



LE FIDUCIAIRE DE DROITS SOCIAUX¹

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 11 MARS 2019

PAR SABRINA LE NORMAND-CAILLÈRE*

1. Le fiduciaire de droits sociaux est une question éminemment intéressante et sous les feux de l'actualité. Vous comprendrez qu'il vaut mieux choisir une belle question comme thème d'une Conférence pour Droit & Commerce. Surtout que c'est pour moi un honneur et un plaisir non dissimulé d'être ici devant vous ce soir. Un honneur d'autant plus grand que c'est l'Association Droit et Commerce qui avait délivré un prix de thèse pour mon travail relatif au droit et à la fiscalité du transfert temporaire de valeurs mobilières². Je remercie vivement Maître Gachucha Courrégé, Présidente de l'Association, et ses membres pour leur invitation chaleureuse ainsi que Monsieur Paul Louis Netter, Président du Tribunal de commerce, de me permettre d'intervenir devant vous ce soir. Je remercie également Madame Isabelle Aubard pour l'organisation matérielle de cette conférence, sans laquelle celle-ci n'aurait pas lieu. Enfin, j'en profite pour vous remercier vous public, venu si nombreux, pour m'écouter ce soir.

2. Après ces remerciements, revenons à ce qui nous intéresse ce soir : le fiduciaire de droits sociaux. Introduite à l'article 2011 du Code civil depuis 2007, la fiducie est « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine

propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». De cette définition légale, il ressort plusieurs caractères. Tout d'abord, sa nature : la fiducie est contractuelle. En outre, la fiducie est une opération triangulaire : il s'agit d'une opération conclue entre un constituant et un fiduciaire mais produisant des effets à l'égard d'un bénéficiaire pouvant revêtir la qualité de constituant ou de fiduciaire. De plus, la fiducie crée un patrimoine d'affectation géré par le fiduciaire. Enfin, cette opération se réalise par un transfert finalisé, dont la nature est toujours débattue en doctrine, à titre de gestion, de garantie³ ou encore de transmission sous réserve que la fiducie ne soit pas conclue à des fins de libéralité⁴.

3. Le fiduciaire a donc une lourde tâche : il doit accomplir sa mission au profit d'un bénéficiaire. Son contenu est fixé au gré de la liberté contractuelle. Toutefois, qui veut être fiduciaire ne peut pas toujours l'être. L'article 2015 du Code civil limite l'exercice de cette activité aux avocats et à certains organismes financiers réglementés tels que les établissements de crédit, les entreprises d'investissements, les sociétés de gestion de portefeuille et d'assurance. Ces professionnels très différents ont tous pour dénominateur commun d'être des professions réglementées, c'est à dire soumis à des contrôles opérés soit par un ordre, soit par une autorité administrative indépendante. Cette restriction se comprend pour éviter que la fiducie ne soit détournée de son intérêt notamment à des fins

* Sabrina Le Normand-Caillère est Maître de conférences à l'Université d'Orléans et co-dirige le master 2 droit des affaires et fiscalité.

1 - Conférence prononcée devant l'Association Droit & Commerce le lundi 11 mars 2019. La forme orale a été conservée.

2 - S. Le Normand-Caillère, Droit et fiscalité du transfert temporaire de valeurs mobilières, avant-propos D. Tricot et préface Y. Sérandour : Lexis-Nexis, 2015, t. 87.

3 - Même si en pratique la distinction est peu utile dans la mesure où les fiducies constituées sont le plus souvent mixtes.

4 - C. civ. art. 2013 : « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public ».

de fraude fiscale ou de blanchiment d'argent. L'objectif est pour l'instant atteint, puisque la fiducie n'a pas encore fait l'objet de contentieux⁵. Depuis 2009, la qualité de fiduciaire a été étendue aux avocats avec des aménagements en matière de secret professionnels, d'identification des fonctions, de supports informatiques, ou encore s'agissant des dépôts CARPA.

4. Selon les chiffres de l'Association française des fiduciaires de 2014, dont les représentants présents ce soir pourront confirmer, 430 fiducies ont été constituées depuis 2007 ; 10 milliards traités en fiducie ; 215 fiducies restaient encore ouvertes en 2014, soit un total de 4,6 milliards d'euros d'actifs en gestion. Si ces chiffres sont encourageants, ils demeurent toutefois en dessous des possibilités notamment lorsque la fiducie porte sur des titres sociaux. Ces dernières opérations ouvrent de larges perspectives tant en matière de financement sur les marchés financiers, qu'en dehors notamment pour les transmissions des entreprises. Les entreprises familiales établies sous forme sociétaire pourraient être les premières cibles pour palier notamment à une éventuelle incapacité du chef d'entreprise.

5. Toutefois, mettre des titres sociaux en fiducie n'est pas sans poser certaines questions : *quid* de la qualité d'associé ? (I) ; *quid* de l'exercice des droits attachés aux titres ? (II) ; et surtout *quid* de la responsabilité du fiduciaire ? (III). Revenons sur ces différents points.

I - La qualité d'associé du fiduciaire

6. De prime abord, cette question semble théorique et pourtant elle est lourde d'enjeux pratiques. On peut citer pêle mèle : le droit de participer aux assemblées générales⁶, la réglementation dans certaines formes sociales des conventions réglementées ou interdites ou encore le droit de participer aux bénéfices et aux pertes⁷. La réponse à apporter n'est pas simple dans la mesure où ni la loi, ni la jurisprudence ne définissent précisément la qualité d'associé. La réponse est surtout décisive car si une réponse négative s'impose alors cela signifierait que la fiducie ne pourra être utilisée dans des montages utilisant les droits sociaux. Dans ce

silence, il convient donc de raisonner en deux temps au regard du droit civil des biens (A) et du droit des sociétés (B).

A - Le droit civil des biens

7. *A priori* est associé celui qui détient des droits sociaux. Cela vise donc le propriétaire des droits sociaux. Appliqué à la fiducie, ce principe oblige à regarder à la nature du transfert réalisé. Or, en la matière l'article 2011 du Code civil n'est pas très prolix. La loi ne dit pas explicitement s'il s'agit ou non d'un transfert de propriété. Certains adoptent des positions radicales : aucun transfert ou un véritable transfert de propriété. À notre avis, la réponse est plus nuancée. Le transfert réalisé n'est pas selon nous un véritable transfert de la propriété des droits sociaux mais davantage un transfert *sui generis* qu'on pourrait appeler transfert fiduciaire⁸. Existerait donc, aux côtés de la propriété de l'article 544 du code civil, absolue et exclusive, une propriété fiduciaire distincte par ses caractères : temporaire, limitée dans sa substance, finalisée c'est-à-dire créée pour un but précis. Sa reconnaissance entrainerait la constitution d'un véritable démembrement du droit de propriété entre d'une part une propriété juridique (propriété du titre) et d'autre part une propriété économique (propriété de l'émolument). La propriété économique manifesterait ainsi « la relation d'une personne juridique relativement à un bien dont elle n'est pas juridiquement propriétaire, laquelle relation, d'une part, résulte d'un acte juridique et, d'autre part, confère à cette même personne un droit dont l'exercice lui donne vocation à bénéficier, pour elle-même et à titre exclusif, de la totalité de la substance économique du bien »⁹.

8. Les risques liés à la reconnaissance d'une double propriété en droit français tiennent moins d'une résurgence de la féodalité que d'une utilisation abusive des droits conférés par le contrat. Il est regrettable que le législateur, lors de l'adoption de la fiducie, n'ait pas reconnu expressément l'existence de la propriété fiduciaire. Pourtant, une disposition aurait pu être insérée dans le Code civil, au titre II du

5 - Sauf une affaire en matière de procédure collective : CA Paris, 4 novembre 2010, n° 10/07100, Jurisdata n° 2010-025412.

6 - C. civ. art. 1844. al. 1^{er}.

7 - C. civ. art. 1832 et 1844-1.

8 - Pour plus de développements, V. : S. Le Normand-Caillère, Droit et fiscalité du transfert temporaire de valeurs mobilières, avant-propos D. Tricot et préface Y. Sérandour : Lexis-Nexis, 2015, t. 87.

9 - G. Blanluet, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, Préf. de P. Catala et M. Cozian, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 313, in conclusion générale, § VI.

livre II sur la propriété, indiquant qu'existerait, à côté de la propriété directe régie par l'article 544 du Code civil, une propriété fiduciaire affectée pour les besoins de l'opération. Cette idée aurait pu prospérer puisque la réforme de l'article 2011 du Code civil, votée à l'occasion de la loi du 19 octobre 2009¹⁰ puis censurée par le Conseil constitutionnel¹¹, attribuait au fiduciaire « *la propriété juridique des biens* ». Le bénéficiaire détiendrait, quant à lui, « *la propriété économique des mêmes biens* ». L'exploitation des droits sociaux pour autrui aurait ainsi été rendue possible par la reconnaissance d'un véritable démembrement de la propriété de valeurs mobilières. Le démembrement de la propriété provoquerait un démembrement du titre d'associé entre le propriétaire juridique et le propriétaire économique. Les deux auraient donc la qualité d'associé.

B - Le droit des sociétés

9. Un autre moyen la difficulté pour déterminer qui a la qualité d'associé à l'opération consiste à se déplacer du strict terrain du droit civil des biens à celui du droit des sociétés. En la matière, la doctrine a fait œuvre créatrice. Des auteurs ont proposé plusieurs définitions en s'appuyant sur les articles 1832 et suivants du Code civil. Pour les uns, l'associé serait celui qui remplirait trois conditions : la réalisation d'un apport à la société ; la caractérisation d'un *affectio societatis* ; le partage des gains et des pertes de la société. Pour d'autres, comme le Professeur Viandier, dans sa thèse de doctorat consacrée à la notion d'associé¹², ce dernier est la personne qui exécute comme tel des prérogatives de gouvernement. Pour cet auteur, deux conditions cumulatives doivent être réunies : l'apport, le droit d'intervention. Serait donc

associé, celui qui apporte un bien ou qui contiendrait la personne, auteur de l'apport et interviendrait dans les affaires sociales.

10. Accorder la qualité d'associé au fiduciaire n'est pas simple dans cette hypothèse. Lors du colloque de l'association française des fiduciaires qui a eu lieu en 2015, le Professeur François Xavier Lucas parlait de la difficulté à affronter une zone grise¹³. Dans les textes relatifs à la fiducie, deux sont particulièrement intéressants. Le premier, l'article 2023 du Code civil dispose que : "Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs ». Le second l'article 2021 du Code civil dispose que : « Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention. De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités ». Les derniers termes de ce texte sont particulièrement intéressants : « la mention du nom du fiduciaire ès qualité ». Le fiduciaire ne serait-il pas alors un « associé ès qualité » ?

11. Cette proposition permettrait de souligner le caractère *sui generis* de sa situation lors de l'exercice des droits attachés aux droits sociaux notamment à l'égard de son *affectio societatis*. Définie par la Cour de cassation comme la volonté de collaborer, sur un pied d'égalité, à la réalisation d'un projet commun », « volonté d'union et d'acceptation d'aléas communs », « volonté de s'associer et de participer aux bénéfices et aux pertes d'une entreprise commune ». De la confrontation du droit civil des biens et du droit des sociétés, il en ressort un enseignement : le fiduciaire a toute légitimité pour revendiquer la qualité d'associé. Toutefois, le droit des sociétés n'en sort pas intact. Il conviendrait de l'adapter afin de prendre en compte la situation particulière du fiduciaire. Celui-ci n'est pas un associé comme les autres : il agit en tant qu'associé ès qualité. Il conviendrait ainsi d'aménager la notion même d'associé en introduisant la notion d'associé « pour le compte d'autrui » en assouplissant la notion d'*affectio societatis* et la règle d'indivisibilité des actions. Cela nous amène

10 - Loi du 12 mai 2009 relative à la fiducie-sûreté, laquelle autorise que la propriété d'un bien soit cédée à titre de garantie. Il a été ainsi proposé de modifier l'article 2011 du Code civil par l'ajout d'un nouvel alinéa : « *Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires selon les stipulations du contrat de fiducie* ». Avec cet amendement, la proposition de loi avait l'ambition de renforcer le régime juridique de la fiducie en reconnaissant expressément l'existence d'une propriété fiduciaire exercée par le fiduciaire.

11 - Cons. const., 14 octobre 2009, déc. n° 2009-589. – Voir les commentaires de A. Lienhard, D. 2009, p. 2412 : cet amendement a été par la suite annulé par le Conseil constitutionnel au motif qu'il ne présentait « *aucun lien, même indirect, avec* » les dispositions figurant dans la proposition de loi.

12 - A. Viandier, La notion d'associé, LGDJ, 1978, préf. F. Terré.

13 - F.-X. Lucas, Peut-on reconnaître la qualité d'associé au fiduciaire en présence d'une fiducie sur droits sociaux, LGDJ, Coll. Grands colloques, 2017, pp. 13 et s.

donc à la deuxième question, l'exercice des droits sociaux par le fiduciaire.

II - L'exercice des droits attachés aux droits sociaux par le fiduciaire

12. Le transfert de droits sociaux dans un patrimoine fiduciaire pose la question de la répartition des droits politiques (A) et financiers (B).

A - Les droits politiques

13. La convocation et le droit à l'information ne posent pas en soi de problème de répartition entre les parties au contrat. Il nous semble que le constituant comme le fiduciaire y ont effectivement droit. Ce n'est qu'en cas de convocation individuelle que la question revêt un intérêt majeur. Doivent être convoquées, toutes les personnes qui ont un droit de participer aux assemblées. Il convient de faire attention que la participation s'entend plus largement que le droit de vote. Toute personne admise à voter aux assemblées a le droit d'y participer. Elle doit donc être convoquée. Nous conseillons donc de convoquer à toutes les assemblées les parties à la fiducie : fiduciaire et constituant. En la matière, devraient prévaloir un principe de cumul plutôt que de répartition. Dans la plupart des sociétés, la loi prévoit un droit de communication de documents préalablement à l'assemblée, et un droit de communication permanent de certains documents prévu dans plusieurs formes sociales. D'évidence ce droit à communication doit être ouvert à tous ceux qui y participent.

14. En revanche, aucun texte ne prévoit, comme en matière d'usufruit, une répartition légale des droits politiques. En application de sa qualité d'associé es qualité, il semblerait logique que le fiduciaire exerce le droit de vote. Toutefois, se pose la question de la répartition contractuelle des droits de vote. Les parties pourraient vouloir contractuellement limiter de manière effective les pouvoirs du fiduciaire sur les biens placés en fiducie. Dans une telle hypothèse, le constituant pourrait vouloir continuer à participer directement à la gestion des placés en fiducie ou de manière indirecte en restreignant les décisions susceptibles d'être prises par le fiduciaire sans son consentement. Par ailleurs, il semblerait envisageable d'insérer dans le contrat de fiducie des clauses permettant de nommer le titulaire du droit de vote selon la nature des décisions, ou de solliciter l'aval préalable du constituant ou d'un tiers pour certaines

décisions, voire même l'organisation du droit de vote par l'intervention d'un tiers extérieur avant la prise de décision. Afin que ces clauses soient opposables à la société, il conviendra de les notifier avant qu'elle soit dans l'obligation de respecter les limites imposées par le contrat de fiducie. Ces questions sont essentielles et posent également celle des droits financiers.

B - Les droits financiers

15. La répartition des droits financiers attachés aux droits sociaux pourrait également se déduire de l'article 2023 du Code civil. Ce texte dispose que : "Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs ». Vis à vis des tiers, le fiduciaire aurait donc la libre disposition des droits financiers, notamment celle de percevoir les dividendes qu'elle que soit l'origine de ses bénéfices.

16. Cette position semble ainsi s'opposer à celle prévalant en matière d'usufruit.

En matière d'usufruit, la Cour de cassation distingue selon que les dividendes proviennent des bénéfices de l'année ou des réserves en appliquant la distinction traditionnelle des fruits et des produits. Seul le nu-propiétaire a un droit sur la distribution des réserves (produits) tandis que l'usufruitier a un droit sur les bénéfices de l'année (fruits). Dans un arrêt du 27 mai 2015¹⁴, la chambre commerciale de la Cour de cassation a toutefois admis la possibilité pour l'assemblée générale de déroger à cette répartition légale. Les sommes perçues par l'usufruitier venant des réserves constitueraient un quasi usufruit légal entraînant la constatation d'une dette au passif de la succession¹⁵.

14 - Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-16.246 : JCP N 2015, n° 23, act. 645 ; JCP N 2015, n° 40, 1177, note Ch. Blanchard ; Dr. Sociétés 2015, comm. 144, note R. Mortier ; JCP G 2015, 767, A. Tadros ; JCP E 2015, 1354, note H. Hovasse ; Defrénois 2015, p. 744, note R. Gentilhomme ; D. 2015, p. 1752, note A. Rabreau ; RTD civ. 2015, p. 658, obs. W. Dross ; Gaz. Pal. 2015, p. 2213, obs. B. Dondéro. Confirmé par : Cass. com., 24 mai 2016, n° 15-17.788 : JCP N 2016, n° 24, act. 743 ; Dr. fisc. 2016, n° 27, comm. 402, note J.-Fr. Desbuquois et R. Mortier.

15 - À comparer avec Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 2016, n° 15-19.471 : BJS 2016, p. 568, note R. Mortier ; Dr. Sociétés 2016, n° 141, obs. H. Hovasse ; JCP N 2016, n° 39, comm. 1239, S. Le Normand-Caillère : la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que « si l'usufruitier a droit aux bénéfices distribués, il n'a aucun droit sur les bénéfices qui ont été mis en réserves, lesquels consti-

Toutefois, usufruit et fiducie ne peuvent être assimilés dans la mesure où il s'agit de deux situations différentes. Dans le premier cas, l'usufruitier jouit des droits sociaux d'autrui pour son propre compte. En revanche, dans le second, le fiduciaire détient la propriété pour le compte d'autrui. Ce n'est pas pour lui à titre personnel mais pour le patrimoine fiduciaire qu'il doit gérer.

17. Il semblerait utile d'insérer dans le contrat de fiducie une clause pour régler contractuellement l'affectation des sommes placées dans le patrimoine fiduciaire. Par exemple, il pourrait être imaginé que la fiducie de droits sociaux organiserait non seulement la gestion des titres sociaux le temps de l'opération mais permettrait également une distribution d'actifs, soit de certains droits sociaux, soit des dividendes, sans pour autant emporter extinction du contrat de fiducie en compatibilité avec l'article 2029 du Code civil. Le reversement des dividendes nous semble dès lors possible en transitant de manière temporaire dans le patrimoine fiduciaire. En exécution de sa mission, le fiduciaire les distribuera aux bénéficiaires de la fiducie, lesquels peuvent être le constituant, le fiduciaire ou encore un tiers. Cette liberté laissée aux parties permettrait une allocation plus fine des flux financiers qu'en matière d'usufruit. Elle permettrait surtout de prévoir une répartition spécifique entre le bénéficiaire de la fiducie selon la nature des revenus ou encore de leur montant. Le champ des possibles serait alors infini.

tuent l'accroissement de l'actif social et reviennent en tant que tel au nu-propriétaire ». Pour certains, les hauts magistrats excluraient tout recours au quasi usufruit légal ; cette décision semble dès lors en contradiction avec celle prise par la chambre commerciale. Pour certains, cette « contrariété de jurisprudence » ne serait qu'apparente. Pour plus de développements, V. : M. Cozian, F. Deboissy et A. Vianier, Droit des sociétés, Lexis-Nexis, 30^e éd., 2018, §461, pp. 200 et s. : « cette contrariété de jurisprudence pourrait n'être qu'une apparence si l'on relie chacune des solutions à la question qu'elle devait trancher. Dans l'arrêt du 27 mai 2015, il était demandé à la chambre commerciale si les réserves distribuées sous forme de dividendes appréhendées par l'usufruitier avait fait naître à sa charge une dette de restitution au profit du nu-propriétaire, cette dette devant dans l'affirmative venir en déduction de l'actif dans la succession de l'usufruitier. Pour y répondre, la chambre commerciale a retenu l'existence d'un simple quasi usufruit sur les réserves distribuées pour en déduire « que l'usufruitier se retrouve tenu (...) d'une dette de restitution. Par conséquent, si l'usufruitier n'est investi que d'un quasi-usufruit, sa dette de restitution constitue une créance au profit du nu-propriétaire dont la valeur doit être rapportée à celui-ci. Et c'est précisément ce que retient la première chambre civile lorsqu'elle décide que la valeur des réserves distribuées doit « figurer à l'actif successoral », même si la motivation retenue est pour le moins maladroite ».

III - la responsabilité du fiduciaire défaillant

18. Vis à vis des tiers, le fiduciaire apparaît comme celui disposant des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire. Le « transfert de propriété fiduciaire » des biens placés dans le patrimoine fiduciaire entraîne alors une « responsabilité fiduciaire » du professionnel. Se pose alors la question de savoir si un fiduciaire pourrait engager sa responsabilité en sa qualité de fiduciaire, ès qualité, en tant qu'associé particulier. La chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 18 février 2014 a transposé la théorie de la faute séparable des fonctions du dirigeant à l'associé. C'est ainsi qu'il a été jugé que si l'associé commet une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, il peut engager sa responsabilité à l'égard des tiers. Cette décision est conforme à la théorie de l'organe. Lorsque le dirigeant ou l'associé agit pour le compte de la société, et même lorsqu'il commet une faute, il n'est en réalité que l'organe de la société. Il se confond donc avec celle-ci. Vis à vis des tiers, c'est donc la société qui commet une faute. Le dirigeant n'engagerait sa responsabilité que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions.

19. En sa qualité d'associé, le fiduciaire pourrait également engager sa responsabilité si une faute intentionnelle, d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des prérogatives d'associé était caractérisée¹⁶. Le fait que les titres soient placés dans un patrimoine fiduciaire est un élément indifférent à l'application de cette décision. Celle-ci peut à notre avis être transposée à la fiducie dans la mesure où même le droit spécial de la fiducie prévoit en son article 2026 du Code civil que « Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission ». Il convient toutefois de remarquer que ce dernier texte ne traite pas de la faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice de la qualité de fiduciaire. Dès qu'il commet une faute en qualité de fiduciaire, il pourra engager sa responsabilité. En droit des sociétés, la question est particulièrement intéressante en matière d'abus de droit de vote. La réponse pourra être nuancée selon qu'en pratique a été conclue une convention de vote entre le fiduciaire et le constituant ou le bénéficiaire.

16 - Cass. com. 18 février 2014, n° 12-29752.

20. Se posera nécessairement la question des conséquences financières : sur quel patrimoine sera imputée la condamnation : le patrimoine personnel du fiduciaire ? Le patrimoine fiduciaire ? Le doute est d'autant plus permis que l'article 2026 du code civil prévoit que « Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission ». Si la lettre de ce texte semble de prime abord claire, elle révèle toutefois des problèmes d'interprétation lorsqu'il s'agit de la concilier avec les principes dégagés par l'article 2025 du Code civil. Ce dernier dispose que : « 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. 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. Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée ». La lecture de ce texte nous indique clairement que l'article 2026 du Code civil n'a vocation à s'appliquer que dans les situations où le fiduciaire sera déclaré responsable en sa qualité personnelle. Dans les autres cas, l'article 2026 du Code civil devra être écarté.

21. Vis à vis des autres associés et de la société, se pose également la question de sa contribution aux pertes de la société. La question est particulièrement importante lorsque la société émettrice des titres sociaux est à responsabilité illimitée. Lors du Colloque de l'Association française des fiduciaires, M. Philippe Dubois avait confié que certains fiduciaires avaient certaines réticences à devenir fiduciaire de titres d'une SNC ou d'une société civile. Pour lui, l'étanchéité des deux patrimoines semble dans une telle hypothèse compromise.

22. À titre conclusif, nous ne pouvons répondre de manière exhaustive à toutes les questions susceptibles de se poser en pratique en 30 minutes. Si je devais conclure par quelques mots : je dirais tout simplement que la fiducie est riche d'enseignements. Si pendant longtemps, la fiducie a été l'arlésienne du droit, elle semble, aujourd'hui, véritablement renaître de ses cendres comme un Phénix. Si j'avais

plusieurs vœux à formuler ce serait alors : osons la fiducie ; osons conseiller la fiducie comme outil financier mais également comme outil de gestion patrimoniale des personnes physiques et des personnes morales ; osons également réformer la fiducie, et là j'en appelle au législateur, pour notamment lever les derniers obstacles à sa pleine application : simplifier les obligations des fiduciaires à l'égard des assurances ; lever l'interdiction de la fiducie-libéralité et les sanctions fiscales ; arrêtons surtout de rendre synonyme « fiducie » et fraude fiscale et rappelons- nous ses origines latines « Fides » la foi.