

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

La lettre de France



La lettre de France

Jean-Claude HALLOUIN*

Avant l'élection du nouveau président de la République dont la volonté de réforme est clairement affichée, et malgré une ambiance fin de règne sur le terrain politique, l'activité législative a été forte. Dans le domaine du droit des affaires, l'idée, qui certainement domine, est celle de la modernisation du droit, de son adaptation à la mondialisation. Cela s'est traduit presque toujours par l'introduction en droit français d'institutions ou de règles qui viennent des pays de common law. Notre propos sera de vous présenter quelques-unes des principales innovations sans nous livrer nous-même – faute de connaissance suffisante des droits nord-américains – à la comparaison avec le modèle initial. Trois réformes ont été retenues. Dans l'ordre d'adoption des textes : l'introduction des actions de préférence, qui résulte de l'ordonnance du 24 juin 2004 sur les valeurs mobilières (I) ; la réforme des procédures collectives par la loi du 26 juillet 2005 (II) et l'introduction de la fiducie par la loi du 19 février 2007 (III).

I. Les actions de préférence

Le droit des sociétés a été l'objet, par une ordonnance du 24 juin 2004, d'une importante réforme des règles applicables aux valeurs mobilières. Un aspect ne sera pas traité : les augmentations de capital en numéraire, qui sont facilitées par de plus larges possibilités, pour l'assemblée générale, de déléguer à la direction le pouvoir de

* Professeur émérite à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. Je tiens à remercier MM. Michel Boudot et Pascal Rubellin, maîtres de conférences à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers pour leurs relectures partielles de mon texte. J'en assume bien évidemment seul la responsabilité. Les références bibliographiques ont été volontairement limitées au strict minimum. Pour d'éventuels compléments ou précisions, je suis joignable à l'adresse de courriel suivante : <jean.claude.hallouin@univ-poitiers.fr>.

réaliser l'augmentation. Bien que ce soit très intéressant, ce sont des règles qui sont trop liées à la pratique, en outre sur le territoire français, pour devoir retenir l'attention ici. Nous nous arrêterons sur l'autre aspect majeur de la réforme : l'introduction des actions de préférence, inspirées des *golden shares*.

À vrai dire, il ne s'agit pas d'une innovation totale. Il existait déjà certaines catégories particulières de valeurs mobilières conférant à leurs titulaires certains avantages. Les exemples sont bien connus : obligations convertibles en actions, obligations échangeables en actions, actions à dividende prioritaire sans droit de vote, certificats d'investissement, certificats de vote, etc. Il y avait aussi, de manière plus générale, la possibilité de créer des catégories d'actions, les actions d'une catégorie étant dotées de prérogatives particulières leur permettant d'avoir une certaine priorité par rapport aux autres. Ces dispositions restent en vigueur pour les titres qui ont été émis avant la réforme. Mais ce sont des catégories qui sont désormais en voie d'extinction. Elles sont remplacées par une nouvelle notion qui a vocation à englober le tout : les actions de préférence¹.

L'article L. 228-11 du Code de commerce est ainsi rédigé : « Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent. Ces droits sont définis par les statuts dans le respect des dispositions des articles L. 225-10 et L. 225-122 à L. 225-125 ». Le texte laisse une très grande liberté. Liberté du moment : lors de la constitution ou au cours de la vie de la société. Liberté d'aménagement du droit de vote : il est permis de le supprimer. Liberté des autres avantages reconnus aux actions : droits particuliers de toute nature. Liberté de la durée : permanent ou temporaire avec cette précision que temporaire inclut la possibilité de subordonner l'apparition ou la disparition du droit particulier à la survenance d'un terme ou d'une condition. D'une certaine manière l'imagination est au pouvoir. Il va bien évidemment être possible de faire la même chose (ou à peu près) que ce qui existait auparavant, mais sans toutes les contraintes qui étaient imposées. Par exemple,

¹ Thierry BONNEAU, *Dr. sociétés* 2004, n° 151; Alain VIANDIER, *JCP E* 2004, n° 40, p. 1528; Véronique MAGNIER, *D.* 2004. Chron. 2559; Paul LE CANNU, *RTD com.* 2004. 533; Michel GERMAIN, *Rev. sociétés* 2004. 597; *Dr. et patr.* oct. 2004. 82; Thibault MASSART, *Dr. et patr.* oct. 2004. 84; Jean-Jacques DAIGRE, *RD banc. fin.* 2004. 364.

les actions à dividende prioritaire sans droit de vote retrouvaient leur droit de vote si, à la suite de trois exercices successifs, le dividende prioritaire n'avait pas été intégralement distribué. Il n'y a plus ce genre de précision dans la loi. Si bien que l'aménagement de la conséquence de la non-distribution du dividende prioritaire relève du contrat d'émission. Il peut aussi bien se montrer plus sévère, que moins sévère, que la loi ancienne. Les exemples pourraient être multipliés, notamment avec les obligations convertibles, etc. D'autant que tout ceci peut se combiner avec des bons de souscription dont le régime est unifié sous le vocable de « valeurs mobilières donnant accès au capital »². Si bien que si l'on devait synthétiser, il faudrait dire que, de manière générale, il est possible avec les actions de préférence d'accorder des préférences pécuniaires et/ou des préférences politiques. Par exemple, toutes sortes de préférences dans la distribution du dividende (prioritaire, précipitaire, etc.), des préférences dans le droit de vote de l'actionnaire ou encore des préférences dans la désignation de tout ou partie des dirigeants.

Pour cela, il faudra passer par l'émission de catégories d'actions puisque, les actions étant des valeurs mobilières, elles doivent donner des « droits identiques par catégorie »³. C'est une contrainte technique qui n'est pas forcément très gênante et qui, par ailleurs, n'est pas exclusive d'avantages particuliers que les statuts peuvent reconnaître à certaines personnes.

Le contrat d'émission des actions de préférence, éventuellement après négociation avec le partenaire qui va les souscrire (et l'on songe ici aux sociétés de capital-risque), va fixer la nature et l'étendue des prérogatives particulières reconnues aux titulaires. La liberté est très grande. Mais comme toujours en droit, elle n'est pas absolue. Les limites ne sont pas les mêmes pour les prérogatives pécuniaires et pour les prérogatives politiques.

Pour les prérogatives pécuniaires, la limite vient du droit commun des sociétés. Elle est connue sous le nom de prohibition des clauses léonines⁴. Cette prohibition se caractérise par trois traits. Tout d'abord, elle est propre aux sociétés. Mais en droit français il

² Art. L. 228-91 et suiv. C. com.

³ Art. L. 211-2 C. monét. et fin.

⁴ Art. 1844-1 C. civ. Emmanuelle CLAUDEL, « Clauses léonines extra-statutaires : les voies d'un compromis », dans *Mélanges Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999, p. 183.

n'y a pas la distinction entre les sociétés et les compagnies. Les sociétés par actions sont des sociétés, comme telles soumises au droit commun des sociétés qui se trouve dans le Code civil. Ensuite la prohibition des clauses léonines a trait aussi bien aux bénéfiques qu'aux pertes. Elle interdit qu'un associé soit privé de toute vocation aux bénéfiques, mais aussi de toute contribution aux pertes. Bénéfiques comme pertes doivent être partagés ou répartis entre tous les associés même si ce partage ou cette répartition sont inégaux. Il convient toutefois de noter que ce partage ou cette répartition s'apprécie sur la durée totale de vie de la société, si bien que la clause qui priverait un associé de bénéfiques pendant un ou quelques exercices ne tombe pas sous le coup de la prohibition. Enfin la prohibition vise, en principe, aussi bien les clauses statutaires que les conventions extra statutaires. Mais elle ne vise que ce qui relève du pacte sociétaire lui-même et non les conventions passées entre deux ou quelques associés. C'est ainsi que la convention de portage, après des discussions, a eu sa validité reconnue par la Cour de cassation⁵. Si les actions de préférences n'avantagent pas leurs titulaires au point de priver les autres de bénéfiques, si elles ne font pas échapper leurs titulaires à toute contribution aux pertes, elles ne seront pas menacées par la prohibition des clauses léonines. Sous réserve de respecter ces limites, les actions de préférence peuvent créer toutes sortes d'avantages pécuniaires au profit de leur titulaire.

Pour les prérogatives politiques, les limites sont plus nombreuses et plus spécifiques. La première et la principale prérogative politique est le droit de vote de l'actionnaire. Les aménagements que peuvent apporter les actions de préférence sont assez précisément encadrés. Il faut distinguer le vote multiple et la privation de droit de vote. Le vote multiple n'est pas possible. Dans la société anonyme et dans la société en commandite par actions, pour les actionnaires, la règle « une action une voix » a été conservée. La seule chose qui soit possible est une clause de vote double réservée à une ou plusieurs catégories d'actionnaires. La clause de vote double est une sorte de prime de fidélité. Les actionnaires dont les titres sont au nominatif et qui les détiennent depuis au moins 2 ans (les statuts peuvent prévoir plus) bénéficient d'un vote double, s'il y a une clause dans les statuts. Ce qu'il faut bien comprendre alors c'est

⁵ Com. 10 janv. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 19, D. 1990.250, note Forsbach, J.C.P. 1989.II.21256, note Viandier.

qu'il suffit que l'actionnaire détienne les titres depuis le délai requis pour bénéficier du vote double. Le corollaire est qu'en cas de vente ou de donation, le vote double est perdu, l'acquéreur ou le bénéficiaire ne remplit pas la condition de délai. En revanche, en cas de succession, le bénéfice est conservé car il y a transmission universelle et l'héritier continue la personne du défunt. Dans la société actions simplifiée, les choses sont différentes car la règle « une action une voix » n'est pas impérative. Il est alors possible de créer des actions de préférence dont la préférence est un vote plural. Il est aussi permis d'accorder à une ou des personnes désignées un avantage particulier qui consiste dans un vote plural (de manière générale ou pour certaines décisions particulières). En dehors de la société par actions simplifiées, le vote plural, même à titre de préférence, n'est pas admis sauf ce qui vient d'être dit du vote double.

La privation de droit de vote est traitée de manière très différente. La loi admet que la préférence puisse être une privation de droit de vote. La langue française est un peu malmenée : peut-on dire que la privation d'un droit est une préférence ? Mais techniquement c'est ce que prévoient les textes. Cette privation peut être définitive, temporaire, conditionnelle : toutes les modalités sont envisageables. La seule limite est que les actions de préférence privées de droit de vote ne peuvent représenter qu'une fraction du capital : pas plus du quart pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, pas plus de la moitié pour les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé⁶. Le droit de vote est, malgré son affaiblissement, toujours considéré comme une prérogative essentielle de l'actionnaire. Mais il est vrai aussi qu'il est difficile d'envisager une assemblée générale d'actionnaires où tous seraient privés de droit de vote.

Deux remarques avant de conclure. Le texte est fait de telle manière que l'on a pu se demander si la « préférence » pouvait être simplement la privation de droit de vote. Il dit : « actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature [...] ». Il faudrait des droits particuliers ; il ne pourrait pas y avoir uniquement privation de droits. La doctrine est partagée. Certains s'en tiennent au texte, d'autres font prévaloir son esprit qui est certainement libéral. De toute manière, on peut faire remarquer qu'il sera sans doute exceptionnel qu'un actionnaire accepte

⁶ Art. L. 228-11 C. com.

d'être privé de droit de vote sans aucune contrepartie. Encore que le cas puisse s'envisager assez facilement si une même personne souscrit à plusieurs catégories d'actions, certaines très avantageées, une privée de droit de vote. Il faudra sans doute pas mal de temps avant que les tribunaux soient amenés à statuer.

La deuxième remarque est relative, non plus aux actions de préférence, mais à la privation de droit de vote de manière plus générale. La Cour de cassation vient récemment d'être saisie de la question à propos d'une clause d'exclusion dans une société par actions simplifiée qui privait l'actionnaire majoritaire de tout droit de vote sur la décision d'exclusion. La clause avait été appliquée, et comme le majoritaire n'avait pas pu voter, il avait été exclu. Il contestait la décision au motif qu'il n'aurait pas été possible de le priver de droit de vote. La Cour de cassation lui a donné raison⁷. Elle a considéré et rappelé qu'il n'est possible de priver un associé de droit de vote que dans les cas où la loi l'autorise. Dans la SAS, rien n'autorise les statuts à priver l'actionnaire de droit de vote sur la décision d'exclusion. Bien entendu la doctrine a déjà envisagé les moyens qu'il serait possible de mettre en œuvre pour aboutir à un résultat similaire, par exemple un vote plural accordé aux autres actionnaires pour leur permettre d'atteindre la majorité (n'oublions pas que nous sommes dans une SAS où le vote plural est permis). Mais cette position stricte de la Cour de cassation sur la privation de droit de vote renforce l'intérêt des actions de préférence. Par leur truchement, et dans la limite du quart ou de la moitié du capital, il est possible de faire des actions sans droit de vote, avec cependant une contrainte qui donne moins de souplesse qu'une clause statutaire: il faut créer des catégories d'actions.

II. Les procédures collectives

Le droit des procédures collectives a une fois de plus été réformé. On peut avoir le sentiment que c'est un droit qui aura beaucoup de

⁷ Com. 23 octobre 2007 n° 06-16.537: D.2007. AJ. 2726, obs. Lienhard; D.2008.47, note Paclot; JCP E 2007.2433, note Viandier; JCP 2007.II.10197, note Bureau; JCP N 2007. 1324, note Reifegerste; Dr. sociétés 2007, n 219, note Hovasse. – Voir aussi: BRDA 2007, n° 21, p. 12.

mal à atteindre la stabilité⁸. Depuis que la « faillite » n'est plus une sanction et qu'elle est gouvernée par l'idée de traitement des difficultés des entreprises, elle est entrée dans un état où il est très difficile de trouver un équilibre entre les multiples intérêts qui sont en jeu. L'équilibre trouvé par une législation avec le temps – qui peut être relativement court – laisse percer sa fragilité ou son imperfection. Une loi nouvelle s'avère nécessaire, non pas pour tout bouleverser, mais pour réarticuler certaines pièces et trouver un nouveau fonctionnement plus harmonieux. La réforme cardinale est intervenue en 1985. Elle se caractérise par un très fort pouvoir reconnu au tribunal – les créanciers n'ont pratiquement aucune prise sur le déroulement de la procédure une fois que celle-ci est lancée – et par un souci majeur de sauvegarde de l'entreprise, ce qui a conduit notamment à préférer les créanciers postérieurs aux créanciers antérieurs même privilégiés, et à admettre l'idée que toute entreprise en redressement est à vendre – la sauvegarde par un repreneur est vue avec faveur. Certaines retouches sont intervenues en 1994 qui marquent un regain de faveur pour les créanciers antérieurs. La loi du 26 juillet 2005, qui vient de complètement réformer la matière, est à la fois une loi de rupture et de continuité⁹. Elle conserve l'objectif majeur de sauvetage de l'entreprise et conserve une bonne part du dispositif mis en place en 1985. Mais, partant du constat que trop souvent la procédure se termine par une liquidation du fait d'une réaction trop tardive du chef d'entreprise, elle innove en introduisant l'idée, bien connue sur le continent nord-américain, d'un placement sous sauvegarde de la justice. Ce faisant, elle incite le chef d'entreprise à anticiper. Mais elle a aussi mis en place un nouvel équilibre entre les droits des créanciers.

⁸ Le sentiment exprimé au texte vient de se vérifier. Une ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, qui entre en vigueur le 15 février 2009, vient une nouvelle fois, et en profondeur, de réformer la matière ! Elle fera l'objet d'un commentaire dans la prochaine lettre de France.

⁹ La bibliographie est imposante. Pour une première approche, on se reportera à l'article de Pierre-Michel LE CORRE, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », D. 2005.2297, sinon à l'un ou l'autre des manuels suivants : Paul LE CANNU et Michel JEANTIN, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Précis Dalloz, Paris, 2007 ; Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 5^e éd., Paris, Domat Montchrestien, 2006 ; François PÉROCHON et Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Manuel, Paris, L.G.D.J., 2006.

A. Inciter le chef d'entreprise à anticiper

Pour cela la loi a modifié l'architecture des procédures.

Jusqu'à la loi, une fois la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires ouverte, dont la condition essentielle était l'état de cessation des paiements, il y avait un premier aiguillage : s'il était d'ores et déjà acquis qu'aucun sauvetage n'était possible, la procédure était immédiatement de liquidation judiciaire. Sinon, il y avait une période d'observation, pendant laquelle l'entreprise était gérée par le débiteur et/ou un administrateur (lequel, selon les cas, avait un rôle soit de surveillance, soit d'assistance, soit de représentation) pour essayer d'affiner le diagnostic et d'élaborer un plan. Pendant cette période toute personne intéressée pouvait déposer une offre de reprise (c'est en cela que toute entreprise en redressement était à vendre). Au vu des offres et des propositions du débiteur, c'est le tribunal qui choisissait (à peu près sans recours). Il pouvait y avoir un plan de continuation, c'est-à-dire un rééchelonnement du passif assorti éventuellement de remises de dettes que le tribunal ne pouvait pas imposer, mais que les créanciers ou certains d'entre eux pouvaient accorder. Il pouvait aussi y avoir un plan de cession, les actifs de l'entreprise étant alors cédés à l'auteur de l'une des offres, l'offre devant comporter des engagements notamment financiers et sociaux. Il convient de préciser que le plan de cession portait nécessairement sur les actifs. Lorsque l'entreprise était sous forme de société et que le repreneur se proposait de reprendre la société et non pas les actifs, il s'agissait d'un plan de continuation et non d'un plan de cession (la continuation se faisait avec changement dans la détention du capital et la direction). Il n'y avait aucune priorité de la continuation sur la cession. Le tribunal choisissait en fonction de ce qui lui semblait préférable pour la sauvegarde de l'entreprise. Enfin, si aucun plan n'était possible, le tribunal prononçait la liquidation qui, comme son nom l'indique, consiste à tout vendre pour indemniser les créanciers.

Cette architecture des procédures est bouleversée, même si une bonne partie en est conservée. De nouvelles possibilités sont introduites pour permettre au chef d'entreprise d'agir beaucoup plus vite et surtout beaucoup plus tôt.

La première nouveauté (relative) est la procédure de conciliation¹⁰. Elle prend la place du règlement amiable. Le débiteur peut

¹⁰ Art. L. 611-4 et suiv. C. com.

demander au président du tribunal la désignation d'un conciliateur chargé d'organiser une négociation en vue d'aboutir à un accord avec les principaux créanciers. Deux conditions essentielles sont posées. Il faut que l'entreprise éprouve « une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible ». Il faut ensuite que l'entreprise ne se trouve pas en cessation de paiements depuis plus de 45 jours. La première condition définit largement les difficultés qui ne sont pas nécessairement avérées, mais qui peuvent être simplement prévisibles. C'est cohérent et opportun puisqu'il s'agit de favoriser le traitement des difficultés le plus tôt possible. La seconde condition innove radicalement par rapport à l'état antérieur du droit français. En exigeant que l'entreprise ne soit pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours, la loi admet *a contrario* qu'il est permis de recourir à la conciliation même si l'entreprise est déjà en cessation des paiements. L'innovation est très importante, car jusqu'à présent, lorsque l'entreprise était en cessation des paiements, il était obligatoire d'ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Le débiteur avait « l'obligation » de déposer le bilan dans les 15 jours. Le tribunal qui, par ailleurs, constatait la cessation des paiements devait ouvrir une procédure. Désormais, le lien entre cessation des paiements et procédure de redressement ou de liquidation est en partie rompu. La cessation des paiements, à condition qu'elle ait duré moins de 45 jours, ne débouche plus nécessairement sur le redressement ou la liquidation. Elle peut conduire à la conciliation. Si celle-ci échoue et si la cessation des paiements est avérée, une procédure de redressement ou de liquidation sera ouverte. Mais si elle aboutit, la procédure de redressement aura été évitée.

Pendant la négociation, qui est purement contractuelle, il n'y a aucune suspension générale des poursuites individuelles.

Si l'accord se concrétise, une alternative se présente : cet accord peut être simplement constaté par une ordonnance du président du tribunal, il peut aussi être homologué. S'il y a simplement constatation de la conciliation par ordonnance du président du tribunal, l'accord reste purement contractuel. Il produit les effets de tout contrat. La seule particularité est que l'ordonnance a pour conséquence de donner à l'accord force exécutoire.

L'homologation est plus dérogatoire. Son premier effet est, pour les signataires et pour la durée de l'accord, de suspendre les poursuites individuelles¹¹. Au-delà, elle présente plusieurs intérêts. Le premier est un privilège, dit privilège de conciliation ou privilège d'argent frais (*new money* pour certains), accordé aux personnes « qui consentent dans l'accord homologué [...] un nouvel apport en trésorerie au débiteur » ainsi qu'aux personnes « qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue de la poursuite » de l'activité¹². Cela s'applique notamment au banquier qui consent de nouveaux crédits, mais aussi aux associés qui consentent des apports en compte-courant (mais pas des apports en capital), ainsi qu'aux fournisseurs. Toutes ces personnes sont privilégiées pour les nouveaux concours qu'ils promettent dans l'accord au cas où ultérieurement une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation serait ouverte. Un autre des intérêts de l'homologation est que, si par la suite l'entreprise fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation, il sera impossible de faire remonter la date de cessation des paiements avant celle de la décision d'homologation. Il est donc impossible, sauf fraude, que l'accord tombe sous le coup des nullités de la période suspecte d'une procédure de redressement ou de liquidation qui serait ouverte ultérieurement. Enfin les cautions, garants et coobligés peuvent se prévaloir de cet accord. Les délais et remises consentis au débiteur profitent à ces personnes¹³.

Pour avoir des chances d'aboutir, la conciliation doit se faire dans la discrétion. Toute personne qui en a connaissance est tenue à la confidentialité. Des premières indications que l'on peut avoir sur la pratique, il ressort que l'homologation est très rarement demandée et que la procédure de conciliation est concurrencée par celle du mandat *ad hoc*, le mandataire *ad hoc* étant un mandataire de justice chargé par le président du tribunal d'accomplir une mission qu'il définit. La souplesse de l'institution est sans doute la cause de son relatif succès.

Si la conciliation n'est pas une totale nouveauté, puisqu'elle prend la suite du règlement amiable, il n'en va pas de même avec la sauvegarde.

¹¹ Art. L. 611-10 C. com.

¹² Art. L. 611-11 C. com.

¹³ Art. L. 611-10 al. 3 *in fine* C. com.

L'idée à l'origine de la procédure de sauvegarde est celle qui est à l'origine de la procédure du *Chapter 11* du droit des États-Unis. Il y a incontestablement une parenté, même si dans le détail du régime il y a de sensibles différences. Le droit français admet désormais que l'entreprise qui éprouve des difficultés puisse se placer « sous la protection de la justice »¹⁴. La condition essentielle est que l'entreprise éprouve des difficultés qui sont susceptibles de la conduire à la cessation des paiements, mais elle ne doit pas déjà être en cessation des paiements. La cessation des paiements reste un point de repère et en cela la procédure garde la trace de la tradition française. Mais elle est en même temps en complète rupture puisqu'on va avoir une procédure alors que l'on se trouve avant la cessation des paiements. Là est la première grande nouveauté. Pour son déclenchement, cette procédure va être complètement dans les mains du débiteur : lui seul peut en demander l'ouverture. Mais il s'agit bien d'une véritable procédure collective avec tous ses attributs classiques : soumission des créanciers antérieurs à une discipline collective avec arrêt des poursuites individuelles et obligation corrélative de déclarer les créances au passif, interdiction des paiements des créances antérieures, arrêt du cours des intérêts et des inscriptions. La procédure de sauvegarde commence par une période d'observation qui est au maximum de 6 mois, prolongeable une fois pour 6 mois (plus éventuellement 6 mois à la demande exclusive du procureur de la République). Pendant cette période, le débiteur n'est pas dessaisi. Il peut simplement être assisté par un administrateur qui n'aura qu'une mission de surveillance et qui n'est pas obligatoire. Pendant la procédure, l'entreprise n'est pas à vendre. Si la procédure n'échoue pas, elle ne peut qu'aboutir à un plan de sauvegarde (qui est soumis aux mêmes règles que le plan de redressement de la procédure de redressement). On touche ici du doigt les deux innovations les plus essentielles : on se situe avant la cessation des paiements ; le débiteur ne risque pas d'être exclu (« exproprié pour cause d'utilité privée », écrivent certains). Il y a vraiment de quoi inciter le débiteur à agir le plus tôt possible et à choisir la voie de la sauvegarde. Est-ce que les débiteurs le percevront ? Est-ce qu'ils continueront à trop tarder ? Il est encore trop tôt pour avoir des indications fiables. Mais il serait dommage que les entreprises ne profitent pas des possibilités offertes par la loi nouvelle.

¹⁴ Art. L. 620-1 et suiv. C. com.

Les procédures de redressement et de liquidation ne sont pas profondément modifiées. Elles restent dans les grandes lignes ce qu'elles étaient¹⁵. Elles supposent la cessation des paiements. Elles peuvent être déclenchées par le débiteur (dépôt de bilan), par un ou plusieurs créanciers (assignation), par le procureur de la République (requête) et enfin, par le tribunal, d'office. Cette dernière solution est traditionnelle en droit français. Elle a été maintenue bien qu'elle soit sous la menace de la Convention européenne des droits de l'homme qui exige l'impartialité du juge. Elle entraîne tous les effets d'une vraie procédure collective. En redressement, le débiteur conserve en principe ses prérogatives, il est assisté ou représenté par le mandataire judiciaire ; en liquidation, il est représenté. Pendant la procédure, l'entreprise reste potentiellement à vendre : toute personne intéressée peut déposer une offre. Si l'entreprise peut être sauvée par le débiteur, la procédure se terminera par un plan de redressement (si le débiteur est une personne morale, le capital aura pu changer de mains) ; sinon, le tribunal prononcera la liquidation. Il y a ici deux nouveautés. La première est qu'il y a désormais une priorité pour le redressement : il faut que le tribunal constate d'abord qu'il n'est pas possible avant de prononcer la liquidation judiciaire. La deuxième est que le plan de cession a disparu : en réalité, la disparition est plus formelle que réelle ; l'équivalent du plan de cession se retrouve à l'intérieur de la liquidation.

Si bien que l'architecture actuelle des procédures est la suivante :

- Avant la cessation des paiements, le débiteur a le choix entre une procédure de conciliation et une procédure de sauvegarde. La première ne fige pas le passif et n'interdit pas les poursuites individuelles. La seconde est une vraie procédure collective avec les effets traditionnels : suspension des poursuites, etc.
- Dans les 45 jours qui suivent la cessation des paiements : la sauvegarde de justice n'est plus possible mais la conciliation l'est encore. Bien évidemment le débiteur peut préférer le dépôt de bilan. Ses créanciers ne peuvent pas assigner en redressement ou liquidation si une procédure de conciliation a été ouverte.
- Plus de 45 jours après la cessation des paiements : il n'y a que les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires.

¹⁵ Art. L. 631-1 et suiv. C. com.

Si la cessation des paiements demeure importante, elle n'est plus totalement le pivot. Elle le demeure pour les créanciers, le procureur de la République et le tribunal : c'est la condition pour qu'ils puissent agir. Mais le débiteur a désormais le choix. L'important pour lui est de bien saisir que, s'il veut pouvoir réellement exercer ce choix, il faut qu'il se pose la question avant la cessation des paiements. Il n'est peut-être pas trop optimiste de penser que c'est une incitation à réagir tôt qui devrait conduire à une modification des attitudes.

Si la loi incite le débiteur à agir vite et à anticiper les difficultés de son entreprise, elle s'est aussi efforcée de mettre en place un nouvel équilibre entre les créanciers.

B. Instaurer un nouvel équilibre entre les créanciers

Il n'est pas possible, dans le cadre de cette chronique, de restituer le détail des mesures qui sont assez nombreuses et dans des facettes assez différentes du dispositif législatif. On en signalera quelques manifestations.

La première a trait à ceux que l'on appelait autrefois les « créanciers de l'article 40 » (de la loi de 1985). Ce sont ceux dont le droit est né après l'ouverture de la procédure, donc notamment pendant la période d'observation. Ils ont permis la poursuite de l'activité et, de ce seul fait, rendu possible le sauvetage. Dit d'une autre manière, pendant cette période délicate, l'entreprise a besoin de crédit, mais le prêteur, on le comprend, peut très bien être hésitant. Pour l'inciter à faire crédit, la loi a choisi de le favoriser et de lui permettre d'être payé avant les créanciers antérieurs. Dans la version de 1985, l'article 40 de la loi accordait aux créanciers postérieurs une priorité (techniquement, la Cour de cassation a jugé qu'il ne s'agissait pas d'un privilège). Lorsque la loi a été codifiée dans le Code de commerce (en 2000), ce texte est devenu l'article L. 621-32. La loi de 2005 a modifié le texte qui se trouve maintenant aux articles L. 622-17 pour la sauvegarde et L. 641-13 pour le redressement et la liquidation judiciaires. Pour s'en tenir à l'essentiel, la loi définit de manière plus restrictive les créances qui pourront bénéficier du traitement favorable. Autrefois, il s'agissait des créances qui ont leur origine postérieurement au jugement d'ouverture. Désormais, d'une part, ce sont les créances qui sont nées « régulièrement après le jugement d'ouverture », ce qui réduit un peu, excluant notamment les actes accomplis irrégulièrement par le débiteur. Mais surtout et d'autre

part, ce sont uniquement les créances nées « pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période ». Les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure comprennent notamment les honoraires des mandataires de justice, experts, auxiliaires qui interviennent au cours de la procédure. Les autres créances ne seront prises en compte que si elles correspondent à une prestation fournie après l'ouverture de la procédure et qui, de plus, et surtout, répond aux besoins de l'activité professionnelle du débiteur. Tout le passif postérieur qui correspond aux besoins personnels du débiteur ne profitera plus du traitement préférentiel.

Ce traitement, de son côté, a été redéfini. Le principe est que les créances qui répondent aux conditions doivent être payées à l'échéance. Si elles ne le sont pas, le créancier peut tout d'abord exercer des poursuites individuelles (il n'est pas atteint par la suspension de ce type de poursuites). Et sinon il bénéficie d'un privilège (qui est cette fois-ci un véritable privilège). Ce privilège subsistera même si intervient ultérieurement une autre procédure, mais il est un peu affaibli. De nouvelles catégories de créances antérieures passent avant lui, en particulier le privilège de conciliation (qui existe quand un accord, à la suite d'une procédure de conciliation, a été homologué). Comme auparavant, et ce depuis 1994, le rang du privilège n'est pas le même dans le redressement et dans la liquidation : dans le redressement, il prime les créanciers munis d'une sûreté réelle ; dans la liquidation, il est primé par eux. Cela fragilise la situation des créanciers postérieurs même privilégiés et les met dans une situation qu'ils ne peuvent totalement prévoir. Leur rang exact va dépendre de l'issue de la procédure. Il faut ajouter que la loi impose au créancier d'informer le mandataire judiciaire de l'existence de la créance (et du même coup de son privilège). S'il ne le fait pas, il perd le privilège.

Si bien qu'il y a incontestablement une dégradation de la situation des créanciers postérieurs qui ne sera sans doute pas compensée par le fait qu'étant moins nombreux, ils auront plus de chances d'être payés. À travers cette dégradation, c'est la situation des créanciers antérieurs qui est un peu améliorée. Le point d'équilibre entre ces deux catégories de créanciers s'est déplacé un peu en faveur des créanciers antérieurs.

La deuxième manifestation est la modification de la situation des créanciers quant à leur participation au déroulement de la procédure. Elle trouve un certain regain. La loi de 1985 les avait fermement exclus. Ils subissaient la procédure et ils disposaient de peu de voies de recours. Le pouvoir était confié au tribunal, à ses organes et à ses mandataires. Tout juste pouvaient-ils être consultés, ce qui la plupart du temps n'était même pas obligatoire. La loi de 2005, sans réintroduire les votes concordataires, leur redonne un certain rôle à travers les comités de créanciers et les contrôleurs. Les comités de créanciers¹⁶ ne sont obligatoires que dans les entreprises qui comptent plus de 150 salariés et qui réalisent plus de 20 millions d'euros de chiffre d'affaires. Mais le juge-commissaire peut décider de leur création lorsque ces seuils ne sont pas atteints. Deux comités sont prévus : l'un représente les établissements de crédit, l'autre les fournisseurs. Les autres catégories de créanciers ne peuvent pas s'exprimer par l'intermédiaire d'une telle instance ce qui représente tout de même des créanciers importants : Trésor public, organismes sociaux, salariés, etc. On peut retenir l'idée que les principaux créanciers sont membres de droit des comités. Leur rôle principal est d'approuver ou non le plan de sauvegarde ou de redressement qui est proposé. Dans chaque comité, le vote se fait à la majorité des créanciers représentant les 2/3 du montant des créances. Si les deux comités approuvent, l'adoption du plan par le tribunal ne sera pas automatique car le tribunal a le devoir de vérifier que l'intérêt des autres créanciers n'est pas excessivement sacrifié. Si la majorité n'est pas atteinte dans l'un des comités, ou dans les deux, le plan ne pourra pas être adopté, mais un autre pourra être élaboré sur d'autres bases et il sera alors imposé par le tribunal dans les conditions habituelles (c'est-à-dire lorsque les conditions de constitution des comités ne sont pas réunies). En fait, il n'y aura sans doute pas très souvent de comité.

Si bien qu'en pratique ce sont les contrôleurs dont le rôle a le plus de chances d'être effectif. Les contrôleurs¹⁷ sont nommés par le juge-commissaire parmi les créanciers qui en font la demande. En l'absence de demande, le juge-commissaire ne peut pas en nommer. Leur existence était déjà possible avant la réforme, mais leurs

¹⁶ Art. L. 626-26 et suiv. C. com.

¹⁷ Art. L. 621-9, L. 621-10, L. 622-20 et L. 641-1 C. com.

prérogatives ont été renforcées. Les contrôleurs assistent le juge-commissaire dans sa tâche de surveillance du mandataire judiciaire. Il faut aussi, pour certains actes, demander leur avis, par exemple pour la vente d'immeubles dans la liquidation judiciaire. La faiblesse est que ce n'est qu'un avis qui de ce fait n'ouvre aucun recours. L'intérêt le plus grand des contrôleurs, qui est nouveau, est que désormais, en cas de carence du mandataire judiciaire, ils peuvent exercer les actions dont le mandataire a en principe le monopole et qui ont pour finalité de protéger l'intérêt collectif des créanciers. Il s'agit notamment des nullités de la période suspecte, de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ou l'action en contribution aux dettes.

C. Autres innovations

Au-delà de ces deux grands axes, quelques innovations importantes méritent d'être signalées.

La première a trait au domaine des procédures collectives. Désormais les professions libérales, personnes physiques, peuvent faire l'objet d'une procédure. Si bien que l'extension du domaine est achevée. À l'origine, lorsqu'elle était « faillite », la procédure ne pouvait s'appliquer qu'aux commerçants. Elle a été étendue en 1967 aux personnes morales de droit privé, puis en 1985 aux artisans, et en 1989 aux agriculteurs. Il ne manquait que les professions libérales personnes physiques pour que les procédures s'appliquent à tous les professionnels indépendants. C'est fait. Rappelons que, pour les non-professionnels, il y a le surendettement, qui est une procédure différente¹⁸.

Une autre modification, importante en théorie, mais de faible portée pratique, tient aux conséquences de la non-déclaration de sa créance par un créancier antérieur. En 1985, une solution radicale avait été adoptée : la créance non déclarée dans le délai était éteinte, et le relevé de forclusion n'était pas facile. La loi de 2005 retient une solution moins tranchante. Désormais la non-déclaration n'entraîne pas l'extinction de la créance. Une fois la procédure terminée avec insuffisance d'actif, le créancier retrouve en principe son droit de poursuite. Seulement, à l'encontre du débiteur, l'article L. 643-11, comme avant, décide que, sauf exceptions, notamment faillite, banqueroute ou fraude, les créanciers ne retrouvent pas leur droit de

¹⁸ Art. 1265 à 1270 C. civ.

poursuite contre le débiteur. On pourrait penser que la modification est tout de même importante pour les garants. La créance n'étant pas éteinte, ils peuvent certainement être poursuivis. Mais en réalité même avec l'extinction, ils pouvaient l'être, car il avait été considéré que le bénéfice du non-retour du droit de poursuite était une exception personnelle au débiteur dont les garants ne pouvaient se prévaloir¹⁹.

Enfin, il faut signaler que le régime des sanctions civiles qui peuvent frapper les dirigeants de la société qui a fait l'objet d'une procédure a été sensiblement retouché. Les personnes qui peuvent agir ne sont pas exactement les mêmes. Aux contrôleurs, qui peuvent désormais agir en cas de défaillance du mandataire, ce que nous avons déjà rencontré, il faut ajouter, dans l'autre sens, que le tribunal ne peut plus se saisir d'office.

L'action dite en « comblement de passif », qui au fond est une action en responsabilité civile pour faute de gestion dotée d'un régime particulier, n'est quasiment pas modifiée si ce n'est son appellation : elle devient « l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif²⁰ ». Le tribunal peut mettre à la charge de l'un ou l'autre des dirigeants fautifs tout ou partie des dettes du débiteur. Les sommes versées entrent dans le patrimoine du débiteur et sont réparties au marc le franc. Les privilégiés et les chirographaires sont sur le même plan.

L'action dite en « extension de procédure », qui consistait dans l'ouverture d'une procédure contre le dirigeant personnellement disparaît. On abandonne définitivement l'idée qu'une procédure puisse être ouverte à titre de sanction. Elle est remplacée par une action en obligation aux dettes²¹. Par comparaison avec le droit antérieur, tout d'abord, la liste des fautes qui peuvent déclencher l'application du texte a été réduite. Il n'y a plus que :

- 1^o *Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ;*
- 2^o *Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;*

¹⁹ Com. 8 juin 1993, *Bull. Joly* 1993, 911, note M. Jeantin ; J.C.P. éd. N, 1993.I.275, n^o 8, obs. Cabrillac et Petel.

²⁰ Art. L. 651-1 et suiv. C. com.

²¹ Art. L. 652-1 et suiv. C. com.

- 3° *Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;*
- 4° *Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ;*
- 5° *Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale.*

Ont disparu toutes les irrégularités relatives à la comptabilité.

Ensuite et surtout, la sanction n'est plus du tout la même. Elle consiste dans la mise à la charge personnelle du dirigeant de tout ou partie du passif de la société. Le mandataire de justice procédera au recouvrement des sommes. Elles sont, dit le texte, « affectées au désintéressement des créanciers dans l'ordre de leurs sûretés ».

Comment justifier les règles différentes de répartition entre les deux procédures ? Il n'y a pas de vraie bonne raison, si ce n'est qu'il s'agit d'une malfaçon législative. Dans le projet initial, pour l'obligation aux dettes, il s'agissait de mettre systématiquement à la charge du dirigeant la totalité du passif. On pouvait comprendre que les sûretés et privilèges soient conservés. Mais au cours des débats parlementaires, la sanction a été atténuée. Le tribunal peut moduler et mettre à la charge tout ou partie du passif. La règle de répartition devient incohérente. Il aurait été préférable de prévoir une répartition au marc le franc. On ne voit pas pourquoi les créanciers munis de sûretés profiteraient plus que les chirographaires des fautes du dirigeant.

Enfin, les deux actions ne sont possibles que dans une procédure de liquidation ou à la suite de la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement et aucun cumul n'est possible : lorsque les conditions de l'obligation aux dettes sont réunies, c'est exclusivement cette action qui est possible.

Si bien qu'en définitive, le régime des sanctions apparaît dans l'ensemble un peu moins rigoureux, si ce n'est le droit d'action des contrôleurs qui risque de conduire à une saisine plus fréquente des tribunaux.

III. La fiducie

Le trust a toujours exercé une attraction étrange. D'un côté, il est loué pour la variété de ses utilités et pour sa souplesse. De l'autre plane une certaine odeur de soufre – il faciliterait les fraudes et le trafic d'argent « sale » – et surtout, plus techniquement, il opère des distinctions qui ne correspondent pas aux notions fondamentales du droit civil. Il n'a jamais été envisagé d'introduire le trust en droit français, mais, un équivalent plus adapté, la fiducie. Le débat a été ouvert il y a près de vingt ans et, en 1990-1991, un projet de loi a été déposé. Il n'a pas abouti devant l'hostilité de l'administration fiscale qui craignait une trop forte évasion devant les droits de mutation. Le projet a été repris (modifié) par un amendement parlementaire. Il a été mis à l'ordre du jour et a abouti à la loi du 19 février 2007 dont les dispositions ont été introduites aux articles 2011 à 2031 du Code civil²². Cependant, la France n'a toujours pas ratifié la convention de La Haye de 2002 sur la reconnaissance des trusts créés à l'étranger.

Précision terminologique. Il ne s'agit pas d'une fiducie au sens romain car dans celle-ci les biens transmis au fiduciaire font partie de son patrimoine. Il s'agit, comme en droit québécois (mais avec certaines différences que nous préciserons ultérieurement), d'une fiducie trust. Les biens transmis au fiduciaire forment un patrimoine séparé qui échappe au gage des créanciers du fiduciaire²³.

Certaines des particularités du régime s'expliquent par leurs finalités. La loi a voulu permettre la fiducie gestion et la fiducie sûreté. Elle n'a pas accepté la fiducie libéralité. L'idée que la fiducie puisse être utilisée pour organiser la transmission successorale a été rejetée. Il a semblé qu'elle pouvait apporter de trop graves perturbations à un système successoral qui est encore très largement dominé par le primat de la succession légale et l'existence d'une réserve au profit des descendants et du conjoint. Le rejet a été d'autant plus net

²² Là encore, de très nombreux commentaires ont été publiés. Pour une présentation de l'essentiel, le lecteur pourra se reporter à l'article de Philippe DUPICHOT, « Opération de fiducie sur le sol français », J.C.P. éd. N. 2007, n° 1130 ; pour une présentation plus complète, se référer à l'article de Rémy LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 » (1^{re} et 2^e partie), Defresnois, 2007, 1094 et 1194.

²³ Christian LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », D. 2007. 1350.

que ce système successoral vient d'être sensiblement réformé pour améliorer la situation du conjoint et pour faciliter les libéralités qui permettent d'organiser par avance la transmission successorale. Même si cela fait perdre à la fiducie une partie de son intérêt pratique, même si certains peuvent avoir des regrets, il faut bien admettre que la position du législateur est empreinte d'une certaine sagesse.

La fiducie libéralité exclue, les deux autres modalités – fiducie gestion et fiducie sûreté – n'ont pas pour autant été acceptées sans restriction. L'idée est que l'on a voulu les réserver aux entreprises et que le fiduciaire devait présenter certaines garanties. La traduction technique a, entre autres, été fonction des exigences de l'administration fiscale qui persiste à voir dans l'institution un instrument qui permettrait des fraudes ou de l'évasion. C'est ainsi que le constituant ne peut être qu'une personne morale qui, de plus, doit être soumise à l'impôt sur les sociétés (de droit ou sur option). Ce ne sont donc que certaines formes d'entreprises qui peuvent accéder à la technique. Il est permis au passage de signaler que le régime fiscal de l'impôt sur les sociétés est nettement moins pénalisant qu'il y a quelques années et qu'il y a beaucoup d'entreprises soumises à ce régime. Ensuite, le fiduciaire ne peut être qu'un établissement de crédit, une entreprise d'investissement ou d'assurance, le Trésor public, la Banque de France, la Poste, la Caisse des dépôts et consignation, etc. (C. civ., art 2015). Il n'y a donc que le bénéficiaire qui puisse être une personne physique à condition toutefois que ce ne soit pas l'instrument d'une libéralité, auquel cas la nullité serait encourue. Dans ces conditions, il ne faut pas s'attendre à un rapide développement pratique de l'institution. Mais sur le plan des principes, la fiducie figure désormais dans le Code civil et rien n'interdit de penser qu'à l'avenir les restrictions qui atteignent le domaine vont s'estomper, voire disparaître²⁴.

Dans ses grandes lignes, le régime est le suivant. L'initiative de la fiducie va être prise par un constituant qui va traiter avec un fiduciaire, chacune des parties satisfaisant aux conditions déjà évoquées. Le contrat est solennel. Il doit comporter à peine de nullité un certain nombre de mentions : désignation des biens transférés

²⁴ Là aussi la prévision du texte vient de se réaliser. La *Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, dite loi LME, a élargi le domaine. Désormais, toute personne, physique ou morale, peut être constituant. À la liste des fiduciaires potentiels, il faut ajouter notamment les avocats. Le lecteur voudra bien tenir compte de ces modifications.

(ou déterminabilité des biens futurs) ; durée du transfert (maximum 30 ans) ; identité des parties ainsi que du bénéficiaire ou, à défaut, règles de désignation de celui-ci ; missions, pouvoirs et obligations de reddition de comptes du fiduciaire (C. civ., art. 2018 et art. 2022). L'écrit pourra indifféremment être authentique ou sous seing privé, sur support papier ou électronique (C. civ., art. 1108-1). Il doit être enregistré (formalité fiscale) dans le mois, sous peine de nullité. Tous ces points sont essentiels. Du fait de la prohibition des fiducies libéralité, la mission s'avère importante. Les conditions de transfert au bénéficiaire (autre que le constituant) devront faire apparaître une contrepartie. Au-delà des mentions de l'acte, il convient de préciser que le constituant peut être le bénéficiaire et qu'il en est de même pour le fiduciaire. La seule chose qui soit exclue est que le constituant soit fiduciaire. La fiducie française ne se conçoit que s'il y a un transfert.

Les pouvoirs du fiduciaire sont définis par le contrat. Ils peuvent subir des limitations. Mais, pour protéger les tiers, la loi a adopté une règle désormais bien connue en matière de sociétés. Vis-à-vis des tiers, le fiduciaire est réputé avoir les pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, y compris le pouvoir de disposition. Cette présomption peut être renversée s'il est prouvé que le tiers avait connaissance des limitations résultant du contrat. Mais la loi précise que le seul enregistrement de l'acte ne suffira pas à constituer cette preuve.

La gestion du fiduciaire doit être accomplie de façon loyale. Elle peut être surveillée par le constituant qui peut demander reddition de comptes. Sauf stipulation contraire du contrat, celui-ci peut à tout moment désigner un tiers chargé de cette surveillance.

Les biens qui ont été transmis au fiduciaire forment un patrimoine séparé, distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Par conséquent, ces biens sont à l'abri des poursuites des créanciers personnels du fiduciaire, y compris en cas de procédure d'insolvabilité contre ce dernier. Les biens ne peuvent en principe être saisis que par les créanciers dont le droit est né de la gestion des biens transmis. Normalement, ils échappent au droit de poursuite des créanciers personnels du constituant, mais la loi réserve expressément le cas de fraude ce qui est, semble-t-il, un renvoi implicite à la fraude paulienne. En pratique, si l'on applique les conditions de celle-ci, les créanciers du constituant, dont le droit existait avant la création de la fiducie et qui ne peuvent se faire payer sur le patrimoine de leur débiteur, ne devraient pas avoir de difficulté à faire

déclarer inopposable à leur égard la création du patrimoine fiduciaire.

Pendant la fiducie, le bénéficiaire non acceptant a une situation juridique qui n'est pas vraiment acquise. La fiducie peut être révoquée. Mais la loi a prévu que le bénéficiaire puisse accepter, ce qui rend l'acte et la désignation du bénéficiaire irrévocables, sauf son accord.

La fiducie s'éteint de plein droit par la survenance du terme (conventionnel ou légal maximal : 33 ans) et par la réalisation du but poursuivi, si celle-ci a lieu avant ce terme (C. civ., art. 2029 al. 1. – Comp. C. civ., art. 1844-7 par. 1^o et 2^o). Il peut aussi y avoir des causes plus accidentelles. Il y a tout d'abord la révocation de l'option du constituant pour l'impôt sur les sociétés : l'extinction est alors de plein droit. Il y a ensuite la renonciation de la totalité des bénéficiaires (en l'absence toutefois de stipulation décidant de la poursuite du contrat) ou la liquidation, la dissolution ou la disparition du fiduciaire : l'extinction suppose normalement une décision de justice à moins que son caractère de plein droit n'ait été stipulé dans le contrat. L'extinction de la fiducie met fin à la mission du fiduciaire. Il doit restituer les biens au constituant, soit les transmettre au bénéficiaire : la propriété fiduciaire disparaît alors au profit d'une propriété ordinaire, attribuée semble-t-il de plein droit à l'intéressé (comp. le « retour » de plein droit en l'absence de bénéficiaire : C. civ., art. 2030).

La fiducie française, ainsi présentée dans ses grandes lignes, offre certainement de nouvelles et intéressantes possibilités, malgré l'interdiction de la fiducie libéralité. Les opérations de transfert à titre de garantie trouvent un cadre tout à fait adapté. Une opération un peu délicate en droit français, comme le portage, pourra aussi en tirer profit, de même qu'une bonne partie de ce qui ne pouvait se faire que sous forme de mandat de gestion avec plus ou moins de fragilité. Il faut attendre les développements pratiques pour se faire une idée plus précise de ce qui sera vraiment utilisé.

D'un point de vue technique, l'innovation appelle un certain nombre d'observations. Elles seront regroupées autour de deux thèmes : le patrimoine fiduciaire, les droits du fiduciaire.

A. Le patrimoine fiduciaire

Par rapport aux conceptions les plus classiques du droit français, l'autonomie du patrimoine fiduciaire est une rupture. Le fiduciaire va pouvoir se trouver à la tête de deux patrimoines, alors que, selon la notion de patrimoine telle que forgée par Aubry et Rau, celle-ci est étroitement liée à la personnalité, si bien qu'une personne ne peut avoir qu'un patrimoine. À la vérité, la rupture était déjà largement entamée. D'une part, parce qu'en 1985, la loi a admis la société unipersonnelle. Certes, formellement, le principe de l'unité du patrimoine est respecté puisque, pour être à la tête de plusieurs patrimoines, il faut passer par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes morales. Mais au fond, la personne morale ici est simplement une technique de patrimoine d'affectation. D'autre part, parce que les fonds communs de placement constituent des exemples de patrimoines distincts du patrimoine de celui qui les gère. Le patrimoine fiduciaire est une nouvelle illustration. Le patrimoine peut, en droit français, être simplement un ensemble actif et passif. Mais le droit français n'a pas été aussi loin que le droit québécois. Il n'est pas possible qu'un patrimoine existe sans une personne à sa tête. Il est simplement permis qu'une personne soit à la tête de plusieurs patrimoines.

La composition du patrimoine fiduciaire lors de la création de la fiducie soulève une difficulté. Le texte dit que le constituant doit transférer des biens ou des droits. L'expression est maladroite puisque les droits dont il est question sont des biens. Mais ce qui fait problème, c'est que le texte n'envisage pas que l'on puisse transférer des dettes. Est-ce exclu ou est-ce une inadvertance ? Le principal enjeu est la réalisation beaucoup plus facile d'opérations dites de *defeasance*. Au cours des débats parlementaires, il a été dit que l'introduction de la fiducie permettrait de telles opérations. Mais comment interpréter le silence du texte ? Est-ce une inadvertance ? Certains le pensent. Mais il aurait été préférable que les choses soient plus clairement exprimées et, dans le doute, il n'est pas du tout impossible que le texte soit pris à la lettre.

À l'égard du fiduciaire, l'autonomie patrimoniale du patrimoine fiduciaire est très grande. Si le fiduciaire prend la précaution de bien spécifier qu'il agit en cette qualité – ce que l'on supposera, car c'est la moindre des précautions –, il n'est pas tenu des dettes fiduciaires et ses créanciers personnels ne peuvent pas saisir les biens fiduciaires. Ce n'est qu'en cas de responsabilité du fiduciaire pour

les fautes qu'il aurait pu commettre que sa responsabilité pourra être engagée et qu'il pourra être condamné à indemniser le bénéficiaire.

À l'égard du constituant, l'autonomie patrimoniale est un peu moins grande. Elle est certainement le principe. Mais des tempéraments ont été admis pour protéger les créanciers. Créanciers du constituant tout d'abord : comme il a déjà été signalé, ceux dont la créance existait avant la constitution de la fiducie et dont le recouvrement du droit se trouverait mis en péril du fait de la création, pourront invoquer la fraude pour faire déclarer inopposable à leur endroit la constitution de la fiducie. Créanciers de la fiducie ensuite : en cas d'insuffisance des biens fiduciaires, ils disposent d'un recours subsidiaire contre le constituant. Ce recours peut être écarté de deux manières différentes. La première est une stipulation du contrat qui met à la charge du fiduciaire tout ou partie du passif. Il est probable qu'une telle stipulation sera rarissime. La seconde est elle aussi une stipulation du contrat qui limite l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Mais une telle stipulation n'est opposable qu'aux seuls créanciers qui l'ont expressément acceptée. L'autonomie du patrimoine fiduciaire ne doit pas inciter à la création frauduleuse de patrimoines fantômes.

En définitive, il faut constater que, sans l'abandonner totalement, le droit français continue de s'affranchir de la conception traditionnelle du patrimoine. Le patrimoine n'est pas toujours une émanation de la personnalité. Le patrimoine est aussi un ensemble actif et passif dans lequel le passif est né de la gestion des éléments d'actifs et dans lequel c'est l'actif qui répond du passif. C'est le fruit d'une évolution complexe dont l'un des aspects est la métamorphose de la dette. Moins une obligation qui doit être exécutée personnellement par le débiteur, la dette est devenue une dette de sommes d'argent dont il suffit que le paiement soit garanti par un ou plusieurs actifs. Pour la ou les personnes qui se trouvent tout de même derrière les biens, c'est un moyen de limiter leurs risques. Le phénomène était déjà bien ancré dans le droit français, comme en témoigne le droit des personnes morales à risque limité (société, association), des fonds communs de placement et même, à un moindre degré, de l'indivision (il existe sous une certaine forme un « passif » de l'indivision). Il acquiert une nouvelle dimension.

B. La nature du droit du fiduciaire

Cette question n'a pas fini d'être débattue, car c'est elle au fond qui est susceptible d'apporter la plus importante modification dans le système juridique. La position la plus simple semble consister à dire que le fiduciaire a une forme particulière de propriété : la propriété fiduciaire qui se caractérise par le fait qu'elle est temporaire et finalisée. Une telle propriété opère une vraie rupture avec la conception du Code civil de 1804 dans lequel la propriété est perpétuelle et absolue. Ces deux traits ont longtemps été considérés comme essentiels. S'ils n'étaient pas présents, il ne pouvait pas s'agir de propriété, mais d'une forme ou d'une autre de démembrement de celle-ci (ou pour une autre doctrine, de droits réels sur le bien d'autrui). La fiducie ne peut pas entrer dans ce cadre d'analyse, car il est possible que le fiduciaire ait le pouvoir de disposer, ce qui *a priori* est exclu pour le titulaire d'un droit – fût-il réel – sur la chose d'autrui (encore qu'on en connaisse quelques exemples, mais qui tiennent à la nature particulière du bien, objet du droit réel). L'introduction de la fiducie ajouterait donc dans notre droit une nouvelle conception de la propriété moins sacralisée, plus fonctionnelle. On n'est pas propriétaire en soi, mais propriétaire pour accomplir une certaine mission pendant une durée déterminée.

Si cette présentation des choses est celle qui sera la plus communément retenue, il n'est pas inutile de signaler que, déjà, elle ne fait pas l'unanimité. Sans qu'elle soit vraiment contestée, il a été suggéré qu'il y avait peut-être une autre lecture qui s'appuie entre autres sur le régime fiscal de l'opération²⁵. Il est assez particulier. D'une part, parce qu'à la constitution de la fiducie, il n'y a pas de droit de mutation de perçu. D'autre part, parce que pendant le fonctionnement de la fiducie, ce n'est pas le fiduciaire qui est redevable des impôts sur le bénéfice et les éventuelles plus values de cession, mais le constituant. Pour le fisc, tout se passe comme si le constituant était demeuré propriétaire. Certes, il y a l'autonomie du droit fiscal – encore qu'en matière de droits de mutation, celle-ci soit réduite –, mais surtout il y a des indices dans le régime civil où nulle part il n'est dit explicitement qu'il y a un transfert du droit de propriété. Le constituant pourrait donc être considéré comme étant demeuré propriétaire. Le fiduciaire aurait simplement acquis un droit sur les biens lui permettant de les gérer, ce qui expliquerait

²⁵ R. LIBCHABER, préc., note 22.

d'ailleurs que ces biens ne viennent pas se fondre dans son patrimoine. Le droit du fiduciaire pourrait d'ailleurs s'analyser, soit comme un droit personnel, soit – plus vraisemblablement – comme un droit réel.

Ces discussions illustrent les illusions et les difficultés qu'il y a à introduire dans un système juridique une notion qui vient d'un autre. En France, les lobbies utilisent à l'envi l'argument : ça existe de l'autre côté de la frontière, pourquoi pas chez nous ? Pourquoi pas, en effet. Mais encore faut-il ne pas extraire juste un aspect d'une institution juridique sans tenir compte de tous ses aspects. Très souvent, un avantage est encadré et n'est accordé que sous certaines conditions ou, si un pouvoir est reconnu, il y a des contre-pouvoirs. Les représentants des intérêts qui réclament l'introduction d'une mesure négligent ces contreparties. Mais qu'on le veuille ou non, il y a un « système » juridique. Il y a une architecture de notions qui a une certaine cohérence. Introduire des règles qui sont en décalage avec le système ne peut que susciter des réactions. Elles ne sont pas nécessairement de rejet. La nouveauté peut très bien être assimilée. C'est dans ce type de processus que nous sommes avec la fiducie. L'articulation se fera sans grande difficulté avec la notion de patrimoine qui a déjà sensiblement évolué. Comment se fera-t-elle avec la notion de propriété ? L'issue ne peut être que plus incertaine, car la propriété est un des piliers de notre droit.