



HAL
open science

Étude de l'efficacité économique de la fiducie-sûreté et de l'opportunité de son introduction en droit malgache

Dina Narindra Rahaga

► **To cite this version:**

Dina Narindra Rahaga. Étude de l'efficacité économique de la fiducie-sûreté et de l'opportunité de son introduction en droit malgache. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2019, 26, pp.87-130. hal-02550300

HAL Id: hal-02550300

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02550300>

Submitted on 22 Apr 2020

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

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

DROIT DES SÛRETÉS

Étude de l'efficacité économique de la fiducie-sûreté et de l'opportunité de son introduction en droit malgache

Dina Narindra RAHAGA

Lauréate du concours de mémoires interrégional de l'OI (2017)

Résumé :

La fiducie-sûreté est un mécanisme de garantie dotée d'un grand potentiel. Sa malléabilité, son adaptabilité suivant les situations envisagées et son efficacité économique en font une sûreté fort prisée dans le monde des affaires, surtout dans le domaine financier, et en matière de financement des entreprises. Mais s'il s'agit d'une institution déjà bien rodée à l'étranger, le droit malgache des sûretés est encore relativement "ancien", au grand dam de nombreux opérateurs économiques. Le droit malgache des sûretés aurait bien besoin d'une touche de modernité à l'heure où l'accès au crédit se fait de plus en plus difficile pour les jeunes entrepreneurs malgaches.

Si le mécanisme fiduciaire existe bel et bien en droit malgache, sous les traits de la cession fiduciaire, héritée de la "cession Dailly" du droit français, la fiducie-sûreté proprement dite n'a pas encore été consacrée par le législateur. Cet article sera donc consacré à l'étude de toutes les caractéristiques de la fiducie-sûreté en tant que telle, ce qui nous permettra à la fois de juger de l'opportunité de son introduction en droit malgache et des avantages que cela engendrerait.

Abstract:

The fiducie-sûreté or trust by way of security is a guarantee mechanism with great potential. Its malleability or adaptability depending on circumstances and its economic efficiency make it a highly sought security in the business community, especially in the financial and the corporate restructuring fields. Although it is a well-proven institution abroad, the Malagasy law on securities is relatively "old", to the great displeasure of the economic operators. The Malagasy law on securities would certainly need a touch of modernity as the access to credit has become even more difficult for young Malagasy entrepreneurs.

Even if the fiduciary mechanism indeed exists in the Malagasy law, under the name cession fiduciaire or fiduciary assignment as inherited from the French law's "Dailly assignment", the fiducie-sûreté per se has not been enshrined in law yet. This article will then be dedicated to the study of all the characteristics of the fiducie-sûreté itself, thus allowing us to judge whether it is advisable to adopt it in the Malagasy law, and to understand the advantages thus generated.

Essentielles à la sécurisation d'intérêts économiques devenus de plus en plus importants, les sûretés ont vocation à pallier les vicissitudes spécifiques aux affaires. Étroitement liée à la complexité croissante des échanges commerciaux, à leur diversification et à leur extension géographique, l'évolution des sûretés s'est faite étape par étape. Si d'un côté, les anciennes sûretés dites traditionnelles¹ et dont les origines remontent à l'Antiquité ou au Moyen-âge se sont vues améliorées, la pratique des affaires a de son côté, vite fait de conduire à la création d'autres sûretés nouvelles².

La fiducie-sûreté a ceci de particulier qu'elle cumule ces deux phases d'évolution. En effet, ses origines remontent à l'époque de la Rome antique mais sa forme moderne est le fruit de plusieurs améliorations. Elle consiste en « *l'aliénation d'un bien au profit d'un créancier, qui a l'obligation de le rétrocéder au constituant en cas de paiement de la dette garantie* »³.

Quant à son efficience économique qui nous intéresse plus particulièrement, elle dépend en grande partie de la recherche d'un équilibre entre les différents droits et intérêts mis en jeu (I). Fondamentalement archaïque et fruste dans son mécanisme, elle est pourtant à l'origine de nombreuses possibilités et de nouvelles perspectives, au point que certains auteurs voient déjà en elle, toutes les caractéristiques d'une « nouvelle reine des sûretés » (II).

Bien que la fiducie⁴ n'existe pas en droit malgache sur le plan théorique, il est intéressant de constater que techniquement, il connaît un mécanisme d'aliénation fiduciaire à titre de garantie. Notre législateur a introduit la « cession fiduciaire »⁵ qui peut en fait, être considérée comme une fiducie-sûreté innommée. Utilisée à des fins de garantie, la fiducie n'est donc pas une institution si étrangère que cela à notre Droit. Particulièrement prisée dans le secteur financier, tout comme certaines sûretés ont contribué à l'essor de certains secteurs économiques⁶, la fiducie-sûreté n'est pas en reste et il est intéressant d'étudier toute sa potentialité, ainsi que l'opportunité de son introduction en droit malgache.

¹ C'est par exemple le cas de l'hypothèque, des privilèges et du gage.

² Nous pouvons citer entre autres les garanties autonomes et le crédit-bail.

³ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 311.

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

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

⁶ Le gage du vendeur de véhicule à crédit a contribué au développement de l'industrie automobile, de même que le warrant viticole a sauvé la viticulture de consommation courante, cf. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} Ed., Litec, 1997, p. 5.

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

En tant que sûreté moderne aux origines anciennes (A), la fiducie a connu une longue phase d'évolution. Il ne fut pas toujours aisé de trouver un juste équilibre entre équité et efficacité, mais l'étude de l'économie du contrat de fiducie-sûreté (B) révèle qu'une évolution positive s'est faite sur ce point.

A.- Une sûreté moderne aux origines anciennes

C'est à travers l'étude de son histoire que l'on peut appréhender les forces et les lacunes d'un mécanisme de garantie donné. Les évolutions historique et législative (1) permettent de mieux comprendre ce qui a amené le législateur français à une reconnaissance de la fiducie-sûreté en tant que véritable sûreté (2).

1 – Evolutions historique et législative

Du latin « *fiducia* » qui veut dire « confiance » ou « cession de bonne foi », elle est communément admise comme étant la source de toutes les sûretés réelles. Elle aurait puisé ses racines en Egypte ou en Grèce, mais n'a atteint une certaine perfection technique qu'ultérieurement, à Rome où elle fut régie par le *Corpus juris civilis* de Justinien, bien des siècles avant l'apparition du *trust* médiéval.

La *fiducia* supposait ainsi un transfert de propriété appelé *datio*, qui était accompagné d'une convention par laquelle celui qui a reçu le bien s'engage à le rendre à celui-même qui le lui a transmis, ou à une autre personne. Elle eut ainsi trois variantes : la *fiducia cum amico*, qui était un prêt à usage ou un dépôt, proche de l'actuelle fiducie-gestion ; la *fiducia cum creditore* et la fiducie-libéralité.

La fiducie-sûreté actuelle est une sûreté provenant de la sophistication de la « *fiducia cum creditore* », mais la technique juridique rudimentaire de l'époque, surtout en ce qui concerne les sûretés réelles, mettait le débiteur en situation de vulnérabilité face à un créancier tout puissant. En effet, la dépossession du débiteur de son bien pouvait s'avérer particulièrement antiéconomique si ledit bien n'a de valeur que par son utilisation. D'autre part, il n'y avait aucune réglementation protectrice du débiteur, ou de règles encadrant la réalisation de la fiducie. Il était malgré tout possible de conclure « une convention de précaire » afin de permettre au débiteur de garder l'usage des biens fiduciaires, en espérant que le créancier accepte une telle convention.

Face à ce déséquilibre flagrant de l'économie du contrat de fiducie, les juristes romains ont préféré utiliser d'autres sûretés transférant uniquement la possession et non plus la propriété d'un bien. Par la suite, nombreuses furent les

sûretés qui disparurent après la chute de l'empire romain d'occident. La fiducie, la seule qui subsista parmi les sûretés réelles fut couramment mise en œuvre en France au Moyen-âge, afin de protéger le patrimoine des Croisés pendant leur absence. Elle prenait alors la forme de l'actuelle « fiducie-gestion », correspondant à l'ancienne « *fiducia cum amico* » du droit romain ; et de la « fiducie-transmission », autre forme de fiducie romaine, laquelle permettait à une personne de léguer son patrimoine à une autre chargée de la remettre à un tiers⁷.

Bien des siècles plus tard, la fiducie romaine aurait vraisemblablement été reprise en Grande Bretagne. Pourtant, le *trust*, institution voisine de la fiducie, n'aurait pas hérité des bases du droit romain⁸. Dans le monde anglo-saxon, le *trust* connaissait un franc succès. Il était utilisé à des fins de garantie, de gestion, et même de libéralités. Contrairement à ce qui se passait dans les pays de tradition civiliste, le mécanisme de l'aliénation fiduciaire avait pu se perfectionner au fil des ans et avait trouvé diverses applications. Or, parallèlement en France au tout début du XIX^{ème} siècle, considérée comme un instrument de féodalité, la fiducie n'a pas été reprise dans le Code napoléonien de 1804, dont l'élimination des grands patrimoines, ainsi que de la fraude aux règles de succession figuraient parmi ses principaux objectifs.

Bien qu'officiellement disparue, la fiducie finira pourtant par revenir officieusement grâce aux banques où elle fut longtemps utilisée comme instrument de crédit⁹. Elle concernait principalement les créances de somme d'argent et les instruments financiers¹⁰. Certains mécanismes d'aliénation ou de cession fiduciaire¹¹ qui connaissaient un grand succès auprès des praticiens étaient ainsi strictement réglementés et jouaient dans des domaines restreints.

Mais à l'origine, c'est en partie à cause du détournement d'institution opéré en matière de vente à réméré que le législateur français a décidé d'introduire la fiducie dans le droit positif. En effet, le créancier, en versant le prix de la chose qu'il achète accordait en réalité un crédit au débiteur¹². Souvent afin d'augmenter la pression exercée sur ce dernier, le créancier se faisait vendre un bien dont la

⁷ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 330.

⁸ P. DUPICHOT, *Rapport de synthèse, La fiducie dans tous ses états*, Paris-Est Créteil, Tome XV, Dalloz, 2011, p. 89.

⁹ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 601.

¹⁰ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 330.

¹¹ « *Le qualificatif fiduciaire signifie que les créances sont cédées à la banque, par le bénéficiaire du crédit, en pleine propriété mais sans stipulation d'un prix* » ; cf. A. REYGROBELLET, « Cession Dailly et procédures collectives : une efficacité bien tempérée », *Option Finance*, [en ligne], 7/09/2015, adresse URL : www.lexplicite.fr/cession-dailly-et-procedures-collectives-une-efficacite-bien-temperee/.

¹² J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} Ed., Dalloz, 2010, p. 238.

valeur réelle est supérieure à celle de l'emprunt. Vraisemblablement nuisible au crédit du débiteur, et pouvant même conduire à terme à un enrichissement sans cause du créancier, le mécanisme pouvait cacher un pacte commissaire¹³, pourtant prohibé par le législateur à cette époque. D'abord utilisée en matière immobilière au XIX^{ème} siècle, la vente à réméré fut bientôt utilisée en matière financière, d'où la nécessaire intervention du législateur avec la loi « *Dailly* » du 2 janvier 1981 encadrant la cession et le nantissement de créances professionnelles. Appelée parfois aussi « *fiducie bancaire*¹⁴ », la cession de créances professionnelles fut le premier mécanisme faisant appel à une technique de cession fiduciaire à titre de garantie, à faire son apparition et à être encadré légalement. Les cessions de créances intervenues à l'époque n'étaient cependant pas reconnues officiellement comme étant des contrats de fiducie-sûreté par le législateur et certains auteurs les qualifient alors de contrats de « *fiducie-sûreté innomés*¹⁵ », d'autres parlent de « *fiducie-sûreté sur créance* »¹⁶.

On peut sérieusement douter de l'efficacité de la vente à réméré en tant que mécanisme de garantie. L'aliénation fiduciaire, portant sur des instruments financiers était bien plus efficace. Il s'agissait notamment des opérations de « *pension livrée* », de « *prêts de titres financiers* » et de « *garantie financière* »¹⁷. Rapides et sécurisées, à la fois souples et simples, elles permettaient aux établissements bancaires de se procurer des avances à très court terme moyennant le transfert en garantie de ses propres créances¹⁸ à un organisme mobilisateur¹⁹.

Néanmoins, notons que la jurisprudence française se montre sévère en refusant de reconnaître comme étant des cessions fiduciaires, deux pratiques très courantes dans le milieu bancaire²⁰. D'une part, il s'agit du gage-espèces, soit un gage avec dépossession mais portant sur des choses fongibles²¹. Même s'il y a individualisation des choses remises en gage de manière à les distinguer des autres biens personnels du créancier gagiste, permettant ainsi véritablement une

¹³ R.GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 14^{ème} Ed., Dalloz, 2003, p. 415 : « *une clause par laquelle un créancier gagiste ou hypothécaire obtient de son débiteur qu'il deviendra propriétaire de la chose gagée ou hypothéquée en cas de non-paiement* ».

¹⁴ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 605.

¹⁵ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 330.

¹⁶ M. GRIMALDI, « *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre* », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 900.

¹⁷ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 331.

¹⁸ Le transfert se faisait par le biais d'un effet de commerce.

¹⁹ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 601.

²⁰ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 333.

²¹ Appelées aussi « *choses de genre* », ce sont des « *choses qui sont interchangeables les unes par rapport aux autres* », cf. R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14^{ème} Ed., 2003, p. 104.

aliénation fiduciaire translatrice de propriété²², le juge refuse de reconnaître la qualification de « cession fiduciaire » et préfère retenir celle de « gage »²³. D'autre part, il s'agit de la cession de créance à titre de garantie mais pratiquée en dehors du cadre juridique de la loi « *Dailly* ». Faite sans utilisation du bordereau prévu légalement à cet effet et suivant des formalités déterminées librement par les parties, elle est systématiquement requalifiée par le juge comme étant un nantissement de créance »²⁴.

En droit français, de la fiducie bancaire à la fiducie-sûreté, il n'y avait qu'un pas à faire, et c'est dans ce contexte que la fiducie a été introduite par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. S'agissant du droit malgache, une évolution similaire à celle du droit français est-elle possible ? La sûreté baptisée tout simplement « cession fiduciaire » en droit malgache est l'équivalent de la cession *Dailly* du droit français, ce qui la classe parmi les fiducie-sûretés innomées. La fiducie bancaire ayant permis aux entrepreneurs de financer en toute facilité leurs activités, en raison de la simplicité de sa constitution et de son coût peu élevé, il a dès lors paru nécessaire au législateur malgache de l'introduire dans notre droit. Pourtant, au cours d'une enquête que nous avons réalisée auprès de deux établissements bancaires à Antananarivo, nous avons pu constater que la cession fiduciaire portant sur des créances professionnelles ne fait pas l'unanimité. Assez fréquemment utilisée par le premier établissement, elle constitue pourtant une pratique ponctuelle et non généralisée pour le second. Une première difficulté concernerait la nécessité d'une certaine technicité due au traitement informatique. Or, le recours à un usage exclusif des bordereaux entraînerait par contre un encombrement en termes de documents. La deuxième difficulté réside dans une sorte de méfiance à l'égard de la cession fiduciaire. Selon le responsable, cette dernière porte rarement sur des titres de créance sauf s'il s'agit de titres détenus sur l'État : ce qui *serait* assurément un gage de sécurité.

Ainsi, seul un développement futur du secteur bancaire devrait conduire à une utilisation accrue de la cession fiduciaire. Et l'inverse n'est pas faux puisque la fiducie bancaire a été bénéfique au secteur bancaire en France. Certains auteurs comme François Barrière y voient d'ailleurs une sûreté particulièrement apte à « *fluidifier le circuit du crédit, voire à faciliter certaines restructurations d'entreprises* »²⁵.

Quand la cession fiduciaire malgache aura fait ses preuves dans la pratique, l'introduction de la fiducie devrait être tout à fait envisageable. De plus, le droit français a toujours largement influencé l'évolution du droit malgache puisque le

²² M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 332.

²³ Com. 23 avril 2003, *M. X... contre Banque française*, pourvoi n° 02-11015 ; cf. M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 332.

²⁴ J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} Ed., Dalloz, 2010, p. 240.

²⁵ F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 869.

système juridique français sert de référence²⁶. Le « *phénomène de transplantation du droit* » est une tendance durable dans le droit malgache des affaires²⁷. Ainsi, lorsqu'il sera temps d'actualiser ou de moderniser le droit des sûretés, nous ne pouvons qu'espérer que le droit malgache continue à suivre cette tendance en ce qui concerne la fiducie.

Il transparaît ainsi de notre étude sur la cession fiduciaire du droit malgache que les principales difficultés concernant la fiducie-sûreté à Madagascar seront d'ordre technique et juridique. Dès lors, si l'aliénation fiduciaire en soi ne devrait pas poser de problèmes, il en est autrement du régime juridique du patrimoine fiduciaire. Le patrimoine d'affectation nécessite la maîtrise de techniques juridiques d'un certain niveau. Même moins élaborée que le *trust*, elle demeure complexe. Si l'on dit souvent des propriété-sûretés qu'elles sont frustes ou rudimentaires, c'est moins par rapport à la technique juridique nécessaire à leur mise en œuvre que par rapport à l'usage du droit de propriété à des fins de garantie. En outre, certains ajustements devront être faits au niveau du droit des procédures collectives.

2 – De la reconnaissance de la fiducie-sûreté en tant que véritable sûreté

*« Le législateur ne construit pas des modèles juridiques pour la satisfaction des juristes. La loi est fille du besoin »*²⁸.

Pendant longtemps, la fiducie fut vivement critiquée par les civilistes. Tout d'abord, le « patrimoine d'affectation » fut une notion empreinte de suspicion car le principe d'unicité du patrimoine est fondamental en droit civil. Ensuite, les incertitudes sur les caractéristiques et sur la portée de la propriété fiduciaire provoquaient une certaine frilosité car il y avait une certaine « [...] *difficulté à admettre qu'il puisse y avoir transmission d'un droit là où l'ayant-cause n'acquiert pas certaines des prérogatives essentielles que son auteur tenait de ce droit* »²⁹. Par ailleurs, la fiducie est, comme toute propriété-sûreté, exclusive de toute concurrence, ce qui, disait-on, portait gravement atteinte aux droits des autres créanciers³⁰.

²⁶ RAMAROLANTO-RATIARAY, R. ANDRIANAIVO RAVELONA, « Tendances et évolution du droit des affaires à Madagascar », *RIDC*. 1992, volume 44 n° 2, p. 413.

²⁷ RAMAROLANTO-RATIARAY, R. ANDRIANAIVO RAVELONA, « Tendances et évolution du droit des affaires à Madagascar », *RIDC*. 1992, volume 44 n° 2, p. 420.

²⁸ R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, n° 17, 2^{ème} Ed. partie, p. 1194.

²⁹ M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, n° 17, p. 903.

³⁰ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 335.

Ce fut vers la fin des années 1970 et dans les années 1980, que le *trust* anglo-saxon contribua à redonner une nouvelle image et un regain d'intérêt à la fiducie. Sa réapparition masquée selon le professeur Michel Grimaldi à travers le détournement d'institution effectué en matière de vente à réméré évoquée précédemment ; et les réclamations émanant des banquiers, notaires et avocats³¹ lui valurent d'être consacrée par le législateur *via* l'adoption de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant un régime de droit commun, applicable à la fiducie-gestion et à la fiducie-sûreté³².

La reconnaissance au Code civil était autant nécessaire que naturelle puisqu'elle « *apparaîtrait comme la consécration d'une institution pour partie éprouvée, et non comme la réception d'une institution inconnue*³³ ». En outre, elle fut conçue pour servir de pendant au *trust* anglo-saxon afin que des opérations économiques importantes n'échappent plus au droit français et au fisc. En effet, d'une part, on avait constaté un nombre toujours croissant de délocalisations vers des pays étrangers dont la législation connaît le *trust*³⁴, et la pression exercée par la doctrine sur le législateur était d'autant plus forte puisque le principal argument avancé fut une perte d'attractivité et de compétitivité du droit français³⁵. D'autre part, même des entreprises et groupes de sociétés de nationalité française furent obligées de recourir à des *trusts* étrangers³⁶.

Par ailleurs, cette loi du 19 février 2007 devait mettre fin à « *l'isolement du droit français* »³⁷ car dans de nombreux pays du système romano-germanique, la fiducie-sûreté, comme la plupart des propriété-sûretés, est revenue sur le devant de la scène juridique à cause de l'évolution du droit de la faillite tendant de manière généralisée à défavoriser le créancier.

³¹ M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 897.

³² La fiducie-libéralité n'est pas admise en droit français car selon l'article 2013 du Code civil français : « *le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public* ».

³³ M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 900.

³⁴ Le professeur Michel Grimaldi avait déjà prévu de telles délocalisations depuis longtemps, cf. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 898.

³⁵ H. RANDRIAMAROTIA, « Réflexions sur les mécanismes d'affectations des créances à la garantie d'une dette en droit français », in *Regards sur le droit malgache, Mélanges en l'honneur du professeur A. RAHARINARIVONIRINA*, Jurid'ika, 2010, p. 393.

³⁶ À titre d'exemple, en 1987, le groupe PSA a constitué un *trust* pour réaliser un transfert d'actifs et de dettes vers une structure chargée de leur gestion, afin que l'entreprise puisse se concentrer sur son redressement commercial et industriel. De même, la Française des Jeux s'est associée à d'autres sociétés anglaises dans le domaine du jeu au sein d'un *trust* soumis au droit anglais, à l'occasion du lancement de l'Euromillions ; cf. M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 336.

³⁷ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 335.

Pourtant, pendant longtemps, les propriété-sûretés elles-mêmes n'ont pas été reconnues en tant que véritables sûretés. Que la propriété soit retenue ou transférée à titre de garantie, elle n'est désormais plus une fin en soi³⁸ et la véritable sûreté du créancier est le droit de propriété sur un bien corporel ou incorporel qui lui est remis. Il fut difficile d'accepter que le droit de propriété, en tant que droit réel principal puisse se voir être réduit à l'état d'un droit réel accessoire à une créance, et donc accessoire à un droit personnel³⁹. Selon les détracteurs, il y a dénaturation du droit de propriété⁴⁰. Mais en réalité, ce dernier demeure un droit réel principal, seule change l'utilité que l'on choisit d'en faire : elle est juste « *mise au service de l'exécution d'une créance*⁴¹ ». De plus, une propriété-sûreté ne confère pas au créancier la totalité des attributs du droit de propriété⁴².

On avança aussi l'argument du *numerus clausus*, selon lequel il n'y a pas de sûretés réelles sans texte⁴³. Tiré de l'article 543 du Code civil français, il n'en demeure pas moins injustifié en ce sens où ce texte n'est ni exhaustif ni limitatif⁴⁴, et « *aucun texte ne fait de la propriété une sûreté réelle* »⁴⁵. En outre, aucune disposition légale n'interdit la création de droits réels autres que ceux déjà prévus par les textes, comme confirmé depuis longtemps par l'arrêt « Caquelard »⁴⁶. Et d'ailleurs, il ne s'agit pas de créer un droit réel nouveau mais plutôt une nouvelle sûreté réelle conventionnelle⁴⁷. Pour d'autres auteurs, il ne s'agit même pas de chercher à créer une nouvelle sûreté⁴⁸ contrairement à ce qu'affirment les détracteurs. L'attribution judiciaire du gage par exemple, démontre que la propriété peut tout à fait jouer un rôle dans un mécanisme de garantie. Ceci nous amène à la question de l'interdiction du pacte comissoire qui serait contourné grâce à la réalisation contractuelle de la fiducie-sûreté. Il s'avère que cette critique n'était plus justifiée puisqu'une ordonnance du 23 mars 2006 avait supprimé cette interdiction légale en matière d'hypothèque et de gage⁴⁹, soit un an avant la réintroduction de la fiducie.

³⁸ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, 1998, cité par P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Cujas, 1994/1995, p. 281.

³⁹ J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} Ed., Dalloz, 2010, p. 234.

⁴⁰ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 319.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Cujas, 1994/1995, p. 281.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 319.

⁴⁵ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Cujas, 1994/1995, p. 281.

⁴⁶ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 319.

⁴⁷ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 320.

⁴⁸ P. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 1988, p. 352.

⁴⁹ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 444.

Enfin, ce fut le caractère occulte des propriété-garanties qui fut remis en cause. À l'époque de l'Antiquité romaine, la publicité organisée en matière de propriété-garantie a toujours été rudimentaire voire même inexistante⁵⁰, nuisant ainsi aux autres créanciers du débiteur⁵¹. Ce défaut fut pallié plus tard par la publicité foncière qui fut instaurée pour les sûretés réelles.

En droit malgache, ces débats ne sont plus d'actualité. La consécration des propriété-garanties ayant été considérée comme opportune depuis la fin des années 1980 suite à la perte d'efficacité des sûretés classiques⁵², il a semblé évident pour le législateur malgache de les reprendre dans notre droit, comme en témoigne le *leasing* ou crédit-bail qui gagne actuellement en popularité. De même, quant à l'interdiction du pacte comissoire, il semble que la loi malgache ne devrait pas avoir de mal à admettre une exception en matière de fiducie. En effet, si pacte comissoire il y a, il est forcément conclu en amont, au moment de la constitution de la sûreté. Et d'ailleurs, le droit malgache s'est déjà inspiré du droit français pour pouvoir admettre un certain assouplissement concernant la prohibition du pacte comissoire⁵³.

B.– L'économie du contrat de fiducie-sûreté

Mesurer l'économie du contrat de fiducie-sûreté consiste à comprendre son harmonie et la manière dont s'effectue l'équilibre des divers intérêts en présence. Ainsi, s'agissant du débiteur constituant et du créancier fiduciaire : quelles prérogatives et protections (1) leur sont accordées ? Et comment se trouve organisée la protection des tiers au contrat (2) ?

1 – Le débiteur constituant et le créancier fiduciaire : prérogatives et protections

La fiducie organise la protection du débiteur et de son crédit. Comme pour les sûretés réelles, il faut respecter le « principe de spécialité » qui impose une identification précise de la dette garantie et du bien grevé⁵⁴ pour empêcher que le créancier ne change le montant de la dette garantie ou qu'il n'affecte la sûreté à

⁵⁰ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Cujas, 1994/1995, p. 282.

⁵¹ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 320.

⁵² *Ibid.*

⁵³ L'article 72 de la loi n°2003-041 énonce que le pacte comissoire est réputé non écrit lorsqu'il est concomitant à la constitution du gage, ce qui permet d'admettre implicitement qu'il puisse être valable lorsqu'il est conclu à un autre moment. Il est alors normalement valide quand il est constitué après la conclusion du gage puisqu'à cette période, la pression psychologique exercée sur le débiteur est moindre. Par ailleurs, notons que notre loi n'énonce rien à ce propos s'agissant de l'hypothèque mais le raisonnement tenu devrait être le même.

⁵⁴ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 19.

d'autres créances futures qui n'étaient pas prévues initialement dans l'acte constitutif. Mais pour ne pas entraver le besoin permanent de crédit du débiteur, le législateur français a aussi prévu une « recharge » de la fiducie-sûreté, à l'image de l'hypothèque rechargeable, et qui consiste en la possibilité pour la fiducie-sûreté de venir garantir des créances autres que celles initialement prévues dans l'acte constitutif. Cette nouvelle faculté bat ainsi en brèche les anciennes critiques selon lesquelles les propriété-sûretés gaspillent « *d'un seul coup le crédit du débiteur* »⁵⁵.

En outre, la fiducie-sûreté actuelle n'oblige plus le débiteur à se dessaisir du bien fiduciaire. Et si l'opération est translatrice du droit de propriété, il est provisoire et incomplet, ne conférant alors pas le droit de disposer⁵⁶ librement. Les parties sont aussi libres de passer une « *convention de mise à disposition* », permettant au débiteur de conserver l'usage et la jouissance de ses biens⁵⁷. Même sous le coup d'une procédure collective, une telle convention l'aiderait à revenir à meilleure fortune⁵⁸, ou au moins à payer ses créanciers⁵⁹.

Toutefois, la protection la plus importante accordée au constituant concerne sans doute la détermination du/des fiduciaires mais surtout l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition, empêchant ainsi les dérives et abus fiduciaire. Par ailleurs, la seule création d'un patrimoine fiduciaire autonome et séparé du patrimoine du créancier fiduciaire constitue en elle-même une protection considérable empêchant que le créancier propriétaire ne dispose des biens fiduciaires⁶⁰. Or, comme la fiducie-sûreté est principalement utilisée par des établissements bancaires et qui sont donc des « *professionnels déjà aguerris aux obligations de vigilance en matière de blanchiments de capitaux* »⁶¹, les risques encourus par le débiteur sont amoindris. La loi elle-même énonce limitativement les personnes pouvant avoir la qualité de fiduciaire et qui sont supposées disposer d'une marge de solvabilité suffisante et de l'honorabilité requise⁶².

Enfin, même si le constituant ne mesure pas forcément la portée des risques qu'il encourt, le contrat de fiducie-sûreté revêt un caractère solennel pour le

⁵⁵ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Cujas, 1994/1995, p. 282.

⁵⁶ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 360.

⁵⁷ Mais ces biens en question sont véritablement transférés dans le patrimoine fiduciaire même si le débiteur les a toujours entre ses mains.

⁵⁸ S'il s'agit d'une procédure de redressement judiciaire ou de sauvegarde.

⁵⁹ Si c'est une procédure de liquidation judiciaire.

⁶⁰ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Cujas, 1994/1995, p. 282.

⁶¹ F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 891.

⁶² À titre d'exemple, aux termes de l'article 2015 du Code civil français, seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaire, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance et les avocats.

protéger. Certaines mentions obligatoires sous peine de nullité, sont ainsi énoncées par l'article 2018 du Code civil.

Il faut noter que parallèlement, le débiteur constituant a cependant aussi des obligations qui s'apparentent à celles d'un vendeur. Ainsi, il s'agit de l'obligation de donner et de l'obligation de faire⁶³. La première consiste à « transférer la titularité des droits fiduciaires »⁶⁴, et est effectuée dès la convention parfaite, sauf clause contraire⁶⁵. La seconde, elle consiste à délivrer la chose qui va être remise en fiducie-sûreté, sauf convention de mise à disposition prévue entre les parties⁶⁶.

Quant au créancier fiduciaire, il peut aussi être lésé par les agissements ou les activités du débiteur. Ainsi, lorsque ce dernier conserve la possession du bien remis en fiducie, celui-ci peut s'en retrouver déprécié selon l'exploitation qui en est faite. Pire, il pourrait être transformé, voire détruit.⁶⁷ Pourtant, le fiduciaire ne dispose pas des mêmes protections légales que le fiduciaire, qui est à juste titre, considéré comme la partie faible. Néanmoins, la liberté contractuelle lui permet d'imposer certaines de ses conditions ou exigences. Il lui revient faire montre de prudence et de surveiller l'exploitation ainsi que la gestion d'un bien laissé en possession du débiteur. Si ce dernier semble délibérément œuvrer pour faire périr le bien en question, le fiduciaire pourrait toujours faire prononcer la déchéance du terme⁶⁸ devant le tribunal.

Le contrat de fiducie-sûreté confère surtout des obligations et des devoirs au fiduciaire- créancier. Ses droits et prérogatives peuvent s'expliquer par rapport aux particularités liées à la propriété et au patrimoine fiduciaires. Mais quelle est la nature exacte du droit de propriété transféré au fiduciaire ? S'agit-il d'une propriété ordinaire, ou est-ce tout simplement une autre facette de celle-ci ? Est-ce un démembrement de la propriété ou un tout nouveau genre de droit de propriété ?

Il est admis que le créancier fiduciaire est propriétaire des biens donnés en garantie, mais ce droit de propriété qu'il a n'est ni entier, ni absolu puisque les prérogatives qu'il en tire sont limitées. Ainsi, d'une part, il n'a aucun droit de

⁶³ M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 972.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Cujas, 1994/1995, p. 282.

⁶⁸ Une solution équivalente est retenue pour les nantissements de fonds de commerce, à titre de sanction d'une mauvaise gestion ou de la mauvaise foi du débiteur, cf. J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} Ed., Dalloz, 2010, p. 172. *Idem* en matière d'hypothèque où une perte de l'immeuble due à un fait du débiteur encourt la déchéance du terme, cf. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 398.

jouissance sur les biens donnés en garantie⁶⁹. C'est alors une propriété « vidée du droit à l'utilité de la chose, réduite à un droit sur la valeur »⁷⁰ et qui « n'est pas destinée à procurer au propriétaire l'utilité économique découlant de la chose, mais à garantir une créance »⁷¹. D'autre part, c'est un droit de propriété limité dans la durée puisqu'aux termes de l'article 2018 du Code civil français, « la durée du transfert [...] ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ».

Pourtant malgré les apparences, la plupart des auteurs s'accordent à dire que la propriété fiduciaire n'est pas distincte du droit de propriété « ordinaire »⁷² tel qu'énoncé à l'article 544 du Code civil français. Il n'y a ni démembrement du droit de propriété⁷³, ni superposition de droits réels⁷⁴ comme en matière de *trust*. Mais alors, quelles sont réellement les conséquences sur les devoirs du créancier si la propriété fiduciaire est unitaire comme le soutient le professeur Crocq⁷⁵ ?

En réalité, tant que le droit de propriété transmis au fiduciaire ne lui offre que des prérogatives limitées, son rôle consiste uniquement à effectuer certaines missions pour protéger les autres prérogatives qui, elles, sont encore demeurées entre les mains du constituant, et qu'il n'est pas encore en droit de recueillir. Ainsi, il a donc le devoir de conserver le bien qui lui est transféré, en bon père de famille : puisque n'ayant pas encore de droit sur l'utilité de la chose, il est normalement censé, à terme, la restituer. S'il commet alors des fautes de gestion, sa responsabilité peut être engagée. L'article 2022 du Code civil lui impose à cet effet de rendre compte de sa mission de gestion selon les conditions prévues au contrat, soit au débiteur constituant, soit à un tiers désigné⁷⁶ par celui-ci. Il a néanmoins toute latitude pour l'exécution de sa mission de gestion et de conservation. Les parties doivent cependant fixer des limites conventionnelles aux pouvoirs du créancier lesquelles, ne seront opposables aux tiers que si ces derniers ont dûment été informés.

⁶⁹ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 614.

⁷⁰ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Cujas, 1994/1995, p. 282.

⁷¹ F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 874.

⁷² P. CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 9.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Par opposition au professeur Michel Grimaldi, pour qui la propriété fiduciaire est duale, car provisoire ; limitée, et donc forcément distincte du droit de propriété ordinaire.

⁷⁶ C'est un tiers chargé de veiller sur les intérêts du constituant, mais puisque sa désignation est une faculté, le fiduciaire n'est obligé à une reddition des comptes que sur demande ; M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 352.

Nous pouvons ainsi en déduire que les droits et devoirs du fiduciaire sont proches de ceux d'un mandataire qui agit pour le compte d'un mandant, et dans l'intérêt de celui-ci et non dans son intérêt propre. Le fiduciaire n'exerce cependant aucune fonction de représentation et sa mission est de toute évidence plus complexe⁷⁷. Par ailleurs, il a un véritable devoir de loyauté envers le fiduciaire et éventuellement, envers le bénéficiaire de la fiducie-sûreté⁷⁸.

Il a aussi des responsabilités supplémentaires en raison même du mécanisme du patrimoine fiduciaire. À l'origine, l'ancienne fiducie du système romano-germanique ne comportait pas la création d'un patrimoine d'affectation⁷⁹, et le patrimoine personnel du fiduciaire recevait directement tous les biens donnés en garantie. À l'époque de la *fiducia cum creditore*, ceux-ci étaient même soit aliénés par le créancier lui-même, soit affectés à sa succession au moment de son décès, soit ils étaient tout simplement saisis par les autres créanciers du fiduciaire⁸⁰. La seule action ouverte au fiduciaire était réduite à une « *action personnelle en reddition de compte* »⁸¹, or, elle demeurait inefficace car elle ne conférait ni droit de suite ni de préférence⁸². La création du patrimoine d'affectation est donc un emprunt au droit anglo-saxon⁸³ et permet de poser certaines limites aux prérogatives du fiduciaire- créancier tout en protégeant le bénéficiaire garanti contre toute saisie des autres créanciers. Ainsi, « *les biens, droits ou sûretés remis en fiducie forment un patrimoine autonome, qui n'est plus celui du constituant et qui ne se confond pas davantage avec celui du fiduciaire* »⁸⁴. Il y a véritablement une séparation juridique des patrimoines en cause⁸⁵.

Les créanciers personnels du fiduciaire n'auront donc aucune emprise sur celui-ci et une procédure collective ouverte contre le fiduciaire n'affecte pas non plus le patrimoine fiduciaire. Exceptionnellement, ce dernier répond des créances nées des actes nécessaires à sa conservation ou à sa gestion⁸⁶. Il est aussi le gage

⁷⁷ P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 29.

⁷⁸ F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 891.

⁷⁹ F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 876.

⁸⁰ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 337.

⁸¹ M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 901.

⁸² *Ibid.*

⁸³ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 336.

⁸⁴ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 353.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Article 2025 du Code civil français : « Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine ».

commun des créanciers du débiteur constituant qui sont titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie⁸⁷. Enfin, en cas de fraude aux droits des créanciers, comme une fuite des actifs du constituant vers le patrimoine fiduciaire, ce dernier continuera de répondre des créances en question, la situation juridique créée étant inopposable aux victimes⁸⁸.

Et par conséquent, puisque le patrimoine fiduciaire forme en fait une entité isolée⁸⁹, distincte située à l'intérieur même du patrimoine personnel du fiduciaire⁹⁰, ce dernier doit prendre toutes les mesures nécessaires pour que la séparation entre les deux patrimoines soit effective. Pour ce faire, il doit procéder à l'ouverture d'un compte spécifique sur lequel seront réalisées toutes les opérations liées à la fiducie⁹¹, et doit tenir une comptabilité propre au patrimoine d'affectation. Les mêmes précautions s'imposent s'il est à la tête de différents patrimoines fiduciaires⁹².

De plus, il est assujéti aux impôts qui sont liés à son activité de fiduciaire, à savoir la taxe sur la valeur ajoutée, ou la taxe professionnelle. La fiducie n'est donc pas un outil d'optimisation fiscale puisque le patrimoine fiduciaire est soumis à un régime de neutralité fiscale⁹³, le constituant demeurant fiscalement titulaire des droits fiduciaires, et reste soumis aux impôts y afférents jusqu'au transfert effectué en faveur d'un bénéficiaire⁹⁴.

Enfin, l'article 2026 du Code civil français dispose que « *le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ». Il s'agirait ici de faute personnelle qui n'est pas forcément détachable des attributions du fiduciaire, peu importe que ce dernier ait fait savoir qu'il agissait pour le compte de la fiducie ou non⁹⁵. Mais *a fortiori*, cela laisse

⁸⁷ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 353.

⁸⁸ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 354.

⁸⁹ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 614.

⁹⁰ P. CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 13 ; un avis que partage le professeur Michel Grimaldi, si l'on s'en tient aux formulations utilisées dans l'avant-projet de loi sur la fiducie, que ce dernier critique d'ailleurs car il y avait selon lui, comme une volonté de maintenir ne serait-ce qu'en apparence, l'unicité du patrimoine, le patrimoine fiduciaire apparaissant alors comme un sous-ensemble du patrimoine du fiduciaire, M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 969.

⁹¹ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 351.

⁹² M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 973.

⁹³ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 354.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 36.

supposer que le fiduciaire est responsable quand il commet les fautes en question, en outrepassant le cadre de sa mission.

Ainsi, il peut s'agir « *d'éventuels excès de pouvoir, des dommages résultant des biens et droits qu'il détient en sa qualité de fiduciaire, ainsi que de ses fautes de gestion* »⁹⁶.

À défaut de réglementation spéciale, le constituant ou le bénéficiaire – qui a accepté la fiducie⁹⁷ – va pouvoir agir sur la base du droit commun de la responsabilité contractuelle⁹⁸. Si par contre, l'action en responsabilité est intentée par un tiers au contrat ou par un bénéficiaire qui n'a pas accepté la fiducie-sûreté, c'est le droit commun de la responsabilité délictuelle qui va s'appliquer⁹⁹.

Il est aussi possible d'admettre que le fiduciaire puisse engager sa responsabilité sur la base d'une obligation de moyens si l'on fait le parallèle avec la responsabilité du mandataire¹⁰⁰. La sanction prévue en cas de manquements à ses devoirs est alors le remplacement du fiduciaire, tel qu'énoncé par l'article 2027 du Code civil. Aux termes de cet article cependant, d'autres faits sont sanctionnés, telle la mise en péril des intérêts qui sont confiés au fiduciaire, ou l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire à son encontre. Le fiduciaire pourrait même se voir être condamné au paiement de dommages-intérêts, et dans le pire des cas, la fiducie pourra même être résolue¹⁰¹. La liberté contractuelle jouant pleinement même en matière de responsabilité du fiduciaire, les parties peuvent prévoir en détail les faits générateurs de responsabilité, ainsi que les dommages susceptibles de l'engager¹⁰².

2 – La protection des tiers au contrat

En matière de fiducie-sûreté, en cas de pluralité de créanciers, seul un nombre limité d'entre eux peut se faire payer sur le patrimoine fiduciaire, les autres devant entrer en concurrence pour espérer se faire payer sur le patrimoine personnel du constituant. Comme évoqué précédemment, le patrimoine fiduciaire peut exceptionnellement être saisi par les créanciers du constituant en vertu d'un

⁹⁶ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 352.

⁹⁷ Un bénéficiaire qui a accepté la fiducie est en effet considéré comme partie au contrat ; P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 33.

⁹⁸ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 352.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 29.

¹⁰¹ M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 971

¹⁰² P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 32.

droit de suite conféré par des sûretés réelles antérieures à l'opération de fiducie-sûreté et à condition qu'elles soient publiées antérieurement à cette dernière. Étant donné qu'il n'y a aucune formalité de publicité spéciale à la fiducie-sûreté¹⁰³ en droit français, l'information des tiers se fait par l'intermédiaire du créancier fiduciaire qui a alors l'obligation de toujours indiquer aux tiers en quelle qualité il agit, contribuant alors à faire connaître aux tiers l'existence du patrimoine fiduciaire¹⁰⁴.

Ainsi, d'une part, les tiers sont protégés même pour les actes effectués par le fiduciaire qui dépasseraient ses pouvoirs, car ils ne sont pas censés connaître les limites conventionnelles à ces derniers, sauf à prouver qu'ils en avaient eu connaissance. D'autre part, une obligation de publicité concerne les biens dont la mutation est obligatoirement soumise à publicité. L'information des tiers se fait donc au moment de l'inscription ou de l'enregistrement desdits biens.

Au regard du droit des procédures collectives, les créanciers du constituant bénéficient d'une protection supplémentaire car dans le cas où la fiducie-sûreté aurait été constituée durant la période suspecte pour une dette antérieure, elle est nulle de plein droit¹⁰⁵.

Notons que les créanciers fiduciaires et les créanciers du fiduciaire sont également des tiers au contrat de fiducie-sûreté. S'agissant du « créancier fiduciaire », cette expression désigne ici tantôt le cocontractant du débiteur constituant, tantôt tout créancier tiers au contrat mais dont « [...] *la créance est née de la conservation ou de la gestion d'un bien en fiducie* »¹⁰⁶. Nous utiliserons à l'avenir cette expression dans son second sens pour éviter toute confusion.

Les créanciers du fiduciaire par contre, sont des créanciers personnels dont les créances sont nées d'opérations externes, étrangères à la fiducie. Ils ne font l'objet d'aucune protection légale spécifique. Toutefois, un fiduciaire peu scrupuleux pourrait leur offrir un « gage illusoire », grâce à l'apparente solvabilité qu'il tire du patrimoine fiduciaire qu'il gère avec tous les pouvoirs d'un propriétaire ordinaire et dont tous les biens sont à son nom¹⁰⁷. Il leur sera alors toujours possible d'invoquer une fraude à leurs droits, et en vertu du principe *fraus omnia corrumpit*, la fiducie deviendra inopposable aux créanciers personnels du

¹⁰³ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 361.

¹⁰⁴ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 353.

¹⁰⁵ M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 971.

¹⁰⁶ P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 36.

¹⁰⁷ M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 971.

fiduciaire qui s'estiment lésés¹⁰⁸. Ils devront cependant prouver que la fiducie a été constituée dans le seul et unique but de leur nuire. À leur égard, le fiduciaire est censé disposer des pouvoirs les plus étendus. Ce principe vaut en fait pour tous les tiers au contrat de fiducie et contribue à protéger les ayants cause du fiduciaire s'ils étaient de bonne foi lorsqu'ils ont passé certains actes –même d'aliénation– avec ce dernier, c'est-à-dire qu'ils ignoraient les limitations aux pouvoirs de leur auteur¹⁰⁹.

Une question se pose en cas de dissolution d'un établissement fiduciaire : qu'advient-il des droits des créanciers fiduciaires et des créanciers personnels du fiduciaire ? Malgré la disparition de la personne morale fiduciaire, pour cause d'ouverture d'une procédure collective par exemple, le patrimoine fiduciaire subsiste. Cependant, ses ayants-droit n'auront aucun droit sur l'actif du patrimoine fiduciaire, tout comme les créanciers fiduciaires n'en auront aucun sur le patrimoine du fiduciaire en liquidation, sauf exception¹¹⁰.

Les créanciers fiduciaires par contre, sont mieux protégés. Puisque la valeur du patrimoine fiduciaire est appelée à fluctuer, en cas d'insuffisance de celui-ci, deux solutions sont proposées par l'article 2025 du Code civil alinéa 2¹¹¹. Leurs créances étant nées à l'occasion de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire, en cas d'insuffisance de la valeur de celui-ci, il leur est accordé un droit subsidiaire¹¹² sur le patrimoine du constituant ou du fiduciaire.

En principe c'est le patrimoine personnel du constituant qui constitue le gage commun des créanciers. Cependant, il est loisible aux parties de convenir dans le contrat que tout ou partie du passif sera à la charge du fiduciaire¹¹³. En outre, elles peuvent prévoir que le passif fiduciaire sera supporté par le seul patrimoine fiduciaire¹¹⁴. Cependant, à l'égard des créanciers fiduciaires dont les droits sont nés des actes nécessaires inhérents à l'opération de fiducie elle-même, cette clause ne leur est opposable que si les parties ont recueilli leur acceptation

¹⁰⁸ F. BARRIERE, « Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly Sté.* 2007, n° 5, p. 568.

¹⁰⁹ M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 972.

¹¹⁰ F. BARRIERE, « Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly Sté.* 2007, n° 5, p. 569.

¹¹¹ « *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* ».

¹¹² M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 354.

¹¹³ P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 36.

¹¹⁴ *Ibid.*

expresse¹¹⁵. Si cette insuffisance relève de la faute du fiduciaire, ce sera son patrimoine personnel qui en répondra¹¹⁶.

On peut constater qu'il y a là une surprenante dérogation au principe de l'imperméabilité des patrimoines¹¹⁷, mais c'est une solution qui peut aisément s'expliquer si l'on considère que ces mesures sont prises à titre de sanction d'une mauvaise gestion. Ceci rappelle l'action en comblement du passif en droit des sociétés. La ressemblance entre les deux situations est d'autant plus évidente que la preuve de l'insuffisance du patrimoine fiduciaire qui est à la charge du créancier fiduciaire, se fera par tous moyens, et de la même façon qu'un créancier démontrerait l'état de cessation de paiements de son débiteur¹¹⁸. Néanmoins, ce droit subsidiaire connaît une certaine limite dans la pratique. En effet, le fiduciaire sera presque toujours un banquier, et comme tel, il « *refusera d'être personnellement tenu des dettes liées à une activité particulière pour le compte d'autrui* »¹¹⁹.

Enfin, il convient de parler du bénéficiaire du contrat de fiducie-sûreté qui est investi de certains droits découlant du mécanisme particulier du patrimoine d'affectation. Le contrat de fiducie permet de désigner librement le bénéficiaire, dont l'identité peut être indéterminée au moment de la conclusion du contrat ; à condition de prévoir les règles permettant cette désignation. L'hypothèse de travail est ainsi celle dans laquelle le fiduciaire et le bénéficiaire sont deux personnes distinctes : c'est la « fiducie-sûreté avec entiercement ». Malgré tout le bénéficiaire n'est pas « véritablement » un tiers au contrat. En effet, sans avoir été partie à la convention conclue initialement entre le fiduciaire et le constituant, celle-ci crée néanmoins certains effets à son encontre, ce qui permet de l'assimiler au final, à une partie au contrat.

En outre, il y a aussi entiercement si c'est le fiduciaire qui est un tiers, le bénéficiaire étant le créancier du débiteur constituant¹²⁰. En effet, il peut arriver que ce dernier n'ait pas les qualités requises par la loi pour pouvoir être un fiduciaire¹²¹. Dans ce cas, il serait aussi difficile de concevoir qu'il soit un

¹¹⁵ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 354.

¹¹⁶ Article 2026 du Code civil français.

¹¹⁷ F. BARRIERE, « Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly Sté.* 2007, n° 5, p. 558.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ F. BARRIERE, « Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly Sté.* 2007, n° 5, p. 559.

¹²⁰ M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 966.

¹²¹ Le créancier en question n'est alors ni un établissement de crédit ni une entreprise d'assurance, ni toute autre personne physique habilitée par la loi pour pouvoir endosser la fonction de fiduciaire.

véritable tiers puisqu'il a un intérêt direct dans l'opération de fiducie, alors que le fiduciaire ne serait qu'un intermédiaire, un gestionnaire. Mais nous pouvons aussi par exemple imaginer l'hypothèse selon laquelle le fiduciaire lui-même a ses propres engagements envers son créancier, qu'il désigne alors comme bénéficiaire de la fiducie-sûreté. Ainsi, soit le débiteur paie le fiduciaire et celui-ci rembourse à son tour son propre créancier et le constituant reprend son bien. Soit le débiteur défaille et le fiduciaire étant donc consécutivement dans l'incapacité de rembourser sa propre dette, le bénéficiaire recueille le bien fiduciaire. Dans les deux cas, il obtient paiement, ce qui lui offre une position confortable.

En principe, le bénéficiaire demeure donc un tiers au contrat dans un premier temps. Mais à partir du moment où le fiduciaire recueille son acceptation expresse, il devient une partie à part entière au contrat. Cela implique que le fiduciaire engage sa responsabilité contractuelle tant envers le constituant qu'envers le bénéficiaire. D'autant plus que si ce dernier est en même temps le créancier du fiduciaire, il voudra engager des poursuites en cas de mauvaise gestion, pouvant mettre en péril la sûreté dont il est le bénéficiaire. En outre, lorsque le bénéficiaire a accepté la fiducie-sûreté, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord, ou du moins par décision de justice¹²². C'est sans rappeler la situation similaire du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui qui n'est pas considéré comme étant un véritable tiers au contrat¹²³ puisqu'il est lié au promettant par un lien de nature contractuelle¹²⁴.

Ainsi, le législateur a doté le bénéficiaire de certaines actions contre le fiduciaire. Dans sa relation vis-à-vis du constituant, l'article L 624-16 du Code de commerce français en son alinéa premier prévoit une possibilité de revendication des biens meubles restés en la possession du débiteur constituant en vertu d'un contrat de mise à disposition. Cette faculté intervient en principe dans le cadre de la procédure collective, et elle permet de désintéresser un créancier par le biais du paiement indirect¹²⁵. Le droit de revendication appartient normalement au créancier fiduciaire mais dans l'hypothèse où le bénéficiaire serait une personne différente, rien ne devrait s'opposer à ce que celui qui est censé recueillir un droit de propriété plein et entier sur le bien fiduciaire, exerce cette même action. Cependant, il s'avère que le bien en question est logiquement nécessaire à l'exploitation du débiteur, et la convention de mise à disposition conclue est à ce titre considérée comme un contrat en cours¹²⁶. Le fiduciaire ou le bénéficiaire aura

¹²² Article 2028 alinéa 2 du Code civil français : « *Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice* ».

¹²³ J. FLOUR et al., *Droit civil Les obligations 3. Le rapport d'obligation*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2009, p. 148.

¹²⁴ J. FLOUR et al., *Droit civil Les obligations 3. Le rapport d'obligation*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2009, p. 145.

¹²⁵ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 678.

¹²⁶ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 683.

donc à attendre soit l'arrivée du terme du contrat en question, soit sa résiliation¹²⁷. Mais techniquement, il reviendra toujours au fiduciaire de procéder à la vente du bien afin d'en dégager un prix qu'il versera ensuite au bénéficiaire, ou alors il lui remettra directement le bien pour qu'il puisse en acquérir la libre disposition¹²⁸.

En cas de cession d'un bien fiduciaire, la convention de mise à disposition n'est transmise à l'acquéreur qu'avec l'accord du bénéficiaire du contrat de fiducie¹²⁹. Néanmoins, le législateur français n'a entendu lui reconnaître qu'un simple droit de créance à l'encontre du fiduciaire, et qui ne peut être effectif qu'avec la consécration du patrimoine d'affectation¹³⁰. Ce faisant, il aurait logiquement écarté le droit réel de restitution du bénéficiaire, afin de ne pas démembrer le droit de propriété du fiduciaire¹³¹.

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

II.- Les caractéristiques d'une « nouvelle reine des sûretés ? »

L'efficacité économique d'une sûreté se mesure durant sa phase de sa formation et sa phase de réalisation. Ainsi, il est nécessaire d'étudier les particularités liées à la constitution de la fiducie-sûreté (A), ses applications pratiques et sa réalisation (B).

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 346.

¹²⁹ Article L 642-7, alinéa 5 du Code de commerce français : « *La convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie* ».

¹³⁰ P. CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 11.

¹³¹ P. CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 12.

A.- La constitution de la fiducie-sûreté

Des formalités et prescriptions de base (1), à la publicité, au régime fiscal et comptable (2), la constitution de la fiducie est minutieusement encadrée par le législateur.

1 – Les formalités et prescriptions de base

Si la liberté contractuelle dont disposent les parties en matière de fiducie laissait présager un certain consensualisme, il n'en est rien puisque la constitution du contrat est affublée d'un formalisme indirect¹³². Ce dernier est toutefois moins contraignant qu'en matière d'hypothèque puisque l'acte authentique ne sera requis que dans certains cas particuliers.

Selon l'article 2012 du Code civil français, la fiducie doit être expresse, elle ne peut être tacite et ne se présume pas. Par conséquent, le juge ne peut qualifier ou requalifier un acte juridique donné de fiducie, quand la volonté des parties est équivoque¹³³. En outre, l'article 2018 suivant laisse supposer que l'écrit est nécessaire, en raison des mentions obligatoires à faire figurer dans tout contrat de fiducie à peine de nullité, et des formalités d'enregistrement et de publicité¹³⁴. Ces mentions obligatoires sont censées permettre le contrôle de l'opération de fiducie par les autorités publiques, et notamment par le fisc, afin de déceler toute manœuvre frauduleuse¹³⁵. Ce sont donc des formalités *ad validitatem*. En outre, la désignation ultérieure du bénéficiaire doit se faire par écrit, selon l'article 2019 alinéa 3 du Code civil, ce qui suppose que le contrat de fiducie lui-même a déjà antérieurement été rédigé par écrit¹³⁶. Mais même si la rédaction d'un écrit n'est pas expressément exigée, elle est très fortement suggérée¹³⁷ en raison de la complexité de la fiducie.

Néanmoins, ce caractère solennel du contrat de fiducie-sûreté ne constitue pas un désavantage par rapport aux autres sûretés réelles puisque depuis la réforme apportée en droit français des sûretés en 2006, tous les contrats en matière

¹³² Formalisme indirect en effet, puisque même si la loi n'exige pas expressément la rédaction d'un écrit, elle prévoit des formalités *ad probationem* et *ad opposabilitatem* ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, n° 17, p. 968.

¹³³ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 348.

¹³⁴ R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* 2007, n° 17, 2^{ème} Ed. partie, p. 348.

¹³⁵ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 349.

¹³⁶ R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* 2007, n° 17, 2^{ème} Ed. partie, p. 1100.

¹³⁷ R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* 2007, n° 17, 2^{ème} Ed. partie, p. 1102.

de sûretés réelles sont désormais solennels¹³⁸. En droit malgache également, le contrat solennel est commun à la plupart des sûretés réelles offrant le plus de sécurité.

Ce formalisme est cependant nettement plus prononcé quand le constituant d'une fiducie est une personne physique, laquelle n'avait initialement pas le droit d'être constituante en raison du danger qui pèserait son patrimoine, et dont il n'avait pas toujours conscience.

Le Code civil français n'apporte pas beaucoup de précision sur les conditions et qualités requises afin de devenir un constituant. Il fait juste référence à « *toute personne physique ayant la capacité de s'engager juridiquement ; toute personne morale, quel que soit son régime d'imposition ; propriétaire de biens, de droits ou de sûretés ; agissant dans le cadre de son patrimoine privé ou de son patrimoine professionnel* »¹³⁹. L'article 2012 du Code civil, alinéa 2 vise en outre la protection des biens relevant d'une communauté entre époux, ou d'une indivision, en imposant la forme notariée sous peine de nullité. En effet, une personne ne peut transférer sa quote-part d'un bien ou droit indivis dans un patrimoine fiduciaire sans obtenir au préalable le consentement des coïndivisaires sur ce bien ou droit indivis¹⁴⁰.

Pour les biens communs des époux dont le régime juridique est censé être celui de la cogestion, le consentement des deux époux est exigé sinon le transfert desdits biens dans le patrimoine fiduciaire sera frappé de nullité¹⁴¹.

D'autres mesures légales sont également prévues pour renforcer la protection des constituants personnes physiques, comme le principe de spécialité de la créance garantie. La mention de la valeur du bien transféré est plus particulière, et il n'est pas facile de comprendre l'opportunité d'une telle mention¹⁴². On peut supposer que ces dispositions n'ont d'autres buts que d'attirer l'attention du constituant sur la gravité des actes qu'il accomplit¹⁴³.

Par ailleurs, bien que l'intervention d'un tiers protecteur chargé d'assister le fiduciaire dans la bonne exécution de ses missions¹⁴⁴ est facultative, elle est obligatoire pour le constituant personne physique. Son intervention est d'autant plus nécessaire en raison du risque de conflits entre les intérêts personnels du

¹³⁸ J.-D. PELLIER, « Regard sur la fiducie-sûreté », *P.A.* 2007, n° 58, p. 11.

¹³⁹ B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 6.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 344.

¹⁴² F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 892.

¹⁴³ J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} Ed., Dalloz, 2010, p. 242.

¹⁴⁴ P. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 30.

fiduciaire et ceux du patrimoine fiduciaire¹⁴⁵. De même, s'agissant de la faculté de recharge, une personne physique devra se soumettre à une limitation légale, le patrimoine fiduciaire ne pouvant alors « [...] être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge¹⁴⁶ ».

S'agissant de l'enregistrement du contrat de fiducie et de ses avenants en droit français, il est obligatoire sous peine de nullité. Quant aux mesures de publicité, elles sont peu contraignantes puisqu'elles ne concernent que les immeubles ou les droits réels immobiliers qui font l'objet de fiducie¹⁴⁷.

Par ailleurs, la fiducie-sûreté est une sûreté très originale puisqu'elle permet de faire intervenir plusieurs constituants. L'ensemble de leurs droits et biens seront alors transférés dans un seul patrimoine fiduciaire. Cela peut s'avérer d'une grande utilité si l'on est en présence d'une opération de crédit de grande envergure, avec plusieurs prêteurs et plusieurs emprunteurs¹⁴⁸. De plus, la fiducie moderne a une assiette des plus larges alors que la *fiducia cum creditore* ne concernait que le transfert de biens corporels. Aux termes de l'article 2011 du code civil, celle-ci comprend des biens, des droits, des sûretés, ou d'un « ensemble » de biens, de droits ou de sûretés. Ceux-ci peuvent être présents ou futurs.

Plusieurs types de droits peuvent être transmis : droits personnels, droits réels principaux ou accessoires, créances ou valeurs mobilières¹⁴⁹, droit de propriété ou ses démembrements, c'est-à-dire un droit de nue-propriété ou un droit d'usufruit ; droit de louage¹⁵⁰.

Si c'est une sûreté qui fait l'objet d'une fiducie, sont inclus les droits personnels comme le cautionnement ; les droits réels, et toutes les sûretés réelles existantes¹⁵¹.

Le fait que ces biens concernés soient présents ou futurs illustre la prise en compte de la fluctuation du patrimoine fiduciaire, qui n'est pas « figé au jour de l'enregistrement du contrat de fiducie »¹⁵². Il faut cependant que les biens futurs soient déterminables et que le contrat de fiducie précise les modalités d'intégration desdits bien au patrimoine fiduciaire¹⁵³.

¹⁴⁵ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 347.

¹⁴⁶ Articles 2372-5 (pour les biens mobiliers) et 2488-5 (pour les biens immobiliers) du Code civil français.

¹⁴⁷ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 344.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 9.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 10.

¹⁵³ *Ibid.*

La fiducie-sûreté est le seul mécanisme de garantie qui porte indifféremment sur des biens meubles et immeubles, présents et futurs¹⁵⁴, corporels et incorporels, avec ou sans dépossession du débiteur si une convention de mise à disposition a été faite à titre onéreux qu'à titre gratuit¹⁵⁵. Elle exclut cependant le transfert de dettes, car elle n'est pas conçue pour être un instrument de *defeasance*¹⁵⁶ ou défaisance (contrairement à la fiducie-gestion). C'est un mécanisme issu du droit anglo-saxon par lequel « *un débiteur transférerait des dettes et un ou des biens ou des droits dont le fiduciaire, acquérant leur propriété, pourrait jouir, voire qu'il pourrait céder au moment opportun, pour payer alors la dette qui lui aurait été transférée* »¹⁵⁷.

Toutefois, avec toutes ces possibilités, le fiduciaire est parfois susceptible de se voir remettre un bien qu'il ne sera pas forcément en mesure de gérer. C'est le cas pour un transfert de fonds de commerce ou d'un immeuble à usage commercial¹⁵⁸. De ce fait, le fiduciaire n'est pas dans l'obligation de gérer de tels biens, vu la lourdeur des opérations considérées ou en cas de défaut de compétences pour ce faire¹⁵⁹.

À l'instar du *trust*, la fiducie recouvre un vaste domaine d'application. La fiducie-sûreté sert principalement à garantir un prêt, mais concrètement, dans la pratique, elle est aussi utilisée comme un instrument de restructuration des entreprises¹⁶⁰. Cela est d'autant plus possible avec la fiducie-gestion¹⁶¹ dont le domaine d'application dépasse la simple gestion de patrimoine. Elle est également un excellent moyen de financement ou de refinancement des petites et moyennes entreprises en difficulté ou qui ne sont pas toujours assurées d'obtenir du crédit en recourant aux sûretés classiques.

Sur ce point, elle a évité la liquidation judiciaire à plusieurs entreprises françaises en leur offrant un accès plus facile au crédit, les établissements bancaires ayant une plus grande confiance en cette sûreté. Ainsi par exemple, en 2009 en France, une entreprise nommée Plysorol était placée en redressement

¹⁵⁴ S. PIEDELIEVRE, « Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ? », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 76.

¹⁵⁵ S. PIEDELIEVRE, « Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ? », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 77.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 9.

¹⁵⁸ S. PIEDELIEVRE, « Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ? », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 79.

¹⁵⁹ B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 9.

¹⁶⁰ F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 884.

¹⁶¹ N. GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), p. 74.

judiciaire¹⁶². Elle avait consenti une fiducie-sûreté sur ses stocks. Ce faisant, elle a pu obtenir un prêt, ce qui lui évita la liquidation judiciaire. La même année, un hypermarché qui connaissait des difficultés de financement a transféré par l'intermédiaire de la fiducie les titres de la société civile immobilière titulaire des locaux, à un fiduciaire en vue de l'obtention d'un emprunt bancaire¹⁶³.

Dès lors, il est normal de s'interroger quant à l'opportunité de l'introduction de la fiducie en droit malgache. D'abord, la fiducie-sûreté serait bénéfique aux entreprises qui connaissent des difficultés. Ensuite, utilisée en tant que moyen de financement, elle revêt un grand intérêt économique pour Madagascar, en ces temps où l'on encourage l'entrepreneuriat. Or, les aspirants entrepreneurs malgaches, et notamment les jeunes, se plaignent des problèmes de financement, à cause d'un accès difficile au crédit¹⁶⁴. En effet, les banques deviennent plus exigeantes quant aux garanties à offrir et pourtant malgré les multiples garanties remises, l'ouverture de crédit n'est pas toujours assurée. Par ailleurs, la fiducie-sûreté ne se limite pas forcément à la garantie d'une dette née d'un prêt, puisque les premières fiducies constituées en France en 2008 garantissaient des dettes fiscales ou des engagements au bénéfice des salariés de l'entreprise¹⁶⁵.

En outre, la fiducie-gestion est aussi intéressante pour Madagascar, puisqu'elle permet de surveiller rigoureusement les affectations de fonds alloués en matière de financement de projets¹⁶⁶, pour éviter tout détournement. Même si elle n'est pas au centre de nos réflexions, il nous paraît important de souligner ses atouts, notamment en tant qu'instrument de défaisance, puisqu'en permettant à une entreprise en difficulté de se défaire de son passif, elle aide à améliorer son image auprès des établissements financiers et des investisseurs¹⁶⁷, ce qui va faciliter l'octroi de nouveaux crédits. Elle est également un excellent moyen pour « *gérer un patrimoine complexe, ou une branche d'activité en difficulté ou concurrentielle, en l'isolant auprès d'un fiduciaire* »¹⁶⁸.

¹⁶² F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 884.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ R. ANDRIAMAMPIANDRY, *Les jeunes se désintéressent de l'entrepreneuriat*, L'express de Madagascar, [en ligne], 28/07/2016, en ligne : www.lexpressmada.com/blog/actualites/les-jeunes-se-desinteressent-de-lentrepreneuriat/ ; L. RATSIAZO, *2% seulement des jeunes se lancent dans l'entrepreneuriat*, Tribune.com Madagascar, [en ligne], 13 novembre 2014, en ligne : www.madagascar-tribune.com/2-seulement-des-jeunes-se-lancent,20467.html.

¹⁶⁵ F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 884.

¹⁶⁶ F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 885.

¹⁶⁷ N. GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), p. 83.

¹⁶⁸ La Banque Privée 1818, *La fiducie sûreté : outil de gestion du patrimoine personnel et professionnel*, Vision Patrimoine, [en ligne] 14/04/2014, mise à jour le 18/04/2014, en ligne : <http://www.gestionprivee.caisse-epargne.fr/patrimoine/fiducie-surete/>.

2 – La publicité et le régime fiscal de la fiducie-sûreté

Après la constitution de la fiducie-sûreté, il revient au fiduciaire « *d’assumer toutes les obligations formelles et déclaratives obligatoires* »¹⁶⁹, (notamment l’enregistrement dans le registre national des fiducies en France) sous peine de nullité pour éviter tout risque d’évasion fiscale. Toutefois, si le constituant est libéré et que le bien fiduciaire retourne dans son patrimoine personnel, la taxe d’enregistrement ne sera pas payée une seconde fois¹⁷⁰.

En ce qui concerne la publicité, elle variera selon l’assiette de la garantie. Seule la fiducie constituée sur des droits réels immobiliers ou sur des immeubles fait véritablement l’objet d’une publicité, qui portera le contrat à la connaissance des tiers, même si elle est destinée à des fins de police. La taxe de publicité foncière est supportée par le fiduciaire. Par contre, lorsque l’assiette est un meuble corporel ou incorporel, il n’y a aucune mesure de publicité¹⁷¹ pour des raisons de rapidité et de discrétion. D’ailleurs, comme le dit le professeur François Barrière, « *le secret des affaires s’accommode mal de publicité* »¹⁷². Ainsi, pour être opposable aux tiers, le transfert de meuble doit respecter les conditions de droit commun, à savoir la mise en possession pour les meubles corporels et pour les biens incorporels, la remise des titres les représentant¹⁷³.

Quid alors du cas particulier de la fiducie-sûreté sans dépossession portant sur des biens meubles ? En effet, puisque seule la dépossession des biens fiduciaires remis entre les mains du fiduciaire aurait éventuellement pu constituer un élément d’information pour les tiers, en l’absence de dépossession, il y a un risque que des ayants cause à titre particulier du constituant viennent saisir un bien fiduciaire en faisant jouer la règle de l’article 2276 du Code civil¹⁷⁴. Pour dénouer ce conflit, on peut alors accomplir les mesures de publicité requises en matière de gage pour chaque meuble remis en fiducie¹⁷⁵. Pour d’autres auteurs, le conflit se réglera comme en matière de clause de réserve de propriété, c’est-à-dire que le fiduciaire aura un droit sur le prix de la revente¹⁷⁶. Selon lui, cet inconvénient n’a pas eu

¹⁶⁹ P. NEAU-LEDUC, « Les apports de l’analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p.47.

¹⁷⁰ P. NEAU-LEDUC, « Les apports de l’analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p.48.

¹⁷¹ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 362; même si leur enregistrement est obligatoire, sous peine de nullité, elle ne constitue pas, rappelons-le, une mesure d’information à l’égard des tiers.

¹⁷² F. BARRIERE, « Commentaire de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly Sté.* 2007, n° 5, p. 568.

¹⁷³ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 616.

¹⁷⁴ Article 2276 du Code civil français : « *En fait de meubles, la possession vaut titre* ».

¹⁷⁵ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 362.

¹⁷⁶ F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 886.

d'incidence sur le succès de la réserve de propriété et il ne devrait donc pas être un frein à l'utilisation de la fiducie-sûreté mobilière.

En outre, la situation peut encore devenir plus complexe puisque selon les professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque, il est également possible que des meubles incorporels, à l'exclusion des créances, soient transférés au fiduciaire tout en restant en possession du constituant, en vertu d'une convention de mise à disposition¹⁷⁷. Toutefois rappelons qu'exceptionnellement, les biens soumis à une publicité obligatoire, comme la mutation d'un fonds de commerce, entraînent une publicité obligatoire pour la fiducie-sûreté¹⁷⁸.

Quant au transfert de propriété d'immeubles ou de droits réels immobiliers, la publicité foncière obligatoire se fait au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble¹⁷⁹. En droit français, cette formalité de publicité peut être fusionnée avec celle de l'enregistrement, ce qui permet de rendre ce dernier également opposable aux tiers¹⁸⁰, et d'atténuer la lourdeur du formalisme.

Pour ce qui est du régime fiscal, le principe de la neutralité¹⁸¹ a été instauré, d'une part, pour ne pas entraver le développement de la fiducie¹⁸² et d'autre part, pour ne pas générer d'avantages fiscaux. Le transfert de biens émanant du patrimoine du constituant à destination du patrimoine fiduciaire n'est pas générateur d'imposition¹⁸³, le constituant étant réputé « *fiscalement titulaire des droits mis en fiducie, le rendant ainsi redevable de l'impôt à ce titre et ce, sur l'ensemble du spectre des impôts directs et indirects* »¹⁸⁴. Cela signifie qu'il n'y a pas de droit de mutation¹⁸⁵.

La liberté contractuelle permet en outre, une modulation de la répartition des risques, selon les préférences des parties en cause.

¹⁷⁷ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 617.

¹⁷⁸ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 350.

¹⁷⁹ B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 14; ou au bureau de la conservation des hypothèques de la situation du droit réel immobilier.

¹⁸⁰ M. EYOUM WONJE, *La fiducie en immobilier*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 en droit des financements et des investissements immobiliers, Université de Cergy Pontoise France.

¹⁸¹ C'est un principe qui, rappelons-le, met les charges fiscales à la charge du constituant.

¹⁸² Equitis, *Le régime fiscal et comptable de la fiducie*, Equitis Gestion de fonds et fiducies, [en ligne], adresse URL : Equitis.fr/fiducies/le-regime-fiscal-et-comptable-de-la-fiducie/.

¹⁸³ Equitis, *Le régime fiscal et comptable de la fiducie*, Equitis Gestion de fonds et fiducies, [en ligne], adresse URL :

Equitis.fr/fiducies/le-regime-fiscal-et-comptable-de-la-fiducie/.

¹⁸⁴ J.-D. PELLIER, « Regard sur la fiducie-sûreté », *P.A.* 2007, n° 58, p. 13.

¹⁸⁵ TC Conseils, *La fiducie*, [en ligne] : www.tconseils.com/fiducie.php.

L'issue de la fiducie-sûreté peut être en faveur du constituant ou non, et cela a aussi des répercussions sur le régime fiscal. Ainsi, si le bien fait retour au patrimoine du constituant parce qu'il a remboursé sa dette, la neutralité fiscale sera maintenue. Mais si l'opération se dénoue en faveur du fiduciaire ou d'un tiers également créancier du constituant, alors « *le poids de la fiscalité resurgit* »¹⁸⁶. Dès lors en droit français, le transfert des biens ou droits du patrimoine fiduciaire vers le patrimoine personnel du fiduciaire ou du bénéficiaire rend exigible le droit de mutation à titre onéreux, la Taxe sur la Valeur Ajoutée et éventuellement, une taxe sur la plus-value¹⁸⁷. Cette dernière sera « *soumise à imposition sur déclaration du fiduciaire dans le patrimoine du constituant* »¹⁸⁸. En outre le bénéficiaire de la fiducie-sûreté sera éventuellement amené à payer des droits d'enregistrement.

Cependant, en cas de nullité du contrat de fiducie prononcée par le juge, l'administration fiscale doit restituer les droits indûment perçus puisque l'acte de fiducie est anéanti rétroactivement¹⁸⁹.

Notons que sur la base de la fiscalité de droit commun, les seuls impôts payés par le fiduciaire sont ceux liés à son activité, notamment la Taxe sur la Valeur Ajoutée et la taxe professionnelle¹⁹⁰. C'est-à-dire que les prestations de gestion du fiduciaire sont considérées comme des prestations de service, c'est pourquoi il sera redevable de cette Taxe sur la Valeur Ajoutée s'il se fait rémunérer dans le cadre de ses missions¹⁹¹.

Enfin, au niveau des coûts, on peut penser que tout le formalisme notamment en matière immobilière, rend la fiducie plus onéreuse, voire beaucoup plus que ne le serait l'hypothèque. Or, selon les notaires français, la mise en œuvre d'une hypothèque peut conduire au paiement de divers frais annexes qui viennent alourdir considérablement le crédit hypothécaire, ce qui en fait la sûreté la plus onéreuse en pratique¹⁹². À titre d'exemple, l'hypothèque supporte, outre les

¹⁸⁶ P. NEAU-LEDUC, « Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 48.

¹⁸⁷ B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *P.A.* 2009, n° 115, p. 16.

¹⁸⁸ P. NEAU-LEDUC, « Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p.48.

¹⁸⁹ P. NEAU-LEDUC, « Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p.49.

¹⁹⁰ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 355.

¹⁹¹ M. EYOUM WONJE, *La fiducie en immobilier*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 en droit des financements et des investissements immobiliers, Université de Cergy Pontoise France.

¹⁹² M.-D. DUBOIS, *Le coût de la garantie d'un crédit immobilier peut varier du simple au triple*, Le Monde Economique, [en ligne], 10/12/2012, mis à jour le 18/12/2012, adresse URL : mobile.lemonde.fr/economie/article/2012/12/10/le-cout-de-la-garantie-d-un-credit-immobilier-peut-varier-du-simple-au-triple_1802268_3234.html.

émolument du notaire¹⁹³, les assurances et éventuellement les pénalités pour remboursements anticipés¹⁹⁴. Or, dans le cadre de nos recherches auprès d'établissements bancaires malgaches, à côté du nantissement et du cautionnement, l'hypothèque est la sûreté de prédilection des malgaches, les biens immobiliers étant considérés par les banquiers comme offrant le plus de sécurité. Par conséquent, la fiducie, si elle devait être introduite en droit malgache ne devrait dans la pratique, être pénalisée du seul fait de son onérosité et pourrait même s'avérer être une alternative plus intéressante à l'hypothèque.

B.- Applications pratiques et réalisation

La fiducie-sûreté peut-elle constituer une alternative sérieuse aux autres institutions déjà établies et qui ont chacune leur domaine de prédilection ? A l'heure actuelle, il existe une concurrence entre la fiducie-sûreté et les autres sûretés (1) du système romano-germanique, en raison de ses nombreux atouts et notamment de sa redoutable efficacité à l'aune des procédures collectives (2).

1 – La concurrence entre la fiducie-sûreté et les autres sûretés

La fiducie-sûreté est une institution très attrayante mais peut-elle s'imposer face au gage et à l'hypothèque (a) ? Qu'en est-il face aux autres propriété-sûretés (b) ?

a – La fiducie-sûreté face au gage et à l'hypothèque

On dit souvent de l'hypothèque qu'elle est la « *reine des sûretés* »¹⁹⁵, puisqu'elle est la sûreté de prédilection en matière immobilière, éclipsant ainsi « *les sûretés immobilières légales et judiciaires* »¹⁹⁶. Or, même si la fiducie-sûreté est susceptible d'une application très large, c'est dans le domaine des biens meubles incorporels qu'elle est la plus utilisée¹⁹⁷. Faut-il alors en déduire qu'il n'y a pas de concurrence entre ces deux institutions ?

Tout d'abord, l'hypothèque n'offre qu'un droit réel accessoire sur les biens affectés en garantie, se déclinant en un droit de préférence et en un droit de suite¹⁹⁸. Partant, plusieurs créanciers hypothécaires sont souvent en concurrence

¹⁹³ *Les garanties réelles : nantissement et inscriptions hypothécaires*, Notaires Paris-Ile-de-France, [en ligne], 06/02/2017, en ligne : www.notaires.paris-idf.fr/entrepreneur/les-garanties-reelles-nantissement-et-inscription-hypothecaires.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} Ed., Dalloz, 2010, p. 172.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *MLJ* 2013, n° 584, p. 12.

¹⁹⁸ Article 182 de la loi n°2003-041 sur les sûretés : « *L'hypothèque [...] confère à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence* ».

et sont départagés selon leur rang, là où le créancier fiduciaire aura une exclusivité sur la valeur de l'immeuble. De plus, « *contrairement à une hypothèque même assortie d'un pacte comissoire*¹⁹⁹, *la fiducie-sûreté résiste aux difficultés du débiteur notamment à sa liquidation judiciaire* »²⁰⁰.

Par ailleurs, le créancier fiduciaire peut demander au débiteur ayant gardé la possession de l'immeuble grâce à une convention de mise à disposition une rémunération sous forme de loyers²⁰¹.

Au niveau de la réalisation, la liberté contractuelle permet une réalisation plus rapide pour la fiducie-sûreté. Certes, le pacte comissoire a été autorisé en droit français, même en matière d'hypothèque, mais ce mode de réalisation est soumis à certaines conditions légales en plus d'alourdir considérablement le formalisme de l'hypothèque alors que la fiducie-sûreté permet une expertise et une réalisation amiables. Et contrairement aux apparences, ce pacte ne revêt pas un réel intérêt puisque privé de toute efficacité lors de l'ouverture d'une procédure collective²⁰².

Cette rapidité de réalisation de la fiducie-sûreté portant sur des immeubles serait d'autant plus appréciée à Madagascar, où l'interdiction du pacte comissoire (et de la clause de voie parée²⁰³) demeure pour les hypothèques mais s'est assouplie en matière de gage²⁰⁴. Par ailleurs, la réalisation des hypothèques est souvent soumise à une procédure très longue, complexe et parfois incertaine.

¹⁹⁹ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 444 ; la levée de l'interdiction du pacte comissoire en droit français s'est déroulée progressivement. Cette réforme s'est faite dans un premier temps, sous l'impulsion de la jurisprudence, puis dans un deuxième Ed. temps est intervenue l'ordonnance du 23 mars 2006.

²⁰⁰ D. HALLER, *IMMOBILIER La fiducie-sûreté : une nouvelle garantie immobilière pour les banques*, Chaintrier Avocats, en ligne : www.chaintrier.com/content/immobilier-la-fiducie-surete-une-nouvelle-garantie-immobiliere-pour-les-banques-.

²⁰¹ R. DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, en ligne : <http://droit-des-affaires.eff.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/>

²⁰² Article 622-7 du Code de commerce français : « *I.-Le jugement ouvrant la procédure [...] fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte comissoire* ».

²⁰³ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 440 ; c'est une « *clause écartant les formalités légales de la vente forcée, notamment les saisies préalables* ».

²⁰⁴ Article 72 de la loi n°2003-041 sur les sûretés : « [...] *Est réputée non écrite* :

- *toute clause dite pacte comissoire concomitante à la constitution du gage, qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus* » ; ainsi selon une interprétation *a contrario* des dispositions de cet article, le pacte comissoire est valable dès lors qu'il n'est pas concomitant à la constitution du gage. Cela s'explique par la volonté de ne pas valider une clause que le débiteur aurait acceptée parce qu'il a été sous la pression du créancier, au moment de la constitution du gage.

Un autre élément important à considérer en matière de sûretés est la discrétion puisqu'elle peut avoir des impacts sur la renommée ou la réputation d'une entreprise ou d'un entrepreneur. Or, le système de la publicité foncière permet aux tiers de se tenir au courant de l'évolution et de la situation d'un immeuble hypothéqué. En matière de fiducie, seules les autorités étatiques surveillent de près les diverses opérations grâce au registre national des fiducies pour des raisons de fiscalité et de sécurité publique.

La fiducie-sûreté immobilière a aussi l'avantage de pouvoir se faire avec dépossession²⁰⁵ car la gestion de l'immeuble peut être confiée à un tiers et le fiduciaire se limite alors à encaisser les loyers et à payer les charges et impôts y afférents²⁰⁶. Elle évite également au créancier toutes les incertitudes et contraintes liées à la saisie immobilière, à la vente aux enchères et à la faillite du débiteur constituant, sans toujours être plus onéreuse. En France, si l'hypothèque semble avoir plus de succès, ce serait davantage dû à une méconnaissance du mécanisme de la fiducie²⁰⁷ qu'à une inadaptation de cette dernière en matière immobilière. En effet, sa flexibilité et son régime fiscal lui permettront sûrement à l'avenir de jouer un rôle important dans le financement immobilier²⁰⁸. Elle l'emporte également sur le gage immobilier du droit français qui est plus onéreux et dont le formalisme est plus lourd, de sa constitution à sa réalisation.

Mais qu'en est-il alors de la fiducie-sûreté mobilière ? D'emblée, si elle est faite sans dépossession, rien n'empêche le débiteur de mauvaise foi d'aliéner un bien dont il ne détient plus qu'une simple propriété économique et non juridique. En l'absence de publicité, le fiduciaire ne peut exercer aucune action en revendication contre le tiers acquéreur de bonne foi ; tandis que le gage sans dépossession offre un droit de suite au créancier gagiste²⁰⁹. La publicité du gage sans dépossession requiert en effet des formalités très semblables à celles de la publicité foncière²¹⁰, ce qui lui confère sa sécurité.

²⁰⁵ CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, page 14.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ La Banque Privée 1818, *La fiducie sûreté : outil de gestion du patrimoine personnel et professionnel*, Vision Patrimoine, [en ligne] 14/04/2014, mise à jour le 18/04/2014, adresse URL : <http://www.gestionprivee.caisse-epargne.fr/patrimoine/fiducie-surete/>.

²⁰⁸ Association Française des Fiduciaires, *La fiducie : une opportunité pour le financement des entreprises*, FY, [en ligne], 7/12/2015, adresse URL : www.reddit.com/submit?url=http%3A%2F%2Fwww.finyear.com%2FLa-fiducie-une-opportunit%C3%A9-pour-le-financement-des-entreprises_a34767.html&title=La+fiducie+%3A+une+opportunit%C3%A9+pour+le+financement+des+entreprises.

²⁰⁹ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 435.

²¹⁰ *Ibid.* ; comme en matière hypothécaire, l'inscription doit respecter un principe de double spécialité relatif à l'assiette de la sûreté d'une part, et à la créance garantie d'autre part.

Ensuite, la fiducie-sûreté ne parvient pas non plus à s'imposer face au gage avec dépossession qui offre une sécurité très forte avec son « droit de rétention », quand bien même le pacte commissaire est sans effet à tous les stades de la procédure collective. En effet, si le bien retenu est nécessaire à la continuation de l'activité du débiteur en redressement judiciaire, ou si le prix dégagé par sa vente peut contribuer à apurer le passif, le créancier rétenteur bénéficiera d'un paiement direct après restitution dudit bien pour éviter toute situation de blocage²¹¹. De même, en cas de liquidation judiciaire, ou de liquidation des biens, nul ne peut contraindre le créancier rétenteur à se dessaisir du bien tant qu'il n'a pas été payé, et le liquidateur aura tout intérêt à le payer si la valeur du bien retenu est supérieure à celle de la créance du rétenteur²¹². La protection ici offerte est équivalente à celle de la fiducie-sûreté en cas de procédure collective²¹³. *A contrario*, ce n'est que lorsque le bien retenu n'est ni utile au redressement judiciaire, ni d'une valeur supérieure à la créance du rétenteur, que le droit de rétention peut s'avérer inutile.

Le droit malgache n'a pas apporté tant de précisions sur le sort du droit de rétention en cas de procédure collective, mais étant donné que son régime juridique de base est tiré du droit français, on peut supposer que les effets en cas de faillite du débiteur sont les mêmes.

Quid alors du gage sans dépossession ? Certains auteurs le préfèrent à la fiducie car elle est moins onéreuse, ne serait-ce que d'un point de vue fiscal²¹⁴, car la fiducie-sûreté mobilière sans dépossession peut engendrer des frais supplémentaires tels les loyers payés au fiduciaire²¹⁵. Et d'ailleurs, il s'avère que les applications pratiques de la fiducie-sûreté mobilière sans dépossession sont rares²¹⁶. À titre d'exemple, une telle opération serait faisable sur un portefeuille de valeurs mobilières, la nue-propriété étant transmise au fiduciaire et le constituant conservant alors le droit d'usufruit. Il y aurait cependant un risque important à laisser au constituant la possession de ces biens, même en sa seule qualité d'usufruitier, puisqu'il se pourrait que ce dernier en fasse une mauvaise gestion, ou qu'il dilapide lesdits biens²¹⁷. À cause de ces complications, c'est en matière de meubles incorporels que la fiducie-sûreté innommée, et plus tard la fiducie-sûreté nommée, a connu un essor. C'est ce succès qui a d'ailleurs incité le

²¹¹ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 672.

²¹² *Ibid.*

²¹³ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 675.

²¹⁴ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 601.

²¹⁵ R. DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, adresse URL : <http://droit-des-affaires.efc.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/>

²¹⁶ CNB Fiducie, *Fiducie Vadémécum*, EFB, [en ligne], 24/08/2010, adresse URL : www.efb.fr, p. 15.

²¹⁷ *Ibid.*

législateur malgache à transposer l'institution de la cession fiduciaire dans la nouvelle loi sur les sûretés.

Concernant particulièrement la fiducie-sûreté nommée, si la sécurité qu'apporte le système du patrimoine d'affectation est indéniable, le formalisme lourd sanctionné par la nullité et la complexité de l'opération fiduciaire peuvent cependant constituer un frein quand on sait que les praticiens apprécient la rapidité et la simplicité des instruments de fiducies-sûreté innomées en matière de meubles incorporels. La fiducie-sûreté mobilière avec dépossession revêt néanmoins un intérêt certain, notamment sur des portefeuilles de valeurs mobilières, ou sur toutes sortes de participations²¹⁸. Comme les valeurs mobilières ou les créances peuvent être évaluées objectivement et précisément, il n'est pas besoin de recourir à l'expertise, ce qui réduit le coût de l'opération. Dans la pratique française, la fiducie-sûreté est en phase de devenir la nouvelle reine des sûretés lorsqu'elle porte sur des portefeuilles de titres financiers, et elle supprime même le nantissement sur compte-titres²¹⁹.

Le gage est très peu utilisé par les établissements de crédit à Madagascar, voire pas du tout. Quant au nantissement, il est très pratiqué et ce, sous de nombreuses formes, notamment : nantissement de créances, de matériel et de véhicules. Mais il n'est pas certain que la fiducie, même en offrant une meilleure garantie au créancier, puisse un jour se substituer au nantissement portant sur des biens corporels, en raison de sa complexité et de son onérosité. Que la cession fiduciaire soit cependant en pratique préférée au nantissement de créance est déjà une avancée en soi.

b – La fiducie-sûreté face aux autres propriété-sûretés

La clause de réserve de propriété diffère de la fiducie-sûreté en ce que le créancier réservataire ne devient pas propriétaire, mais le demeure²²⁰ jusqu'à ce qu'il soit entièrement désintéressé. Partant, en cas de non-paiement, son droit est principalement un droit de revendication d'un bien, en qualité de propriétaire. Utilisée essentiellement en matière de vente²²¹, elle suppose que le bien vendu soit immédiatement mis en la possession du débiteur acheteur. Le transfert de propriété définitif en faveur de ce dernier sera retardé jusqu'au désintéressement

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ F. DANOS et B. THOMAS, *Les avantages de la fiducie-sûreté de portefeuille de titres financiers sur le nantissement de compte-titres*, LANDWELL & ASSOCIES, [en ligne], novembre 2014, adresse URL : www.optionfinance.fr.

²²⁰ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 320.

²²¹ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 322 ; la vente est son domaine de prédilection mais il peut concerner d'autres contrats translatifs de propriété, toutefois, la loi malgache sur les sûretés semble suggérer que son utilisation se limite en matière de vente.

intégral du créancier, contrairement à la délivrance du bien qui n'est pas différée²²².

C'est une sûreté qui ne nécessite pas un formalisme lourd, et ni le droit malgache ni le droit français ne prévoient des formalités particulières. De plus, aucune mesure de publicité n'est prévue en droit français, et la simple stipulation de l'écrit suffit à la rendre opposable aux tiers, en droit malgache.

Sa réalisation est d'autant plus intéressante puisque l'exercice du droit de revendication du créancier réservataire s'exercera presque sans limites. Toutefois, il est bien des hypothèses où ce droit est paralysé. C'est le cas notamment quand un tiers (également créancier du même débiteur) exerce sur le bien concerné un droit de rétention²²³. Quand la réserve de propriété porte sur un bien meuble corporel, on se retrouve dans la même situation problématique que la fiduciaire-sûreté mobilière, à cause de l'inexistence de publicité. Dès lors, dans les deux cas, l'article 2276 du Code civil français joue en faveur des tiers acquéreurs et autres créanciers gagistes de bonne foi²²⁴. Néanmoins, le réservataire peut reporter son droit de propriété sur « *la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur* » comme l'affirme l'article 2372 du Code civil.

Mais la clause de réserve de propriété est-elle plus efficace en cas de procédure collective ? En droit malgache et en droit français, le droit de revendication demeure applicable sous réserve de certaines conditions légales. Ce faisant, le créancier réservataire va bénéficier d'un paiement indirect. Il faut noter qu'en droit français, le régime juridique de la revendication d'un bien transféré dans un patrimoine fiduciaire mais dont l'usage ou la jouissance a été conservée par le débiteur, a été aligné sur celui de la clause de réserve de propriété²²⁵. Cependant, le réservataire aura un net avantage puisque la revendication pourra se faire dans un délai de trois mois à partir du jugement d'ouverture. Or, comme évoqué précédemment, le fiduciaire devra attendre la résiliation ou le terme du contrat de mise à disposition. Ce dernier étant un contrat en cours, le fiduciaire ne peut se prévaloir d'un paiement indirect²²⁶.

En ce qui concerne le crédit-bail, il est pour rappel, « *un montage par lequel un professionnel, désireux de disposer d'un bien d'équipement, le fait acheter par un établissement de crédit qui le lui donne en location pour une durée correspondant à la durée d'amortissement du bien* »²²⁷. À l'instar du créancier

²²² *Ibid.*

²²³ Com. 3 octobre 1989, *société Marquet c/ société Transports Rochais-Bonnet*, pourvoi n° 87-15725, Bull 1989 IV n°244.

²²⁴ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 324.

²²⁵ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 683.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 5^{ème} Ed., Dalloz, 2010, p. 239.

réservataire, le crédit-bailleur se réserve « *un droit de propriété sur la valeur de la chose* »²²⁸. Détenant la propriété juridique, celui-ci voudra se décharger de toutes charges « *inhérentes à l'utilisation du bien* »²²⁹, qui sont rattachées à la propriété économique²³⁰. C'est un mécanisme de garantie qui a ceci de particulier que le crédit-bailleur a tout intérêt à ce que le bien qu'il a financé ne lui soit jamais restitué, que cette propriété économique demeure au locataire²³¹. À part les frais engendrés pour sa conservation, il n'est pas assuré de trouver un nouvel acheteur de sitôt, et si le bien acquis correspond à un besoin spécialisé, il est difficile de le replacer sur le marché²³². En outre, l'usage qu'en a fait le débiteur a pu en diminuer la valeur, ce qui exclurait un remboursement intégral lors de sa revente.

Si le crédit-bail résiste à l'épreuve des procédures collectives, l'opposabilité de la réserve de propriété dépendra de l'accomplissement d'une mesure de publicité²³³. Cependant, tout comme pour la fiducie-sûreté et la réserve de propriété, en dehors de toute situation de faillite du crédit-preneur, le crédit-bail se heurte aux droits des sous-acquéreurs de bonne foi²³⁴ et l'accomplissement d'une publicité obligatoire est sans effet à leur égard²³⁵. Néanmoins, elle évite au crédit-bailleur d'exercer l'action en restitution avant le jugement d'ouverture²³⁶, contrairement au réservataire.

Quoi qu'il en soit, on ne peut pas réellement parler de concurrence entre les différentes propriété-sûretés. En effet, le crédit-bail est davantage une activité d'investissement et une forme de location-financement, tandis que la clause de réserve de propriété est un instrument permettant aux fournisseurs et vendeurs de marchandises d'accorder des délais de paiement à leurs clients/acheteurs en toute sécurité. Si tous deux favorisent l'investissement, la fiducie quant à elle, se

²²⁸ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 669.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ L'éclatement de la propriété comme dans le cas du *trust* et la dichotomie qui s'ensuit entre propriété juridique et propriété économique n'existent pas dans le droit de tradition civiliste, toutefois nous employons ces termes afin de mieux illustrer nos propos ; cf. P. DUPICHOT, *Rapport de synthèse, in Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 102 et 103.

²³⁰ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 669.

²³¹ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Cujas, 1994/1995, p. 290.

²³² M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} Ed., Litec, 1997, p. 449.

²³³ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 682.

²³⁴ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 327.

²³⁵ Com. 14 octobre 1997, société *Procrédit c/ sociétés Durr développement et système Ed.s et Aegys technology*, pourvoi n° 95-10006, Bull 1997 IV n° 257.

²³⁶ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 682.

distingue par son caractère polymorphe. En outre, elle peut concerner tous les types de biens qui soient, contrairement aux deux autres²³⁷. En effet, la réserve de propriété concerne exclusivement les biens corporels, immeubles ou meubles²³⁸. Quant au crédit-bail, il porte sur les biens immobiliers, mais surtout sur les biens mobiliers tels que les biens d'équipement, matériels et outillages, véhicules. Pour les biens incorporels, il se limite aux fonds de commerce et aux établissements artisanaux.

Malgré cette potentielle polyvalence, son domaine d'application est restreint dans la pratique. Selon les praticiens, « *les cas les plus fréquents sont [...] des fiducies sur parts sociales, sur créances ou sur sommes d'argent* »²³⁹. N'ayant pas encore eu l'occasion de se développer suffisamment depuis son introduction en droit français, elle s'avère néanmoins très utile dans le cadre des créances restructurées.

Certains auteurs pensent que le crédit-bail a quelques ressemblances avec la fiducie, notamment dans l'hypothèse du *lease-back*²⁴⁰ ou cession-bail. Il s'agit de l'opération par laquelle le propriétaire d'un bien, généralement immeuble²⁴¹ le vend au prêteur, qui est la société de crédit-bail²⁴². Cette dernière le reloue aussitôt dans le cadre d'un crédit-bail. À la fin de la location, le crédit-preneur dispose de l'option d'achat, si elle est levée, alors le crédit-preneur redevient le propriétaire du bien²⁴³. Si l'opération concerne un bien meuble, on parle de *leasing* adossé²⁴⁴, mais cette fois, le crédit-preneur loue à son tour le même bien à des clients utilisateurs. Il est vrai qu'a priori, un tel mécanisme rappelle vaguement celui de la vente à réméré, qui a, comme nous l'avons vu, quelques liens avec la fiducie. La fiducie-sûreté et le crédit-bail permettent à l'entreprise d'obtenir un crédit en transférant la propriété d'un bien acquis préalablement. Mais là où le système du *lease-back* semble plus avantageux, c'est par rapport au dénouement en cas de défaillance du crédit-preneur en cours de contrat. En effet, même après avoir

²³⁷ R. DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, adresse URL : <http://droit-des-affaires.efe.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/>

²³⁸ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 321 ; bien que la réserve de propriété soit rare en matière immobilière.

²³⁹ R. DAMMANN, *Les principaux traits de la fiducie sûreté*, Le blog des juristes, [en ligne], 22/01/2014, adresse URL : <http://droit-des-affaires.efe.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/>

²⁴⁰ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Cujas, 1994/1995, p. 290.

²⁴¹ L'immeuble en question doit être à usage professionnel, comme un local commercial ou industriel, une usine, des bureaux ou même un entrepôt.

²⁴² M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} Ed., Litec, 1997, p. 449.

²⁴³ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés La publicité foncière*, 6^{ème} Ed., Cujas, 1994/1995, p. 290.

²⁴⁴ D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 6^{ème} Ed., Dalloz, 2008, p. 253.

recupéré son bien, le crédit-bailleur restera créancier des loyers impayés mais en plus, il pourra toujours prétendre à la créance d'indemnité résultant de la clause pénale traditionnellement insérée dans ce genre de contrat²⁴⁵. Et même dans l'hypothèse où il serait intégralement remboursé, il aura toujours le droit de conserver le bien objet du crédit-bail. Dès lors, nous ne voyons pas comment la fiducie-sûreté pourrait rivaliser avec un système aussi ingénieux. Pourtant, on peut reprocher à la cession-bail son manque d'accessibilité aux petites et moyennes entreprises même si en théorie toute entreprise, sans distinction peut en bénéficier. En plus d'être une opération juridique assez complexe, elle ne concerne en pratique que des biens d'une très grande valeur comme les biens immobiliers et industriels entre autres²⁴⁶, même si la théorie admet la mise en cession-bail de tous les biens, du moment qu'ils sont utilisés dans l'exploitation commerciale, industrielle ou professionnelle. Toutefois, le *lease-back* sera rarement consenti par l'établissement de crédit si son objectif est de générer des liquidités en vue de financer des activités déficitaires²⁴⁷. Sur ce point, il est préférable de se tourner vers la fiducie-sûreté qui permet plus facilement aux entreprises en difficultés d'obtenir du crédit. En outre, les actifs sur lesquels porte la cession-bail doivent être d'une qualité irréprochable²⁴⁸. C'est-à-dire qu'ils doivent avoir fait l'objet d'un bon entretien.

Par ailleurs, au niveau du coût, le *lease-back* immobilier peut être particulièrement onéreux puisqu'il faut établir un acte authentique, procéder à la publicité foncière, sans oublier l'expertise immobilière²⁴⁹. Et même si l'opération est fiscalement globalement neutre, plus la durée du contrat est longue, plus le coût financier sera élevé. Or il s'avère que la durée du contrat dépendra justement de la capacité financière de l'entreprise crédit-preneuse. L'avenir dira laquelle des deux institutions : fiducie-sûreté ou *lease-back* immobilier, aura la faveur des praticiens en matière de financement immobilier.

D'aucuns pensent également que la fiducie-sûreté ne pourra pas concurrencer la clause de réserve de propriété en matière de meubles corporels, dont la technique est éprouvée depuis de nombreuses années et qui procure une

²⁴⁵ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4^{ème} Ed., Litec, 1997, p. 450.

²⁴⁶ X. LABARRIERE, *Comment marche un lease-back ?*, ECL Direct, [en ligne], 24/09/2013, mise à jour le 21/09/2016, en ligne : <https://www.expert-comptable-tpe.fr/articles/comment-marche-un-lease-back/> .

²⁴⁷ X. LABARRIERE, *Comment marche un lease-back ?*, ECL Direct, [en ligne], 24/09/2013, mise à jour le 21/09/2016, en ligne : <https://www.expert-comptable-tpe.fr/articles/comment-marche-un-lease-back/> .

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ E. TORT, *Les spécificités des opérations de lease-back immobilier*, RFC. 2011, n°445, page 39.

grande satisfaction aux créanciers²⁵⁰. En outre, la réserve de propriété a l'avantage d'avoir une constitution simple alors que le mécanisme du patrimoine fiduciaire est bien trop complexe sans pour autant apporter une meilleure protection²⁵¹. Et tandis que la réserve de propriété peut s'insérer dans les relations entre particuliers, la fiducie-sûreté est assurément trop technique pour le simple particulier qui aura systématiquement besoin des conseils d'un tiers-protecteur et éventuellement de l'intervention d'un fiduciaire rémunéré. En outre, elle est « *trop lourde et trop complexe à mettre en place pour de petits crédits*²⁵² » comme les crédits à la consommation, et son utilisation par des « *personnes physiques paraît inopportune spécialement lorsque le crédit est d'un montant relativement faible* »²⁵³. En raison de sa finalité et de sa technicité, elle serait beaucoup plus attrayante et pratique pour les grandes entreprises²⁵⁴.

2 – Sa redoutable efficacité à l'aune des procédures collectives

La fiducie-sûreté est véritablement un « *instrument redoutable de protection des créanciers de l'entreprise en difficulté* »²⁵⁵. Les procédures collectives sont régies par le principe de l'égalité des créanciers. À ce titre, le patrimoine réel ou apparent du débiteur sera figé à une certaine date, pouvant entraîner la disparition de certaines sûretés constituées antérieurement²⁵⁶. La nullité de la période suspecte²⁵⁷ est une règle très importante, car on ne peut admettre qu'un créancier cherche à se prémunir contre une insolvabilité déjà acquise²⁵⁸, et la fiducie-sûreté n'y échappe pas.

Ainsi, aux termes de l'article L. 632-1 du Code de commerce français, tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire est nul, lorsqu'il est intervenu depuis la date de cessation des paiements. En outre, selon le même article, est nul « *tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens*

²⁵⁰ S. PIEDELIEVRE, « Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise ? », in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 78.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² A. GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 73.

²⁵³ H. RANDRIAMAROTIA, « Réflexions sur les mécanismes d'affectations des créances à la garantie d'une dette en droit français », in *Regards sur le droit malgache, Mélanges en l'honneur du professeur A. RAHARINARIVONIRINA*, Jurid'ika, 2010, p. 394.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ N. GLEIZES, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2- Magistère de Juriste d'affaires- D.J.C.E, Université Paris II Panthéon-Assas, Pierre CROCQ (dir.), p. 3.

²⁵⁶ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 649.

²⁵⁷ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 650, la période suspecte est la période se situant entre la date de cessation des paiements et celle du jugement d'ouverture de la procédure collective.

²⁵⁸ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 651.

déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant ». *A contrario*, le transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire est donc valide s'il est intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée.

Par ailleurs, si tous les créanciers ont l'obligation légale de déclarer leur créance, le fiduciaire (ou le bénéficiaire) semble être exempté d'une telle formalité. Selon certains auteurs, la déclaration n'a d'intérêt que si le patrimoine fiduciaire est insuffisant pour désintéresser le créancier²⁵⁹. Malgré tout, il est préférable, de déclarer la créance et la fiducie-sûreté à titre de précaution²⁶⁰. Notons que si la fiducie-sûreté venant garantir la créance n'est pas mentionnée dans la déclaration de créance, elle ne pourra être invoquée dans la procédure collective et sur ce point, la jurisprudence est constante s'agissant des sûretés réelles²⁶¹. Le fiduciaire négligent y participera alors en tant que simple créancier chirographaire.

L'un des véritables avantages conférés par la fiducie-sûreté concerne cependant la possibilité de contourner la règle posée par l'article L. 622-7 du Code de commerce français. En son alinéa premier, il énonce que « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture* ». Cette interdiction de principe s'applique indifféremment dans le cadre de la sauvegarde, du redressement et de la liquidation judiciaire. Il émane de cette règle, la volonté d'instaurer une discipline collective, et d'augmenter les chances de redressement du débiteur²⁶² ; or exceptionnellement, lorsque certaines créances ou certains biens sont sortis du patrimoine du débiteur, le paiement pourra intervenir et sont concernées à ce titre, la cession de créance, la délégation de créance et la fiducie-sûreté²⁶³.

S'agissant de ce paiement, un créancier peut être désintéressé, au moins partiellement, soit paiement à l'échéance soit par paiement par préférence²⁶⁴. Le premier est beaucoup plus efficace puisque le créancier concerné échappe à tout concours et c'est justement le cas du créancier fiduciaire (ou bénéficiaire). Or, le deuxième est soumis à la loi du concours car le paiement par préférence va en fait s'exercer sur le prix dégagé de la cession de l'entreprise, de ses actifs, ou des

²⁵⁹ R. DAMMANN et G. PODEUR, *Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution?*, Dalloz, 2007, p. 1361 ; cité par P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 4^{ème} Ed., Dalloz, 2008-2009, p. 1498.

²⁶⁰ A. AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 67.

²⁶¹ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 664.

²⁶² M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 668.

²⁶³ P.-M. LE CORRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^{ème} Ed., Dalloz, 2011, p. 796.

²⁶⁴ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 668.

deniers de la liquidation²⁶⁵. En outre, dans le cadre du redressement judiciaire et de la procédure de sauvegarde, la fiducie-sûreté est très avantageuse puisque le créancier fiduciaire ou le bénéficiaire pourront être payés directement ou indirectement, suivant la situation. Le paiement sera indirect si la conservation ou l'acquisition de la propriété d'un bien va permettre d'éteindre au moins pour partie la créance garantie. La valeur dudit bien viendra alors en déduction de celle de la créance en question²⁶⁶. Ce faisant, leur sûreté sera éteinte par voie accessoire²⁶⁷. C'est ce que l'on appelle un « *re-transfert de propriété contre paiement* »²⁶⁸.

Mais alors, il faut en déduire que la fiducie-sûreté qui opère sans dépossession du débiteur est donc d'une efficacité moindre²⁶⁹. En effet, la convention de mise à disposition va empêcher tout transfert des biens ou droits fiduciaires au profit du fiduciaire ou du bénéficiaire, du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêt du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. La sanction en cas de violation de cette règle est la nullité.

En théorie, la réalisation de la fiducie-sûreté est toujours possible mais à condition que les biens fiduciaires ne soient pas entre les mains du débiteur en vertu d'une convention de mise à disposition²⁷⁰. En effet, la fiducie-sûreté échappe également à la règle de la suspension des poursuites individuelles et des voies d'exécution puisque les biens affectés en garantie sont sortis du patrimoine personnel du débiteur. En fait, la réalisation de la fiducie-sûreté n'est paralysée que si l'entreprise débitrice a raisonnablement la possibilité de revenir à meilleure fortune et que les biens fiduciaires sont utiles pour la poursuite de son activité en question, ou du moins sont-ils présumés comme tels²⁷¹. Ensuite, il faut qu'il existe une convention de mise à disposition, puisqu'on peut présumer que si le débiteur a voulu conserver les biens remis en fiducie, c'est parce que logiquement il en avait vraiment besoin pour pouvoir continuer son activité²⁷². Cette convention est d'ailleurs soumise aux règles de la continuation des contrats en cours²⁷³. Ces deux conditions sont cumulatives.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 672.

²⁶⁸ A. AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 66.

²⁶⁹ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 675.

²⁷⁰ A. AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 66.

²⁷¹ A. AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 68.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ P.-M. LE CORRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^{ème} Ed., Dalloz, 2011, p. 65.

Par conséquent, la réalisation est toujours possible dans le cadre d'une liquidation judiciaire puisque l'activité est destinée à cesser immédiatement ou à terme, qu'il y ait ou non une convention de mise à disposition²⁷⁴, celle-ci n'étant de toute façon plus placée sous le régime des contrats en cours. Ici, toute chance de redressement est définitivement compromise.

On pourrait penser *a priori* que cette restriction encadrant la convention de mise à disposition défavorise le créancier fiduciaire mais en fait, le professeur Augustin Aynès souligne qu'elle peut, au contraire, lui être bénéfique²⁷⁵. En effet, cette limitation est censée offrir au débiteur, les meilleures conditions possibles afin de se rétablir et pour qu'il puisse payer le fiduciaire en numéraire. Ce dernier n'aura donc pas besoin d'acquérir la propriété définitive du bien. Si la sauvegarde ou le redressement échouent, une procédure de liquidation judiciaire sera de toute façon ouverte et rien ne pourra empêcher la réalisation de la fiducie-sûreté.

Donc, la fiducie-sûreté est très efficace dans le cadre des procédures collectives, même s'il y a quelques atteintes directes ou indirectes à sa réalisation²⁷⁶ puisqu'elle a véritablement la capacité d'assurer le paiement du créancier, et c'est là un trait qui lui est caractéristique²⁷⁷. Ces mesures ne visent pas à empêcher sa réalisation ou à forcer le créancier à consentir à certains sacrifices, mais plutôt à lui imposer certains délais d'attente, notamment si un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire a été adopté et s'il a été convenu une convention de mise à disposition²⁷⁸.

Par ailleurs, c'est avant tout la liberté contractuelle qui va permettre une réalisation efficace et rapide. En effet, d'une part, elle n'est pas soumise aux contraintes et restrictions affectant la réalisation des autres sûretés réelles même dans le cadre des procédures collectives : il s'agit notamment de l'interdiction de la clause de voie parée et de l'inefficacité du pacte commissaire²⁷⁹. On évite aussi tout le processus lié à la saisie. Rappelons que les parties peuvent tout à fait se passer du juge non seulement pour la réalisation mais aussi pour l'expertise à effectuer à cet effet. D'autre part, elle confère aussi une certaine discrétion qui préserve la réputation d'un opérateur économique qui se garderait bien d'attirer l'attention sur son insolvabilité ou sa défaillance. Sans passer par une vente aux

²⁷⁴ A. AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 68.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ A. AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 70.

²⁷⁷ A. GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 71.

²⁷⁸ A. GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 72.

²⁷⁹ *Ibid.*

enchères publiques, elle serait sans doute très appréciée à Madagascar car il s'avère que la réalisation à l'amiable des sûretés soit une tendance généralisée dans la pratique malgache²⁸⁰.

Notons par ailleurs que la fiducie-sûreté a pour particularité de ne pas s'éteindre au décès du constituant personne physique et ses héritiers prendront alors sa place dans le contrat. Cependant les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire doivent être attribués dans le partage à l'un des héritiers, qui deviendra le successeur du constituant²⁸¹. Elle peut s'avérer plus efficace que le cautionnement car cette transmission semble concerner les dettes nées antérieurement et postérieurement au décès. En effet, le décès d'une caution entraîne l'extinction de son obligation de couverture, d'où seules les dettes nées avant son décès sont transmises à ses héritiers²⁸².

Pour conclure, la fiducie serait un instrument très utile pour les entreprises malgaches puisqu'elle a « *vocation à s'appliquer à tous les aspects du financement des entreprises*²⁸³ ». Au cours de nos enquêtes, nous avons pu constater que les sûretés réelles classiques utilisées à Madagascar offrent bien peu de protection en cas de procédure collective ouverte contre le débiteur emprunteur. Étonnamment, le problème ne vient pas d'une « crise » qui affecterait l'efficacité des sûretés en elles-mêmes, mais plutôt d'un blocage d'ordre procédural. Dans la pratique, pour les très rares cas où le Tribunal de commerce prononce le jugement d'ouverture, la procédure collective est si longue et complexe, que l'on n'arrive généralement pas au stade de la distribution des deniers issus de la réalisation des actifs du débiteur. Cela ne veut pas dire que les créanciers se retrouvent impayés, mais plutôt que la procédure « suit encore son cours ». Le fait que cette dernière soit très technique explique qu'elle ait généralement du mal à aboutir. On ne peut donc à l'heure actuelle se prononcer réellement sur les impacts de la procédure collective sur les sûretés malgaches ni sur leur efficacité. Cependant, pour échapper à ces inconvénients, les banquiers préfèrent parfois recourir au cautionnement, mais là non plus, rien n'assure au créancier que la caution sera solvable quand elle sera actionnée, ou qu'elle n'essayera pas de se soustraire au paiement. Pourtant, avec l'introduction de la fiducie-sûreté, les banques pourront obtenir leur dû sans devoir attendre l'issue d'une procédure de liquidation des biens incertaine, et sans devoir craindre la moindre concurrence avec d'autres créanciers et/ou d'autres banquiers.

²⁸⁰ RAMAROLANTO-RATIARAY, R. ANDRIANAIVO RAVELONA, « Tendances et évolution du droit des affaires à Madagascar », *RIDC*. 1992, volume 44 n° 2, p. 430.

²⁸¹ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 368.

²⁸² M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2012, p. 368.

²⁸³ A. GOURIO, *La fiducie-sûreté : utilité et avenir*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 73.

Mais en dépit de ses qualités très attrayantes, la fiducie-sûreté nécessite certaines conditions juridiques et économiques pour pouvoir s'épanouir. Ainsi, les principales difficultés sont la complexité de l'opération de fiducie et l'exigence d'une certaine technicité qui risquent de la rendre moins accessible. De plus, dans un contexte général de marasme économique, la diminution des demandes de financement risque de ne pas être en faveur du développement de la technique fiduciaire. L'introduction de la fiducie en droit malgache sera difficile mais pas impossible. Elle sera une nécessité face à l'évolution de la pratique.