

## AVOCATS C/ AVOCATS OU LA GUERRE CIVILE ENTRE PROGRESSISME ET CONSERVATISME

*Je suis la guerre du forum farouche, la guerre des prisons et des rues, celle du voisin contre le voisin, celle du rival contre le rival, celle de l'ami contre l'ami. Je suis la Guerre civile, je suis la bonne guerre, celle où l'on sait pourquoi l'on tue et qui l'on tue: le loup dévore l'agneau, mais il ne le hait pas; tandis que le loup hait le loup. Je régénère et je retrempe un peuple; il y a des peuples qui ont disparu dans une guerre nationale; il n'y en a pas qui aient disparu dans une guerre civile...* HENRY DE MONTHERLANT

**A** la suite de la loi Macron qui a dérégularisé la profession d'avocats, la création de l'entreprise AGN (Agence des nouveaux avocats) a marqué l'arrivée sur le marché du service juridique d'un nouveau type de cabinets, plus ouverts sur le public via une nouvelle conception de l'accueil du public et l'internet qui permettent, par des agences visibles depuis la rue grâce à des façades vitrées sur lesquelles des logos indiquent les différents domaines de compétence d'une part et des prestations juridiques en ligne d'autre part, d'exposer une offre de service plus lisible et plus transparente. Les prix, fixes et affichés, permettent une information immédiate du client quant au coût de sa démarche.

Ce premier réseau français d'agences d'avocats est l'aboutissement du projet formé par Frédéric Moréas, Philippe Charles et Jérôme Célié. Ces derniers, après avoir fait leurs armes dans de prestigieux cabinets comme Gide Loyrette Nouel, Baker McKenzie et Taj Deloitte, ont décidé de s'associer afin de moderniser la profession dans le sens de la simplification de son accès et de la transparence. Au fondement de leur concept, un constat indiscutable: la difficulté pour les clients de choisir un avocat et la carence de propositions, entre l'aide juridictionnelle et le marché fermé des avocats spécialisés, dont le grand public ignore tant les rouages du métier que les adresses.

Depuis la création de la première agence rue de Grenelle, en septembre 2012, une dizaine d'enseignes a vu le jour dans divers arrondissements parisiens et plusieurs grandes villes de France dont Nantes, Lyon et Toulouse. Cependant, le succès immédiat de ce nouveau genre d'exercice, s'il atteste de la réalité des besoins auxquels il répond, ne fait pas le bonheur de tous. AGN subit actuellement les foudres de certaines branches de la profession d'avocat, par laquelle il se voit ostracisé. L'offensive a été lancée par le barreau

de Toulouse qui, en 2017, a empêché l'exercice des avocats d'AGN Avocats Toulouse dont l'agence a été ouverte le 3 octobre 2017. Un mois après la saisine de l'Autorité de la concurrence par l'entité innovante, le bâtonnier de Limoges a refusé toute inscription de la structure AGN à Limoges. Le contentieux a été porté devant la cour d'appel. AGN se voit opposer comme toute argumentation une différence de vue sur la déontologie: présentation des vitrines, pictogrammes, pratiques en matière d'honoraires. Or ces éléments ne sont que les moyens employés par AGN afin d'atteindre son objectif d'un accès à la profession plus accessible au grand public et de prix plus attractifs. Le respect de la déontologie impose-t-il le maintien de cabinets en étages et de tarifs évolutifs au gré de l'avancement des procédures? N'est-il pas plus raisonnable de voir, dans les attaques contre cette entreprise, (primée dès 2013 – mention spéciale prix du juriste HEC), la crainte d'une concurrence jugée dangereuse car sérieuse?

L'histoire d'AGN en rappelle une autre, celle de notre entreprise, qui a été créée en association avec le cabinet d'avocat Freshfields Brukhaus Deringer, selon un modèle inédit dans le paysage du notariat français. Ce rapprochement des professions, dont la raison d'être était une volonté de performance du service offert aux clients dans un contexte d'internationalisation des opérations, a en son temps valu bien des difficultés à l'Étude, sans pour autant empêcher son développement.

Il apparaît aujourd'hui que ceux qui, animés par un esprit de compétitivité et d'ouverture, ont saisi l'opportunité offerte par la Loi Macron de s'inscrire dans la modernité, encourent les foudres de ceux qui refusent toute transformation du monde juridique, luttant vainement contre la vague (le spectre?) de la grande profession du droit. Mais la lutte à contrecourant tout au plus retardera l'évolution, elle ne l'arrêtera certainement pas.

Le notariat a lui aussi entamé une réflexion sur les meilleures solutions et offres possibles, sur la présentation de ses services à destination du grand public. Il ne peut rester aveugle aux conséquences de l'ouverture de la profession. Tout repose, là encore, sur la conjonction « en même temps » il faut préserver la déontologie c'est-à-dire la morale de chacune des professions de notaire et d'avocat et en même temps ouvrir sa fenêtre sur un monde de transparence, de compétences et de concurrence à destination du plus grand nombre. ~

Édito Par Didier Lasaygues

# Point de vue critique sur la promesse d'affectation hypothécaire

NOTRE PRATIQUE PROFESSIONNELLE NOUS CONDUIT SOUVENT DANS NOS FINANCEMENTS POUR DES RAISONS DE COÛTS ÉVIDENTES À NE PRENDRE QU'UNE SIMPLE PROMESSE D'AFFECTATION HYPOTHÉCAIRE EN PLUS D'UNE INSCRIPTION DE PRIVILÈGE. L'IDÉE EST ICI DE REVENIR SUR LES RISQUES D'UNE TELLE SÛRETÉ AU DEMEURANT FRAGILE (1) ET D'EXAMINER UNE AUTRE OPTION : CELLE DU MANDAT D'HYPOTHÉQUER (2).

**1. L'analyse de la promesse d'hypothèque conduit à constater sa fragilité pour plusieurs raisons.**

## LA PROMESSE D'HYPOTHÈQUE, N'EST PAS UNE SÛRETÉ

Ce n'est pas une hypothèque non inscrite et ne constitue pas une garantie immobilière – M. Mathieu, « Une vraie fausse garantie : la promesse d'affectation hypothécaire », RD bancaire et bourse 1992. 48.

D'ailleurs, la Cour de Cassation, rappelle souvent l'inefficacité d'une hypothèque, en garantie d'un prêt antérieur, constituée après la date de cessation des paiements alors même qu'une promesse d'hypothèque préexistait : la promesse d'hypothèque n'équivaut pas à la constitution d'hypothèque – Com. 28 nov. 1972, n° 71-13.246 ; Bull. civile IV, n° 313. Ainsi, « l'hypothèque constituée pendant la période suspecte pour une dette antérieure est inopposable à la masse, peu importe qu'une promesse d'hypothèque ait été constituée antérieurement à la période suspecte » - Com. 3 mai 1988, n° 86-10.655, Bull. Civile IV, n° 145.

## LA PROMESSE D'HYPOTHÈQUE EST UN SIMPLE ENGAGEMENT DE FAIRE

Contrairement aux autres promesses de contrat qui valent contrat au sens de l'article 1124 du Code civil, la promesse d'hypothèque ne vaut pas hypothèque. Elle est certes valable mais, ne contient qu'une obligation de faire ouvrant droit, en cas d'inexécution, à une action en dommages-intérêts et non à une exécution forcée.

On voit mal un tribunal décider que son jugement tiendra lieu d'acte constitutif d'hypothèque en réalisation d'une exécution forcée d'une promesse d'hypothèque... L'article 2127 du code civil est très clair : l'hypothèque est consentie par un acte passé en forme authentique. C'est un contrat solennel. Par conséquent, la promesse d'hypothèque est un acte consensuel et ne peut être érigée au rang de sûreté réelle.

## LA PROMESSE D'HYPOTHÈQUE INEXÉCUTÉE, SE RÉSOUT, EN DOMMAGES-INTÉRÊTS

La Cour de Cassation – réformant un arrêt de la cour d'appel de Paris autorisant une banque à prendre une inscription

Par Marie-Élisabeth Mathieu

Synthèse



d'hypothèque au vu d'une promesse d'hypothèque- indique : « l'acte constitutif d'hypothèque ne peut être passé que devant un notaire et [...] en cas d'inexécution de la promesse d'hypothèque, le créancier ne peut obtenir que des dommages-intérêts » - Com. 7 avril 1993, n° 91-10.032, Bull. civile IV, n° 55; Cassation 1<sup>re</sup> Civile, 21 mars 2006, n° 05-11.810. En ce cas, il ne reste plus au créancier qu'une possibilité : inscrire une hypothèque en garantie de la créance de dommages-intérêts résultant du jugement de condamnation et, une hypothèque conservatoire si le recouvrement de sa créance est en péril.

D'ailleurs force est de constater que les dommages et intérêts dus en inexécution de la promesse ne se calculent pas sur une exécution de celle-ci en valeur – cette appréciation venant ainsi se substituer à une exécution forcée. Ceux-ci s'évaluent en fonction du préjudice subi par le défaut de la sûreté; ce qui est, pour le moins, délicat à calculer.

Ainsi dans une décision récente, la Cour de Cassation indique : « l'inexécution de la promesse d'hypothèque ne peut être

équivalente à l'avantage qu'elle aurait procuré si elle s'était réalisée... » - Cassation 1<sup>re</sup> civile, 5 février 2014, n° 12-19425.

Par conséquent, la promesse d'hypothèque demeure fragile à l'analyse du droit positif en tant que sûreté. Cet engagement de faire que constitue la promesse ne peut valoir le contrat lui-même. Et, son inexécution conduit à l'octroi de dommages-intérêts et non à son exécution forcée. La promesse d'hypothèque n'est donc pas une bonne sûreté.

## 2. **Le mandat d'hypothéquer à titre de sûreté peut être plus efficace que la promesse d'hypothèque. Une rédaction envisageant une exigibilité anticipée du prêt en cas de révocation du mandat serait alors pertinente.**

Ce mandat comporte des avantages non négligeables sur la promesse d'hypothèque. Il permet de constituer une hypothèque dans des délais et à la diligence de l'établissement de crédit, prêteur et de lui seul. Pour être efficace, ce mandat se doit d'être irrévocable. Il est alors nécessaire de →

---

*Il est alors nécessaire, pour que le prêteur  
bénéficie d'une sûreté efficace, de donner à ce mandat  
ses lettres de noblesse en droit des sûretés.*

---

→ rechercher une technique permettant, en pratique, une «quasi» irrévocabilité du mandat

En effet, même s'il est admis qu'un mandat peut être déclaré irrévocable par une clause conventionnelle ou en raison de son économie générale; le droit positif attache une portée limitée à cette irrévocabilité indiquant qu'« un mandat, même stipulé irrévocable, ne prive pas le mandant du droit de renoncer à l'opération - Cassation 1<sup>re</sup> civile, 5 février 2002, Bull civile I, n° 40 ; Cassation 1<sup>re</sup> civile, 30 mai 2006, Bull civile I, n°269 ; Cassation 1<sup>re</sup> civile, 5 juillet 2006, n° 05-12418.

Il est alors nécessaire, pour que le prêteur bénéficie d'une sûreté efficace, de donner à ce mandat ses lettres de noblesse en droit des sûretés.

**EN PREMIER LIEU, LES PARTIES PEUVENT AMÉNAGER CONVENTIONNELLEMENT LEUR MANDAT**

Elles indiquent un terme précis; celui de l'opération immobilière ou celui du crédit... En ce cas, mandant et mandataire doivent exécuter le mandat jusqu'à son terme - article 1212 du Code civil. Ils ne pourront « sans faute en abrégé unilatéralement et arbitrairement la durée » - Cassation, 22 juin 1977, Bull civile V, n° 418. Elles peuvent aussi soumettre la révocation à une indemnisation du mandataire - sauf faute de celui-ci - Cassation, 1<sup>re</sup> civile 23 mai 1979, Bull civile I, n° 53.

**EN SECOND LIEU, FORCE EST DE CONSTATER QU'UN TEL MANDAT D'HYPOTHÉQUER EST UN MANDAT D'INTÉRÊT COMMUN**

Le mandat d'intérêt commun est un accord qui porte des intérêts convergents dans un but commun - voir A. Brunet, Mélanges Weill, p.85 et s... Le mandataire se trouve donc

étroitement associé aux affaires du mandant, soit parce que sa prospérité économique en dépend pour tout ou partie, soit parce qu'ils ont «partie liée», pour une raison ou pour une autre. Dans un tel mandat, la révocation sera bilatérale sauf à ce que le mandant puisse invoquer une cause légitime, que le juge contrôlera le cas échéant, par la suite - voir I. Najjar, mandat et irrévocabilité, D. 2003, p. 708.

Ainsi, en cas de révocation unilatérale du mandat d'intérêt commun, sans cause légitime, le juge verse automatiquement des dommages-intérêts destinés, en principe, à effacer la cessation prématurée et abusive du mandat - Com. 2 mars 1993, Bull. civ. IV, n°90

Le mandat d'intérêt commun suppose donc que sa révocation soit encadrée par des justes motifs. Ainsi sont limités, les inconvénients d'un mandat classique révocable sans motif et à tout moment. Au surplus, assorti d'un terme, ce mandat est un contrat à durée déterminée qui se doit d'aller jusqu'à son terme... Et, lorsque la sanction d'une révocation abusive et d'une résiliation unilatérale est l'exigibilité anticipée du prêt, ce mandat apparaît comme un outil juridique efficace en matière de financement.

Par conséquent, s'il est limité dans le temps et d'intérêt commun le mandat d'hypothéquer permet d'assurer une certaine sécurité juridique au prêteur qui, doté de cet instrument, va pouvoir, constituer seul son hypothèque - en cas de besoin - sans craindre une révocation systématique et sans motifs du mandat par le mandant. Celui-ci possède tout au long du financement d'une «épée de Damoclès» s'il est défaillant dans ses engagements au titre du mandat: celle de l'exigibilité anticipée du prêt. ~



## LA NATURE DE LA FAUTE DOLOSIVE DU CONSTRUCTEUR : UNE ACTION EN RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE ATTACHÉE À L'IMMEUBLE

L'action engagée par les acquéreurs sur le fondement de la faute dolosive du constructeur pour violation délibérée et consciente de ses obligations contractuelles s'analyse en une action contractuelle. Celle-ci, en tant qu'attachée à l'immeuble, se trouve être transmissible aux acquéreurs successifs.

Dans cette décision, la 3<sup>e</sup> chambre civile semble définir la faute dolosive comme « la faute délibérée et consciente », à l'exclusion des notions de dissimulation ou de fraude jusque-là retenues en matière de construction. La faute dolosive en matière de construction rejoint donc le droit commun.

Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juillet 2018, FS-P+B+I, n° 17-20.627

## PRÉCISIONS SUR L'EXCEPTION AU DROIT DE PRÉEMPTION DU LOCATAIRE D'UN LOCAL COMMERCIAL OU ARTISANAL

Le ministère rappelle que le droit de préférence au profit du locataire d'un local à usage commercial ou artisanal ne s'applique pas à la cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux. Cette dérogation s'applique en cas de cession globale d'un immeuble ne comprenant qu'un seul local commercial.

C. com., art. L. 145-46-1

La question a été posée au gouvernement de savoir si la vente d'un immeuble comprenant un seul et unique local commercial est soumise au droit de préférence légal d'acquisition du preneur à bail commercial de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce ou si elle relève de l'une des exceptions à cette application, à savoir celle de la cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux ? Or il ressort des débats parlementaires que cette disposition est destinée « à exempter du droit de préférence la cession globale d'un immeuble, de quelque nature qu'il soit, qui comporterait un local commercial [...] » (avis n° 446 de M<sup>me</sup> Bonnefoy au nom de la commission des lois du Sénat le 9 avril 2014, p. 32). Le législateur a ainsi estimé qu'il n'était pas pertinent de prévoir l'application du droit de préférence dans le cas de la cession globale d'un immeuble. Il apparaît donc, sous réserve de l'interprétation contraire des tribunaux, que dans le cas évoqué d'une cession globale d'un immeuble ne comprenant qu'un seul local commercial, le droit de préférence ne trouve pas à s'appliquer.

Rép. min., n°05054: JOAN 14 août 2018, p. 5318

## LA RESPONSABILITÉ DU PROPRIÉTAIRE EN MATIÈRE DE SOUS-LOCATION DE COURTE DURÉE

L'acte par lequel le propriétaire consent sciemment un bail dans le but de la sous-location du logement en meublé touristique ne dégage pas le propriétaire de la responsabilité qu'il encourt en tant que tel, peu importe qu'il n'ait pas procédé personnellement aux mises en location sur les sites, ni autorisé le locataire à y procéder dans des conditions contraires à la loi.

Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juillet 2018, FS-P+B+I, n° 17-20.654

## PAS DE RAPPORT À LA SUCCESSION EN MATIÈRE DE DONATION INCORPORÉE À UNE DONATION-PARTAGE SUCCESSION

À la question de savoir si la donation en avance de part doit être rapportée à la succession, la Cour de cassation répond par la négative. En vertu de l'article 843 du code civil, les biens qui ont fait l'objet d'une donation-partage ne sont pas soumis au rapport, lequel n'est qu'une opération préliminaire au partage en ce qu'il tend à constituer la masse partageable. Ce principe s'applique également aux biens qui, donnés en avance d'hoirie, sont ensuite inclus dans une donation-partage postérieure.

Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 2018, F-P+B, n° 16-15.915

Par Valérie Depadt

# La réalisation de la reine des sûretés : la fiducie-sûreté

ENCORE PEU PRATIQUÉE EN FRANCE, LA FIDUCIE-SÛRETÉ EST UNE SÛRETÉ PERMETTANT DE PRÉSERVER LES DROITS DU CRÉANCIER CAR ELLE EST, DANS CERTAINES CONDITIONS, IMPERMÉABLE À LA PROCÉDURE COLLECTIVE DU CONSTITUANT.

**L**a fiducie-sûreté est une garantie constituée par un débiteur, le constituant, qui emporte transfert de propriété du bien objet de la fiducie dans le patrimoine du fiduciaire, un professionnel rémunéré pour cette opération, au profit d'un créancier, le bénéficiaire. Il s'agit donc d'un contrat écrit conclu entre trois parties. On dit du patrimoine comportant l'actif fiduciaire qu'il est « d'affectation » car il est distinct du patrimoine propre du fiduciaire. Le contrat est ensuite enregistré s'il porte sur un bien mobilier ou publié s'il porte sur un bien immobilier, ce qui nécessite un acte notarié. Dans les deux cas, une publication du contrat au registre national des fiducies est obligatoire.

Pendant la durée de la fiducie-sûreté, le constituant perd donc la propriété de son bien mais la fiducie-sûreté n'entraîne pas nécessairement la dépossession du bien pour le constituant. En effet, la fiducie-sûreté peut

être constituée avec la mise en place d'une clause de mise à disposition à titre gratuit ou onéreux au profit du constituant.

Lorsqu'une sûreté est réalisée dans le cadre d'un financement, cela est souvent consécutif aux difficultés financières du débiteur qui peut entraîner le prononcé d'une procédure collective (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire). La loi a donc adapté le régime des procédures collectives pour intégrer la fiducie-sûreté.

## 1. LA RÉALISATION DE LA FIDUCIE-SÛRETÉ

Préalablement à la réalisation de la fiducie-sûreté, l'apurement du passif du fiduciaire est obligatoire afin que ce dernier n'ait pas à souffrir de cette réalisation.

### Apurement préalable du passif fiduciaire

L'apurement du passif du patrimoine fiduciaire doit avoir été effectué

avant tout transfert de propriété au bénéficiaire. En raison du silence de la loi, il est conseillé de prévoir cette obligation d'apurement in fine à la charge du fiduciaire afin que le transfert de propriété au bénéficiaire ne porte que sur l'actif net. Le fiduciaire pourra aussi déduire de la valeur de l'actif fiduciaire, le montant correspondant à sa rémunération.

### Modalités de réalisation de la fiducie-sûreté

Les articles 2372-3 et 2488-3 du Code civil disposent que « le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien cédé à titre de garantie. Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si la convention le prévoit, la vente du bien et la remise de tout ou partie du prix. » Ces textes font référence à deux situations. Si le fiduciaire est également créancier, il obtient la libre disposition du bien. Cette situation est assez marginale car pour être fiduciaire, il faut remplir

Par Emma Franchitti

Point de vue



les conditions de l'article 2015 du Code civil qui limitent l'accès à cette fonction au secteur bancaire et financier, aux sociétés d'assurances et aux avocats. Malgré ce champ d'application personnel large, peu d'acteurs se sont spécialisés dans la gestion de fiducies à ce jour. Par ailleurs, la qualité de fiduciaire n'est pas ouverte, pour l'instant, aux notaires malgré leurs qualités de spécialistes des sûretés immobilières.

La deuxième situation évoquée par le texte est la plus courante, il s'agit de la fiducie avec entiercement lorsque le fiduciaire est distinct du créancier bénéficiaire. Dans ce cas, selon les stipulations prévues au contrat, le créancier devient propriétaire du bien ou le fiduciaire vend le bien et remet le prix de vente au créancier, après toutes les

déductions opérées telles que prévues dans la clause « ordre de paiement » ou « waterfall ».

Pour éviter tout contentieux quant à la valeur du bien, le Code civil impose que ladite valeur soit déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement. Cette disposition est d'ordre public, toute clause contraire étant réputée non écrite.

Mais, le contrat de fiducie peut stipuler des conditions préalables au transfert de propriété. En effet, un choix peut être offert au créancier bénéficiaire entre la remise du bien, la vente du bien ou la remise partielle du bien.

Il est important de préciser que les règles des procédures civiles d'exé-

cution ne s'appliquent pas à la fiducie-sûreté. Par conséquent, la fiducie-sûreté constitue un cas où la clause de voie parée<sup>1</sup> est admise dans les modes de réalisation des sûretés.

Le transfert final de la propriété doit faire l'objet de la rédaction d'un contrat sous seing privé, s'il s'agit d'un bien mobilier, ou d'un acte authentique, s'il s'agit d'un bien immobilier, constatant la dévolution finale du bien dans le patrimoine du constituant, s'il a payé sa dette, ou du créancier, en cas de défaillance du débiteur.

Le contrat sous seing privé est ensuite enregistré au Service des Impôts des Entreprises (SIE) dans le délai d'un mois à compter de sa signature. S'agissant de l'acte authentique, il est publié au service de la publicité foncière en respectant le même délai<sup>2</sup>. Contrairement à la constitution de la fiducie, aucune disposition n'impose de publication au registre national des fiducies constatant l'extinction du contrat de fiducie.

Dans l'hypothèse extraordinaire où la valeur du bien est supérieure au montant de la créance garantie, le créancier doit alors restituer le surplus au débiteur, calculé après déduction de tous les frais liés à la réalisation de la fiducie-sûreté.

## 2. L'IMPACT DE L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE

L'ouverture d'une procédure collective entraîne le contrôle du patrimoine et de la gestion d'une société par les organes de ladite procédure. Les créanciers ne peuvent donc plus traiter directement avec leur débiteur mais avec les administrateurs, mandataires, liquidateurs et juges. →

1. La clause de voie parée est une clause autorisant un créancier à vendre le bien de son débiteur sans respecter les règles des procédures civiles d'exécution nécessitant l'intervention d'un juge. Cette clause est, par principe, illicite en droit français car elle méconnaît l'ordre public. 2. Article 2019 du Code civil.

→ À titre liminaire, il convient de préciser que la fiducie-sûreté échappe au principe de la nullité des actes conclus en période suspecte<sup>3</sup> si le transfert de biens dans le patrimoine fiduciaire est intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée<sup>4</sup>. Les droits du créancier bénéficiaire dépendent suivant que cette sûreté a été constituée avec ou sans dépossession du constituant et selon que la continuité de l'activité est encore possible ou non.

### **Fiducie-sûreté avec dépossession**

Le créancier bénéficiaire qui n'a pas consenti de mise à disposition du bien grevé au constituant possède plusieurs avantages.

Tout d'abord, le Code de commerce lui offre la possibilité du retrait contre le retour des actifs fiduciaires dans la sauvegarde et le redressement judiciaire. L'article L. 622-7 II, alinéa 2 du Code de commerce apporte une dérogation à la règle de l'interdiction des paiements de créances antérieures au jugement d'ouverture au profit du bénéficiaire d'une fiducie avec dépossession, en disposant que le juge-commissaire peut autoriser le paiement d'une telle créance dont celui-ci est titulaire « pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans (le) patrimoine fiduciaire, lorsque (...) ce retour est justifié par la poursuite de l'activité ». Le paiement contre le retour des biens transférés à titre de garantie n'est prévu que dans l'hypothèse de la sauvegarde ou du redressement judiciaire.

À défaut d'un tel paiement, le créancier conserve son droit de poursuite. Ensuite, le principe de la suspension des poursuites ne s'applique pas au

créancier bénéficiaire. En effet, l'actif fiduciaire n'étant plus dans le patrimoine du constituant, le créancier peut demander la réalisation de sa sûreté car elle ne porte pas sur un bien inclus dans un plan de sauvegarde, de redressement ou de cession.

## *La loi a donc adapté le régime des procédures collectives pour intégrer la fiducie-sûreté.*

### **Fiducie-sûreté sans dépossession**

Les biens fiduciaires laissés en la possession du débiteur sont présumés utiles à la poursuite de l'activité. C'est pourquoi seule est soumise au régime des contrats en cours « la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire »<sup>5</sup>, à l'exclusion du contrat de fiducie lui-même. Le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté sans dépossession se trouve, de ce fait, atteint temporairement par la suspension des poursuites. En effet, l'article L. 622-23-1 du code de commerce interdit au créancier toute réalisation du bien grevé de la fiducie à peine de nullité de la cession ou du transfert dans le cadre de la sauvegarde et du redressement judiciaire<sup>6</sup>. Le débiteur peut continuer à

utiliser les actifs fiduciaires pendant la période d'observation et au-delà en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

Mais le principe de suspension des poursuites disparaît dans le cas d'un redressement judiciaire consécutif à la résolution du plan de sauvegarde pour inexécution des engagements, si le plan de redressement n'est pas respecté et dans le cas où la procédure de sauvegarde est convertie en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, à la suite de la cessation des paiements du débiteur constituant<sup>7</sup>. Le bénéficiaire de la fiducie, à la différence des autres créanciers, peut alors réaliser le ou les biens objets de sa garantie.

Dans le cadre de la liquidation judiciaire, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ne risque pas de voir les biens fiduciaires inclus d'office dans le plan de cession pour être transférés au cessionnaire car les actifs ne sont pas compris dans le patrimoine du débiteur. Dès l'adoption du plan de cession, le bénéficiaire peut réaliser sa garantie et recouvrer en exclusivité le montant de sa créance, alors que le créancier hypothécaire pourra voir sa garantie réduite à néant si l'immeuble compris dans le plan de cession est cédé pour un prix symbolique.

Enfin, l'article L. 641-11-1 dernier alinéa du Code de commerce écarte l'application de l'interdiction de résilier les contrats en cours pour le contrat de fiducie et pour la convention de mise à disposition. La loi autorise ainsi le créancier bénéficiaire à réaliser librement les actifs fiduciaires dès le jugement ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire. ~

3. La période suspecte est la période s'écoulant à compter de la date de cessation des paiements jusqu'à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective. 4. L. 632-1 du code de commerce. 5. Article L. 622-13 VI du code de commerce. 6. L'article L. 631-14 du code de commerce précise que l'article L. 622-23-1 du même code, relatif à la sauvegarde judiciaire, est applicable au redressement judiciaire. 7. Article L. 631-14 du code de commerce.



# L'habilitation familiale

## L'HABILITATION FAMILIALE TROUVE SA SOURCE DANS L'ORDONNANCE DU 15 OCTOBRE 2015, PRISE EN APPLICATION DE LA LOI DU 16 FÉVRIER 2015 (N° 2015-177) PORTANT SIMPLIFICATION ET MODERNISATION DU DROIT DE LA FAMILLE.

**L**e décret du 23 février 2016 (n° 2016-185), dont les dispositions sont applicables aux administrations légales en cours au jour de son entrée en vigueur, précise la mise en œuvre de l'ordonnance et, ainsi, définit le régime de l'institution. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a ratifié l'ordonnance en y apportant quelques modifications.

### UN DISPOSITIF AUTONOME FONDÉ SUR L'ENTENTE FAMILIALE

Ce dispositif, instauré aux articles 494-1 à 494-12 du Code civil, donc au sein du chapitre consacré aux mesures de protection des majeurs, « tend à permettre aux familles qui sont en mesure de pourvoir, seules, aux intérêts de leur proche vulnérable d'assurer cette protection, sans se soumettre au formalisme des mesures de protection judiciaire. Il s'agit de donner effet aux accords intervenus au sein de la famille pour assurer la préservation des intérêts de l'un de ses membres » (Extrait du Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille).

L'institution répond aux principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité qui gouvernent le droit de la protection des majeurs. Ainsi,

en vertu du principe de nécessité, le bénéficiaire de cette mesure est ouvert à toute personne majeure dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté par suite d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté. De même, la mesure doit prendre fin dès qu'elle devient inutile. Au regard du principe de proportionnalité, le juge des tutelles est tenu de rechercher, pour chaque requête qui lui est présentée, s'il n'existe pas d'autres moyens susceptibles d'assurer une défense convenable des intérêts du majeur concerné. En considération du principe de proportionnalité, le magistrat a la possibilité de cantonner la représentation à certains actes seulement ou de délivrer une habilitation générale si l'intérêt de la personne à protéger l'implique.

Au-delà de l'indiscutable respect de ces principes, mais à rebours de l'ensemble des régimes de protection, l'habilitation familiale laisse primer l'entente familiale sur la volonté de la personne protégée. De fait, l'ordonnance précitée du 15 octobre 2015 ne place pas la personne vulnérable au centre de la mesure, contrairement aux directives de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. En effet, la volonté de favoriser autant que possible l'autonomie de la personne protégée ne se retrouve pas dans le nouveau dis-

positif. Preuve en est que le majeur concerné ne figure pas parmi les personnes ayant qualité pour demander soit la mise en place, soit la mainlevée de l'habilitation ou bien encore pour faire état au juge des tutelles des difficultés d'exécution du régime protecteur. De plus, à l'heure du développement des mesures anticipatives, la loi ne prévoit pas la possibilité de désigner à l'avance la personne susceptible d'être habilitée au cas où une habilitation serait un jour nécessaire. Ce phénomène est d'autant plus regrettable qu'à l'inverse du mandat de protection future, l'habilitation est véritablement incapacitante puisque le bénéficiaire de la protection perd l'exercice des droits confiés à la personne habilitée.

### L'OUVERTURE DE L'HABILITATION FAMILIALE

Les personnes susceptibles d'habilitation, précisément définies par la loi, font partie de l'entourage proche de la personne vulnérable. Elles peuvent être choisies parmi les ascendants, les descendants, les frères et sœurs et, depuis la loi de ratification, le conjoint, le concubin ou partenaire de pacte civil de la personne à protéger.

L'habilitation familiale est délivrée par le juge des tutelles à la suite d'une demande introduite, instruite et jugée selon les règles énoncées par le code de procédure civile. →

Par Valérie Depadt

Droit de la famille

Encart  
La Lettre 29  
Novembre 2018



→ Ainsi, la personne habilitée tient ses pouvoirs non pas du majeur représenté, mais du juge des tutelles des majeurs et elle exerce ses fonctions en vertu du mandat judiciaire qui lui est confié.

La portée de l'habilitation peut être spéciale, c'est-à-dire limitée à certains actes définis ou générale. Au choix du juge, elle porte soit sur les biens, soit sur la personne du majeur en situation de vulnérabilité, soit sur ces deux domaines.

### **LES CONDITIONS DE LA MISSION DE LA PERSONNE HABILITÉE**

La personne habilitée, lorsqu'elle se voit délivrer une habilitation générale, dispose de pouvoirs plus étendus qu'un tuteur. Elle est en droit d'effectuer sur le patrimoine de la personne protégée des actes conservatoires ou d'administration, mais aussi de disposition, sans avoir à solliciter une quelconque autorisation. La seule limite à son pouvoir patrimonial réside dans les actes de disposition à titre gratuit, qu'elle ne peut effectuer qu'avec l'accord du juge des tutelles.

Mise à part l'obligation d'accomplir les actes pour lesquels elle est habilitée, elle n'est pas tenue de se soumettre aux obligations habituellement mises à la charge des organes de la protection juridique : il n'existe aucune obligation d'établir un compte annuel de gestion, de transmettre au greffe du tribunal d'instance et de se soumettre à contrôle quelconque.

Libre d'agir le temps de la mesure, la personne habilitée est cependant tenue de rendre compte de sa mission lorsque celle-ci s'achève. Le renvoi par la loi au droit commun du mandat conduit, en effet, à soumettre cette personne à l'article 1993 du Code civil, aux termes duquel "tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion".

—  
*L'habilitation  
familiale  
laisse primer  
l'entente familiale  
sur la volonté de la  
personne protégée.*  
—

### **LES DROITS DE LA PERSONNE PROTÉGÉE**

La personne protégée conserve l'exercice de ses droits autres que ceux dont l'exercice a été confié à la personne habilitée. Elle n'est donc pas a priori frappée d'une incapacité absolue, mais sa liberté d'action se trouve nécessairement diminuée par le dispositif judiciaire mis en place. Effectivement, le bénéficiaire de la protection perd l'exercice des droits confiés à la personne habili-

tée et s'il passe seul un acte dont l'accomplissement a été confié à la personne habilitée, celui-ci est nul de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice.

### **LA FIN DE L'HABILITATION**

La durée de l'habilitation est portée à 10 ans au maximum. Le renouvellement peut être sollicité, pour la même durée, par les personnes autorisées à solliciter l'habilitation ou par le procureur de la République saisi par l'une d'elles. De plus, la reconduction peut être ordonnée pour une durée maximale de 20 ans, par décision spécialement motivée et sur avis conforme d'un médecin inscrit sur la liste du parquet, lorsque l'altération des facultés de l'intéressé n'est pas susceptible de connaître une amélioration suivant les données acquises de la science.

L'habilitation prend fin par le décès de la personne à l'égard de qui elle a été délivrée, le placement de cette dernière sous un régime de protection classique ou par jugement de mainlevée si les conditions de l'habilitation ne sont plus réunies ou si son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts de la personne vulnérable. Une habilitation spéciale se termine après l'accomplissement des actes pour lesquels elle avait été délivrée et une habilitation générale en l'absence de renouvellement à l'expiration du délai fixé pour les habilitations générales. ~