

COMMISSION OUVERTE **FAMILLE**

Responsable :
HÉLÈNE POIVEY-LECLERCQ
ANCIEN MEMBRE DU CONSEIL DE L'ORDRE



Sous-commission
Les protections des majeurs vulnérables
Responsable :
Marie-Hélène Isern Réal, avocat à la Cour

Mercredi 7 janvier 2015

Une fiducie judiciaire pour les majeurs vulnérables ?

Colloque EFB du 7 janvier 2015
« UNE FIDUCIE JUDICIAIRE POUR LES MAJEURS VULNERABLES ? »

Organisé par la sous-commission « les protections des personnes vulnérables », Marie-Hélène ISERN-REAL et Laurent POTTIER, avocats au barreau de PARIS.

La loi sur la fiducie présente un grand intérêt pour la protection des majeurs. Par sa souplesse, les garanties qu'elle donne, les majeurs vulnérables ou incapables peuvent voir leurs intérêts protégés plus largement et de façon plus souple que par un mandat de protection future.

La sous-commission, dans un but de prospective et de création d'un nouvel instrument juridique, invitait à réfléchir à la possibilité d'une « fiducie protection » qui serait un nouvel instrument à la disposition des juges des tutelles qui pourraient l'ordonner pour organiser la gestion d'un patrimoine au profit d'un majeur protégé.

Le droit français trouverait-il matière à s'inspirer de droits étrangers ?

Le droit positif gagnerait-il à tirer les enseignements des situations où le juge français impose déjà un contrat aux parties ?

En conséquence, pour lancer la réflexion théorique, le colloque comportait notamment deux interventions – sous forme d'exposés scientifiques – relatives à ces deux questions.

LES EXEMPLES TIRES DE DROITS ETRANGERS

Intervention de Monsieur Louis SANCHEZ de LOZADA, docteur en droit

Les trusts anglo-américains tels que le trust anglais, américain ou canadien et les trusts de droit civil comme la fiducie française et les fidéicommiss latino-américains sont considérés comme des trusts à part entière par la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1^{er} juillet 1985.

Cette Convention reconnaît la seule catégorie des « trusts exprès à but privé » anglo-américains et de droit civil. Ils sont appelés « trusts exprès » (*express trusts*) car ils sont créés exclusivement par la « volonté expresse » du constituant personne privée, physique ou morale, entre vifs ou à cause de mort, par acte unilatéral (*trust deed*) pour les trusts anglo-américains ou par contrat entre le constituant et le fiduciaire dans les trusts de droit civil ou enfin par testament.

Lorsqu'il s'agit de trusts créés par un moyen autre que la volonté expresse du constituant, par exemple par opération de la loi ou par décision d'un juge, on parle des trusts « non exprès ».

Il convient donc de traiter dans un premier temps les trusts non expressément créés par la volonté du constituant (I) pour ensuite expliquer le cas spécifique d'un trust non exprès avec un *Public Trustee* (II).

I. Trusts non expressément créés par la volonté du constituant

Des trusts peuvent donc être créés soit par le juge pour modifier la volonté du constituant (A) soit par la loi ou par un juge en l'absence de constituant (B).

A. Trusts créés par le juge pour modifier la volonté du constituant

Parmi les catégories de trusts non exprès, les « *resulting trusts* », « *implied trusts* » ou « *constructive trusts* » sont constitués comme résultat automatique de l'application de la loi ou par la décision d'un juge qui corrige une situation spécifique (telle que la prévention de la fraude, garantir des droits reconnus, remédier à des conduites frauduleuses, dolosives ou à la mauvaise foi, voire comme une réponse à l'enrichissement sans cause ou pour accomplir la « vraie volonté ou intention » du constituant ou reconnaître que la volonté de créer un trust est implicite et non expresse.

Ces trusts ne sont pas reconnus par la Convention de La Haye et n'existent pas en droit civil. Les trusts de droit civil, constitués par contrat ou par testament, doivent être expressément créés. Ils ne sont reconnus sur le plan juridique qu'à partir du moment où les parties ont entendu s'engager expressément dans une telle opération. En conséquence, pour produire les effets reconnus par la loi, l'acte juridique doit expressément et formellement apparaître comme créant un fidéicommiss ou une fiducie.

Le juge, éventuellement saisi d'un contentieux relatif à un transfert de biens ou de droits, n'a pas la possibilité de requalifier l'acte juridique en cause en fiducie ou en fidéicommiss, en l'absence de volonté expresse en ce sens des parties. Il n'y a pas de fiducie ou de fidéicommiss tacite et ceux-ci ne se présument pas. Conformément au droit commun des obligations, le consentement du constituant et du fiduciaire doit être exempt de tout vice, à savoir dol, violence ou erreur.

En revanche, des trusts spécifiques pourraient être prévus par la loi en droit civil continental.

B. Trusts créés par la loi ou par un juge en l'absence de constituant

Les trusts énoncés expressément par la loi (« *statutory trusts* »), en l'absence de constituant, existent bel et bien en droit de la *Common Law* et, à notre avis, sont compatibles avec le droit civil continental. Ces trusts sont prévus par la loi dans des circonstances telles que, par exemple, les successions *ab intestat* (lorsqu'une personne décède sans laisser de testament). Un trust prévu par la loi est donc mis en place sur le patrimoine du « *de cuius* » et le *trustee*, nommé par le juge, a la responsabilité de partager entre les héritiers ce qui reste après le paiement des dettes.

Un autre cas typique d'absence de constituant se trouve lorsque celui-ci est incapable et donc protégé par la loi. Dans ce cas, le droit de la *Common Law* prévoit la figure d'un « *public trustee* » dans le *Public Trustee Act* de 1906 anglais. Cette loi énonce qu'un *public trustee* peut agir comme *trustee* d'un trust ou comme substitut d'un autre *trustee*, « uniquement en dernier ressort » dans l'intérêt des personnes vulnérables ou personnes handicapés.

II. La notion de « *Public Trustee* »

Le *public trustee* canadien est un officier nommé par le *Lord Chancellor*. Il s'agit d'une institution qui est la seule habilitée à utiliser cette dénomination. S'il le considère nécessaire, il peut agir comme membre d'un collège de *trustees*, ou en tant que *trustee* ordinaire ou comme *trustee* judiciaire.

C'est donc au Canada qu'on trouve la figure d'un *trustee*-tuteur (A) qui est nommé par le juge, là aussi, en dernier ressort, lorsqu'il n'y a pas d'autre alternative et que l'intérêt public de protection du majeur protégé l'exige. Les pouvoirs et responsabilités du *trustee*-tuteur (et curateur) public sont énoncés dans la loi (B).

A. Le *Public Trustee* au Canada (tuteur, curateur et fiduciaire public)

Le curateur public (*public trustee*) du Manitoba est une corporation individuelle sous le nom de « tuteur et curateur public ». Le lieutenant-gouverneur en conseil peut nommer à la charge de tuteur et curateur public un avocat en exercice qui est membre en règle de la Société du Barreau du Manitoba. Le personnel nécessaire à l'exercice des fonctions du tuteur et curateur public est nommé sous le régime de la Loi sur la fonction publique.

Le tuteur et curateur public peut :

- a) agir en qualité de fiduciaire s'il accepte ce mandat ou s'il est nommé à ce titre :
 - (i) par un testament, un acte de disposition patrimoniale ou tout autre instrument qui crée une fiducie,
 - (ii) par une décision judiciaire,
 - (iii) par une loi,
 - (iv) par une convention à laquelle il est partie ;
- b) agir en qualité de mandataire pour le compte d'une autre personne en vertu d'une procuration ;
- c) agir en qualité de tuteur à l'instance pour un adulte incapable ou un mineur ;
- d) agir en qualité de tuteur, de curateur ou de subrogé ;
- h) agir dans tous les autres cas où il est autorisé ou nommé par une ordonnance judiciaire ou une désignation sous le régime de la présente loi ou de toute autre loi.

Le tuteur et curateur public peut également représenter un adulte incapable qui n'a pas d'autre représentant personnel et exercer d'autres fonctions semblables dans les cas où le tribunal le lui demande. Il peut aussi exercer d'autres fonctions semblables au titre d'une convention.

Ses fonctions sont très larges, et très souples en fonction du mandat qui lui est donné par le juge.

B. Pouvoirs et responsabilité du tuteur et curateur public (*Public Trustee*)

Le tuteur et curateur public est investi de tous les pouvoirs et assujéti à toutes les obligations d'un fiduciaire en vertu de la Loi sur les fiduciaires, en *Common Law* ou en *Equity*. Il ne peut être nommé à titre de fiduciaire conjoint que s'il y consent et n'est pas obligé d'intervenir ou d'accepter une nomination uniquement parce qu'il en a le pouvoir ou y est autorisé, sauf dans les cas où le tribunal l'y autorise ou le nomme.

Le tuteur et curateur public n'est pas autorisé à agir en qualité de tuteur à l'instance pour un adulte incapable lorsqu'une autre personne exerce cette fonction en conformité avec les Règles de la Cour du Banc de la Reine ou lorsque l'adulte concerné a retenu les services d'un avocat dans les cas où une loi le lui permet.

Le tuteur et curateur public peut créer une ou plusieurs fiducies (ci-après « les fonds communs ») destinées au placement des biens qu'il détient. Il peut vendre (convertir) les biens qui lui sont confiés au nom d'une personne ou d'une succession et verser le produit de la

vente ou conversion dans le fonds commun (fiduciaire). Ceci ne s'applique pas aux biens visés par une fiducie explicite ou par des instructions concernant leur placement.

Le tuteur et curateur public peut imputer sur le revenu gagné par un fonds commun et déduire de ce revenu des honoraires, débours et dépens justes et raisonnables pour la gestion et le maintien du fonds commun. Le revenu provenant d'un fonds commun, après prélèvement des primes ou des escomptes et des charges est calculé comme étant de l'intérêt provenant des soldes quotidiens de clôture de chacun des comptes constituant le fonds commun et est porté au crédit de ces comptes au moins une fois tous les six mois.

Le *Public Trustee* peut placer des sommes dans un fonds commun auprès du ministre des Finances, selon les modalités qu'il juge appropriées. Il peut faire un placement distinct et séparé du fonds commun au nom d'une personne ou d'une succession pour laquelle il détient des sommes d'argent lorsque les sommes sont visées par une « fiducie explicite » ou par des instructions concernant leur placement ou s'il est d'avis que l'intérêt véritable de la personne le justifie.

Jusqu'à ce que les sommes d'argent soient placées dans un fonds commun, le tuteur et curateur public peut les déposer soit auprès d'un établissement financier soit auprès d'une personne morale à laquelle la législation manitobaine permet d'accepter des dépôts et qui est autorisée à cette fin par le lieutenant-gouverneur en conseil, soit auprès du ministre des Finances.

Le tuteur et curateur public n'est pas tenu de fournir une sûreté pour garantir l'accomplissement de ses fonctions en qualité de fiduciaire, en exécution d'une ordonnance judiciaire ou sous le régime de la présente loi ou de toute autre loi. Il est autorisé à demander des honoraires au titre de sa gestion d'une fiducie ou de tout autre bien. Il peut demander des frais au titre des services particuliers rendus à l'égard d'une fiducie déterminée par un de ses employés, notamment des services juridiques ou des services d'inspection, dans les cas où un fiduciaire privé aurait le droit de se faire payer de tels frais à l'égard de cette fiducie.

Le tuteur et curateur public peut périodiquement déduire les honoraires, les frais, les dépenses et les débours d'une fiducie au titre du travail accompli et des dépenses et débours effectués à l'occasion de son administration. Le tribunal peut lui accorder des dépens dans une instance à laquelle il est partie s'il considère sa présence à l'audience nécessaire ou souhaitable ou ordonner que les dépens soient calculés sur la base des frais entre avocat et client.

Le tribunal ne peut condamner le tuteur et curateur public aux dépens s'il conclut qu'il a agi de façon raisonnable et de bonne foi, sans néanmoins avoir gain de cause, dans le cadre d'une affaire judiciaire à laquelle il a pris part en qualité de tuteur à l'instance ou d'administrateur aux fins de l'instance. La personne qui présente une requête visant la nomination du tuteur et curateur public à titre de tuteur à l'instance est responsable du paiement des frais et débours qu'engage le tuteur et curateur public en raison de sa nomination.

Les sommes nécessaires à l'acquittement d'une obligation dont le tuteur et curateur public serait personnellement responsable s'il était un fiduciaire privé sont payées par le Trésor.

Voici un bref aperçu du fonctionnement de cette institution canadienne de *public trustee*.

* *
*

LES MODELES TIRES DES CONTRATS JUDICIAIREMENT FORMES **Intervention de Madame Alice ENGEL-CREACH, docteur en droit**

Je ne suis pas une spécialiste de la fiducie, comme l'est Monsieur SANCHEZ de LOZADA, mes travaux ont porté sur ce que mon directeur de thèse, le Professeur Alain BENABENT, avait choisi d'appeler « les contrats judiciairement formés ». C'est une formule de sa composition qui m'a conduite à m'intéresser à l'ensemble des situations dans lesquelles le juge va se trouver associé à la formation des contrats, d'une façon ou d'une autre.

C'est un phénomène relativement récent puisque, pendant longtemps, le juge n'entrait en jeu, au sujet d'un contrat, que pour arbitrer les conflits survenus à l'occasion de l'exécution du contrat (modération de la clause pénale, report de dette ou rééchelonnement des paiements en cas de surendettement). Or l'autorité judiciaire est de plus en plus admise à intervenir en amont, pour encadrer la naissance même du contrat.

Ces interventions judiciaires sont de différentes sortes. Sans entrer dans trop de détails, je voudrais vous présenter, de façon « grossière » les types possibles d'interventions du juge. Cela nous permettra de voir de quelles façons on pourrait imaginer que le juge puisse être admis à intervenir dans le cadre de la mise en place d'une fiducie, pour protéger des majeurs sous tutelle, qui n'auraient pas pris des mesure anticipatrices.

Le but n'est pas du tout de vous exposer ce que sont les « contrats judiciairement formés », mais de voir, si, dans le panel de ces interventions judiciaires que j'ai eu l'occasion de répertorier et d'étudier dans ma thèse, on pourrait trouver une modalité d'intervention judiciaire, qui, appliquée à la fiducie, puisse constituer un instrument de protection des majeurs vulnérables.

I.) Je vais donc, très schématiquement, vous dire quels sont les « possibles ».

Pour être exhaustive, je vous dis trois mots du contrat judiciaire et du jugement d'expédient. Mais ce sont des hypothèses qui, je pense, ne retiendront pas notre attention. En les mentionnant, il s'agit surtout pour moi de clarifier et distinguer les différentes sortes d'intervention du juge, pour que nous parlions le même langage.

Sous sa forme la plus discrète de l'association du juge à la formation du contrat, le juge se trouve tout simplement être le témoin de la conclusion d'un contrat. Voici le contexte : des individus n'étant pas parvenus à régler un conflit saisissent le juge pour qu'il le tranche. Au contact du juge, les parties parviennent à un accord sur la solution du litige, que l'article 2044 du Code civil nomme transaction. Là, le juge a le choix : soit il se contente de constater l'accord des parties et son dessaisissement subséquent (on parle de « contrat judiciaire »), soit il préfère rendre un jugement qui reprend les termes mêmes de la transaction, et l'on parle de jugement d'expédient.

Sous une deuxième modalité, le juge se voit chargé par le législateur d'exercer un contrôle sur la façon dont les individus exercent leur liberté contractuelle. C'est ce qu'on trouve dans des

domaines particulièrement sensibles, soit en raison de la nature du contrat envisagé, soit en raison de la qualité des cocontractants, dans lesquels le législateur exige des parties qu'elles obtiennent l'autorisation de contracter (donc le juge intervient avant que le contrat soit conclu), ou l'homologation du contrat déjà conclu.

Un exemple d'autorisation : la loi du 3 janvier 1968 subordonne à l'autorisation judiciaire la vente des biens appartenant à des pensionnaires de maison de retraite ou des malades mentaux, au personnel des maisons de retraite ou des établissements dispensant des soins psychiatriques (article 1125-1 du Code civil).

Pour l'homologation, je retiendrai l'exemple de l'article 1397 du Code civil qui impose aux époux de soumettre la convention de changement de régime matrimonial qu'ils ont conclue à l'approbation du TGI, pour qu'il l'homologue, dans l'hypothèse où l'un des époux a des enfants mineurs.

On trouve aussi, dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, l'homologation par le juge de la convention, conclue par les deux époux, pour régler les conséquences du divorce (c'est l'article 232 du Code civil).

Sans vouloir rentrer dans un débat trop théorique, dans toutes les hypothèses que je viens de mentionner, où le juge assiste à la formation du contrat, autorise sa conclusion, ou l'homologue, on est bien en présence de deux volontés qui s'accordent, même si leur rencontre a eu lieu sous surveillance judiciaire. Si l'accord de volonté est désigné communément comme le critère de contrat : la présence du juge n'altère pas la nature contractuelle du rapport juridique. Tout au plus les parties façonnent-elles le contenu de la convention de façon à favoriser l'obtention de l'autorisation ou de l'homologation exigée par la loi.

Mais l'intervention du juge peut prendre une dimension toute autre. On trouve en effet un nombre grandissant de dispositions qui investissent le juge du pouvoir de « faire » lui-même le contrat qui liera les parties comme si elles l'avaient voulu. La décision du juge se substitue purement et simplement à l'accord de volonté.

Ces situations sont beaucoup plus radicales. Elles sont moins connues. Elles ont tenu une large part dans mon étude : ici la décision du juge supplée l'accord de volonté, pour donner naissance au rapport de droit qui s'appliquera aux parties comme si elles l'avaient voulu. L'ampleur du rôle imparti au juge apparaît cette fois antinomique de la possibilité de maintenir la qualification contractuelle.

Il subsiste du contrat le résultat qu'il produit, c'est-à-dire une structure particulière de rapports d'obligations. J'ai parlé de « contrats formés par juge », les guillemets marquant la contradiction que comporte l'expression.

C'est sur cette dernière catégorie que je vais m'attarder un peu plus, à la demande des organisateurs de ce colloque puisque la prospective porte sur la possibilité que le juge puisse être admis à créer par son jugement, une fiducie qui ne peut naître de l'accord de volonté des parties. Quand vous entendez pour la première fois parler de « fiducie judiciaire », ça peut paraître choquant ! Comment se pourrait-il que par la décision du juge, des parties se trouvent liées comme si elles avaient conclu un contrat de fiducie, en dehors de tout accord de volonté entre le constituant, incapable, et le fiduciaire ?

Cela paraît venir heurter le principe même de la liberté contractuelle. L'idée pour moi, est de vous dire que de telles hypothèses existent déjà, s'agissant d'autres contrats. La porte est déjà ouverte.

Laissez-moi vous donner quelques exemples. Cela pourrait permettre, en quelque sorte, de « dédramatiser », l'idée même d'une fiducie judiciaire.

Je vais prendre en premier l'exemple de la licence obligatoire de brevet. Jusqu'en 1953, lorsqu'un brevet était inexploité, le défaut d'exploitation était sanctionné par la déchéance du brevet. Depuis 1953, la personne qui veut exploiter un brevet inexploité, et n'arrive pas à obtenir une licence de la part du breveté, peut saisir le juge, et le TGI accordera lui-même la licence d'exploitation au demandeur, contre la volonté du propriétaire du brevet (articles L. 613-4 et suivants du Code de la propriété intellectuelle). On est en présence d'une licence de brevet qui trouve sa source dans le jugement.

Ou encore dans le cadre du divorce, depuis 1975, l'article 285-1 du Code civil offre au juge prononçant le divorce la possibilité de donner à bail à l'un des époux le local qui appartient à l'autre époux, et qui a servi jusqu'alors de logement familial. Cette fois c'est un bail d'habitation qui naît de la décision du juge.

Toujours dans le cadre du divorce, mais en ce qui concerne les modalités de la prestation compensatoire, depuis 2000, l'article 274 du Code civil, qui permettait déjà au juge d'imposer à l'époux propriétaire la cession de son bien pour l'usufruit, comme mode de paiement de la prestation compensatoire, permet désormais de choisir d'opérer une cession pour l'usage ou l'habitation, ou bien en pleine propriété. On est face à la cession d'un bien, en pleine propriété, née de la décision du juge.

Dernier exemple, dans le domaine des entreprises en difficultés, et précisément dans le cadre d'un plan de cession d'entreprise, l'article L. 642-1 du Code de commerce permet aussi au juge d'ordonner la cession de l'entreprise, totale ou partielle (elle est partielle quand elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activité). Notons que jusqu'en 2008 (et ce, depuis la loi du 25 janvier 1985), on avait aussi ces cessions judiciaires d'actions et parts sociales appartenant aux dirigeants de l'entreprise en difficulté, mais j'ai pu constater que ces dispositions avaient été supprimées en 2008.

Dans toutes ces situations, un individu se trouve engagé, sans avoir exprimé de volonté en ce sens. L'immixtion judiciaire dans la sphère contractuelle atteint ici son paroxysme. Il n'est plus question de volonté autonome, ni même de volonté. Nous sommes en présence de jugements constitutifs d'un « contrat », encore une fois les guillemets s'imposent.

On se rend compte que les hypothèses dans lesquelles le juge est ainsi expressément admis à constater l'opportunité de certains contrats et à les imposer se multiplient. Elles sont disséminées dans l'ensemble du droit privé. On les trouve chaque fois que la convention apparaît comme le seul instrument permettant un résultat socialement nécessaire.

Le contrat apparaît ainsi comme un instrument de régulation sociale, dont la maîtrise échappe progressivement à ceux qui seront tenus par ses termes. Dans un tel contexte, la fiducie judiciaire, donc la possibilité que le juge soit investi du pouvoir de créer par son jugement une

fiducie, sans que les volontés du constituant et du fiduciaire se rencontrent, choque moins.

Au terme de cette première étape de présentation des « possibles » en droit positif, on peut légitimement se demander « alors pourquoi pas une fiducie judiciaire ? ».

II.) Alors voyons, dans un deuxième temps, quelle est la situation.

Quels sont les obstacles que l'on pourrait rencontrer ?

Quels contre-arguments pourrait-on avancer ?

Il ne s'agit pas pour moi ici de faire un plaidoyer pour ou contre la fiducie judiciaire. Mais de soulever les questions qui accompagneraient son émergence sur la scène juridique.

On pourrait tout d'abord s'interroger au regard de la constitutionnalité d'une loi qui admettrait la fiducie judiciaire. C'est une atteinte directe au droit de propriété auquel le Conseil constitutionnel reconnaît valeur constitutionnelle (contrairement au principe de la liberté contractuelle). Sauf à avancer l'argument que la transmission de la propriété ne présenterait pas de caractère forcé : ici l'intervention du juge ne vient pas suppléer l'absence de volonté d'une des deux parties, mais l'incapacité d'une des parties (et le défaut de pouvoir du tuteur).

De façon plus pratique, la mise en place d'une fiducie par jugement, peut poser des difficultés. Des questions vont se poser :

1) Choix du fiduciaire

L'article 2015 du Code civil ouvre cette possibilité à certains organismes financiers, en particulier les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurance, ainsi que la Poste et la Caisse des dépôts et consignations, ou aux avocats. Le juge va devoir choisir comme fiduciaire la personne qui lui paraît la plus appropriée pour gérer les actifs du majeur vulnérable.

- Comment le juge des tutelles fera-t-il le choix du fiduciaire ?

- Selon quels critères va-t-il choisir ?

On pourrait même imaginer que le juge nomme plusieurs fiduciaires, selon leurs compétences.

2) Le juge va-t-il organiser lui-même la fiducie ?

L'article 2018 du Code civil énonce les stipulations que doit obligatoirement contenir le contrat de fiducie.

- Est-ce le jugement « constitutif de fiducie » qui apportera toutes les précisions nécessaires au fonctionnement de la fiducie mentionnées par l'article 2018 du Code civil ?

- Est-ce le jugement qui devra préciser :

- Les droits transférés du patrimoine du constituant
- La mission du fiduciaire
- Les pouvoirs conférés au fiduciaire (et au regard desquels sa responsabilité sera appréciée)
- La durée de la fiducie
- La rémunération du fiduciaire ?

3) Quand l'article 2018 du Code civil parle de « mission du fiduciaire », ce terme, peu juridique, renvoie en réalité à la cause du transfert, « ce pourquoi » les droits sont transférés. C'est donc la « finalité » de la fiducie qui devrait être précisée par le juge ?

La mission du juge n'est pas simple. La fiducie est une opération complexe, encore récente en droit français. Elle n'est pas encore tout à fait entrée dans les mœurs françaises, tout au moins en dehors de la sphère des affaires, me semble-t-il. C'est moins le cas d'un bail judiciaire, d'une licence judiciaire de brevet, d'une vente forcée d'un bien. Les régimes contractuels du bail, de la licence, de la vente sont connus.

Il y a fort à craindre que le juge se montre réticent à créer une fiducie par son jugement, même si le législateur lui en donnait la possibilité. Le risque est grand, à mon sens, que le juge n'utilise pas la possibilité. A l'appui de cette affirmation, vient le constat du très faible nombre de cas où le juge a mis en place des licences obligatoires, ou des baux judiciaires ou des cessions forcées de biens comme mode de paiement de la prestations compensatoires, alors même que le législateur l'y admet.

Je me demande si finalement, pour atteindre un même résultat (c'est-à-dire la constitution d'une fiducie pour assurer la meilleure gestion du patrimoine du majeur sous tutelle), on ne pourrait pas trouver une solution qui ne charge pas autant le juge, déjà fort occupé ?

Au lieu d'une fiducie créée par jugement, une fiducie contractuelle « sous surveillance judiciaire » m'apparaît une meilleure solution.

On peut trouver, me semble-t-il, dans le panel des interventions judiciaires que je vous ai exposées, une autre modalité moins radicale, permettant malgré tout la mise en place d'une fiducie au profit d'un majeur sous tutelle.

Au lieu que le législateur investisse le juge de la possibilité de créer lui-même la fiducie par jugement, on pourrait préférer que le législateur prévoie une disposition au terme de laquelle le juge des tutelles pourrait autoriser la conclusion d'un contrat de fiducie. Le juge aurait alors à se prononcer sur un projet de contrat qui contiendrait l'ensemble des conditions du contrat de fiducie envisagé. L'autorisation judiciaire serait donc une condition de validité du contrat à intervenir.

Non seulement, le changement législatif, pour l'ouverture d'une « fiducie contractuelle, autorisée par le juge » me semble plus facile à « obtenir » du législateur, qu'une « fiducie judiciaire » : c'est une mesure moins radicale ; mais encore, le juge en ferait usage beaucoup plus volontiers, que d'une fiducie judiciaire, complexe à mettre place par jugement.

Cette solution présente en conséquence pour moi tous les avantages. Mais il est vrai qu'existe le risque que le tuteur s'abstienne de saisir le juge d'un tel projet, pour ne pas être dépossédé d'une grande partie de sa propre mission de gestion du patrimoine du majeur protégé. Quel intérêt le tuteur y trouverait-il d'un point de vue personnel ?

Il faut donc continuer à réfléchir ensemble.

* *
*

En conclusion, Monsieur Didier POULMAIRE, avocat fiduciaire au barreau de PARIS, vice-président et co-fondateur de l'AFIDU, a expliqué les domaines dans lesquels le contrat de fiducie présentait un intérêt pour les personnes protégées. Il s'agit notamment des biens ingérables ou dont la propriété n'est pas claire, comme cela se présente souvent pour le patrimoine des personnes âgées ; mais aussi des cas où les propriétaires décident

conjointement de former une fiducie et déterminent les pouvoirs du fiduciaire afin de supprimer tout risque de blocage dans un but clairement défini.

Le contrat de fiducie doit donc d'abord précisément qualifier son objet et ses objectifs. Il règle ensuite les difficultés pour déterminer les moyens d'y parvenir.

Ensuite, Monsieur Xavier de ROUX, avocat honoraire et ancien Député, rapporteur devant l'Assemblée Nationale de la loi sur la fiducie, a exprimé l'intérêt pour une personne protégée, d'une inflexion du droit positif telle que celle envisagée, et à laquelle il ne voyait aucune objection de principe.

Il a cependant rappelé la nécessité de modifier la loi actuelle qui interdit à un majeur sous tutelle de conclure un contrat de fiducie. Il a donné des pistes pour la formalisation d'une proposition de loi afin de permettre au juge de faire bénéficier un majeur protégé d'un contrat de fiducie.

Suite à la conclusion parfaitement pertinente de Madame Alice ENGEL-CREACH, il apparaît qu'en l'état, le juge des tutelles ne conclurait pas par lui-même un contrat de fiducie, mais pourrait autoriser le mandataire du majeur protégé à le conclure, de la même manière qu'il autorise, par voie d'ordonnance sur requête pour les majeurs sous tutelle, les ventes, l'acceptation d'une succession, les placements et autres actes de disposition.

A partir de cette réflexion théorique sur la pratique anglo-saxonne et latino-américaine et selon les analyses de la formation des contrats par le juge français, il a été proposé de constituer un groupe de travail conjoint entre l'AFIDU et la sous-commission « les protections des majeurs vulnérables » afin de préparer un projet de réforme des textes en sorte que le contrat de fiducie ne soit pas expressément exclu pour les majeurs sous tutelle. Ce sera ensuite aux avocats de collaborer afin de saisir le juge d'une autorisation afin de fiducie au profit d'un majeur sous tutelle.