INSEE Première n° 1387, paru 30/01/2012

TABLE DES MATIERES

Sommaire	1
Principales abréviations	3
Introduction.....	7
① L'étude ne porte pas sur la théorie économique des droits de propriété et l'analyse économique du droit	9
② L'étude porte sur le concept de propriété.....	11
③ L'étude porte sur la propriété économique.....	25
1 ^{ère} partie Le réveil de la propriété économique par la fiducie : une approche manquée	29
Titre 1 Les racines de la propriété économique.....	31
Chapitre 1 Les précédents civils de la propriété économique : de l'apogée de la propriété économique à son oubli progressif	33
Section 1 La propriété économique du droit romain	34
I Les cas de dualité du droit de propriété.....	35
A La propriété prétorienne.....	35
1 Une propriété superposée.....	35
2 Les effets de la propriété prétorienne	36
3 La protection de la propriété prétorienne.....	37
B La question de la propriété provinciale.....	39
II Les formes superposées de la propriété immobilière par les baux.....	41
A La superficie romaine	41
1 Un droit contractuel	42
2 Les droits et obligations des parties	42

3 Nature du droit de propriété.....	43
B L'emphytéose romaine.....	44
1 L'emphytéose, un contrat spécial.....	44
2 Les droits et obligations des parties.....	44
3 Nature du droit de propriété.....	45
Section 2 La propriété économique féodale et dans l'Ancien droit.....	46
I Le double domaine.....	46
A La construction médiévale de la propriété.....	47
B Le régime des biens à propriété dissociée : les tenures.....	49
1 Les prérogatives du vassal dans le fief.....	49
2 Les prérogatives du tenancier dans la censive.....	50
3 Les prérogatives du seigneur.....	51
II Du domaine utile à la propriété économique.....	52
A La théorie du double domaine : nature de la propriété médiévale.....	53
1 La patrimonialité : hérédité et aliénabilité.....	53
2 L'absence des caractères absolu, exclusif et perpétuel.....	55
B La propriété sous l'Ancien régime.....	56
III La survie des propriétés simultanées après 1804.....	57
Chapitre 2 L'influence du <i>trust</i> quant au renouveau de la propriété économique en droit français.....	61
Section 1 Les propriétés simultanées du <i>trust</i>	62
I L'origine des superpositions de droits.....	62
A Les tenures.....	63
B Les <i>uses</i>	64
II Le maintien des superpositions de droits.....	65
A Des tenures aux <i>estates</i>	66
B De l' <i>use</i> au <i>trust</i>	67

Section 2 L'intérêt du <i>trust</i>	68
I La notion de <i>trust</i>	69
A Le concept du <i>trust</i>	69
B La comparaison avec les concepts français.....	71
II Les typologies de <i>trusts</i>	72
A Le <i>trust</i> légal	72
B Le <i>trust</i> volontaire	73
III Le mécanisme du <i>trust</i> quant à la propriété.....	74
A La propriété et le <i>settlor</i>	74
B La propriété et le <i>trustee</i>	75
C La propriété et le bénéficiaire.....	76
Section 3 L'application en France des <i>trusts</i> étrangers	78
I La méthode de l'adaptation juridique.....	78
A L'inapplication de la Convention de la Haye du 1 ^{er} juillet 1985	79
1 Le contenu de cette Convention.....	79
2 La non-ratification par la France de cette Convention : des raisons indépendantes de la structure de la propriété	81
B L'assimilation du <i>trust</i> à l'une des catégories juridiques françaises.....	83
II L'application fiscale des <i>trusts</i> étrangers en France	84
Conclusion du titre 1	87
Titre 2 La réapparition <i>a minima</i> de la propriété économique au travers de la fiducie.....	89
Chapitre 1 Le choix de la fiducie comme moyen de réintroduire la propriété économique en droit français	91
Section 1 Les raisons de l'introduction de la fiducie en droit français.....	91
I Les exemples appréciés de fiducies étrangères de pays de droit civil.....	92
A Le Luxembourg.....	92
B L'Allemagne	94

C L'Italie.....	96
D La province canadienne de Québec	98
II La nécessité de s'adapter au contexte économique international : la mobilité juridique	100
Section 2 La genèse de la fiducie en droit français.....	102
I Les fondements de la fiducie française.....	103
A La <i>fiducia</i> romaine	103
B Le fidéicommis et la substitution fidéicommissaire de l'Ancien droit .	105
II La loi instituant la fiducie française	108
Section 3 La notion et les fonctions de la fiducie	112
Section 4 L'inscription de la fiducie dans le cadre de la progressive reconnaissance du patrimoine d'affectation	115
Chapitre 2 Le gâchis de la propriété économique dans la fiducie	119
Section 1 L'organisation de la propriété dans la fiducie	119
I La propriété à la naissance de la fiducie.....	120
A Le transfert de patrimoine du constituant	120
B La constitution du patrimoine fiduciaire	122
1 Un transfert	122
2 Les biens, droits ou sûretés transférables.....	123
3 Des biens, droits ou sûretés présents ou déterminables	126
4 Un ensemble de biens, droits ou sûretés	127
II La propriété pendant la fiducie	128
A La situation du fiduciaire	128
1 La personne du fiduciaire	128
2 La mission et les pouvoirs du fiduciaire	130
3 Les obligations et interdictions faites au fiduciaire	132
4 Les droits du fiduciaire sur le patrimoine fiduciaire	135
5 La surveillance du fiduciaire.....	137

B La situation du bénéficiaire	138
1 Le bénéficiaire	138
2 Les droits du bénéficiaire sur le patrimoine fiduciaire	140
C La situation du constituant	141
V La propriété à l’extinction de la fiducie	145
A Les causes de la cessation du contrat de fiducie	145
B Les effets de la cessation du contrat de fiducie	146
1 Lorsque le constituant est bénéficiaire.....	146
2 Lorsque le fiduciaire est bénéficiaire	147
3 Lorsqu’un tiers est bénéficiaire.....	148
Section 2 L’analyse de la propriété dans la fiducie	149
I La controverse quant à l’existence et la nature du transfert de « biens, droits ou sûretés » opéré dans le cadre de la fiducie	149
A Les éléments du débat : les caractéristiques de la propriété du fiduciaire.....	150
B L’analyse de la propriété du fiduciaire.....	152
1 Une propriété est transférée au fiduciaire	153
2 La propriété transférée au fiduciaire n’est pas la propriété de l’article 544 du Code civil	157
3 La propriété transférée au fiduciaire est la propriété fiduciaire.....	159
4 Le corollaire de la propriété juridique fiduciaire est la propriété économique du bénéficiaire.....	163
II La confirmation de l’existence d’une superposition de deux propriétés : propriété fiduciaire et propriété économique	167
A La proposition d’ajout d’un alinéa à l’article 2011 du Code civil	167
1 Le contenu de cette proposition d’ajout.....	168
2 Le contexte de cette proposition d’ajout.....	169

3 Les enjeux de cette proposition d'ajout : la confirmation de la juxtaposition des propriétés.....	172
B La censure du Conseil constitutionnel	173
1 Il ne s'agit pas d'une décision sur le fond	174
2 Il s'agit d'un simple cavalier législatif : une censure formelle.....	175
Section 3 Le gaspillage de la propriété économique dans la fiducie	176
I L'échec de la fiducie.....	177
II La déception quant à la propriété économique dans la fiducie	181
Conclusion du titre 2.....	183
Conclusion de la 1 ^{ère} partie	185
2 ^{de} partie Pour une approche renouvelée et dynamique de la propriété économique.....	187
Titre 1 La définition renouvelée de la propriété économique.....	189
Chapitre 1 La notion de propriété économique : la propriété des services économiques.....	191
Section 1 La propriété économique : propriété des services économiques	191
Section 2 La propriété économique : une propriété différenciée	194
I Les deux facettes de la propriété économique.....	194
II La forme passive de la propriété économique : l'utilité comme élément déterminant.....	198
III La forme active de la propriété économique : le pouvoir comme élément déterminant.....	199
Section 3 Le miroir de la propriété économique : la propriété juridique.....	202
I La notion de valeur	203
A Les différentes conceptions de la valeur	203
B Notre conception de la valeur	206
II La propriété juridique, propriété de la valeur.....	207
A La propriété juridique, propriété de la valeur immanente dans le cadre de la propriété économique passive	207

B La propriété juridique, propriété de la valeur d'utilité dans le cadre de la propriété économique active	209
Chapitre 2 La nature de la propriété économique : une modalité interne de la propriété	211
Section 1 La propriété économique n'est qu'une propriété	211
I La propriété économique n'est pas une possession	211
II La propriété économique n'est pas une propriété seulement apparente....	213
III La propriété économique n'est pas un droit indivis avec la propriété juridique	214
IV La propriété économique n'est pas un émolument, par opposition au titre	215
V La propriété économique n'est pas une nue-propriété	216
VI La propriété économique n'est pas un usufruit.....	218
VII La propriété économique n'est pas le bénéfice d'une charge réelle pesant sur la propriété juridique	220
VIII La propriété économique n'est pas un droit réel sur la chose du propriétaire juridique, démembrement de propriété.....	223
Section 2 La propriété économique est bien une propriété.....	227
I Les caractères de la propriété économique : entre absolutisme, exclusivité, et perpétuité.....	227
A La propriété économique et le caractère perpétuel	227
B La propriété économique et le caractère absolu	230
C La propriété économique et le caractère exclusif.....	234
II Les attributs de la propriété économique : entre <i>usus</i> , <i>fructus</i> et <i>abusus</i> ..	237
A Notions de jouissance et disposition	237
B Jouissance et disposition dans le cadre de la propriété économique active	241
C Jouissance et disposition dans le cadre de la propriété économique passive	242

Section 3 La propriété économique est une propriété particulière	244
I La propriété économique est un droit réel ET personnel.....	244
A Les termes d'un choix impossible.....	244
1 Les droits réels	244
2 Les droits personnels	248
3 Les intérêts et limites de la distinction.....	248
B Le refus d'un choix impossible	250
1 Le caractère personnel de la propriété économique.....	250
2 Le caractère réel de la propriété économique	254
3 La nature duale de la propriété économique	258
II La propriété économique est une vocation.....	259
A La vocation à la plénitude, au moins éventuelle, des prérogatives	259
B La vocation, selon le cas, à la propriété complète.....	262
III La propriété économique et son corollaire, la propriété juridique, sont des propriétés simultanées et nécessaires l'une à l'autre.....	264
A Des propriétés simultanées distinctes, et non une propriété collective.	265
B Des propriétés issues de la dissociation intellectuelle de la chose	267
C Des propriétés interdépendantes	267
IV La propriété économique est une modalité interne de la propriété.....	269
A La notion de modalité interne de la propriété	269
1 La notion de modalité de la propriété	269
2 La distinction entre les modalités internes et externes de la propriété	272
B La qualification de la propriété économique de modalité interne de la propriété	273
Conclusion du titre 1	277
① L'absence d'obstacle d'ordre civil	277
② L'absence d'obstacle d'ordre constitutionnel	279

Titre 2 Les modalités et potentialités de la propriété économique renouvelée.....	285
Chapitre 1 Le champ d'application de la propriété économique renouvelée.....	287
Section 1 La relecture de mécanismes existants à la lumière de la conception renouvelée de la propriété économique.....	287
I Les propriétés économiques passives dans l'ordre juridique	288
A Propriété économique et intérêt exclusif du propriétaire économique .	288
1 La propriété économique comme mode d'organisation du patrimoine.....	289
a Les associés, propriétaires économiques de l'universalité du patrimoine de la société	289
b Les associés des sociétés d'attribution et assimilées, propriétaires économiques d'actifs sociaux en particulier	294
2 La propriété économique comme mode de gestion du patrimoine	299
a Le bénéficiaire acceptant de l'assurance-vie	299
b Le mandataire à effet posthume	303
B Propriété économique et intérêt partagé du propriétaire économique et du propriétaire juridique.....	308
1 Les transmissions d'ordre financier ou professionnel	308
a La titrisation de créances	309
b Certains transferts temporaires de valeurs mobilières.....	313
2 Les transmissions d'ordre familial.....	321
a La libéralité graduelle	321
b Le droit de retour légal des père et mère et le droit de retour conventionnel.....	324
II Les propriétés économiques actives dans l'ordre juridique	330
A L'exercice exclusif du pouvoir par le propriétaire économique	330
1 L'époux commun en biens souscripteur d'une assurance-vie	330
2 L'usufruit	334

a L'usufruit du portefeuille de valeurs mobilières	335
b Le quasi-usufruit.....	337
B L'exercice limité du pouvoir par le propriétaire économique.....	340
1 L'interférence du propriétaire juridique par des pouvoirs identiques	340
a Le régime primaire et le logement familial	340
b La tontine.....	348
2 L'interférence du propriétaire juridique par des pouvoirs de nature différente	354
a L'époux commun en biens chef d'entreprise.....	354
b Les baux superficiaires	363
Section 2 L'élaboration de mécanismes inédits : une concurrence sérieuse pour le <i>trust</i>	371
I La possibilité de rivaliser avec le <i>trust</i> : l'exemple du plurijuridisme de la Louisiane ou l'existence de transferts fiduciaires sans fiducie	372
II L'effectivité d'une concurrence pour le <i>trust</i> : de nouveaux outils d'organisation et de gestion de patrimoine	375
A La création de nouvelles formes de libéralités.....	375
1 L'élaboration de libéralités originales : la donation de propriété juridique passive et/ou de propriété économique active	376
2 Le respect du principe d'irrévocabilité spéciale des libéralités	378
a Le principe d'irrévocabilité spéciale des donations.....	379
b Les applications du principe d'irrévocabilité spéciale des donations	381
3 Le traitement de l'opération quant au respect de la réserve héréditaire et de l'égalité entre héritiers	383
4 L'absence d'autre équivalent en droit positif.....	385
5 Une alternative à la prohibition de la fiducie-libéralité	386
B La reconnaissance de la cession de créances à titre de garantie.....	388
C Autres exemples	393

Chapitre 2 Le régime juridique de la propriété économique renouvelée.....	395
Section 1 Les modes d'établissement et de fin de la propriété économique	395
I La naissance de la propriété économique	395
A La propriété économique issue du contrat	396
1 Le propriétaire économique peut ne pas être partie au contrat	396
2 Le propriétaire juridique peut ne pas être partie au contrat	397
3 Les propriétaires économique et juridique peuvent être parties au contrat.....	399
B La propriété économique issue de l'acte unilatéral.....	399
C La propriété économique issue de la loi.....	400
II La fin de la propriété économique : l'arrivée du terme.....	402
A La disparition d'un propriétaire	402
1 La disparition du propriétaire juridique dans le cadre de la propriété économique passive.....	403
2 La disparition du propriétaire économique dans le cadre de la propriété économique active.....	405
B L'arrivée de la date prévue ou l'expiration de la durée convenue	406
Section 2 L'objet de la propriété économique	408
I Les biens	409
II La valeur des biens	410
Section 3 Le sujet de la propriété économique	413
I La capacité du propriétaire économique.....	413
II Le consentement du propriétaire économique	415
Section 4 La transmission de la propriété économique	416
I La transmission volontaire.....	416
A La transmission de la totalité de la propriété économique.....	416
B Le démembrement de la propriété économique	420
II La transmission involontaire	423

A La transmission subie : le décès du propriétaire économique.....	423
B La transmission forcée : la mise en œuvre d'une sûreté	424
III La valorisation de la propriété économique transmise	426
Section 5 La protection de la propriété économique	429
I La protection constitutionnelle de la propriété économique	430
II Les limites à la protection constitutionnelle de la propriété économique .	432
Conclusion du titre 2.....	435
Conclusion de la 2 ^{de} partie	437
Conclusion générale.....	439
Bibliographie	443
Table des matières	475