

LABORATOIRE DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE
UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)

83 bis, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 PARIS

44.41.59.31
40.51.01.14 (fax)

SOCIOLOGIE JURIDIQUE DU

PATRIMOINE

LA REALITE DE LA REGLE DE L'UNICITE
DU PATRIMOINE
(DANS LA PERSPECTIVE DE LA FIDUCIE)

Rapport général de la recherche
remis à la Chancellerie
(+ annexes)

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Juillet 1995

LE PATRIMOINE D'UNE PERSONNE CONSTITUE UNE
UNIVERSALITE DE DROIT, QUI EST UN ETRE DE RAISON,
DISTINCT DES BIENS QUI LE COMPOSENT.

E. Dalloz et Ch. Vergé
Code civil annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la

doctrine

t.1, 1873, sous l'article 544, n°18, p.370.

Table des matières

Rapport général

Résumé du rapport général (une page)

Résumé du rapport général (5 pages)

Introduction. 1. Travaux du Laboratoire en matière de sociologie du droit économique. 2. Monde économique et monde juridique et judiciaire. 3. Adéquation de la règle législative à la réalité économique. 4. Influence créatrice du droit sur l'économie. 5. Pertinence de la socio-économie. 6. Analyse du projet de loi sur la fiducie. 7. Différence de logiques entre la Chancellerie et le Ministère de l'Économie et des Finances. 8. Les scrupules de la Chancellerie en raison du principe de l'unicité du patrimoine. 9. Appréciation de la résistance des principes à la volonté d'innovation législative. 10. Notion de "réalité" du principe de l'unicité du patrimoine. 11. Présentation de l'équipe de recherche. 12. Analyses historique et philosophique du principe de l'unicité du patrimoine. 13. Analyses techniques du principe de l'unicité du patrimoine. 14. Etablissement de la grille d'entretien. 15. Choix des monographies. 16. Absence de pertinence de la distinction entre la théorie et la pratique. 17. Pertinence de la distinction entre études juridiques antérieures ou non. 18. Décalage de discours entre promoteurs de la fiducie et différents destinataires du texte. 19. Conflit positif entre exigences économiques et législations applicables. 20. Conflit négatif autour du thème de la fiducie, sans demande ni obstacle. 21. Présentation des développements.

I. L'ADMISSION JUSTIFIÉE D'EXCEPTIONS A UN PRINCIPE

DOCTRINALEMENT TRANSMIS AUX JURISTES

22. Le discours généralement adopté par les juristes.

A. LA MULTIPLICATION DES CONTOURNEMENTS

1. L'élasticité des frontières patrimoniales

23. La plasticité du lien entre patrimoine et personne. 24. L'élasticité dans le sens de la division des patrimoines, engendrée par la personnalité morale. 25. Analyse de la personnalité morale comme application habile du principe de l'unicité. 26. La personnalité morale ressentie comme un instrument. 27. Lien entre instrumentalité du droit et définition du patrimoine. 28. Lien entre instrumentalité du droit et pertinence du critère de l'activité pour cerner le patrimoine. 29. Caractère secondaire de la personnalité morale par rapport aux masses de biens. 30. Caractère secondaire de la personnalité morale par rapport à l'entrepris. 31. Personnalité morale et rapport entre débiteur et créancier. 32. Droit des sûretés et personnalité morale. 33. Unicité du patrimoine et financement des entreprises. 34. Unicité du patrimoine et fonds propres des entreprises. 35. Unicité du patrimoine et pouvoir bancaire. 36. Unicité du patrimoine et distinction entre les différentes sortes de créanciers. 37. Situation paradoxale du banquier : puissance et isolement. 38. Distinction de l'unicité du patrimoine par contracté et de l'unicité du patrimoine par constat de réalité. 39. L'hypothèse de la confusion de patrimoines. 40. L'exigence de limiter la déclaration de confusion de patrimoines à la réalité qu'elle traduit. 41. La confusion de patrimoines : la dérive du constat au procédé. 42. Maniabilité des frontières patrimoniales. 43. Constitution de fait d'un patrimoine conjugal. 44. Lien avec une conception du couple comme une personne. 45. Perspective de la personnalité morale de la famille. 46. La propriété familiale pour autrui. 47. La reconnaissance d'un patrimoine insaisissable, indispensable à la vie familiale ; l'analogie avec la réserve héréditaire. 48. Justification

commune à la globalisation et à la division des patrimoines : lien entre personne et masse de biens. 49. Déassement de l'alternance entre unicité et division, par l'absence de localisation d'un bien dans un patrimoine. 50. Hypothèses de biens en l'événement ou de technique d'aller-retour, faussant la notion de patrimoine : les biens et les flux. 51. La variation des conceptions patrimoniales suivant les branches du droit en cause : le statisme du couple "masse de biens-personne", issu du droit des biens. 52. La variation des conceptions patrimoniales suivant les branches du droit en cause : l'évolution du droit comptable par rapport au droit des biens ; dynamisme du couple "flux-activité" et admission d'une propriété pour autrui. 53. La variation des conceptions patrimoniales suivant les personnes en cause.

2. La *summa divisio* des créanciers et des débiteurs

54. La pertinence trompeuse de la distinction du droit civil et du droit commercial. 55. L'inefficacité de la distinction : la double vie des personnes. 56. L'inefficacité de la distinction, y compris concernant les personnes morales. 57. Le patrimoine, comme traduction d'une relation économique conflictuelle. 58. Parallélisme regrettable d'une législation des débiteurs civils et commerciaux. 59. Incohérence d'un système juridique traitant différemment débiteurs civils et commerciaux, alors que l'économie est un flux entre leurs patrimoines. 60. Pertinence sociologique de la distinction entre le créancier et le débiteur. 61. Définition essentielle du patrimoine à travers le droit de gage général du créancier mais définition variable du patrimoine à travers le droit d'information du créancier. 62. Remise en cause du droit de gage général des créanciers, par la perspective de la fiducie. 63. Distinction de la fiducie-gestion et de la fiducie-garantie, au regard du droit de gage général et des tensions entre débiteurs et créanciers. 64. Difficultés corrélatives d'une organisation juridique unique pour la fiducie-gestion, fiducie du débiteur, et la fiducie-garantie, fiducie du créancier. 65. Fondements spécifiques de la fiducie-gestion au regard de diverses difficultés liées à une titularité particulière. 66. Fondements spécifiques de la fiducie-gestion au regard de diverses difficultés liées au principe même de la titularité. 67. Difficultés propres à la fiducie-garantie en l'état des rapports entre financement et garanties. 68. Spécificité sociologique française de l'opposition délétaire entre débiteur et créancier.

B. LA RÉFÉRENCE INTÉRIORISÉE PAR LES JURISTES AU PRINCIPLE D'UNICITÉ DU PATRIMOINE

69. Intériorisation du principe de l'unicité du patrimoine.

1. L'affirmation de la règle sans l'articulation de ses fondements

70. Difficultés des personnes interrogées à définir le patrimoine. 71. Facilité à émettre la règle de l'unicité. 72. Difficulté à justifier le principe de l'unicité du patrimoine : perspective première de la distinction entre la théorie et la technique. 73. Justification instrumentale du principe : évocation du principe de l'unicité du patrimoine à travers la fonction de garantie. 74. Justification quantitative de l'unicité du patrimoine liée à la garantie, par opposition au fondement qualitatif de l'unicité liée à la personne. 75. Remise en cause sociologique de la distinction du patrimoine et de son contenu. 76. Absence de pertinence de la distinction entre théorie et technique : la transformation instrumentale de la démarche doctrinale. 77. Affirmation paradoxale du caractère doctrinal des comportements : l'unicité du patrimoine comme dogme. 78. Autosuffisance du dogme par rapport à toute justification et tout fondement. 79. L'importance logique et pratique des dogmes en droit. 80. Les conditions sociologiques d'existence des dogmes en droit. 81. L'effritement des dogmes en droit.

2. La mesure de l'effet doctrinal

82. L'invention doctrinale de l'unicité du patrimoine. 83. La référence paradoxale des juristes au principe de l'unicité. 84. La puissance de la doctrine à travers l'activité pédagogique. 85. La concentration du discours des praticiens sur les exceptions au principe de l'unicité. 86. L'enracinement du principe de l'unicité par répétition. 87. La doctrine comme répétition et la doctrine comme autorité. 88. Illustration de la puissance des études supérieures sur les comportements sociaux. 89. Conservation des principes enseignés précocement en raison de l'absence de formation continue constituée. 90. Perspective de changements, liés à la professionnalisation de l'enseignement supérieur. 91. Manifestation de la culture juridique commune. 92. Contradiction avec le discours technicien du droit et sur le droit. 92. Le "respect du texte".

II. L'IGNORANCE DE L'EXISTENCE DU PRINCIPE PAR TOUS LES ACTEURS ÉCONOMIQUES

93. L'ignorance du principe de l'unicité du patrimoine par les personnes n'ayant pas mené d'études de droit en faculté. 94. Principe de l'incidence de l'ignorance théorique sur un droit construit par auto-observation. 95. Accroissement de la flexibilité, née de l'ignorance technique sur un droit construit par auto-observation. 96. Accroissement corrélatif de l'incertitude, née de l'ignorance théorique sur un droit construit par auto-observation. 97. La distinction des savoirs juridiques selon la formation initiale des personnes considérées : la constitution de deux modèles d'organisation des règles de droit. 98. L'art législatif face à l'incidence de l'ignorance théorique de certains acteurs sur un droit construit par auto-observation. 99. Transformation d'un rapport de déduction en un rapport de compatibilité.

A. LE FINANCIER ET L'INSTRUMENTALITÉ DE PATRIMOINES MULTIPLIÉS

100. La définition du patrimoine et l'existence d'actifs.

1. La définition du patrimoine comme masse malléable d'actifs

101. Le lien entre le patrimoine et la typologie des investissements. 102. Le patrimoine et la perspective de gestion des actifs ; l'analogie avec l'indivision. 103. Traductions techniques des fonctions de gestion et de garantie. 104. Fonction de garantie et personnalité morale. 105. Fonction de garantie et inadéquation du capital social des sociétés. 106. Consolidation patrimoniale du droit des sociétés par le droit comptable et le droit des valeurs mobilières. 107. Désabilisation corrélatrice du droit des sociétés par le droit comptable et le droit des valeurs mobilières. 108. Patrimoine des entreprises et cultures capitalistes. 109. Alternative entre économie capitaliste et économie de la circulation du crédit ; la limitation du capital à un effet de levier. 110. Importance du patrimoine préconstitué en considération de l'activité. 111. Cercle vertueux allemand et cercle vicieux français. 112. Dépendance des mécanismes juridiques par rapport à la culture économique. 113. La perspective de revalorisation du capital. 114. La solution de l'accès des entreprises françaises au marché financier et l'adéquation de la fiducia à fin de revaloriser le capital, en tant que la fiducia est une technique au service du capital. 115. L'optimisme financier et la préoccupation financière de la valorisation patrimoniale.

2. L'influence déterminante des formations sur les réflexes professionnels

116. L'absence de formation juridique des financiers et des gestionnaires. 117. La formation anti-juridique des financiers et des gestionnaires. 118. Le droit comme enracine à l'optimisation financière des actifs patrimoniaux. 119. Prise en considération de l'évolution dans la formation des financiers et des gestionnaires. 120. Instrumentalité des règles et acculturation du droit dans la culture financière et gestionnaire. 121. Incidence des corps enseignants respectifs. 122. Constitution progressive d'une conception purement instrumentale du droit. 123. Enjeu de la dualité de représentation du droit, constitutive d'une dualité des règles de droit. 124. Possibilité de superposition des deux représentations constitutives du droit. 125. Prévalence actuelle de la représentation dogmatique et systématique sur la représentation atomistique et fonctionnelle des règles de droit. 126. Influence des politiques de recrutement des professionnels de la justice sur les représentations constitutives du droit. 127. Prévalence possible de la représentation fonctionnelle, mise en regard de la règle nouvelle de la fiducia. 128. Enjeu de pouvoirs né de cette dualité nouvelle. 129. Partage d'une ignorance des principes par les professionnels non-juristes et les profanes.

B. LE CHEF D'ENTREPRISE ET LA PERCEPTION CONCRÈTE D'UNE DUALITÉ DE PATRIMOINES

130. Considération par le droit de la perception commune du patrimoine.

1. La perception commune des rapports entre le patrimoine et la personne

131. Décalage entre notion juridique et notion commune du patrimoine. 132. Admission de patrimoine contenant des biens indisponibles et à titulaire indéterminé. 133. Conception du patrimoine comme moyen politique de conservation de l'individu dont la vie matérielle est en péril et non comme mécanisme neutre de garantie des tiers. 134. Le patrimoine au bénéfice du titulaire dont la vie matérielle est en péril et au détriment des tiers. 135. La protection du titulaire du patrimoine en considération des personnes qui lui sont à charge. 136. Le patrimoine perçu comme masse d'actifs au service de l'activité. 137. Récalcitrance et sentiment d'injustice à l'égard de l'unicité du patrimoine. 138. La fiducie comme mécanisme conforme à une représentation commune d'un patrimoine scindé selon l'activité.

2. Analyse sociologique de l'unicité d'une vie traduite par le droit

139. La persistance du lien entre le patrimoine et la personne si l'on admet la remise en cause de l'unicité de la personne. 140. La pluralité diachronique de personnalités pour un même individu dans une vie constituée de moments. 141. La pluralité synchronique de personnalités pour un même individu dans un temps où se juxtaposent plusieurs vies. 142. Le dépassement de l'unicité du patrimoine par le dépassement de l'individu. 143. Le renversement de la définition du patrimoine, mécanisme de transmission et lien entre les personnes. 144. L'acceptabilité corrélative d'une propriété pour autrui, d'une part, d'une pluralité de patrimoines en considération de la pluralité de personnalités, d'autre part. 145. Conséquence de l'enquête sociologique menée : l'existence d'un terrain favorable à l'admission de la fiducie, atténué par une résistance profonde des juristes. 146. L'opportunité d'un discours pédagogique à destination des juristes pour établir la corrélation entre patrimoine et activité. 147. L'opportunité corrélative d'une restriction de la réforme à l'hypothèse de la fiducie-gestion.

Table analytique des matières.

Contenu des annexes

Annexe I : liste des membres de l'équipe de recherche

Annexe II : grille d'entretien

Annexe III : synthèses particulières

III-1 : *synthèse d'histoire du droit*, par S. Geoffroy-Poisson

III-2 : *synthèse de philosophie du droit*, par D. Gutmann, G. Martin, D. Tiberghien

III-3 : *synthèse de droit patrimonial de la famille*, par H. Lécuyer, avec l'aide de V. Bouteau, C. Brusa, D. Fenouillet, H. Nico

III-4 : *synthèse de droit des affaires*, par Y. Paclot, avec l'aide de Sylvie Moisdon et Geneviève de Lapasse

III-5 : *synthèse de droit public*, par E. Baron et Ch. Pichon

Annexe IV : compte rendus des entretiens :

IV-1 : D. Airault, notaire

IV-2 : Th. Ballet, avocat

IV-3 : B. Ballot-Léna, dirigeant d'entreprise et juge consulaire

IV-4 : G. Bellargent et J.-P. Delpuech, notaires, Conseil supérieur du Notariat

IV-5 : J. Benhamou, notaire

IV-6 : M. de Barbeyrac, Crédit agricole, Bordeaux

IV-7 : L. Boyreau, avoué, Bordeaux

IV-8 : E. Delesalle, commissaire aux comptes

IV-9 : P. Ducoroy, expert-comptable

IV-10 : A. Feltz, gestion du patrimoine, C.C.F.

IV-11 : R. Genty, Banque de France

IV-12 : P. Goetz, Banque populaire de Strasbourg

- IV-13 : Ch. Goyet, professeur
- IV-14 : M.-H. Goyet, conseiller à la Cour d'appel
- IV-15 : B. Kuhn, directeur juridique de L.V.M.H.
- IV-16 : E. Laluet, avocat à Strasbourg
- IV-17 : P. Lawron, négociant en vin à Bordeaux
- IV-18 : G. de Marliave, directeur de l'agence centrale, C.C.F.
- IV-19 : J. Massip, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation
- IV-20 : B. Monassier, notaire
- IV-21 : V. Nahum, dirigeant d'entreprise
- IV-22 : J.-M. Oudot, notaire
- IV-23 : G. Pariente, dirigeant d'entreprise
- IV-24 : A. Pézard, Trésor
- IV-25 : A. de Puybusque, gestion de patrimoine, banque Colbert
- IV-26 : P. de Rocquigny, commissaire aux comptes
- IV-27 : M. Rouger, président du tribunal de commerce de Paris
- IV-28 : F. Sarda, avocat
- IV-29 : P. Tach, récoltant à Saint Pierre de Monts
- IV-30 : J.-L. Vatin, Banque de France.
- IV-31 : H. Vincens de Tapol, notaire

Annexe V : monographies

- V-1 : G. Decocq, *Les objets insaisissables*
- V-2 : S. Geoffroy-Poisson, *Charles Aubry et Charles Rau, ou l'art de la construction juridique*
- V-3 : D. Gutman, *Patrimoine et vie privée*
- V-4 : H. Lécuyer et Ph. Reigne, *L'unicité du patrimoine dans sa dimension diachronique (Etude comparée du droit des régimes matrimoniaux et du droit des procédures collectives)*
- V-5 : S. Moisdon et B. Bourinet-Malaval, *Vie publique et patrimoine, la présentation du patrimoine de Bernard Tapie à travers la presse*
- V-6 : S. Schiller, *La présentation du principe de l'unicité du patrimoine dans les manuels pour la formation extra-universitaire*
- V-7 : R. Sève, *La théorie du patrimoine chez Aubry et Rau : une révision*
- V-8 : Ph. Teillet, *Le patrimoine culturel*

Annexe VI : traduction nouvelle du passage du traité de Zacharie relatif au patrimoine

oooooooooooooooo

Résumé de la recherche

La perspective d'une loi française organisant un mécanisme juridique nouveau, désigné comme le contrat de fiducie et reposant sur un transfert de propriété d'une masse de biens à fin de gestion ou de garantie à un tiers qui la restituera une fois sa fonction accomplie, oblige à se poser des questions concernant le principe de l'unicité du patrimoine, impliquant qu'une personne ne peut avoir qu'un patrimoine et un seul, dans la mesure où sera ainsi consacré expressément et pour la première fois une technique de patrimoine d'affectation, le fiduciaire étant alors titulaire de deux patrimoines, un pour lui et l'autre pour autrui.

Cette contradiction du projet législatif par rapport à un principe fondateur du système juridique met en lumière les rapports que le droit entretient avec l'économie puisqu'il s'agira d'offrir un nouvel outil économique et financier au détriment des règles juridiques traditionnels. Cependant, il ne faut pas en conclure que la réforme serait mal reçue pour autant. En effet, au terme de l'enquête, il apparaît que le principe de l'unicité du patrimoine n'a de réalité, au sens sociologique du terme, que pour les juristes ayant fait leurs études dans les facultés de droit.

C'est alors en termes logiques de principe et d'exception que les juristes raisonnent et même s'ils mettent beaucoup d'ingéniosité à établir des techniques de contournement, ils veillent toujours à justifier ces exceptions, confortant en cela l'existence du principe. Ces techniques de contournement tournent essentiellement autour de la personnalité morale, qui permet de multiplier les patrimoines par la multiplication des personnes. Ce lien entre patrimoine et personne n'est ainsi pas remis en cause directement, même s'il faut considérer que des personnes juridiques latentes existent, telle la famille ou le couple.

A travers cette utilisation habile du principe de l'unicité du patrimoine, les stratégies prennent essentiellement en considération la situation de la personne que l'on vise à favoriser en tant qu'elle est débiteur ou qu'elle est créancier. Cette *summa divisio* qui dicte comportement et jugement de valeur incite à distinguer plus que ne le fait le législateur entre la fiducie du débiteur (fiducie-gestion) et la fiducie du créancier (fiducie-garantie). Les confondre dans un même mécanisme est un erreur de psychologie sociale.

Il demeure que toute l'ingéniosité mise en œuvre vise à justifier les écarts par rapport à un principe d'unicité du patrimoine qui reste une référence implicite pour tous les juristes, admise sans qu'elle doive se justifier. C'est en cela que ce principe constitue

effectivement un dogme, dogme qui, malgré l'effritement de cette catégorie en raison de la concurrence qu'une conception instrumentale du droit fait à une conception dogmatique du droit, résiste d'autant mieux qu'il reste implicite dans les discours.

On peut ainsi prendre la mesure de l'effet doctrinal sur le droit positif, puisque l'unicité du patrimoine est une invention d'Aubry et Rau. Cette soumission des praticiens à une construction doctrinale s'explique par la puissance de la doctrine lorsqu'elle prend la forme de la pédagogie : tout juriste reste imprégné de l'enseignement reçu en faculté de droit, au cours duquel cette théorie est mise en exergue.

Mais, *a contraria*, cette puissance s'évanouit lorsque les acteurs en cause n'ont pas suivi un tel *cursus*. Ainsi, chez le financier ou le gestionnaire se développe une conception instrumentale de patrimoines multipliés, leur définition étant limitée à des masses malléables d'actifs. La fiducie est alors nécessairement la bienvenue. On mesure ainsi l'influence déterminante des formations sur les réflexes professionnels et il faut conclure à l'établissement d'un pluralisme juridique issue d'une double représentation du droit, suivant que celui qui le manie est juriste ou non, dualité de représentation qui finit par engendrer une dualité de corps de règles.

Une autre distance s'établit entre le savoir des juristes et la perception commune du patrimoine, lequel ne se réfère plus nécessairement à une titularité et, loin de symboliser l'autonomie égoïste des individus, est plutôt l'occasion d'un lien entre les hommes, à l'occasion du patrimoine culturel notamment. En outre, le patrimoine se conjugue assez naturellement au pluriel, dès l'instant que l'impression est aujourd'hui constituée de vivre plusieurs vies dans une. Toutes les conditions sont donc réunies pour une réception harmonieuse de la fiducie, du patrimoine d'affectation et de la pluralité de patrimoines, si l'on prend soin d'expliquer au juriste l'obsolescence du principe d'unicité.

oooooooooooo

1. Travaux du Laboratoire en matière de sociologie du droit économique.

Le Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) a mené depuis quelques années, principalement pour le compte de la Chancellerie, des recherches de sociologie appliquée en droit économique, à partir d'enquêtes de terrain et d'entretiens avec des personnalités autorisées. Dans cette ligne générale de recherche, il s'agit de mesurer la façon dont se rencontrent - ou ne se rencontrent pas - le monde de l'activité économique, voire financière, et le monde de l'activité juridique, voire judiciaire. C'est à cette aune qu'ont été étudiés, en tant qu'ils en sont exemplaires, le droit des procédures collectives¹ et le droit de la concurrence² et que des recherches sont actuellement en cours en matière financière³ et à propos du droit économique répressif⁴.

2. Monde économique et monde juridique et judiciaire. Or, on observe un décalage très net entre ces deux mondes sociologiques⁵, celui de l'échange économique et de l'argent, d'une part, et celui du droit et de la justice institutionnelle, d'autre part. On est ainsi dans la figure de l'affrontement quand ce n'est plus dans celle de l'indifférence et l'on peut d'ailleurs se demander laquelle des deux hypothèses est la plus néfaste pour l'un et l'autre. Ces difficultés viennent notamment de la considération du temps qui n'est pas du tout le même dans les deux cas mais aussi des hommes qui n'ont pas les mêmes formations, les mêmes motivations, les mêmes contraintes. Ce décalage peut provoquer une sorte de choc tellurique lorsque l'un prend emprise sur l'autre, comme on le voit actuellement à travers la mise en cause par l'institution judiciaire des dirigeants d'entreprise, des grands plutôt que des petits semble-t-il. Mais dans le même

¹Rôle et statut des professionnels dans le droit des procédures collectives issu de la loi du 1er mars 1984 et des lois du 25 janvier 1985, 1991. Rôle et statut des professionnels dans les procédures collectives de différents pays d'Europe (Allemagne, Angleterre, Belgique, Espagne, France, Italie), 1993.

²Les pouvoirs normatifs en jeu dans le droit de la concurrence, 1994.

³Recherche en cours sur une Sociologie des autorités de marchés.

⁴Recherche en cours sur le thème de La dépenalisation de la vie économique.

⁵Sur cette notion de monde sociologique, v. L. Bolstanski et L. Thévenot, *De la justification*, Gallimard, 1991.

temps que s'amplifie ce mouvement de dramatisation, ce que l'on peut désigner comme "drame sociologique", on observe une ignorance réciproque de ces mondes, ou, à tout le moins, un phénomène de quiproquo.

3. Adéquation de la règle législative à la réalité économique. Cette indifférence, convertie rapidement en inertie, donc en résistance, peut nuire à la législation. Concrètement, l'action du législateur peut en être entravée. Cela est nettement visible lorsqu'il s'agit de la législation économique. En effet, le droit économique se définit aujourd'hui comme une branche du droit au service de l'économie⁶ et de son ambition générale de prospérité partagée. La pertinence de la règle juridique est alors à la mesure de son efficacité, laquelle ne se conçoit qu'à partir d'une adéquation recherchée entre l'instrument législatif et l'attente du monde économique, dont le fonctionnement spontané doit donc s'en trouver dialectiquement facilité.

4. Influence créatrice du droit sur l'économie. Cette instrumentalisation du droit à l'économie doit se traduire plus précisément comme une adéquation de la norme au monde économique et financier. Mais cela n'exclut pas une influence créatrice du droit sur l'économie. Cela tient à la constatation que l'économie n'est pas un fait qui est donné. Bien plutôt, et comme pour tout fait dans les sciences qu'elles soient sociales ou non, l'économie relève de la construction. Cela signifie que l'économie est profondément marquée par la pensée économique qui l'imprègne et l'infléchit et par la règle juridique qui la modifie et contribue à sa structuration. Ainsi, l'économie de marché est historiquement née de l'invention de l'idée libérale de marché.

Il faut encore tenir compte du fait que l'économie constitue une sociologie, et ce d'autant que l'économie prétend paradoxalement dispenser d'un lien social proprement dit

⁶Pour l'analyse sociologique du rapport entre droit et économie, les discours et les rapports de force qui y ont trait, v. *Les pouvoirs normatifs en jeu dans le droit de la concurrence*, préc.

pour en façonner un par l'échange de biens et de services. Il en résulte que plus l'économie prétend constituer aujourd'hui le fondement de la société, le lien du corps social, et être le point de départ d'une certaine universalité, plus, par ce choc en retour qu'engendre toute colonisation, le droit, la sociologie, et la sociologie du droit, ont place importante dans l'économie.

5. Pertinence de la socio-économie. Dans ces conditions, la socio-économie devient elle aussi une perspective d'analyse pertinente. Dès lors, l'art législatif en matière économique doit en tenir compte: il faut que l'instrument juridique que le législateur envisage de façonner soit en phase avec, non pas tant l'économie, mais la représentation économique de la société et avec le monde économique qu'il faut servir, ou cesser d'entraver. Ainsi, c'est en tant que l'économie engendre des groupes sociaux spécifiques, non seulement les groupes professionnels, mais encore et notamment les différentes catégories de consommateurs tels que le marketing les met à jour, qu'il faut la considérer.

6. Analyse du projet de loi sur la fiducie. C'est à partir de ces premiers constats très schématiquement présentés que l'on peut analyser les diverses mésaventures survenues au projet législatif relatif à la fiducie. En effet, cette modification très profonde de notre droit, notamment par sa puissance symbolique, a été présentée tout d'abord comme une adaptation quasiment inéluctable, voire mécanique de notre droit, dans la mesure où la reconnaissance de l'efficacité en France de trusts organisés à l'étranger, rendait illusoire son interdiction en France⁷. L'innovation a été ensuite présentée comme nécessaire et désirée par les acteurs économiques⁸, dans une atmosphère de ce que l'on peut

⁷V., par ex., J. de Guillenchnmidt, La France sans la fiducie ?, Rev. jur. com., 1991, p.49 à 63.

⁸Entretien G. Pariente, créateur et dirigeant de NAF-NAF : "... aujourd'hui, le commerce se fait à l'échelle internationale et notre entreprise s'engage notamment auprès de banques anglo-saxonnes ; aussi me semble-t-il normal de bénéficier de la même protection que les anglais. Aujourd'hui, tout en restant dans la légalité, nous pouvons mettre en concurrence les législations... Il me paraît donc normal et souhaitable que la fiducie soit introduite dans le système juridique

désigner comme la recherche d'une "technique aussi compétitive..."⁹.

7. Différence de logiques entre la Chancellerie et le Ministère de l'Economie et des Finances. Mais les difficultés et l'étirement dans le temps du processus d'adoption des textes viennent tout d'abord des différences, parfois radicales, de perspectives entre le Ministère de la Justice et le Ministère des Finances. Ce dernier ministère est par nature sensible aux conséquences fiscales des mécanismes juridiques nouveaux et, surtout lorsque le projet n'est pas établi par ses services, il influe notablement sur les rédactions initiales. Il en résulte un mélange de logiques, qui se superpose dans le temps, la puissance du ministère des finances engendrant parfois une dénaturation des logiques juridiques, provoquant des enclaves, voire des contradictions. Cela fut attesté par exemple lors de la réforme des procédures collectives, qui laissa hors du dispositif, les dettes fiscales sans justification autre que la politique de l'administration en ce sens ; cela se retrouve sensiblement en matière de fiducie, à travers la solidarité fiscale entre constituant et fiduciaire qui répond à une logique propre, au risque de détruire l'ensemble du mécanisme¹⁰.

français".

⁹Y. Paclot et al., *Synthèse de droit des affaires*, p.20.

¹⁰Entretien A. Pézard, conseiller juridique du directeur du Trésor : "... la difficulté à laquelle on se heurte actuellement pour instaurer le contrat de fiducie est le manque de souplesse fiscale. La neutralité fiscale doit profiter au contrat de fiducie et à la détermination de l'assiette de l'impôt.".

Entretien L. Boyreau, avoué près la cour d'appel de Bordeaux : (à propos de la perspective de la fiducie) "En outre, l'intérêt fiscal n'est pas clair.".

Entretien M. Rouger, président du tribunal de commerce de Paris : "... Je ne peux être que tout à fait favorable à un mécanisme de fiducie, même si on déplore sa fiscalisation excessive.".

Entretien E. Delesalle, expert-comptable, commissaire aux comptes : <à propos de la fiducie> "Il ne faut cependant pas se leurrer : en France, aucun outil juridique ne peut connaître de succès s'il n'est assorti d'avantages fiscaux. Si la loi sur la fiducie n'assure qu'une stricte neutralité fiscale ou, pire, impose de nouvelles contraintes fiscales, la fiducie risque de ne connaître qu'un succès d'estime.".

Entretien M. de Barbeyrac, gestion de patrimoine, Crédit agricole : "... la fiducie apparaît comme un mécanisme de mise entre parenthèses d'un bien, ce n'est pas un mécanisme dynamique. Elle devrait donc être assortie d'une faveur fiscale pour avoir un intérêt sur le plan

8. Les scrupules de la Chancellerie en raison du principe de l'unicité du patrimoine. En outre, il faut tenir compte d'une sorte de dialogue intérieur, interne au droit, les promoteurs du texte ayant reconnu que la fiducie n'était pas sans poser des difficultés juridiques majeures, en ce qu'elle heurtait des principes essentiels dans notre système, et principalement l'impossibilité d'instrumentaliser la propriété, l'impossibilité donc d'une propriété pour autrui, d'une part, l'impossibilité de la constitution de deux patrimoines pour une seule personne, d'autre part. Ce dernier principe a entraîné les mêmes scrupules lorsqu'il s'est agi de mettre en place les procédures concernant le surendettement¹¹. D'une façon générale, l'art législatif peut finir par en être affecté lorsque le législateur est conduit à multiplier les exceptions sans se permettre de renverser le principe. L'incohérence finit par être le prix de cette démarche, dans la mesure où l'on devrait plutôt admettre que, par une considération de la règle de l'équilibre entre principe et exceptions, l'accroissement des exceptions finit par imposer mécaniquement leur logique au titre de nouveau principe¹². Pour en revenir à la fiducie, on sait que par la suite, et sans méconnaître la puissance perturbatrice des dispositions fiscales qui se sont glissées dans le texte, le projet de loi s'est enlisé et qu'il renait aujourd'hui bien difficilement.

9. Appréciation de la résistance des principes à la volonté d'innovation législative. Dans le présent rapport et au terme d'une recherche d'équipe qui s'est étalée sur plus de deux ans, il s'agit d'essayer de trouver quelques unes des causes à cela, à l'aide des instruments de la sociologie juridique, afin de

Pratique. ”.

¹¹H. Lécuyer, *Synthèse de droit patrimonial de la famille*, p.36 s. : "le principe de l'unité du patrimoine imprègne encore tant les textes que les esprits". (p.37).

¹²Entretien Ch. Goyet, professeur : "Au lieu de remettre en cause les principes, on s'emploie, à chaque occasion, à stériliser une par une chacune de leurs conséquences. Au lieu de rechercher des logiques nouvelles, on s'installe délibérément dans l'incohérence. Cette méthode me paraît profondément regrettable."

mesurer les résistances sourdes ou qui se feront jour à l'égard de la fiducie. On aura souci également d'en tirer des conséquences plus générales sur l'art législatif en matière économique, notamment quant à l'importance - pourtant habituellement déniée - que la doctrine peut avoir en la matière¹³.

Il faut alors revenir d'une façon centrale sur l'un des obstacles soulevés par le garde des Sceaux, les juristes de la Chancellerie et les parlementaires : le principe de l'unicité du patrimoine. L'obstacle tenant au droit de propriété¹⁴ est en effet riche d'enseignements sociologiques, dans la mesure où le rôle de la propriété comme garantie, par ailleurs établi en doctrine¹⁵, ne fait plus guère difficulté en pratique, en raison notamment de l'utilisation très courante de la clause de réserve de propriété.

10. Notion de "réalité" du principe de l'unicité du patrimoine. Pour savoir si le principe de l'unicité du patrimoine - postulant entre autres conséquences qu'une même personne ne peut se voir attaché qu'un seul patrimoine - constitue réellement une entrave à toute innovation, cette dernière étant perçue de ce fait comme une manipulation et un contournement, il convenait d'en mesurer la "réalité". Dans la présente étude, le terme amphibologique de "réalité" est à prendre au sens courant du terme, c'est-à-dire, d'une part l'effectivité juridique de la règle dont il s'agit, la traduction technique de ses exigences, mais aussi d'autre part la conscience que les différents acteurs ont de la règle, de ses effets et de son degré de contrainte et d'effectivité.

11. Présentation de l'équipe de recherche. Pour cela, une équipe de recherche a été constituée¹⁶. Elle est particulièrement nombreuse du fait que de très diverses branches du droit sont concernées par ce principe d'unicité du patrimoine. La

¹³Le Laboratoire est en train de mener par ailleurs une recherche sur une *Sociologie de la doctrine juridique*.

¹⁴Entretien Ch. Goyet, professeur : "La question première de la fiducie, c'est la maniabilité du droit de propriété."

¹⁵P. Crocq, *La propriété comme garantie*, préf. de M. Gobert, L.G.D.J., 1994.

¹⁶V. annexe I.

fragmentation des savoirs juridiques incitait donc à une démarche comparative interne. C'est à ce titre qu'ont bien voulu être réunis dans ces équipes des juristes civilistes, commercialistes et publicistes. L'importance de la doctrine, et l'ancienneté de l'affirmation doctrinale de l'unicité du patrimoine, le lien profond que le patrimoine nourrit entre la personne et les biens, entre l'être et l'avoir, a également conduit à prendre en considération la théorie du droit, l'histoire et la philosophie du droit, ce qui a justifié la présence dans l'équipe de recherche de philosophes et d'historiens du droit. L'ambition initiale ainsi concrétisée dans la constitution de l'équipe de recherche explique par ailleurs le temps qui a été nécessaire pour mener à bien l'étude.

12. Analyses historique et philosophique du principe de l'unicité du patrimoine. En application de ce programme, dans un premier temps de la recherche, ont été analysés d'une façon minutieuse les textes historiques. Une traduction nouvelle du passage de l'ouvrage à partir duquel Aubry et Rau ont construit leur théorie du patrimoine et de son unicité, a été opérée¹⁷ afin qu'une confrontation avec le traité de ces derniers auteurs puisse être faite. Sont ainsi nettement apparu la part d'originalité qu'Aubry et Rau ont apporté à l'œuvre initiale, originalité qui s'est accru d'édition en édition. A partir de là, un premier document de synthèse a été établi¹⁸, tendant à montrer dans quelle mesure, à partir essentiellement du droit successoral et du principe d'unité de la succession¹⁹, l'invention a pris part à l'héritage d'une règle classique, présentée de ce fait comme déjà acquise. Grâce à cette présentation de continuité dans les règles, doté ainsi de cette incontestabilité qu'emportent avec elles coutumes et tradition, la théorie du patrimoine peut être acceptée avec la même résignation et la même indifférence qu'un vieil impôt.

¹⁷V. annexe VI.

¹⁸S. Geoffroy-Poisson, *Synthèse d'histoire du droit*, annexe III-1.

¹⁹Sur l'analyse de l'état actuel de cette branche du droit, v. H. Nico, "La réalité de l'unicité du patrimoine en droit des successions", in *Synthèse de droit patrimonial de la famille*.

Parallèlement, une synthèse philosophique du thème a été menée²⁰. D'une façon plus autonome par rapport au thème technique objet de la présente recherche, elle a eu pour fin de montrer les rapports susceptibles d'être établis entre personne, travail et bien, selon les différentes époques et courants de pensée. A travers cette problématique, peut ensuite être exploitée en décalque la question de savoir si le patrimoine (bien) s'associe plus naturellement ou plus efficacement à la personne, sur un terrain kantien et à partir du concept d'indivisibilité de la liberté²¹, ou à l'activité (travail), en écho aux conceptions lockiennes²². A partir de là, notamment en considération des principes kantiens, la dimension morale du patrimoine peut être dégagée et ses liens avec la responsabilité mise en valeur. Elle est confirmée par les entretiens²³. En outre, dans la mesure où l'unicité du patrimoine a pour source première le lien établi par la doctrine entre le patrimoine et la personne, montrant une récalcitrance à l'encontre d'un lien entre patrimoine et activité, qui aurait conduit à une possible pluralité du patrimoine, cette perspective philosophique est très importante²⁴, notamment lorsqu'il s'agit de souligner que des systèmes philosophiques ont pu appréhender et la personne et les biens, sans recourir en rien à la notion d'un patrimoine entre les deux²⁵.

²⁰D. Gutmann, G. Martin et D. Tiberghien, *Synthèse de philosophie du droit.*, annexe III-2.

²¹V. D. Gutmann, "La doctrine du droit de Kant et la théorie du patrimoine", in *Synthèse de philosophie du droit.*, préc., et les nuances qu'il convient d'apporter à une référence kantienne qu'il ne faut pas exagérer, dans la mesure où Kant établit un rapport entre patrimoine et personne mais n'exclut pas pour autant la pluralité de patrimoines (v. spéc., p.9).

²²G. Martin, "La réalité de l'unicité du patrimoine. Hobbes, Locke et Rousseau", in *Synthèse de philosophie du droit*, préc., spéc. p.6 et 12.

²³Entretien B. Ballot-Léna, chef d'entreprise, juge consulaire : "... selon une dialectique, il existe un principe moral, presque transcendant, d'unicité et concurrentement s'impose presque l'obligation technique d'en sortir". Entretien J. Benhamou, notaire : "La règle de l'unicité du patrimoine est surtout une question morale. Lorsqu'une personne contracte des dettes, il est normal qu'elle doive les payer".
²⁴V. *infra* n° 139 s., *Analyse sociologique de l'unicité d'une vie traduite par le droit*.

²⁵D. Tiberghien - de Saint-Affrique, "Analyse des biens et de leur utilité chez Platon et Aristote, in *Synthèse de philosophie du droit*.

13. Analyses techniques du principe de l'unicité du patrimoine. Dans le même temps encore, des synthèses ont été menées concernant les différentes branches techniques du droit, résultats qui ont été ensuite regroupés à travers la distinction des règles techniques régissant la vie économique - recoupant principalement le droit des affaires - des règles techniques régissant la vie familiale - s'agissant donc principalement du droit patrimonial de la famille -. Deux rapports en ont tiré les premières conclusions.

En ce qui concerne la synthèse opérée en droit patrimonial de la famille²⁶, a été relevée une réception contrastée du principe de l'unicité du patrimoine, notamment en ce que le droit patrimonial de la famille prend en considération le temps dans le régime de la communauté légale alors que l'abstraction du patrimoine l'exclut²⁷. En outre, le mécanisme de l'affectation, qui contrarie l'unicité du patrimoine, s'explique par le souci d'un intérêt de la famille qui dépasse l'intérêt de l'individu²⁸.

En ce qui concerne le droit des affaires, la synthèse opérée²⁹ a mis en lumière la puissance historique de l'unicité du patrimoine, apte à dégager la technique de limitation de responsabilité par le biais de la personnalité morale ; c'est pourquoi l'attribution de la personnalité morale à la masse des obligataires démunie par ailleurs de patrimoine a pu choquer la doctrine juridique³⁰. Mais l'étude du droit positif actuel a montré en sens inverse la

²⁶H. Lécuyer, *Synthèse de droit patrimonial de la famille*, annexe III-3.

²⁷Sur cette réalité diachronique qui s'impose, v. *infra* n°140, *La pluralité diachronique de personnalités pour un même individu dans une vie constituée de moments*.

²⁸Entretien J. Massif, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation : (à partir de la protection du logement familial, protégeant mieux qu'une technique de patrimoine d'affectation) "Il faudrait étendre cette protection à d'autres biens qui assurent la vie courante de la famille. Cette solution existe en droit québécois qui prévoit une protection efficace du "patrimoine familial".

Sur cette dialectique entre l'individuel et le collectif, H. Lécuyer, *Synthèse de droit patrimonial de la famille*, préc., p.28 s. Sur un raisonnement analogue en matière de surendettement, v. *infra* n°135, *La protection du titulaire du patrimoine en considération des personnes qui lui sont à charge*.

²⁹Y. Paclot, *Synthèse de droit des affaires*, annexe III-4.

³⁰*Ibidem*, p.8.

multiplication des exceptions au principe de l'unicité du patrimoine.

Enfin, une analyse du droit public a été menée pour mesurer si ce dernier, qui n'utilise pas le vocable d'unicité du patrimoine, contient néanmoins la trace de son principe³¹. L'existence même d'un patrimoine public et d'un patrimoine privé peut en faire douter mais l'on mesure ainsi que la personnalité juridique de l'Etat ne semble pas un obstacle à une telle réalité juridique admise par tous. Il est vrai, et l'actualité le montre, que cette dualité de patrimoines peut engendrer une réaction de suspicion chez les tiers, soupçonneux de passages illégitimes de biens de l'un des patrimoines dans l'autre. Cela rejoint alors directement l'analyse de la pluralité de patrimoines comme technique de contournement³².

14. Etablissement de la grille d'entretien. Cela fait, une grille d'entretien a été établie par l'équipe plénière afin de solliciter les diverses personnalités représentant d'une façon autorisée les différentes activités, métiers et domaines concernés. Bien que cette méthode par entretien soit parfois décrite, en raison d'une proclamation d'impressionnisme, d'anti-scientifisme qui suppose chez ceux qui la mènent la croyance étonnante dans une science effective, neutre et objective, aboutissant à la vérité vraie, vérité prenant le plus souvent son logis dans les chiffres, alors que ceux-ci sont l'arme la plus puissante de la sophistique, elle a été retenue par l'équipe et appliquée. Cette sorte de prise de pouls se justifie d'autant plus que la notion de patrimoine relève profondément d'un sens juridique et d'un sens commun puissants, manifestation d'une vision générale du monde et du rapport entre les personnes et les choses. La présente recherche avait pour vocation de la faire affleurer dans des discours construits et situés. C'est d'ailleurs pourquoi le présent rapport général ne se fonde que sur les entretiens et les travaux internes à l'équipe de recherche, sans

³¹E. Baron et Ch. Pichon, *Synthèse de droit public*, annexe III-5.

³²V. *infra* n°28, *La personnalité morale ressentie comme un instrument*.

solliciter davantage et sauf exception la documentation extérieure disponible à tous afin d'essayer d'en tirer le meilleur parti et d'essayer d'en conserver et d'en mettre en valeur l'éventuelle originalité. Certaines personnes interrogées n'ont pas répondu favorablement à la demande d'autorisation de citation ou publication de leurs réponses. En raison de l'ampleur du sujet, qui traversent de nombreuses branches du droit, ces entretiens sont relativement nombreux, ont été menés en plusieurs endroits de France (Bordeaux, Paris, Strasbourg) et se répartissent en fonction des différentes catégories socioprofessionnelles susceptibles d'exprimer un discours intéressé relativement au principe de l'unicité du patrimoine. Ont ainsi été rencontrés des notaires, des dirigeants d'entreprises, des directeurs de service juridique, des commissaires aux comptes, des experts-comptables, des banquiers, des magistrats, des fonctionnaires et des avocats. Une liste plus détaillée est fournie en annexe au présent rapport.

15. Choix des monographies. Alors que les membres de l'équipe de recherche achevaient de mener les entretiens en question, un certain nombre de réunions internes ont permis de dégager, à partir du travail déjà accompli et avant que ne puisse s'opérer la synthèse finale, des points d'accroches, des sujets plus particuliers méritant analyse. C'est pourquoi une série de monographies a été menée à bien par des membres particuliers de l'équipe. Elles sont, elles aussi, annexées au présent rapport.

16. Absence de pertinence de la distinction entre la théorie et la pratique.

C'est dans ces conditions qu'après plus de deux années de recherche continue, le présent rapport de recherche tend à tirer les enseignements de l'ensemble de ce travail. Il en ressort que la ligne de démarcation en ce qui concerne l'unicité du patrimoine, notion d'origine doctrinale, n'est pas, comme on aurait pu le penser à première vue, la distinction entre l'activité théorique - les universitaires restant attachés aux "vieux et bons principes" - et l'activité pratique - les praticiens surpassant ce réflexe

pour utiliser au mieux le droit -. On observe ainsi une sorte de blocage face à l'innovation en raison d'une référence explicite ou implicite à l'unicité du patrimoine de la part de nombreux praticiens. A tout le moins, la conscience de l'existence de la règle est suffisamment prégnante pour que les mécanismes qui y portent atteinte soient analysés comme autant de contournement, si légitimes par ailleurs.

17. Pertinence de la distinction entre études juridiques antérieures ou non. La distinction s'opère bien plus profondément entre ceux qui ont fait des études de droit au sein des Facultés de droit et qui se réfèrent au principe, même s'il s'agit d'affirmer instantanément qu'il peut être parfaitement légitime de le contourner pour telle ou telle raison (le mode restant donc celui de la justification de mécanismes analysés comme des exceptions à un principe réaffirmé par là même), et ceux qui n'ont pas fait ce type d'études, à tout le moins pas sur les bancs de l'Université, et qui, ignorant jusqu'à l'existence du principe, ne le prennent tout simplement pas en considération.

18. Décalage de discours entre promoteurs de la fiducie et différents destinataires du texte. Sans qu'il soit ici question d'anticiper sur les conclusions du présent rapport et sur la démonstration qui y mène, il est tout de même important de noter le décalage de discours qui s'est opéré entre les promoteurs du texte et le monde économique plus particulièrement visé. En effet, soit les destinataires sont des juristes, qui plus est formés au droit civil lorsqu'il s'agit plus particulièrement des notaires³³, auquel cas la réticence se noue effectivement autour du principe de l'unicité du patrimoine, soit les destinataires ne sont pas des juristes, auquel cas la référence de la Chancellerie au

³³Entretien G. Bellargent et J.-P. Delpuech, notaires : "Les notaires, classiquement, raisonnent à partir des successions. Ici, tout est fondé sur l'unicité. Si on abandonnait ce principe, le droit des successions serait gravement altéré. Les notaires sont donc attachés au principe de l'unicité du patrimoine. Ils le considèrent comme une donnée juridique essentielle."

principe apparaît comme une friilosité. Sans doute, par principe, une plus grande flexibilité du discours quant aux prémisses des raisonnements selon les destinataires serait bienvenue.

19. Conflit positif entre exigences économiques et législations applicables. Ce décalage engendre ordinairement un conflit entre acteurs et revendications que l'on pourrait dire "positif", comme lorsqu'on parle d'un conflit positif à propos des compétences juridictionnelles. Il s'agit alors d'exigences du monde économique qui réclame un instrument juridique³⁴ sans pouvoir faire entendre ses vœux à un législateur qui reste cramponné, et peut-être à raison, aux principes élémentaires du système juridique qui y font obstacle. Ainsi, chacun revendique des légitimités, économique et juridique, qui s'opposent. Jouent alors des mécanismes de concurrence entre législations, les acteurs économiques, s'ils sont suffisamment mobiles, donc suffisamment puissants pour cela, allant se soumettre à un corps de règles-- qui leur convient, le droit anglo-saxon plus particulièrement. On pourrait à première vue repérer un tel type de conflits à propos de la fiducie.

20. Conflit négatif autour du thème de la fiducie, sans demande ni obstacle. Mais, à la fin de la présente recherche, il apparaît que le conflit qui est ici perceptible et dont les éléments, la forme et la dimension seront détaillés dans les développements qui suivent, est de nature négative. En effet, les demandes de la part du monde économique ne sont guère formulées dans le sens de l'instauration de la fiducie

³⁴Entretien M. Rouger, président du tribunal de commerce de Paris : "L'instrument de la fiducie serait d'une façon évidente une bonne chose car nous avons besoin de tous ces instruments souples. Il faut le plus possible d'instruments".

Entretien E. Laluet, avocat : " Quand on met un outil supplémentaire à la disposition des citoyens, quand il est bien mis au point, c'est toujours un avantage. Une carte supplémentaire est toujours bienvenue dans le jeu. La fiducie est donc un avantage, à condition que l'outil soit bien travaillé. "

Entretien A. de Puybusque, gestion de patrimoine, Banque Colbert : "Beaucoup de clients souhaiteraient disposer du trust ou de la fiducie. C'est donc qu'il y aurait un besoin pour affecter des parties de patrimoine. "

et aucun besoin, aucun de ces vides juridiques, parfois réels mais bien souvent fantasmatiques, n'est vraiment ressenti. On n'observe guère des phénomènes tels que bataille d'influence ou lobbying actif. Mais parallèlement, de la même façon qu'il n'y a guère de demande, il n'y a guère non plus d'obstacle ressenti... En effet, l'obstacle que pourrait constituer le principe de l'unicité du patrimoine n'est le plus souvent ni formulé ni même perçu par les intéressés. On mesure ainsi que s'est instaurée une sorte de quiproquo, dont le législateur aurait pu faire l'économie. C'est bien plutôt contre l'indifférence que le législateur doit aujourd'hui lutter, afin que l'idée de la fiducie s'arrache de l'enlisement qu'elle connaît aujourd'hui.

A tout le moins, il y a sans doute perception exagérée des obstacles et réticences. Ces derniers émanent principalement des juristes mais non des professionnels maniant principalement d'autres savoirs techniques, telles que la finance ou la gestion³⁵. Cela aussi peut expliquer les scrupules des membres du Ministère de la Justice, dès l'instant que sociologiquement, ce Ministère est en contact étroit avec le monde du droit mais semble relativement éloigné du monde des affaires, lequel semble plus familier du Ministère de l'Economie et des Finances.

21. Présentation des développements. C'est sur le fil de cette démonstration que ce présent rapport est construit : il constate dans une première partie que les juristes se réfèrent au principe de l'unicité du patrimoine et en admettent dans le même temps des exceptions justifiées, montrant ainsi la place référentielle des préceptes doctrinaux et les marges de liberté que l'on peut s'autoriser à leur égard. Le rapport analyse dans une seconde partie les positions spontanément adoptées par les acteurs économiques (les consommateurs en faisant partie) qui prennent pour point de départ la multiplicité des

³⁵V. *infra*, n°145, Conséquence de l'enquête sociologique menée : l'existence d'un terrain favorable à l'admission de la fiducie, atténuée par une résistance profonde des juristes.

patrimoines, qu'il s'agisse du titulaire à l'égard de leurs propres biens ou de la personne en charge de leur gestion.

**I. L'ADMISSION JUSTIFIÉE D'EXCEPTIONS A UN PRINCIPE
DOCTRINALEMENT TRANSMIS AUX JURISTES**

22. Le discours généralement adopté par les juristes. Le discours des juristes s'articule d'une manière générale de la façon suivante : l'unicité du patrimoine est une règle qui existe; mais elle est une gêne pour l'activité économique, celle de l'entrepreneur mais aussi celle de la personne privée. Il faut donc - et toute confiance est faite au droit, fertile en moyens pour cela - contourner les principes, même si cette politique légitime de contournements rencontre des limites (A).

Cette présentation des choses, vécue essentiellement par les juristes, vient principalement du fait que le principe de l'unicité du patrimoine a été intériorisé, essentiellement pendant les années d'études - montrant le lien profond entre doctrine et pédagogie - et qu'il reste la référence première à partir de laquelle les exceptions se construisent (B).

A. LA MULTIPLICATION DES CONTOURNEMENTS

1. L'élasticité des frontières patrimoniales

23. La plasticité du lien entre patrimoine et personne. Les juristes considèrent qu'il existe des frontières patrimoniales entre les personnes en raison de l'unicité du patrimoine. Mais, partant de ce constat, qu'ils considèrent comme une gêne mais présenté effectivement comme un dogme, ils en répertorient immédiatement - et généralement avant même d'annoncer le dogme, ce qui montre le degré profond d'intériorisation - les exceptions et reconnaissent la réalité juridique d'une élasticité des frontières patrimoniales.

24. L'élasticité dans le sens de la division des patrimoines, engendrée par la personnalité morale. L'élasticité des frontières patrimoniales peut aller dans les deux sens : en premier

lieu la division du patrimoine d'une même personne, en second lieu la réunion du patrimoine à première vue distinct.

Dans le premier cas de figure, c'est la technique de la personnalité morale qui est invoquée pour créer de fait un patrimoine d'affectation. La possibilité depuis 1985 de l'entrepriser unipersonnelle à responsabilité limitée légitime l'affirmation³⁶. Elle est très courante chez les personnes interrogées et vient généralement très vite dans l'entretien.

25. Analyse de la personnalité morale comme application habile du principe de l'unicité. On observera pourtant que la technique de la personnalité morale n'est pas tant un contournement qu'une application habile du principe respecté de l'unicité du patrimoine. Tout d'abord, c'est mécaniquement que se constitue le patrimoine d'affectation, dans la mesure où le principe de spécialité de l'objet social associe le patrimoine à une activité. En outre et par l'effet plus marqué de la volonté des fondateurs, la multiplication des personnes justifie la multiplication des patrimoines. Ce fut le fondement assumé par le législateur de la technique de l'E.U.R.L., permettant de consacrer "l'autonomie patrimoniale de l'entreprise" en laissant intacts les principes³⁷. La pratique, peu sensible à cette rhétorique, y a plutôt vu une technique de contournement, si ce n'est une franche atteinte au principe³⁸. On a pu qualifier ce mouvement législatif d'atteintes "subreptices" ou "rampantes"³⁹. L'E.U.R.L. tend en réalité à faire passer la

³⁶Cf. entretien D. Airault, notaire : "Le risque lié à l'activité est accepté, mais le risque d'une perte au-delà de son apport crée un frein psychologique à l'initiative personnelle. La poursuite d'une démarche, entamée par la création de l'EURL, serait alors bienvenue."

³⁷Y. Paclot, *Synthèse de droit des affaires*, préc., p.11 s. V. aussi entretien Ch. Goyet, professeur : "Les discussions qui ont conduit à consacrer, par une loi du 11 juillet 1985, la société unipersonnelle, avaient explicitement écarté l'idée de créer un patrimoine commercial d'affectation."

³⁸Entretien G. Bellargent et J.-P. Delpuech, notaires : <au titre des exceptions> "Sur le plan interne, il en est de même pour l'EURL et pour le mécanisme général de la société : tout ce qui est société est en fait une exception à l'unicité du patrimoine."

³⁹Entretien Ch. Goyet, professeur.

technique sociétaire du stade de l'habileté au stade du mensonge ou de la schizophrénie, ce qui n'est pas sans effet pervers⁴⁰. On observera que l'utilisation de cette forme sociale là où on ne l'attendait pas, à savoir dans les groupes de société et non dans les très petites entreprises, est un exemple de la dérive du patrimonial vers le financier. Mais le fait que cela soit considéré comme une technique permettant de porter atteinte au principe de l'unicité du patrimoine est lui-même porteur d'enseignement. Cela montre en effet que la personnalité morale est ressentie par les juristes comme une personne juridique fictive et non comme une personne juridique réelle, et ce malgré les querelles doctrinales en la matière, manifestement peu connues ou intéressantes peu les personnes interrogées.

26. La personnalité morale ressentie comme un instrument. On remarquera pourtant que l'évolution de la jurisprudence semble aller dans le sens de l'affirmation de la réalité de la personne morale. Cette affirmation relevée, implicite mais nécessaire, de la fictivité de la personnalité morale tient à la conception générale que les juristes se font du droit. Tout d'abord, les juristes tendent aujourd'hui à adopter une conception instrumentalisée du droit, qui doit servir au mieux leur projet et leur intérêt ; la règle juridique doit se plier à leur volonté⁴¹. Dans ces conditions, la personnalité morale est perçue avant tout comme un instrument de contournement⁴². La distinction entre

⁴⁰Entretien B. Monassier, notaire : "Nous avons en France 300.000 sociétés dont 90% sont des fausses sociétés avec de faux associés, qui ne servent qu'à faire un écran entre les patrimoines privé et professionnel du dirigeant. ... Elles ont un effet pervers car on enseigne aux gens que pour faire des affaires il faut faire de faux contrats, de fausses sociétés... et donc cela les incite à aller au delà dans le mensonge, par exemple à confondre la caisse de la société avec leur caisse personnelle."

⁴¹Le phénomène est considérablement accru lorsque le professionnel en cause n'est plus juriste, mais financier ou gestionnaire. V. *infra*, n°116, *L'absence de formation juridique des financiers et des gestionnaires*, et s.

⁴²Comme peut l'être aussi la fiduciaire : entretien F. Sarda, avocat : "Quant au projet de loi sur la fiduciaire, je crains que cela ne soit encore une organisation de masque". L'analogie posée ici entre les instruments de la personnalité morale et de la fiduciaire prospère d'autant mieux que la notion même de personne a à faire avec celle de

réalité et fiction perd alors sa pertinence puisque la qualification ne se fait pas expressément par le biais ; c'est sans doute pourquoi la référence aux batailles doctrinales sur ce sujet n'apparaît pas dans les discours. Il demeure que l'instrumentalisation tend à engendrer un sentiment de fiction : la personnalité morale est ce qu'offre le législateur pour que les intéressés en fasse ce qu'ils veulent pour servir leur dessein. De plus, cette instrumentalisation des mécanismes juridiques prospère en ce qu'elle s'adosse au positivisme : la limitation de la définition du droit comme ce qui est posé évite de se soucier du fondement des règles, de la réalité ou de la fiction des instruments construits par la puissance juridique normative.

27. Lien entre instrumentalité du droit et définition du patrimoine. On observera que le thème de l'instrumentalisation du droit est essentiel pour comprendre l'évolution de la théorie du patrimoine. En effet, la définition du patrimoine par référence à la personne suppose une recherche des fondements, un postulat comme quoi il faut déterminer de quoi le patrimoine est la projection. On comprend qu'une telle définition s'étiole dans une conception instrumentalisée du droit. En effet, cette recherche en amont n'a pas grand sens. La détermination du patrimoine doit alors répondre à une question utilitaire : à quoi sert-il ? La façon dont la question est posée oriente nécessairement la réponse, que le droit moderne tend aujourd'hui à formuler.

28. Lien entre instrumentalité du droit et pertinence du critère de l'activité pour cerner le patrimoine. La définition se tourne alors vers l'aval et le critère de l'activité, dont le patrimoine est le support, n'impose plus naturellement que celui de la personne. On mesure à cette occasion que les mouvements de fond du système juridique, tel que le positivisme juridique

dont l'instrumentalité du droit est un avatar, peuvent se manifester concrètement

Si l'instrumentalité de la personnalité morale cesse à un moment donné, si son utilisation est déjouée, ce n'est pas tant parce qu'elle ne correspondrait à aucune réalité, mais parce que le droit des sûretés vient réunifier l'ensemble des patrimoines, annihilant la segmentation des masses de biens opérée grâce à la personnalité morale⁴³.

29. Caractère secondaire de la personnalité morale par rapport aux masses de biens. L'autre raison pour laquelle la personnalité morale n'est appréhendée que sous une forme instrumentale tient au fait qu'elle ne se présente au juriste - et plus encore au non-juriste - que d'une façon seconde. La première réalité à laquelle il est confronté est précisément celle du patrimoine, le sien ou celui pour lequel on vient le consulter, la masse de biens qu'il s'agit d'organiser, la perspective de dettes dont on peut se prémunir, le jeu des engagements et des crédits. C'est à partir de cette réalité que le droit s'organise, sur le mode de la réponse ; la personnalité morale apparaît alors nécessairement comme un simple moyen et non comme une réalité de laquelle l'existence d'un patrimoine distinct aurait été déduit.

30. Caractère secondaire de la personnalité morale par rapport à l'entreprise. D'une façon plus générale encore, la puissance de la notion d'entreprise, indépendamment même de ses difficultés de définition et de l'inconstance de sa définition suivant les diverses branches du droit, fait ressentir comme archaïque la notion, plus formelle, de personnalité morale. Ainsi la personnalité morale est à la fiction ce que l'entreprise est à la réalité. Même aux yeux des juristes, elle ne parvient à justifier encore son existence que si son caractère formel, artificiel, la rend particulièrement malléable, en raison précisément de son manque de rapport avec la réalité.

⁴³V. *infra*, n°32, *Droit des sûretés et personnalité morale*.

31. Personnalité morale et rapport entre débiteur et créancier. Mais la référence à la réalité réapparaît inévitablement lorsqu'il s'agit de reconnaître les limites à l'instrumentalité de la personnalité morale permettant de fait de diviser le patrimoine d'une personne. La réalité se manifeste par le fait d'une contrainte, s'imposant au titulaire du patrimoine qui avait désiré sa séparation en patrimoines distincts afin de limiter la puissance de ses créanciers à son égard. Ainsi la division du patrimoine est la marque de la volonté du débiteur. Sa reconstitution forcée est la marque de la volonté des créanciers.

32. Droit des sûretés et personnalité morale. Tout d'abord, la réunification par contrainte du patrimoine de l'intéressé, lequel avait pourtant dans un premier temps, fait jouer à son bénéfice le mécanisme de la personnalité morale, peut se faire par le jeu d'une volonté plus puissante. C'est alors le droit des sûretés qui est sollicité. On observera à l'occasion qu'en raison du systémisme auquel se plie le droit, l'ensemble des branches du droit étant en entière corrélation les unes avec les autres, il y a une répartition stratégique des branches : ainsi, le droit des sociétés pour le débiteur et le droit des sûretés pour les créanciers, le droit des procédures collectives achevant de déstabiliser les rapports que ces deux corps de techniques peuvent entretenir. Les branches du droit en viennent à s'arc-bouter les unes contre les autres, au gré de ces stratégies collectives. Cela peut finir par avoir un effet dévastateur⁴⁴, le chat et la souris étant pareillement épuisés.

On remarquera encore que réside ici une des difficultés d'une réforme telle que l'insertion de la fiducie dans le système français⁴⁵ : il faut en effet prendre en

⁴⁴ Entretien Th. Ballet, avocat : " ... tout devient anormal à partir d'un moment où le droit des sûretés fonctionne de façon anormale. "

⁴⁵Entretien M.-L. Goyet, conseiller à la cour d'appel de Colmar : "Il me semble que la fiducie sera surtout un instrument pour les praticiens... Pour le reste, il est certainement regrettable que la technique législative multiplie les institutions particulières sans se soucier de la cohérence du droit considéré comme un système, comme un ensemble devant présenter une certaine cohérence. "

considération l'ensemble des modifications et perturbations qu'elle entretient dans toutes les branches du droit et le caractère plus ou moins réfractaire de chacune d'elles à cette perspective.

33. Unicité du patrimoine et financement des entreprises. Pour en revenir à cette hypothèse de reconstruction du patrimoine unique de l'entrepreneur, il est courant d'observer que, le créateur d'entreprise étant dans l'incapacité de constituer des fonds propres suffisants pour que l'entreprise puisse assurer son autofinancement, c'est à crédit que le fonctionnement initial de l'entreprise s'opère. Une caution personnelle est fournie par le chef d'entreprise et l'unicité de son patrimoine est ainsi reconstruite, la division n'ayant eu lieu que le temps d'un instant de raison. Dans la presque totalité des entretiens, ce constat est dressé. La prise de sûreté intervient encore à un autre moment stratégique de la vie de l'entreprise : lorsque viennent les premières difficultés.

34. Unicité du patrimoine et fonds propres des entreprises. On a souligné à l'occasion des discussions de la loi Madelin et de la loi du 10 juin 1994 sur le traitement des difficultés des entreprises les effets pervers de tels mécanismes qui tiennent non pas tant aux comportements des établissements de crédit - car crédit et sûreté sont un couple difficilement scindable - mais au manque endémique de fonds propres des entreprises françaises. Chacun en est d'accord et le thème est récurrent dans les entretiens. La loi Madelin en a conclu qu'il convenait de contraindre les établissements de crédit à prendre des sûretés tout d'abord sur les biens de l'entreprise avant de les prendre sur les biens du dirigeant et la loi du 10 juin 1994 a suspendu, en cas d'ouverture d'une procédure collective l'action entre les cautions.

Pour reprendre l'observation générale selon laquelle la mise en système du droit influence son mode d'évolution, toute réforme ponctuelle se révélant générale par ses effets

secondaires sur les autres branches du droit⁴⁶, le patrimoine se prêtant particulièrement bien à l'observation dans la mesure où il s'agit d'une notion qui se trouve à la croisée des branches du droit, on relève ici que le législateur se mêle d'affronter l'utilisation d'une branche du droit (ici, droit des sûretés par les créanciers) par la modification d'une autre branche du droit (ici, droit des défaillances d'entreprises). On assiste ainsi à une sorte de jeu systémique.

35. Unicité du patrimoine et pouvoir bancaire. On relèvera cependant que cette reconstitution du patrimoine par le biais du droit des sûretés, pour favoriser certes le "décollage" de l'entreprise mais aussi pour se constituer une position privilégiée en cas de difficultés avérées, n'est un moyen disponible qu'aux banquiers. Les fournisseurs n'obtiennent que très rarement une telle reconstitution de l'unicité du patrimoine de l'entreprise à leur profit, leur garantie portant sur les biens particuliers, par le jeu de la clause de réserve de propriété, et non sur le patrimoine *stricto sensu*.

36. Unicité du patrimoine et distinction entre les différentes sortes de créanciers. Cette situation d'inégalité entre les créanciers, suivant qu'ils sont établissements de crédit ou non, car ils sont alors titulaires de sûretés ou chirographaires, en prise directe sur le patrimoine de l'entrepreneur ou en seul contact avec une entreprise au patrimoine sans aucune consistance - même lorsqu'elle est *in bonis* -, a des conséquences sociologiques profondes. En effet, elle a pour effet de constituer des catégories distinctes au sein des créanciers et d'opérer une tension se manifestant à l'égard des banquiers⁴⁷. Ceux-ci en effet sont

⁴⁶V. *supra*, n°32, *Droit des sûretés et personnalité morale*.

⁴⁷Entretien P. Ducoroy, expert-comptable : "... Si l'on autorise, dans notre droit, la création de patrimoines d'affectation, les créanciers les plus puissants (banques, etc.) exigeront des garanties sur le patrimoine non affecté au cas où le patrimoine affecté leur paraîtrait insuffisant à la couverture normale de leur créancier. En revanche, les créanciers "ordinaires" devront, de fait, se contenter du patrimoine d'affectation, tant en raison de leur manque de moyens de

perçus négativement par les débiteurs, ce qui relève quasiment de la nature des choses, mais encore par les autres créanciers, notamment les fournisseurs.

37. Situation paradoxale du banquier : puissance et isolement. On observe alors un phénomène souvent observé en sciences politiques qui est le suivant. Les établissements de crédit deviennent les acteurs centraux de l'économie en raison de la constitution d'une économie occidentale sur le crédit et en raison de la désincarnation de l'économie, réduite au financier. Ils exercent alors leur puissance juridique dans le manement des instruments juridiques disponibles mais également leur puissance d'influence sur l'élaboration des instruments juridiques à venir, à travers notamment un lobby organisé auprès du législateur.

Pourtant, dans le même temps et par corrélation, ils sont socialement isolés et psychologiquement relativement rejetés. Le banquier prend alors parfois la figure du bouc émissaire. L'agressivité des uns et des autres s'exerce alors d'une façon prioritaire sur les établissements de crédit. Tout se fait grâce aux banques mais tout arrive aussi de la faute des banques. Puissance et anathème social sont intimement ici intimement liés. Ce couple affleure d'ailleurs nettement dans le discours politique actuel.

38. Distinction de l'unicité du patrimoine par contrainte et de l'unicité du patrimoine par constat de réalité. Mais il s'agit là de procédure de réunification par contrainte du patrimoine de l'intéressé, par le jeu d'une volonté plus puissante que celle du débiteur, à savoir celle du banquier. Dans un tel cas de figure, la distinction des activités personnelle et professionnelle peut être acquise, la réunification, au besoin artificielle donc, sera néanmoins opérée si le créancier est suffisamment puissant pour l'obtenir.

Or, la réunification peut s'opérer plus naturellement lorsqu'il s'agit, le plus souvent dans le cadre d'une procédure collective, de tirer conséquence d'un constat de

pression sur leur débiteur, que de leur manque d'information sur la consistance du patrimoine affecté."

réalité. En effet, si les juges observent que l'autonomie de l'entreprise n'existe pas, parce qu'il s'agit notamment d'une filiale fictive, la réunification juridique se fera entre les patrimoines parce qu'en réalité, la division ne s'est jamais faite. On mesure donc la différence entre ce mouvement et le précédent, puisque le jeu des sûretés arrive à contraindre une division du patrimoine effective et à forcer au mouvement contraire, alors qu'ici il s'agit tout simplement d'un retour du critère de la réalité sur celui de l'instrumentalité de la personnalité morale⁴⁸.

On observe le même phénomène dans le comportement de l'administration fiscale, lorsqu'à l'occasion d'une vérification des comptes de l'entreprise, elle étend ses investigations au patrimoine des dirigeants, réunifiant ainsi sur le terrain probatoire ce qui lui paraît être une sorte de confusion de patrimoine⁴⁹. On comprend d'autant mieux cette prévalence de la réalité économique et des comportements sur l'organisation juridique formelle et l'utilisation des instruments offerts par le droit que la fiscalité comme le droit économique auquel appartiennent le droit des procédures collectives sont des branches du droit "réalistes" dans le sens où elles s'appuient sur la réalité des situations et non premièrement sur leur organisation juridique.

39. L'hypothèse de la confusion de patrimoines. Est ainsi exemplaire la jurisprudence sur la confusion de patrimoine⁵⁰. L'expression même est significative : là où il n'y avait qu'un seul patrimoine, il n'y a donc qu'une seule entreprise et elle fera globalement l'objet de la procédure collective.

⁴⁸V. *supra*, n°26, *La personnalité morale ressentie comme un instrument*.

⁴⁹Entretien P. Ducoroy, expert-comptable : "Au demeurant, les experts-comptables, es qualités de conseillers fiscaux, sont amenés à tenir la comptabilité privée de leurs clients comme leur comptabilité professionnelle dans un but de défense fiscale. En effet, la vérification des agents de l'administration fiscale implique souvent l'examen de la globalité du patrimoine tant dans sa partie personnelle que dans sa partie professionnelle."... "Cette prise en compte totale dans l'assiette de l'examen ramène au principe nécessaire de l'unicité du patrimoine. L'audit de la situation d'un individu nécessite de prendre en considération l'ensemble de son patrimoine."

⁵⁰Y. Paclot, *Synthèse de droit des affaires*, préc., p.38 s.

Le terme de confusion s'applique d'ailleurs aux biens plus qu'au patrimoine lui-même : l'idée de confusion évoque précisément l'idée d'un enchevêtrement, donc d'une masse de biens, ce qui conduit à l'observation d'un seul patrimoine réel, malgré la distinction des personnes juridiques.

40. L'exigence de limiter la déclaration de confusion de patrimoine à la réalité qu'elle traduit. L'office du juge dans une telle circonstance ne devrait donc relever que de la déclaration d'une situation et non bien sûr de sa constitution. On observe cependant que des juridictions ont grandement abusé de ce mécanisme de la confusion de patrimoine, la Cour de cassation ayant dû à plusieurs reprises rappeler le caractère strict des critères exigés. Là où la confusion requiert le constat d'une seule et unique masse, les juges ont affirmé qu'existait une confusion dans l'hypothèse où des patrimoines interfèrent, voire se jouxtent. Ce mouvement assez étonnant de certains juges du fond peut procéder d'abus avéré.

41. La confusion de patrimoine : la dérive du constat au procédé. La confusion n'est plus alors le résultat d'un constat mais un procédé utilisé à certaines fins, c'est-à-dire instrument qui tolérerait une certaine artificialité. En effet, la confusion de patrimoine a été maniée prestement pour permettre d'accroître, au besoin artificiellement, l'assiette de la garantie des créanciers, voire de faire bénéficier à des créanciers formellement reliés à un autre patrimoine de l'aubaine d'un premier. Dès lors, à examiner de plus près, la confusion de patrimoine devient, par perversion de la notion, une technique d'unification de patrimoines non par la réalité mais par la volonté, comme celle précédemment étudiée⁵¹, volonté de l'administrateur judiciaire qui le propose, volonté du juge qui l'admet.

42. Maniabilité des frontières patrimoniales. On mesure ainsi, d'une façon plus générale, que le patrimoine qui devrait être une

⁵¹V. *supra*, n°23 s., *La plasticité du lien entre patrimoine et personne.*

réalité fixe reliée à une personne, autre réalité indisponible, est en fait, et grâce à l'instrumentalité du droit et le pouvoir des volontés, une réalité très flexible, soumise à une sorte de respiration engendrée par les processus alternatifs de division et de réunification.

Dès lors, l'affirmation classique selon laquelle le patrimoine est une réalité stable et définitive, les mouvements ne s'opérant qu'à propos des éléments qui le composent et dont il ne constitue pas la simple addition, n'est pas sociologiquement exacte : indépendamment des biens que le composent mais afin d'en opérer une gestion plus efficace, le patrimoine est de fait une réalité flexible soumise à la volonté, souvent contradictoire, des intéressés.

43. Constitution de fait d'un patrimoine conjugal. Mais la distance entre la définition juridique d'un patrimoine unique et définitif, conséquence indéfectible de la personnalité et la réalité, fut-elle, elle aussi, de nature juridique, peut être plus grande encore.

En effet, les règles techniques et les perceptions sociales peuvent faire exister des patrimoines distincts là où il n'y en a juridiquement pas. C'est le cas concernant le patrimoine des époux. L'évolution du droit des régimes matrimoniaux et la puissance dominante du régime légal de communauté font que, sociologiquement, il semble bien qu'il existe trois patrimoines : celui de chacun des époux, ce qui est juridiquement exact, celui du couple, ce qui est juridiquement faux mais intuitivement ou d'expérience admis⁵². Il est d'ailleurs remarquable qu'Aubry et Rau eux-mêmes admettaient ce patrimoine autonome, sans affirmer pour autant que le couple constitue nécessairement une personne⁵³.

⁵²Entretien F. Sarda, avocat : "...si nous prenons un couple, nous voyons qu'il y a des biens communs, des biens propres, des biens réservés, etc."

Entretien J.-M. Oudot, notaire : "Il devrait y avoir plusieurs sortes de patrimoines, selon les activités. Mais cela n'existe pas en droit français, car le patrimoine est attaché à la personne. On connaît pourtant un patrimoine fictif et spécifique, à travers le mécanisme de la communauté : malgré l'absence de personnalité morale, il faut admettre qu'il y a bien trois personnes dans un couple."

⁵³R. Sève, *La théorie du patrimoine chez Aubry et Rau : une révision*,

On mesure à cette occasion qu'en stigmatisant l'abstraction et la radicalité de la théorie d'Aubry et Rau, on leur a fait bien souvent un mauvais procès⁵⁴. Il en résulte que, parmi les techniques de contournement permettant de diviser de fait son patrimoine, le droit des régimes matrimoniaux peut avoir la même efficacité et flexibilité que la technique de la personnalité morale⁵⁵.

A cette occasion, on observe des tensions entre ces patrimoines, chacun étant relié à des intérêts qui peuvent être distincts, voire opposés. Il en est ainsi lorsque sont en cause les gains et salaires⁵⁶. Une hiérarchie peut être opérée par le législateur lorsque l'intérêt de la famille est concerné, au-delà de celui du couple et des conjoints : il en est ainsi lorsqu'est en péril le logement familial⁵⁷. On observe ainsi qu'une tension peut exister non seulement entre les deux conjoints mais encore entre le couple et la famille⁵⁸.

44. Lien avec une conception du couple comme une personne. On observera cependant que cette perception, si erronée juridiquement soit-elle, n'est pas sans lien avec la problématique de l'unicité du patrimoine. En effet, si le couple apparaît comme titulaire d'un patrimoine propre,

p.4., citant les auteurs qui affirme que la communauté conjugale "constitue... un troisième patrimoine", tout en relevant que "l'opinion de quelques auteurs ..., qui pensent que la communauté constitue une personne morale semble si évidemment insoutenable qu'on ne peut se dispenser de l'examiner ici."

⁵⁴Sur le phénomène de radicalisation d'une théorie qui initialement était beaucoup plus nuancée, v. *infra* n°83, *La référence paradoxale des juristes au principe de l'unicité*.

⁵⁵Entretien V. Nahum, créateur et dirigeant d'entreprise : "Je serais satisfait par la mise en place d'un système de patrimoine d'affectation. Je pense qu'actuellement une bonne utilisation des régimes matrimoniaux permet de séparer les patrimoines ce qui permet une protection efficace."

⁵⁶C. Brusa, "La réalité de l'unicité du patrimoine dans les régimes matrimoniaux. Etude des gains et salaires", *in Synthèse de droit Patrimonial de la famille*, préc.

⁵⁷V. Boutreau, "La réalité de l'unicité du patrimoine dans les régimes matrimoniaux . Nature juridique de la communauté. Le logement familial. Les ventes entre époux", *in Synthèse de droit patrimonial de la famille*, préc.

⁵⁸Entretien H. Vincens de Tapol, notaire à Bordeaux : "Ainsi, lors de l'organisation d'une succession, les couples comprennent difficilement l'unicité du patrimoine familial. Ils veulent que les enfants aient, chacun, une part égale du patrimoine de la mère et une part égale du patrimoine du père."

c'est précisément parce que le corps social ressent, dans une conception mystique du couple - liée à une définition sacrée du mariage qui reste acquise malgré l'admission parallèle de la situation de concubinage⁵⁹ -, le couple comme une personne autonome des deux éléments - chacun des conjoints - qui le composent.

45. Perspective de la personnalité morale de la famille. On retrouve

pareille problématique en ce qui concerne plus généralement la famille. En effet, d'une façon courante, il est affirmé qu'il existe un patrimoine familial, alors même que le droit positif s'est toujours refusé à reconnaître la personnalité juridique de la famille. Techniquement et précisément, seule la fiducie pourrait lui donner vie⁶⁰.

Pourtant, la famille constitue un des points d'ancrage les plus forts de l'individu⁶¹ et constitue, aux yeux de ses membres, une réalité qui les dépasse et qui poursuit ses intérêts propres, selon une vie familiale particulière. Cette intégration peut être aussi bien économique qu'affective, le patrimoine familial pouvant constituer l'assise de la famille, notamment en matière rurale⁶². Dans ce dernier cas, la tendance est donc davantage à l'unité, unité susceptible de s'étendre à la famille entière, qu'à la division. L'unicité du patrimoine est ainsi particulièrement puissante en matière rurale⁶³ dans le même temps qu'a

⁵⁹V. Sondage de la Fondation 2000 du Barreau de Paris, *La nouvelle famille*, .

⁶⁰Entretien A. de Puybusque, gestion de patrimoine, Banque Colbert : "Les familles craignent souvent que le patrimoine amassé par le travail soit dilapidé. Les grands parents souhaitent que les petits enfants bénéficient d'une partie réservée. La notion de *patrimoine familial* est évoquée. Cependant le trust peut être contraignant car on est lié par un trust.". Sur la notion de patrimoine réservé, v. *infra*, n°47, **La reconnaissance d'un patrimoine insaisissable, indispensable à la vie familiale : l'analogie avec la réserve héréditaire.**

⁶¹V. Sondage de la Fondation 2000 du barreau de Paris, *La nouvelle famille*, préc.

⁶²Entretien A. Pézard, conseiller juridique du directeur du Trésor : "Dans le monde rural, l'unité de l'exploitation agricole correspond à une unité suffisante pour faire vivre une famille. C'est sur cette notion que se fonde le remembrement. Le bien rural correspond à une affectation à une famille. C'est l'avenir d'une unité. C'est à cette notion utilitaire que correspond l'unité du bien affecté à plusieurs personnes.".

⁶³V. *infra* n°140, *La pluralité diachronique de personnalités pour un même individu dans une vie constituée de moment.*

fortiori elle pourra être écartée en matière successorale par l'attribution préférentielle lorsque l'unité familiale est en jeu. Le droit fiscal pousse encore dans ce sens puisqu'à travers la notion de foyer fiscal se dessine les contours d'un patrimoine familial. On remarquera d'ailleurs que ce patrimoine fiscal correspond bien à l'évolution sociologique de la famille, réduite bien souvent aux parents et aux enfants à charge.

46. La propriété familiale pour autrui. Or, le droit, s'il maintient l'inexactitude de cette perception générale de la famille comme personne autonome, lui a pourtant donné ses lettres de noblesses, essentiellement pour deux considérations sociologiques. Tout d'abord, en ce qui concerne les souvenirs de famille, le droit considère qu'ils ne sont pas susceptibles d'appropriation égoïste et qu'ils ne sont l'objet que d'une sorte de dépôt par celui qui incarne le mieux l'esprit de famille. On sera ici sensible au fait que la problématique prétorienne mise en œuvre est exactement la même qu'en ce qui concerne le *trust* : la propriété n'est concevable que comme instrument pour servir d'une façon altruiste des intérêts d'autrui ou des intérêts collectifs.

47. La reconnaissance d'un patrimoine insaisissable, indispensable à la vie familiale ; l'analogie avec la réserve héréditaire. D'autre part, et l'exception est de taille, le droit des procédures civiles d'exécution fait la place à une telle conception, à travers les principes qui gouvernent l'insaisissabilité des biens. En effet, et la réforme du 10 juillet 1991 va dans ce sens, bénéficient de l'insaisissabilité l'ensemble des biens qui sont nécessaires à la vie familiale. L'indisponibilité de ces biens à l'égard des tiers-créanciers, alors même que le patrimoine se définit comme une masse de biens constitutive de l'assiette du droit de gage général de ces derniers, oblige à conclure qu'il existe un patrimoine distinct de celui des particuliers qui composent la famille, et qui est l'apanage de cette dernière. On notera que cette extraction croissante des biens du patrimoine ne semble pas entraîner

la réprobation des créanciers⁶⁴ parce qu'il s'agit de permettre la survie de l'individu. Le patrimoine est ainsi directement lié à l'idée de la vie⁶⁵, telle que la biologie mais aussi la société la déterminent de façon minimum, ce qui explique la variation observée dans la liste des objets insaisissables⁶⁶ et ce qui justifie le dispositif mis en place en matière de surendettement⁶⁷.

Cette organisation relève ainsi d'une étrange figure : c'est au cœur du patrimoine de l'individu que se situe une "poche patrimoniale de sécurité" constituée pour autrui. La fiduciaire est susceptible de jouer semblable fonction ; l'insaisissabilité conventionnelle qu'elle constitue n'est pas alors choquante dans la mesure où la propriété pour soi implique la disponibilité des biens tandis que la propriété pour autrui implique l'indisponibilité des biens. Il s'agit donc d'un "petit patrimoine" au cœur d'un patrimoine aux contours indifférents. De la même façon qu'on a montré que l'idéal révolutionnaire s'incarrait non pas tant dans la propriété mais dans la "petite propriété", on mesure ici que l'idéal d'une vie honorable s'incarne dans ce "petit

⁶⁴Entretien P. Goetz, directeur juridique de la Banque populaire de Strasbourg : (après avoir reproché les techniques de division du patrimoine) "Je suis plutôt favorable à l'idée d'extraire certains biens du patrimoine saisissable, tel que l'a fait la récente réforme sur les procédures civiles d'exécution. Il est en effet normal de laisser à tout individu ce qu'il faut pour vivre."... "La réforme des procédures civiles d'exécution a humanisé les poursuites..." "Il faudrait avoir une vision horizontale et économique des choses : au-dessous d'un certain seuil, on ne doit pas saisir car les biens sont alors un minimum vital et tout le monde peut s'accorder sur cela." V. aussi entretien B. Monassier, notaire : "Grâce à son droit de gage général, la banque a le droit de saisir l'appartement d'un commerçant, mais il est difficile de le faire sans état d'âme car cela entraîne la mise à la rue de toute une famille."

⁶⁵V. G. Decocq, *Les objets insaisissables*, annexe V-1, spéc., p.2 s : "... saisir des biens, c'est rendre la vie (l'existence) impossible..." Sur ce lien du patrimoine et de la vie qui transcende l'alternative entre la personne et l'activité, v. *infra* n°140, *La pluralité diachronique de personnalités pour un même individu dans une vie constituée de moments*.

⁶⁶G. Decocq, *Les objets insaisissables*, préc., se référant à "un seuil de consommation sociale minimum pour ne pas être exclu du jeu social" (p.3) et concluant que "ce qui est un bien vital n'est pas biologiquement mais sociologiquement déterminé".

⁶⁷Entretien J.-L. Vatin, Banque de France, Commission administrative de surendettement : "La loi est faite pour lutter contre les dettes bancaires mais les dossiers contiennent des dettes de tous ordres, notamment HLM et EDF. Il s'agit bien souvent beaucoup moins de surendettement que de pauvreté sauf s'il s'agit de dettes d'origine professionnelle."

patrimoine" inexpugnable, inviolable et sacré, gouverné par un autre fondement et d'autres règles que ce qui l'englobe. On retrouve cette configuration dialectique entre l'individu et le collectif, entre l'égoïste et l'altruiste dans le phénomène de la réserve héréditaire⁶⁸, à la périphérie de laquelle se situe la quotité disponible, laquelle seule peut permettre l'exercice d'une volonté purement égoïste de l'auteur. On observe d'ailleurs qu'en contrepoint, pour ne pas dépendre en conséquence de la volonté purement égoïste de l'enfant, la pratique élabore des sortes de "réserve parentale"⁶⁹.

L'analogie entre biens insaisissables et réserve héréditaire se poursuit encore en ce que cette division du patrimoine résulte d'une volonté de la loi et non en principe d'une convention. En cela, alors qu'ils sont l'illustration d'une division patrimoniale de fait, ils constituent une entrave à une division conventionnelle radicale, telle que l'organise la fiducie car ils limitent la disponibilité du patrimoine à la volonté des titulaires. Il en est particulièrement ainsi de la réserve héréditaire qui, gelant le cœur du patrimoine, empêche sa division par compartiment⁷⁰.

⁶⁸Entretien G. Bellargent et J.P. Delpuech, notaires : "La constitution d'une ou plusieurs sociétés pour les activités à risques sous-entend par ailleurs un patrimoine familial de réserve et de précaution, sorte de "poche patrimoniale" de sécurité telle que celle du droit successoral de la réserve".

⁶⁹Entretien G. Bellargent et J.P. Delpuech, notaires : "Les parents ont pour souci de conserver en quelque sorte une "réserve patrimoniale conjugale" pour assurer leur sécurité économique et financière, le reste étant distribué aux enfants. L'opération se réalise par donation ou donation-partage puis adoption de la communauté universelle avec attribution au survivant. Ainsi, on recrée un patrimoine partagé. L'usufruit conservé ou des sociétés civiles peuvent établir un pont patrimonial entre parents et enfants. Ces structures permettent une transmission étalée dans le temps. Economiquement la "réserve parentale" est en quelque sorte symétrique de la réserve successorale des enfants".

⁷⁰Entretien G. Bellargent et J.-P. Delpuech, notaires : "Le nouveau projet <de loi concernant la fiducie> mettrait de côté l'aspect transmission familiale, hormis la transmission des biens patrimoniaux sociaux des entreprises. Ce serait d'ailleurs cohérent car lorsqu'il s'agit de biens personnels, on se heurte à la réserve. On remarquera d'ailleurs que le trust ne s'est développé que dans les pays qui ne connaissent pas la réserve".

V. aussi entretien A. Pézard, conseiller juridique du directeur du Trésor : "En France, la notion de trust à l'anglo-saxonne paraît difficilement transposable, surtout en droit patrimonial de la famille. Les français sont très attachés au droit de la famille et à celui des successions. Les notions de réserve et de quotité disponible

48. Justification commune à la globalisation et à la division des patrimoines : lien entre personne et masse de biens. On observe alors que, là aussi et paradoxalement, les principes qui sous-tendent la règle de l'unicité du patrimoine trouvent leur correspondance. En effet, lorsqu'il s'agit de souvenir de famille, la constitution de fait d'un patrimoine se constitue car l'identité de la famille est en jeu. Lorsqu'il s'agit des biens insaisissables, il y a constitution de fait d'un patrimoine car c'est le fonctionnement de la famille qui est en jeu. Ainsi réapparaissent les deux critères du patrimoine : l'identité et le fonctionnement.

49. Dépassement de l'alternative entre unicité et division, par l'absence de localisation d'un bien dans un patrimoine. Mais c'est encore considérer le patrimoine comme, de fait et de droit, le lieu dans lequel se situent d'une façon nécessaire les biens : tous les biens sont dans un patrimoine et dans un seul et il n'existe pas de biens qui n'appartiennent à aucun patrimoine. Pourtant cette logique élémentaire n'est pas satisfaite par la réalité des choses.

Il existe en effet des situations paradoxalement intermédiaires, entre l'hypothèse de la division de patrimoine et celle de la réunification, consistant à ne pas choisir de localiser un bien dans un patrimoine ou dans un autre. Il s'agit plus particulièrement du mécanisme de la clause de réserve de propriété. En effet, si l'on examine la réalité du patrimoine à travers le droit comptable, on remarque que le bien objet d'une clause de réserve de propriété figure dans les deux comptabilités, celle du vendeur et celle de l'acheteur. Cela correspond d'ailleurs à la distinction classique de la propriété et de la détention.

50. Hypothèses de biens en lévitation ou de technique d'aller-retour, faussant la notion de patrimoine : les biens et les flux. La réalité économique et comptable de biens en lévitation, dont la présence est constatée dans deux patrimoines distincts, par

ne sont pas compatibles avec le trust.

Le jeu notamment de la clause de réserve de propriété, oblige à se demander si le patrimoine est une notion juridique performante pour traduire une réalité économique. On peut en effet considérer que la clause de réserve de propriété, comme le crédit-bail, portent atteinte à la fonction pratique de l'unicité du patrimoine⁷¹.

En effet, analyser la réalité économique à travers le patrimoine, c'est nécessairement traduire la réalité en termes de biens et de dettes, par exemple par les immobilisations. Or, la réaction économique ne se joue pas en termes de masse de biens mais en terme de flux, notamment de flux financiers. Cette dimension dynamique est particulièrement présente dans toutes les techniques de cession temporaire de valeurs, comme le prêt de titres, dont l'intérêt réside précisément dans le mouvement de sortie et de rentrée dans les patrimoines⁷². Dès lors, la notion de patrimoine, parce qu'elle est essentiellement statique, paraît un instrument faussé de mesure de la réalité.

51. La variation des conceptions patrimoniales suivant les branches du droit en cause : le statisme du couple "masse de biens-personne", issu du droit des biens. En outre, le décalage entre masse de biens et flux se retrouve à travers la distinction entre la comptabilité et le droit des biens. En effet, le droit des biens vise avant tout à identifier, classifier et situer les choses susceptibles d'appropriation. Le droit des biens relève le plus souvent de la cartographie et non de la gestion. En outre, le droit de propriété est au cœur du droit des biens et le droit classique développe lui-même une conception autarcique et statique de ce droit. Dès lors, le patrimoine tel qu'appréhendé à travers le droit des biens et lié à une notion très statufiée de la personne est empreint d'un même statisme. La propriété pour autrui que constitue la fiducie en ce qu'elle brise l'autarcie de la propriété, traduit un mouvement et met en corrélation deux patrimoines distincts n'y a guère de place.

⁷¹Y. Paclot, *Synthèse de droit des affaires*, préc., p.24 s.

⁷²*Ibidem*, p.27 s.

52. La variation des conceptions patrimoniales suivant les branches du droit en cause : l'évolution du droit comptable par rapport au droit des biens ; dynamisme du couple "flux-activité" et admission d'une propriété pour autrui. C'est alors du côté du droit comptable que l'on peut traduire juridiquement le mouvement des biens et leur existence non pas tant au regard de leur appropriation qu'au regard de la richesse qu'ils représentent. Le droit comptable traduit des valeurs plus qu'il ne localise des objets. Ainsi, le bien objet d'une réserve de propriété peut figurer dans le bilan du vendeur et de l'acheteur car il représente une valeur pour l'un et pour l'autre. La définition classique du patrimoine est malmenée par le droit comptable mais traduit plus fidèlement la répartition, l'organisation et la gestion des richesses⁷³. Dans cette perspective, la comptabilité associe le patrimoine au bilan et conçoit aisément autant de patrimoines que de bilans constitués⁷⁴.

On remarquera pourtant que l'on reproche souvent à la comptabilité l'immobilité de la photographie de l'entreprise qu'elle représente. Ainsi, la comptabilité ne rompt pas le lien entre personne et patrimoine, alors que le droit financier fait prévaloir nettement les flux sur les personnes. C'est une des raisons pour lesquelles la notion

⁷³Sur la transparence servie par la technique du bilan, en opposition à l'opacité que permet le patrimoine lorsqu'il s'associe à la vie privée, v. *infra* n°61, *Définition essentielle du patrimoine à travers le droit de gage général du créancier*.

⁷⁴Entretien E. Delesalle, expert-comptable, commissaire aux comptes : "Le patrimoine, c'est tout ce qu'on doit trouver dans le bilan... Le bilan détermine un périmètre, celui du patrimoine. Les experts comptables rattachent la notion de patrimoine à celle de bilan. Les personnes physiques peuvent avoir plusieurs bilans, donc plusieurs patrimoines : un bilan personnel et un bilan d'entreprise. En ce sens, le droit comptable et le droit fiscal ignorent le principe de l'unicité du patrimoine.: il existe plusieurs patrimoines fiscaux et comptables pour une même personne physique : un patrimoine personnel et un ou plusieurs patrimoines professionnel (patrimoines d'affectation)".

V. cependant entretien P. Ducoroy, expert-comptable : "Certes on pourrait considérer que le "droit comptable" a créé un patrimoine d'affectation depuis que les articles 8 et suivants du Code de Commerce énoncent que le commerçant ne doit tenir de livres que pour enregistrer les opérations afférentes à son entreprise à l'exclusion de ses opérations personnelles. Mais il ne s'agit là que d'un patrimoine d'affectation "comptable" dont l'existence est sans conséquence directe sur la consistance des biens venant en garantie du paiement de telle ou telle créance."

de patrimoine cherche aujourd'hui à se détacher de la notion, statique, de personne, pour s'affilier à la notion, dynamique, d'activité⁷⁵.

53. La variation des conceptions patrimoniales suivant les personnes en cause. Sans aller encore jusqu'à considérer que le patrimoine est la déduction en termes de biens d'une activité spécifique, son importance dans les relations économiques, y compris celles des particuliers, remet en cause les distinctions classiques du droit pour mettre en valeur d'une façon première la distinction à opérer entre les créanciers et les débiteurs.

2. La *summa divisio* des créanciers et des débiteurs

54. La pertinence trompeuse de la distinction du droit civil et du droit commercial. L'activité économique de gestion et d'entreprise, mettant en action le mécanisme patrimonial, par le jeu des subrogations réelles et le droit de gage général des créanciers notamment, semble concerner plus particulièrement l'action expressément commerciale, telle qu'on la rencontre dans les entreprises, quelle que soit leur forme. Le patrimoine aurait une autre signification pour l'action simplement économique des particuliers, qui n'utilisent pas le patrimoine afin de soutenir une entreprise risquée et profitable. Or, le système juridique traite très différemment les activités des uns et des autres, par application mécanique de la distinction du droit civil et du droit commercial. Dès lors, une conception statique du patrimoine correspondrait au droit civil et une conception plus dynamique du patrimoine correspondrait au droit commercial.

55. L'inefficacité de la distinction : la double vie des personnes. Mais cette distinction entre les branches du droit manque de

⁷⁵V. *infra*, n°102, *Le patrimoine et la perspective de gestion des actifs*.

pertinence dans la mesure où tout d'abord, ce sont les mêmes individus qui, suivant qu'ils sont dirigeants d'entreprises ou consommateurs, agissent économiquement⁷⁶. L'extension considérable que la jurisprudence a donnée à la notion de consommateur, afin d'en faire bénéficier le professionnel d'une spécialité différente de celle de son cocontractant, atteste d'ailleurs la porosité, à tout le moins, de la distinction. Ainsi, le droit de la consommation pénètre le droit commercial et la distinction entre les branches du droit n'est plus guère opératoire.

56. L'inefficacité de la distinction, y compris concernant les personnes morales. Certes, la remarque perd de sa force concernant les personnes morales, au-delà de la distinction entre personnes morales de forme civile et personnes morales de forme commerciale, en ce qu'elles sont des formes instrumentales juridicisant les entreprises, lesquelles n'ont pas d'activités à proprement dites privées. Mais il ne faut pas d'une part sous-estimer la perspective pour une personne morale d'avoir une quasi vie privée (secret des affaires), des quasi droits de la personnalité (droit au nom, etc.) qui renforcent l'analogie avec les personnes juridiques physiques. D'autre part, l'activité économique est également à double face concernant les personnes morales, parce qu'elle sont tantôt créancières, tantôt débitrices, tantôt productrices de richesses, tantôt consommatrices de richesses.

57. Le patrimoine, comme traduction d'une relation économique conflictuelle. En outre, l'économie n'est pas un fait statique⁷⁷ mais un mouvement de biens entre des patrimoines : l'économie est un tissu de relations. Cette relation s'opère le plus souvent entre professionnel et consommateur. Dès

⁷⁶Sur l'incidence de la pluralité de vies dans une même vie, v. *infra* n°141, La pluralité synchronique de personnalités pour un même individu dans un temps où se juxtaposent plusieurs vies.

⁷⁷Pour l'influence de cet élément sur les frontières patrimoniales, v. *supra*, n°52, La variation des conceptions patrimoniales suivant les branches du droit en cause : l'évolution du droit comptable par rapport au droit des biens : dynamisme du couple "flux-activité" et admission d'une propriété pour autrui.

lors, c'est par une sorte de schizophrénie que le système juridique persiste à analyser le premier terme de la relation à travers le droit commercial et le second à travers le droit civil. Il en résulte des législations parallèles et autonomes, de droit commercial et de droit civil, pour régir une même relation.

De la même façon que l'on avait relevé l'utilisation stratégique du droit des sûretés face au droit des sociétés, on relève ici un autre type de jeu entre les branches du droit, dans un slalom entre le droit civil et le droit commercial.

58. Parallélisme regrettable d'une législation des débiteurs civils et commerciaux. C'est ainsi qu'aucune corrélation n'est faite entre les procédures collectives et les procédures de surendettement, alors qu'il s'agit toujours d'un débiteur aux prises avec des difficultés à honorer les engagements pris à l'égard de ses créanciers. Le droit de gage général des créanciers est ainsi mis en œuvre ou enrayé, suivant la politique législative choisie. Mais il convient alors à tout le moins qu'il y ait cohérence entre les branches du droit et prise en considération des mouvements entre les patrimoines.

59. Incohérence d'un système juridique traitant différemment débiteurs civils et commerciaux, alors que l'économie est un flux entre leurs patrimoines. Or, il peut y avoir contradiction entre les deux corps de règles concurrents, à partir d'un constat commun. En effet, il s'agit toujours de mesurer l'incapacité du débiteur, qu'il s'agisse du particulier ou de l'entreprise, de faire face au passif exigible par l'actif disponible. Mais le droit positif ne traite pas du tout de la même façon le débiteur civil et le débiteur commercial, pervertissant ainsi les relations économiques. En effet, dans le premier cas, la procédure de surendettement cherchera, dans le même temps que des accords avec les créanciers sont recherchés, à éliminer du circuit économique le consommateur inconséquent, tandis que, dans le second cas, la procédure collective cherchera, par élimination des droits des créanciers au

besoin, à conserver dans le circuit économique l'entreprise⁷⁸. Or, cela n'a guère de sens dans la mesure où le système économique repose précisément sur la relation entre l'un et l'autre, les flux entre les patrimoines étant constitutifs de la prospérité.

60. Pertinence sociologique de la distinction entre le créancier et le débiteur. Dès lors, il apparaît que la *summa divisio* en la matière est bien la distinction entre situation de créancier et situation de débiteur. Elle transcende la distinction entre activité privée et activité professionnelle, entre personne physique et entreprise. En effet, quelle que soit la personne intéressée, cette dernière se situera par rapport à la question du patrimoine, définira sa fonction, souhaitera sa division ou non, etc., suivant qu'elle est créancière, ou proche voire conseil des créanciers (notamment les établissements de crédit), ou suivant qu'elle est débitrice ou proche des débiteurs (commission de surendettement, juge consulaire, etc.). Le constat selon lequel existe une relation qui unit les deux termes⁷⁹ n'exclut en rien qu'il s'agisse d'une relation conflictuelle dans la mesure où les intérêts du créancier et du débiteur sont opposés : c'est autour du patrimoine que l'affrontement peut prendre forme⁸⁰.

61. Définition essentielle du patrimoine à travers le droit de gage général du créancier mais définition variable du patrimoine à travers le droit d'information du créancier . Cela tient au fait que le patrimoine est, avant toute chose, non pas tant l'émanation d'une personne - l'origine de la règle de l'unicité du

⁷⁸Entretien M. Rouger, président du tribunal de commerce de Paris : "Notre système juridique a en effet une démarche aberrante sur le traitement de l'insolvabilité. D'un côté, on cherche à maintenir à tout prix des entreprises dans le circuit économique de la production et de la distribution, tandis que de l'autre côté, par la loi du 31 décembre 1989 notamment, on élimine les personnes du circuit de la consommation. C'est une incohérence profonde."

⁷⁹V. *supra*, n°57, *Le patrimoine, comme traduction d'une relation économique conflictuelle*.

⁸⁰Entretien D. Airault, notaire : "Ce principe <de l'unicité du patrimoine> n'assure pas non plus une garantie suffisante au créancier, auquel il faut conseiller d'adopter "l'attitude d'Attila", profitant, autant que possible, de sa position de force."

patrimoine restant souvent confuse ou inexpliquée pour les personnes interrogées -, mais bien l'assiette du droit de gage général des créanciers. Quelle que soit la puissance du lien entre le patrimoine et son titulaire, l'unicité du patrimoine est une notion entièrement tournée vers les tiers⁸¹, à travers ce droit de gage⁸². C'est pourquoi, à leur égard, l'unicité a pour sens la globalité, cette globalité qui est prise en compte d'une façon première par rapport à l'unicité⁸³ parce qu'elle seule compte pour le tiers. On remarquera que cette conception d'une division en ce qui concerne le titulaire mais d'une globalité en ce qui concerne le tiers est caractéristique de tous les tiers, non seulement les créanciers mais encore, et par exemple, des commissions de surendettement⁸⁴.

Cela s'explique lorsque l'on mesure qu'il ne s'agit pas là d'une fonction mais de la définition même du patrimoine. Ce caractère mécanique du droit de gage général n'est d'ailleurs pas sans inconvénient, l'efficacité se trouvant mieux satisfaite par des mécanismes affinés, de nature

⁸¹Entretien M. Rouger, président du tribunal de commerce de Paris : "Le concept d' "unicité du patrimoine" n'est évoqué que par les ayants-droits, notamment les héritiers, les créanciers, l'Etat. L'unicité est une notion externe invoquée par les tiers alors qu'il n'y a pas d'unicité interne au patrimoine."

⁸²Entretien L. Boyreau, avoué à Bordeaux : "... l'unicité du patrimoine demeure une réalité par et pour les garanties."

⁸³Entretien A. Pézard, conseiller juridique du directeur du Trésor : "Sociologiquement, le patrimoine est davantage appréhendé en termes de globalité que d'unicité."

Entretien G. de Marliave et A. Feltz, C.C.F. : " Le mot " patrimoine " est, pour nous, un concept global, qui inclut un certain nombre d'éléments, de biens financiers, de biens immobiliers et divers, des liquidités. ... La question relative à l'unicité du patrimoine paraît obscure... Il s'agit d'un terme juridique qui ne nous parle pas. ... Les clients conçoivent bien cette garantie globale. "

Entretien A. de Puybusque, gestion de patrimoine, Banque Colbert : "Pour toutes les opérations que j'ai à connaître, je raisonne en terme de globalité du patrimoine et non d'unicité... Notre conception de la globalité du patrimoine fait que nous considérons qu'il n'y a qu'un seul patrimoine par personne ; mais en aucun cas, nous n'assimilons la notion de globalité à celle d'unicité."

⁸⁴Entretien J.-L. Vatin, Banque de France, Commission administrative de surendettement : "Pour le banquier, la garantie compte beaucoup, et il n'hésite pas à demander des cautions. La commission de surendettement a les mêmes réflexes et, traitant des situations compromises, elle considère le patrimoine dans sa totalité, actif et passif. Le problème se pose davantage peut-être en matière de régimes matrimoniaux, car il peut être justifié de préserver une partie des biens communs, comme il en est du bien de famille". Sur cette dernière question, v. *supra*, n°46, *La propriété familiale pour autrui*.

conventionnelle⁸⁵. En outre, la quiétude que le droit symbolique engendre chez le créancier est susceptible de le conduire à accorder du crédit inconsidérément⁸⁶, ce que les établissements de crédit français ont peut-être effectivement tendance à faire, tandis que les banques étrangères ne prêtent que sur gage spécial⁸⁷.

La consubstantialité entre patrimoine et droit de gage général⁸⁸ explique pourquoi la notion d'unicité du patrimoine n'affleure guère en droit public du fait de l'absence étonnante mais bien ancrée de voies d'exécution en la matière, alors qu'elle consacre la notion d'affectation⁸⁹. Cette conception des choses est d'autant plus accentuée que la personne interrogée est plus particulièrement chargée de gestion patrimoniale et analyse les flux plus que les biens. Mais cela n'est pas pour autant contraire au droit classique car le patrimoine apparaît dans le Code civil à travers ce droit de gage général. C'est la doctrine qui a construit a posteriori la théorie fondamentaliste du patrimoine, non sans se déformer elle-même à l'occasion de la transmission du dogme de l'unicité⁹⁰.

⁸⁵Entretien D. Airault, notaire : "La solution souhaitable devrait être recherchée dans un aménagement conventionnel du droit de gage. Ce serait la transposition d'une solution américaine, qu'avait proposée en France la *Republic city bank of New-York* qui s'engageait ouvertement envers ses clients, à ne pas utiliser son droit de gage général et se limiter aux biens gagés désigné par la convention. Un tel procédé permettrait de rendre maints services. De *lege ferenda*, il conviendrait de légaliser cette faculté pour un créancier de "délimiter son périmètre de dévastation. Cette solution conventionnelle serait particulièrement adaptée à la situation des banques créancières."

⁸⁶Entretien G. Bellargent et J.-P. Delpuech, notaires : "... il y aurait un "effet retour" au niveau d'un déplacement des responsabilités. L'unicité du patrimoine implique tout le patrimoine dans l'obligation, si mince soit-elle, ce qui a pour conséquence que les banques ont imprudemment diffusé le crédit. La réduction de l'assiette aux biens servant à l'activité, avec une publicité corrélative, amènerait les banques à être plus attentives et à mieux cerner l'assiette de leur garantie, plus réduite mais plus solide."

⁸⁷Sur le "cercle vertueux" que cela engendre, v. *infra*, n°111, Cercle vertueux allemand et cercle vicieux français.

⁸⁸Entretien J. Massip, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation : "Pour moi la conséquence essentielle du principe de l'unicité du patrimoine est le droit de gage général des créanciers."

⁸⁹Ch. Pichon et E. Baron, *Synthèse de droit public*, préc., p.1.

⁹⁰V. *infra* n°82, *L'invention doctrinale de l'unicité du patrimoine*.

A côté du droit de gage des créanciers, le patrimoine est susceptible de constituer un outil très précieux pour les créanciers, lorsqu'il prend la forme comptable d'un bilan : l'information sur la surface financière du débiteur. C'est pourquoi la perspective de division du patrimoine par le mécanisme de la fiducie trouble cette fidélité comptable⁹¹. On mesure alors l'avantage de cette version comptable du patrimoine que constitue le bilan par rapport à sa version purement civiliste. Il est vrai que cette transparence patrimoniale par le biais de la technique du bilan peut être maniée d'une façon trompeuse et attirerait ainsi indûment du crédit auprès de créanciers aveuglés par la seule perspective d'une unicité de patrimoine, gage fallacieux de limpidité, de confiance et de pureté des intentions. Cette utilisation perverse explique en partie l'imbroglie financier de "l'affaire Tapie"⁹². Il demeure que, d'une façon ordinaire, le bilan apporte une information que le patrimoine, s'il est privé de ce décalque, se refuse à donner. En effet, du fait de l'englobement du patrimoine dans la vie privée - étonnante intimité établie ainsi entre la personne et ses biens alors que le patrimoine se définit comme une distance... -, le droit civil étend un voile d'opacité sur l'ensemble des biens dont la personne en cause est titulaire⁹³. Cette opacité, généralement servie par les droits de la personnalité, sert le goût prononcé des Français sur le secret de leur patrimoine⁹⁴. Il est vrai que la jurisprudence, pour les hommes ayant des responsabilités économiques, et la loi, pour les hommes politiques, imposent la transparence des patrimoines mais ce sont là des exceptions concernant des personnalités dont on estime

⁹¹Entretien R. Genty, Directeur Banque de France : "L'adoption de la fiducie dans notre droit pose encore le problème de la gestion pendant l'opération fiduciaire de ce patrimoine d'affectation.... De plus le problème comptable reste tenace. Le bilan doit être une photographie fidèle et réelle de la société en raison des nécessités internationales de la vie économique."

⁹²B. Bourinet-Malaval et S. Moisdon, *Vie publique et patrimoine, la présentation du patrimoine de Bernard Tapie à travers la presse*, annexe V-5.

⁹³Cette opacité que Bernard Tapie revendiquera tout à coup, au nom de la vie privée, lorsque sa stratégie de la transparence aura perdu son efficacité. V. *ibidem*, p.8 s.

⁹⁴D. Gutmann, *Patrimoine et vie privée*, annexe V-3.

qu'ils doivent rendre des comptes. On relèvera d'ailleurs que les comptes sont alors rendus davantage aux médias⁹⁵ qu'ils ne le sont aux créanciers... Il n'en est pas ainsi pour les personnes ordinaires dont on considère paradoxalement qu'elles doivent garantir leur engagement sans aller jusqu'à laisser voir leur aptitude à le faire... Corrélativement, le droit de gage du créancier est en quelque sorte aveugle⁹⁶. L'éventualité d'une division du patrimoine par l'admission de patrimoine d'affectation accroîtra cette opacité⁹⁷. L'admission législative d'un mécanisme de division du patrimoine tel que la fiducie doit donc s'accompagner d'un système public et performant de publicité⁹⁸. Il pourrait éventuellement s'agir d'un registre des contrats, l'ampleur des renseignements qui y seraient portées devant être déterminé avec mesure⁹⁹. Il est vrai que l'établissement qui accorde le crédit exige conventionnellement une communication du contenu du patrimoine du candidat¹⁰⁰.

⁹⁵B. Bourinet-Malaval et S. Moisdon, *Vie publique et patrimoine, la présentation du patrimoine de Bernard Tapie à travers la presse*, préc., p.5 s.

⁹⁶D. Gutman, *Patrimoine et vie privée*, préc., qui évoque un "conflit de regards" (p.3).

⁹⁷ Entretien G. de Marliave et A. Feltz, C.C.F. : " On peut aussi opérer des distinctions de patrimoines, à fin de confidentialité désirée par l'un des conjoints à l'égard de l'autre. ".

⁹⁸Entretien P. Ducoroy, expert-comptable : "Bien sûr, rien n'empêche, de lege ferenda, de créer des masses de biens affectées à un objet ou une activité déterminée. Mais il semble alors nécessaire de préserver les droits des tiers en leur assurant des garanties sérieuses d'information. ".

Entretien V. Nahum, créateur et dirigeant d'entreprise : "... l'abandon du principe de l'unicité du patrimoine nécessiterait la mise en place d'une système efficace de publicité. ".

Entretien R. Genty, Directeur Banque de France : "La fiducie, telle qu'elle est présentée dans le projet de loi, est trop opaque. Ce manque d'informations va générer des conflits entre l'application du droit des biens et le droit des obligations. ".

Entretien L. Boyreau, avoué près la cour d'appel de Bordeaux : "Notre première réaction à l'égard de la fiducie c'est de la considérer comme un instrument de fraude. Sa transparence devra être efficacement assurée par des moyens de publicité. ".

⁹⁹ Entretien E. Laluet, avocat à Strasbourg : " Il faudrait constituer un registre *ad hoc* des contrats de fiducie. A l'heure actuelle, on peut imaginer un registre consultable sur le territoire français. On peut, par contre, limiter les droits d'investigation, quant au contenu du contrat, le créancier devant alors s'adresser au débiteur pour le connaître. La publicité ne doit donc viser que l'existence, le contenu n'étant révélé qu'avec l'accord du constituant. ".

¹⁰⁰Entretien E. Delesalle, expert-comptable, commissaire aux comptes : "Avec les nouvelles dispositions fiscales et comptables autorisant le recours à des bilans simplifiés ou dispensant d'établir un bilan (loi

62. Remise en cause du droit de gage général des créanciers, par la perspective de la fiducie. On comprend dès lors les réticences exprimées par les juristes face au principe de la fiducie, non pas tant parce qu'elle visait à constituer une masse de biens dont la propriété n'était plus nettement titularisée dans la mesure où il s'agirait d'une propriété pour autrui, mais parce qu'elle porte atteinte à l'assiette du droit de gage général. C'est alors les créanciers ou les professionnels gérant leurs intérêts qui s'en inquiètent. En outre, l'état de dislocation dans lequel est le droit des sûretés, notamment parce qu'il a été déformé et monté contre d'autres branches du droit, principalement celle des procédures collectives, ne supporterait sans doute pas bien l'adoption de ce nouveau procédé perturbateur que serait la fiducie-sûreté, susceptible de se retourner alors contre les créanciers eux-mêmes, principalement les banquiers¹⁰¹.

63. Distinction de la fiducie-gestion et de la fiducie-garantie, au regard du droit de gage général et des tensions entre débiteurs et créanciers.

Mais l'opposition entre créancier et débiteur autour du droit de gage général est plus complexe. En effet, lorsque la fiducie aboutit à une division des patrimoines sans création de personne juridique et a pour fin la gestion des biens, les créanciers du constituant s'inquiètent du

du 11 février 1994), on peut se demander comment y réagira la profession bancaire : s'il y a des bilans simplifiés pour l'administration fiscale, il est fort possible que les banques exigent des bilans plus complets pour accorder des crédits. Je considère comme illogique, et même choquant, le forfait fiscal qui dispense du bilan, alors que le bilan devrait être l'image fidèle du patrimoine."

¹⁰¹Entretien R. Genty, Directeur Banque de France : "... il n'est pas certain que la fiducie-sûreté soit un modèle idéal pour le maintien du droit de gage des créanciers. Les modèles traditionnels sont peut-être suffisants et la fiducie obligerait les banquiers à augmenter leur coût de crédit. De plus l'engagement d'un immeuble ne correspond pas au montant du prêt même en utilisant la technique fiduciaire : l'immeuble devient indisponible. Les banquiers risquent d'engager leur responsabilité dans des montages qui permettent de détourner les règles du droit de propriété. L'utilisation d'un patrimoine d'affectation apparait le plus choquant pour les entreprises en dépôt de bilan. Il s'agit d'un problème de confiance. Il faut renforcer la qualité d'exécution des garanties traditionnelles en évitant qu'elles soient primées par d'autres techniques alors que le créancier n'est pas informé de l'état de solvabilité de son débiteur. Rajouter une technique supplémentaire est inutile."

rétrécissement de l'assiette du droit de gage général. On observera que la fiducie-gestion est ainsi favorable au débiteur, dont les biens peuvent ainsi fructifier sans qu'il en prenne la charge ou lorsqu'il s'en révèle incapable.

Mais lorsqu'il s'agit d'une fiducie-garantie, laquelle entraîne la même division et le même rétrécissement susvisés, elle est approuvée par les créanciers. Cela se comprend essentiellement puisqu'il s'agit alors d'une nouvelle forme de sûreté, qui leur est profitable et dont les banquiers seront sans doute les premiers bénéficiaires. Il y a en effet une analogie très forte entre la fiducie-garantie et la technique des bordereaux Dailly¹⁰².

Cela démontre en premier lieu que la ligne de force, voire la ligne de tension, ne se situe pas dans une défense abstraite d'un droit de gage général réduit depuis bien longtemps comme peau de chagrin et peu apprécié de ses propres bénéficiaires, mais bien dans la défense des intérêts du créancier et du débiteur, ces deux termes opposés d'une même relation économique.

64. Difficultés corrélatives d'une organisation juridique unique pour la fiducie-gestion, fiducie du débiteur, et la fiducie-garantie, fiducie du créancier. Il apparaît ainsi nettement que la conception patrimoniale diffère, voire s'oppose, suivant qu'il s'agit du débiteur et du créancier, et observation faite que la fiducie-gestion est un mécanisme offert au débiteur tandis que la fiducie-garantie est un mécanisme offert au créancier¹⁰³. Cela est particulièrement illustré par

¹⁰²Y. Paclot, *Synthèse de droit des affaires*, préc., p.17 .

¹⁰³ Pour une illustration de ce miroir à double face, v. entretien M. de Barbeyrac, gestion de patrimoine, Crédit agricole : " L'unicité du patrimoine est perçue différemment selon que le gestionnaire de patrimoine a une " casquette bancaire " ou une " casquette industrielle ". Si l'on envisage le gestionnaire de patrimoine sous sa " casquette bancaire ", l'unicité du patrimoine est une réalité ; en face de lui, il y a une personne et un patrimoine. La gestion du patrimoine consiste alors à jongler entre les biens personnels et les biens professionnels. Lorsqu'on l'envisage sous sa " casquette industrielle ", c'est-à-dire qu'il prend un risque industriel, il devient compréhensible que le patrimoine qui lui sert de gage, soit limité au patrimoine professionnel du débiteur. "

V. cependant entretien G. de Marliave et A. Feltz, C.C.F. : " Pour une banque, on est en attente et de la fonction de gestion et de la fonction de garantie, car la banque n'est pas qu'un seul métier. La seconde succède d'ailleurs naturellement à la première. "

l'affirmation selon laquelle l'un des intérêts de la fiducie-garantie est d'éviter pour son bénéficiaire toute ingérence dans les affaires du débiteur¹⁰⁴. Il n'est pas alors de bonne politique législative de mêler les deux dans un unique mécanisme.

On observera d'ailleurs que le projet initial ne visait que la fiducie-gestion et que, malgré les mises en garde de la doctrine, par la voix notamment de Claude Witz, les aléas des différentes versions du texte a abouti à une telle confusion.

65. Fondements spécifiques de la fiducie-gestion au regard de diverses difficultés liées à une titularité particulière. La fiducie-gestion, qui a justifié principalement la perspective d'insertion de la fiducie dans le droit positif, a pour objet clair de compenser l'inadéquation d'un patrimoine avec sa titularité. Il peut s'agir d'une inadéquation particulière dans la mesure où le premier titulaire n'est pas en mesure d'assurer la prospérité des biens. C'est que la fiducie-gestion paraît un complément très heureux du droit des incapacités. En cela, la fiducie peut constituer le temps d'un passage, passage de l'enfant à l'adulte, passage d'une entreprise entre deux générations. L'impératif grandissant de flexibilité du droit, qu'on l'approuve ou non, appelle l'adoption de ce mécanisme de transition.

Ainsi, la fiducie-gestion est un mécanisme en faveur du propriétaire initial, en lui permettant notamment de n'être pas défavorisé dans sa position de débiteur.

66. Fondements spécifiques de la fiducie-gestion au regard de diverses difficultés liées au principe même de la titularité. Plus radicalement encore, il peut s'agir d'une inadaptation de principe. Il en est particulièrement ainsi pour les œuvres d'art. On conteste en effet l'aptitude de l'art à la propriété : l'œuvre d'art étant déjà par définition incarnée par son créateur, elle résiste par essence à la propriété privée,

¹⁰⁴Entretien D. Airault, notaire : "Pour le banquier, se serait une excellente manière de ne plus se voir reprocher son ingérence dans les affaires du débiteur".

telle que définie par la puissance du propriétaire. Dès lors, la technique de la fondation, sorte de propriété pour autrui, proche du mécanisme de la fiducie, est la plus appropriée. On connaît son développement dans les pays anglo-saxons et, par la fiducie, l'admission d'une masse de biens gérée sans la dimension psychologique du pouvoir donné par l'appropriation pourrait ouvrir de telles perspectives. Ainsi, la fiducie-gestion est un mécanisme en faveur de la masse de biens concernée.

67. Difficultés propres à la fiducie-garantie en l'état des rapports entre financement et garanties. Mais la fiducie-garantie s'oppose à la fiducie-gestion car la fiducie-garantie est un mécanisme en faveur du créancier. En effet, la propriété est sociologiquement, et sans doute juridiquement, une garantie. Ce sont les banquiers qui bénéficieront alors d'un tel mécanisme. Mais cela peut ne pas aller sans difficultés parce que les banquiers sont actuellement dans une position sociologique délicate¹⁰⁵. Cela tient aussi au fait que le droit des sûretés, actuellement contaminé par le droit des difficultés des entreprises, et qu'il est très délicat de modifier ainsi, même si c'est par un enrichissement, car on ne peut mesurer vraiment quels effets secondaires cela est susceptible d'entraîner dans les différentes branches du droit concernées¹⁰⁶. Cela est d'autant plus à prendre en considération que la société française se caractérise par une opposition, économique mais aussi idéologique, entre créancier et débiteur.

68. Spécificité sociologie française de l'opposition délétère entre débiteur et créancier. On pourrait certes considérer que ce qui est favorable au créancier l'est également au débiteur, dans le mesure où ils sont rapprochés l'un de l'autre par le crédit, comme un couple nécessaire. Mais il s'agit bien plutôt, d'une sorte de couple infernal, animé d'une tension

¹⁰⁵V, par exemple, entretien E. Laluet, avocat : " On aura alors tout simplement construit un instrument de plus au service d'une seule des parties : la banque ". V. aussi supra n°37, *Situation paradoxale du banquier : puissance et isolement.*

¹⁰⁶V. supra n°32, *Droit des sûretés et personnalité morale.*

perceptible dans chacun des entretiens menés dans le cadre de cette étude¹⁰⁷.

Il avait été montré lors d'une précédente recherche du Laboratoire de sociologie juridique en matière de procédures collectives¹⁰⁸ que cette opposition radicale entre créancier et débiteur, mise en exergue par la loi du 25 janvier 1985, était une spécificité française, le droit anglo-saxon ayant une conception moins belliqueuse des choses. On en retrouve une trace indéniable et renouvelée en matière de patrimoine, ce qui se conçoit davantage dans la mesure où le patrimoine est ce que le débiteur offre en pâture à ses créanciers méfiants, la prise de sûreté notamment étant déjà le signe du soupçon et du conflit d'intérêt. En résulte un cercle vicieux et destructeur où les branches du droit sont utilisées les unes contre les autres comme autant d'armes¹⁰⁹. L'organisation systémique du droit en est détériorée.

Ainsi, toute réalité et toute notion changent de figure suivant qu'elles sont vues par les créanciers ou par les débiteurs. Cela en complique certes la tâche du législateur et du juge, toujours à la recherche de l'équilibre. D'une façon plus particulière, le créancier ou son conseil limiteront la description du patrimoine aux éléments actifs qui le composent et qui sont aptes à offrir une garantie. De

¹⁰⁷Par exemple, entretien P. Ducoroy, expert-comptable : "D'une manière générale, on peut observer que la législation actuelle a tendance à organiser la protection du débiteur au détriment du créancier. ... Le principe de l'unicité du patrimoine paraît être de nature à freiner cette tendance et ce, au bénéfice des créanciers ordinaires". ou Entretien Pierre Goetz, directeur juridique d la Banque populaire de Strasbourg, à propos de l'admission d'une insaisissabilité d'un minimum vital : "Mais dans une vision verticale, on ne pourra obtenir un tel consensus car débiteur et créancier s'opposent, bien sûr, sur l'opportunité du droit de gage général du créancier."

Entretien A. Pézard, conseiller juridique du directeur du Trésor : "Il y a un rapport de force. L'idéal tend à établir des relations contractuelles appropriées et équilibrées. Même si les sanctions existent actuellement dans notre arsenal juridique, elles n'apparaissent que dans un sens. Trop souvent la transaction n'est pas équilibrée."

¹⁰⁸Rôle et statut des professionnels dans les procédures collectives de différents pays d'Europe (Allemagne, Angleterre, Belgique, Espagne, France, Italie), 1993, préc.

¹⁰⁹Entretien G. Bellargent et J.P. Delpeuch, notaires : "Depuis 10 ans, on est dans un système vicieux, en ce sens qu'on veut protéger pour toutes sortes de motifs les débiteurs (cf. réforme de la faillite). On étend les actifs non saisissables pour que le débiteur puisse se reprendre. Mais cela ruine le crédit (or, le créancier est aussi débiteur). On amoindrit l'efficacité des sûretés."

la même façon, les personnalités en charge d'organiser la gestion patrimoniale ne se réfèrent qu'aux actifs. Cela entame la définition même du patrimoine, lequel a pour caractéristique de mettre en corrélation l'actif avec un passif, ici passé sous silence¹¹⁰.

Mais s'il est vrai que les personnes interrogées se réfèrent à la fonction économique et financière de garantie pour définir le patrimoine, avec la perspective sous-jacente et permanente, de l'opposition débiteur-créancier, on peut relever de la part de nombreuses personnalités une référence explicite ou non au principe juridique de l'unicité du patrimoine.

B. LA RÉFÉRENCE INTÉRIORISÉE PAR LES JURISTES AU PRINCIPLE D'UNICITÉ DU PATRIMOINE

69. Intériorisation du principe de l'unicité du patrimoine. La règle la plus intériorisée est celle qui n'est pas exprimée, pas même clairement perçue ni justifiée, mais qui est le point de départ nécessaire des opinions exprimées. Cela semble bien être le cas pour la règle de l'unicité du patrimoine, souvent rapidement énoncée par la personne interrogée sans être remise en cause ni ses fondements clairement articulés (1). Cela permet à cette occasion de mesurer l'effet doctrinal sur les juristes (2).

1. L'affirmation de la règle sans l'articulation de ses fondements

70. Difficultés des personnes interrogées à définir le patrimoine. La menée des entretiens a souvent été entravée par le fait que la personne interrogée était souvent dans l'incapacité de

¹¹⁰Pour la prédominance du contenu du patrimoine par rapport à l'université juridique, v. *infra* n°75, Remise en cause sociologique de la distinction du patrimoine et de son contenu.

définir, même dans des termes non nécessairement juridiques, ce qu'était un patrimoine. Il n'est d'ailleurs pas sans pertinence de relever que le plus souvent, la personne interrogée se comportait souvent comme un étudiant pris en faute et mécontent de n'avoir pu répondre correctement à une question de professeur. Ce réflexe universitaire est un premier indice de la persistance de cette relation entre professeur et étudiant, cette réminiscence de l'activité pédagogique¹¹¹.

71. Facilité à émettre la règle de l'unicité. Mais en revanche l'émission de la règle selon laquelle une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, avec en corrélation le fait que pour obtenir un résultat différent, il faut contourner la règle si on peut légitimer ce non-respect¹¹², est faite sans difficulté. Il y a ainsi référence nette et aisée à une conséquence technique d'une définition du patrimoine pourtant oubliée. Cela tient sans doute au fait que l'énoncé de l'unicité du patrimoine est beaucoup plus facile et simple à formuler que ne l'est l'énoncé de la définition du patrimoine. En outre, le seul fait qu'il s'agisse d'un principe - et tant qu'on ne s'aventure pas dans le maquis des exceptions - postule sa simplicité. Cela est relevé dans les entretiens comme un mérite à part entière¹¹³. Il apparaît

¹¹¹V. *infra* n°84, *La puissance de la doctrine à travers l'activité pédagogique*.

¹¹²V. *supra* n°23 s., *La plasticité du lien entre patrimoine et personne*.

¹¹³Par exemple, entretien M.-L. Goyet, conseiller de la Cour d'appel de Colmar : "L'avantage le plus clair de la règle, de mon point de vue, c'est sa simplicité. Multiplier les patrimoines, chercher à les isoler les uns des autres ne peut que contribuer à créer du contentieux".

V. aussi entretien J. Massip, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation : "Le principe de l'universalité du patrimoine a des avantages non négligeables dont celui de la simplicité. Il évite d'avoir à régler le complexe problème des frontières qui se poserait entre d'éventuels patrimoines d'affectation. Il serait regrettable de rencontrer, dans ce domaine, les difficultés qui existent souvent en matière de régimes matrimoniaux où il est parfois délicat de déterminer les pouvoirs respectifs des époux sur certains biens dans les régimes séparatistes."

V. cependant entretien B. Monassier, notaire : "Un autre avantage avancé est la simplicité car la création de patrimoines d'affectation pose le problème des frontières. ... Je ne pense pas que la mise en place d'un système lourd soit un inconvénient car cela oblige les gens à s'informer et à connaître toutes les obligations et les conséquences de leur choix."

dès lors que l'unicité du patrimoine relève bien de ce que l'on appelle la "culture juridique générale", éléments et définitions élémentaires intériorisés par les juristes.

72. Difficulté à justifier le principe de l'unicité du patrimoine : perspective première de la distinction entre la théorie et la technique.

Mais la raison pour laquelle il ne peut y avoir qu'un seul patrimoine, à savoir un lien consubstantiel entre la personne et des biens¹¹⁴, n'est que très rarement énoncée.

On avait pu soutenir que, dans la matière qui nous occupe, la distinction de la théorie et de la pratique ne doit pas être retenue¹¹⁵. Mais l'on en trouve ici des traces, observation faite qu'il convient sans doute de distinction pratique et technique.

En effet, ce qui relève de la théorie, à savoir la définition et les fondements, n'est pas spontanément retrouvée tandis que ce qui relève de la technique, à savoir la règle même de l'unicité, est parfaitement disponible à l'esprit des personnes interrogées. Mais il convient de relativiser cette première interprétation car on observe dans un second temps l'énoncé d'une justification, si ce n'est un fondement, à travers la garantie qu'offre l'unicité du patrimoine.

73. Justification instrumentale du principe : évocation du principe de l'unicité du patrimoine à travers la fonction de garantie.

Ce qui est plus aisément rappelé, c'est la fonction de garantie que joue le patrimoine au bénéfice des créanciers¹¹⁶. Certes, la fonction de garantie ne saurait équivaloir à un véritable fondement, dans la mesure où l'assiette patrimoniale peut être plus ou moins large au bénéfice du créancier. Ainsi, la fonction de garantie n'est pas affectée dans son principe par le jeu de la division ; elle ne s'en trouve qu'amoindrie. C'est donc le patrimoine, dans son existence,

¹¹⁴ Synthèse de philosophie du droit, préc. et supra, n°12, *Analyses historique et philosophique du principe de l'unicité du patrimoine.*

¹¹⁵ V. supra n°16, *Absence de pertinence de la distinction entre la théorie et la pratique.*

¹¹⁶ V. supra, n°61, *Définition essentielle du patrimoine à travers le droit de gage général du créancier.*

par l'impératif de titularité et par le droit de gage des créanciers, qui a pour fondement la garantie. Et non nécessairement l'unicité du patrimoine qui n'a pas d'effet direct sur un tel dispositif, ne jouant que sur le contenu du patrimoine, dont on sait qu'il convient de ne pas le confondre avec le patrimoine lui-même.

74. Justification quantitative de l'unicité du patrimoine liée à la garantie, par opposition au fondement qualitatif de l'unicité liée à la personne. On observera qu'un tel raisonnement n'est pas suivi par les personnes interrogées puisque le lien est opéré entre unicité et garantie. Il faut donc en conclure qu'en réalité ce qui est considéré, c'est le contenu du patrimoine, lequel doit contenir le plus d'actifs possibles pour satisfaire les créanciers et le crédit. On relèvera qu'il s'agit d'une justification de type quantitatif, tandis que la référence à la personne titulaire est par définition de type qualitatif. On relèvera que cette préférence pour le quantitatif au détriment du qualitatif est une marque de l'évolution du droit actuel, notamment du droit des rapports économiques, à travers la technique des seuils notamment. Cela montre aussi que le droit cherche à appréhender la réalité par masses et non par unité abstraite.

75. Remise en cause sociologique de la distinction du patrimoine et de son contenu. Cet état des choses doit être confronté par la définition même du patrimoine, expliquant ainsi pourquoi cette dernière vient si peu spontanément à l'esprit. En effet, le patrimoine se définit comme une universalité juridique distincte des éléments qui le composent et apte à mettre en corrélation l'actif et le passif. Dès lors que les personnes interrogées visent directement les biens sans passer préalablement par le patrimoine qui les contient et ne se réfèrent généralement qu'aux actifs et non aux dettes¹¹⁷, on peut affirmer que le patrimoine n'est pas perçu

¹¹⁷Entretien B. Monassier, notaire : "Le patrimoine est l'ensemble des actifs possédés par une personne physique ou morale. Je considère économiquement que le patrimoine est le solde net de l'ensemble des actifs auxquels les éléments de passifs ont été déduits. Si le passif se révèle à l'actif, je considère que la personne n'a pas de

dans sa distinction avec la masse des actifs qu'il contient et à laquelle il ne se limite pas ; il n'est donc pas perçu dans sa définition elle-même.

76. Absence de pertinence de la distinction entre théorie et technique : la transformation instrumentale de la démarche doctrinale. Mais, d'une façon plus générale, cette façon d'appréhender les concepts juridiques, vers les fonctions plus que vers les fondements - ou plutôt les fonctions suppléant les fondements et en faisant office - , de privilégier l'aval à l'amont, n'est pas une démarche opposée à la démarche doctrinale. Elle est simplement la marque de son évolution. C'est ainsi que l'instrumentalité de la règle de droit¹¹⁸ s'accompagne d'une instrumentalisation de la doctrine, laquelle adopte à son tour des définitions fonctionnelles. Dès lors, le comportement des personnalités interrogées est susceptible de rejoindre la doctrine. On peut même dire qu'il est essentiellement de type doctrinal, puisque l'unicité du patrimoine est présentée et ressentie comme un dogme.

77. Affirmation paradoxale du caractère doctrinal des comportements : l'unicité du patrimoine comme dogme. En effet, si la division du patrimoine d'une seule personne - et le recours à la personnalité morale est immédiatement évoquée alors que nous avons vu qu'il ne s'agissait là que d'une utilisation optimale du lien conservé entre le patrimoine et la personne¹¹⁹ - n'apparaît pas comme concevable, sans que pour autant le principe soit nettement perçu dans ses origines et ces manifestations, nous avons donc bien affaire à un "dogme". La puissance du dogme est suffisante pour que la réalité soit manipulée par fiction afin d'y être conforme: il en est ainsi de la fiction de la continuation de la

patrimoine."

Pour l'influence en la matière de la distinction des débiteurs et des créanciers, v. *supra* n°68, *Spécificité sociologique de l'opposition délétaire entre débiteur et créancier.*

¹¹⁸V. *supra* n°3, *Adéquation de la règle législative à la réalité économique.*

¹¹⁹V. *supra*, n°25, *Analyse de la personnalité morale comme application habile du principe de l'unicité.*

personne du défunt en droit des successions¹²⁰. On mesure à ce propos le lien très étroit en méthode juridique entre démarche dogmatique et utilisation des fictions, lesquels constituent une constitution théorique du droit applicable. L'approbation ou la récusation des deux vont d'ailleurs souvent de pair.

78. Autosuffisance du dogme par rapport à toute justification et tout fondement.

Ce dogme auquel font références les discours et les études officielles est effectif dans la mesure où il y a autosuffisance de la référence au principe sans que l'on remette en cause le principe, - même s'il convient d'en regretter l'existence - ou exiger plus avant d'explication quant à son existence. L'unicité du patrimoine est donc chez les juristes un dogme solidement intériorisé, non justifié mais à partir duquel tous les raisonnements, fussent-ils de légitimation d'exception, s'organisent. Ainsi, non seulement l'exception ne peut prétendre s'imposer sans justification, mais son domaine naturel est nécessairement limité¹²¹. Ce sentiment d'exception attaché à une division du patrimoine peut être traduit par sa désignation comme une fiction¹²², ce qui entraîne les mêmes effets logiques.

Il demeure que le dogme s'effrite, ne serait-ce qu'en raison de la perspective adoptée par les personnes non-juristes qui ignorent l'unicité du patrimoine¹²³.

79. L'importance logique et pratique des dogmes en droit. Le terme même de "dogme" évoque une analogie entre droit et religion

¹²⁰H. Nico, *La réalité de l'unicité du patrimoine en droit des successions*, préc., p.7 s.

¹²¹Entretien B. Ballot-Léna, chef d'entreprise, juge consulaire : "Si l'on va au fond des choses, le principe d'unicité du patrimoine est l'un des éléments les plus importants d la personne humaine, c'est un principe base." ... "Si la fiduciaire voit le jour, il faudrait qu'elle demeure une législation d'exception".

¹²²Entretien P. Goetz, directeur juridique de la Banque populaire de Strasbourg : "Quant au rattachement de ce patrimoine à une personne donnée, j'estime qu'il n'est pas sain de distinguer au travers d'une fiction juridique le patrimoine personnel du patrimoine professionnel".

¹²³V. *infra* n°131, *Décalage entre notion juridique et notion commune du patrimoine*.

et met en œuvre pour l'un comme pour l'autre le phénomène de la croyance.

En tout cas, le dogme peut se définir comme une affirmation qui s'impose normativement sans avoir à se justifier. Il y a dispense de prouver le fondement ou d'argumenter dans le sens d'une quelconque justification. Comme les postulats pour les raisonnements mathématiques, ce sont à partir des dogmes que machinerie juridique fonctionne. Ils en sont une sorte de moteur immobile. Il paraît impossible de concevoir un système se dispensant de telles affirmations qui fondent mais qui ne sont pas elles-mêmes explicitement fondées et soumises à une exigence probatoire. La norme fondamentale de Kelsen apparaîtrait ainsi comme un dogme. Le contenu du dogme est ainsi indifférent à son statut.

Mais, plus concrètement, il convient d'observer qu'on ne peut guère en pratique se passer des dogmes parce qu'ils permettent l'interprétation par référence et la réalisation du droit. Ainsi, si le "dogme de l'unicité du patrimoine" était abandonné, il conviendrait d'en substituer un autre, sauf à souffrir d'effet de système, telle que l'imprévisibilité des solutions particulières¹²⁴.

80. Les conditions sociologiques d'existence des dogmes en droit. Il est certes difficile de répertorier les différents dogmes qui existent d'une façon centrale ou périphérique, tels que l'autonomie de la volonté, l'égalité des actionnaires, etc., et plus encore hasardeux de chercher à en mesurer la puissance et la portée.

On peut cependant, à l'occasion de cette recherche particulière, poser comme conjecture qu'un dogme existe dans le système juridique à deux conditions alternatives. Soit chacun est d'accord sur l'existence ou l'opportunité du contenu de la règle, ce qui dispense de fonder explicitement le fondement, soit la référence dogmatique est si profonde que l'explicitation d'une contestation ouverte reste à venir. On peut ainsi distinguer une situation positive,

¹²⁴Entretien M. Rouger, président du tribunal de commerce de Paris : "D'une façon générale, il faut passer par les principes, c'est le seul moyen d'avoir une analyse juridique exhaustive de ce qu'est le patrimoine".

constituée par l'adhésion à la règle, et une situation négative, constituée par l'absence de conscience de la règle, qui exclut d'autant sa contestation. Paradoxalement, si la seconde situation est signe d'une moindre adhésion, elle est néanmoins plus solide que la première car l'enracinement dans cette sorte d'inconscient collectif juridique est plus profond.

81. L'effritement des dogmes en droit et la résistance plus grande des dogmes implicites par rapport aux dogmes explicites. Il est hasardeux de mesurer l'effectivité des dogmes et, après en avoir dressé la liste probable, il conviendrait sans doute de mener pour chacun d'eux une enquête semblable à la présente. Mais l'on peut supposer que la première sorte de dogme est en régression dans la mesure où, en droit comme dans la société, si le consensus semble de mise et suffire à suppléer le fond, l'adhésion spontanée à des normes communes s'effrite et la controverse s'installe entre fondamentalisme, modernisme, etc. Ainsi, les dogmes les plus résistants appartiennent sans doute davantage à la seconde catégorie et sans doute le sont-ils d'autant plus qu'ils sont reliés par l'activité pédagogique, voire qu'ils ont été façonnés par la doctrine pédagogique. On mesure ainsi que la contestation explicite du principe de l'unicité du patrimoine a été précocement mise en œuvre en doctrine, y compris du fait de la doctrine pluriciste¹²⁵. Il n'est pas indifférent de rappeler que la critique la plus forte semble avoir été menée par François Gény, professeur de droit dont la pensée est imprégnée de sociologie, qui s'insurge contre l'excès théorique de la conception du patrimoine par Aubry et Rau¹²⁶. C'est en cela que l'on peut rattacher la théorie du patrimoine de ces auteurs à la méthode kantienne du droit, ce qui accrut la critique formulée par François Gény¹²⁷. Ce mouvement qui ne s'est pas retrouvé à l'identique en pratique en fait de l'intériorisation du dogme.

¹²⁵Ch. Pichon et E. Baron, *Synthèse de droit public*, préc., p.3.

¹²⁶S. Geoffroy-Poisson, *Synthèse d'histoire du droit*, préc., p.11 s.

¹²⁷D. Gutmann, "La doctrine du droit de Kant et la théorie du patrimoine", *in Synthèse de philosophie du droit*, préc., p.1 s.

Ainsi, ce qui est remarquable concernant l'unicité du patrimoine, c'est que ce dogme a une origine, non pas textuelle ou jurisprudentielle, mais doctrinale, à travers l'ouvrage d'Aubry et Rau. On peut y voir la condition sociologique de sa persistance.

2. La mesure de l'effet doctrinal

82. L'invention doctrinale de l'unicité du patrimoine. L'unicité du patrimoine a été une affirmation, voire une invention¹²⁸ de la doctrine française, à travers la traduction opérée par Aubry et Rau du traité de Zacharie. On y retrouve les habitudes doctrinales d'élaboration des concepts, puisqu'il s'agit tout d'abord d'établir le lien entre la personne et l'ensemble de ses biens, droits et dettes puis, une fois acquise l'existence du patrimoine comme universalité juridique, projection de la personne, d'en tirer, par déduction, toutes les conséquences techniques, qui s'imposent alors avec la même force, et notamment l'unicité du patrimoine.

83. La référence paradoxale des juristes au principe de l'unicité. Ce qui est à première vue étonnant est que les personnes interrogées sont des juristes qui n'ont pas une activité universitaire. Le plus souvent, s'ils n'ont pas perdu tout contact avec la documentation juridique, celle-ci est de nature pratique. Pourtant, la transmission et la conservation des références doctrinales de ce type, telle la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, sont acquises¹²⁹, même si c'est pour reprocher à l'Université de bloquer toute

¹²⁸S. Geoffroy-Poisson, *Synthèse d'histoire du droit*, préc., p. 6 s.

¹²⁹V. cependant entretien B. Monassier, notaire : "Pour moi l'unicité du patrimoine est une hérésie qui est née dans la tête d'Aubry et Rau mai ce principe n'existe ni en fait, ni en droit.... Je ne comprends pas le principe de l'unicité du patrimoine. ... Je ne vois que des inconvénients à cette règle. ... Je souhaite donc la création d'un patrimoine d'affectation, comme je l'avais demandé en 1984. ... Je pense donc que ce projet de loi <sur la fiducie> est une brèche de plus dans le principe de l'unicité du patrimoine mais étant opposé à ce principe, je trouve cela tout à fait normal".

évolution et toute réforme¹³⁰. On remarquera que s'opère d'ailleurs à cette occasion un mécanisme de schématisation de la théorie par sa transmission successive : un meilleur respect de la théorie d'Aubry et Rau obligerait ainsi à une sorte de révision¹³¹. On serait particulièrement sensible à l'étude menée par René Sève sur ce thème : La conclusion de sa contribution est particulièrement importante : "Le seul point dur, si l'on peut dire, qui subsiste dans la "vraie" théorie du patrimoine de Zachariae, et qu'il exprime peut-être mieux que ses adaptateurs français, est le suivant : si une personne est titulaire d'une diversité de patrimoines, cela suppose qu'on établisse en elle une diversité de statuts correspondants."¹³². Dans un texte censé récuser par avance cette perspective, on ne saurait mieux préparer le terrain de la fiducie ... Et sans doute le reproche d'abstraction que l'on lui fit, notamment par la plume de François GénY, peut parfois être un mauvais procès car la présentation de la théorie initiatrice a conduit grandement à la radicaliser. Cela tient notamment au fait que la transmission a pris essentiellement la forme de l'enseignement oral dispensé par les professeurs - eux-mêmes séduits par cette collaboration étonnante et contrastée de quarante années entre Charles Aubry et Charles Rau¹³³ - à destination des étudiants en début d'études universitaires. C'est d'ailleurs "dans l'enseignement qu'Aubry et Rau se sont rencontrés ..."¹³⁴. On pourrait aller jusqu'à soutenir que la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau participe de la coutume orale juridique, forme de création juridique que

¹³⁰Entretien J.-M. Oudot, notaire : " ... il serait possible d'adopter un patrimoine d'affectation. Tous les professionnels concernés semblent le vouloir, et ce depuis longtemps, dans la profession notariale notamment. Mais la réticence semble être venue de l'Université, dont l'esprit des membres est formé au droit romain. La puissance de l'Université, en raison notamment de son prestige, même s'il est aujourd'hui moins sensible, a été longtemps un obstacle à la prise en considération d'une possibilité de réforme l'état du droit en la matière."

¹³¹R. Sève, *La théorie du patrimoine chez Aubry et Rau : une révision*, annexe V-7., qui évoque notamment "l'interprétation simplificatrice" et "une vision réductrice" de la doctrine d'Aubry et Rau (p.4).

¹³²*Ibidem*, p.7.

¹³³S. Geoffroy-Poisson, *Charles Aubry et Charles Rau (ou l'art de la construction juridique)*, annexe V-2.

¹³⁴*Ibidem*, p.7.

l'on croit aisément réserver à d'autres civilisations que la nôtre. Dans les discours articulés par les praticiens interrogés, il apparaît alors qu'il s'agit purement et simplement de la résurgence du cours de première année de droit civil suivi quelques 10, 20 ou 30 ans auparavant, indépendamment d'une quelconque activité doctrinale propre ou d'un intérêt pour les controverses universitaires..

84. La puissance de la doctrine à travers l'activité pédagogique. Il s'avère alors que le maintien de cette référence implicite mais solide à un principe doctrinal tient non à la puissance directe de la doctrine, qui n'attire guère l'attention en tant que telle, mais à la part qu'y accorde l'enseignement universitaire¹³⁵. Ainsi, l'unicité du patrimoine est une règle que l'on apprend au cours de l'apprentissage du droit des biens, souvent en première année de droit, le plus souvent accompagnée de la mention des auteurs Aubry et Rau, présentation que l'on retrouve dans les manuels de droit utilisés par les étudiants en droit¹³⁶. On observe alors un ancrage puissant de la doctrine dans les réflexions et les réflexes des praticiens, vers le souvenir conservé plus ou moins consciemment.

85. La concentration du discours des praticiens sur les exceptions au principe de l'unicité. Ainsi, on mesure tout d'abord que la doctrine a une existence effective dans le maniement du droit par les praticiens. Sa puissance est ici flagrante - même si cela n'est guère explicite ni ressenti comme tel -

¹³⁵V., par exemple, entretien P. Goetz, directeur juridique de la Banque populaire de Strasbourg : "Juriste de formation, je reste imprégné des notions classiques qui m'ont été enseignées. Aussi, appréhender l'unicité du patrimoine est pour moi appréhender l'universalité des biens - biens et valeurs d'une part, mais également passif ostensible ou masqué grevant ce patrimoine".

V. aussi entretien J. Massip, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation : "La définition que je donnerai du patrimoine et de l'unicité du patrimoine est celle que j'ai apprise à la faculté...".

Entretien F. Sarda, avocat : "Ce que j'ai appris à l'Université, c'est que pour avoir un patrimoine, il faut être une personne, et selon la fameuse théorie classique, une personne à un patrimoine unique."

¹³⁶Pour les manuels utilisés en dehors des facultés de droit, v. S. Schiller, *La présentation du principe de l'unicité du patrimoine dans les manuels pur la formation extra-universitaire*, annexe V-6.

dans la mesure où c'est quasiment sur la seule foi d'Aubry et Rau que les praticiens juristes élaborent une démarche de recherche d'exceptions. Cela confirme donc la règle.

86. L'enracinement du principe de l'unicité par répétition. On observe ensuite, par une sorte de *contrario*, que la doctrine ici considérée semble n'avoir d'influence qu'en ce qu'elle a été intégrée dans l'enseignement universitaire usuel, cours magistral ou manuels. Ce qui est désigné usuellement comme constituant le *corpus* de la doctrine juridique, telles que les thèses ou les débats contre universitaires actifs, doit être sérieusement nuancée, en tant que puissance doctrinale, au regard de cette "vieille doctrine", véhiculée par les professeurs. Elle est ainsi répétée, plus que comprise et rationnellement admise. Or, il est intéressant d'observer que la personne retrouvait face au professeur venu l'interroger et presque spontanément une position d'étudiant, ce qui n'est pas courant.

Ce phénomène de répétition est reproduit systématiquement par les juristes interrogés, même s'il s'agit immédiatement après d'égrener une kyrielle d'exceptions. Alors que la multiplication des exceptions met normalement en péril le principe, ce dernier reste néanmoins la référence première.

Dès lors, il apparaît que les praticiens du droit transmettent et respectent le dogme doctrinal en tant qu'ils sont d'anciens étudiants en droit. Nous verrons qu'il en sera très différent lorsqu'ils n'ont pas suivi ce type d'études¹³⁷. Ce qui est vrai pour ce principe là pourrait sans doute être confirmé pour d'autres règles, sauf à distinguer l'influence des règles d'origine doctrinale, comme ici, et les principes d'autres origines, pour mesurer l'influence de l'activité pédagogique sur leur enracinement. Cela montrerait sans doute le prix que l'universitaire, dans son enseignement, accorde lui-même à l'activité doctrinale, par rapport à l'activité législative, réglementaire ou prétorienne.

¹³⁷V. *infra*, n°116, L'absence de formation juridique des financiers et des gestionnaires.

87. La doctrine comme répétition et la doctrine comme autorité. Cette expérience permet de nuancer sérieusement la présentation que l'on fait généralement de la doctrine. On affirme en effet facilement que la doctrine est un phénomène d'autorité et que la puissance du discours tient dans l'autorité, le prestige, l'expérience de celui qui l'émet et dans la rationalité discursive de son contenu.

Or, en l'espèce, ce sont les relais pédagogiques de la doctrine qui lui ont assuré sa puissance, dans une relative indépendance de la pertinence du contenu et du prestige du professeur qui reprend l'affirmation. Certes, pour un étudiant de première année, il y a comme un "écrasement" du prestige doctrinal, le conduisant à mettre au même niveau leurs différents enseignants, notamment du fait de l'ignorance dans laquelle ils sont des activités spécifiquement doctrinales de ces derniers et en raison d'un prestige global d'autant plus acquis qu'il est indifférencié.

Ainsi, "Aubry et Rau" est comme une séquence figée¹³⁸ ; la connaissance de ces auteurs est plus qu'incertaine, et d'ailleurs non recherchée. L'autorité de l'enseignant, qui se réfère ainsi à l'occasion du cours magistral, de la séance de travaux-dirigés ou à travers les manuels, à la doctrine qu'on lui a lui-même inculqué, n'a que peu d'importance ; il s'agira donc davantage d'une autorité pédagogique que d'une autorité doctrinale au sens propre. En outre, on ne saurait affirmer que les personnes qui se réfèrent à la théorie en question soient convaincues de sa rationalité ou qu'elles émettent une exigence en ce sens mais elles en acceptent néanmoins l'augure.

88. Illustration de la puissance des études supérieures sur les comportements sociaux. De ce constat, l'on peut tirer deux conséquences sociologiques, l'une confirmant ce que la

¹³⁸S. Geoffroy-Poisson, *Charles Aubry et Charles Rau (ou l'art de la construction juridique)*, annexe V-2 : "Pour tous les juristes Aubry et Rau sont totalement indissociables : l'un ne peut être mentionné sans l'autre." (p.9).

sociologie des élites a déjà montré, l'autre propre au monde des praticiens du droit.

En premier lieu, on mesure l'importance persistante des études supérieures en France, toujours très investies par le corps social même s'il mesure que l'emploi n'y est plus nécessairement corrélé. Il y a donc une autonomie de la valeur des études supérieures, indépendamment de leur performance au regard du marché de l'emploi. En outre, en dépit du décalage entre connaissances enseignées et connaissances requises pour la profession, malgré l'obsolescence par ailleurs des connaissances techniques inculquées, l'adhésion définitive à ce qui est enseigné perdure.

On observera que, dans le système universitaire actuel, seuls les universitaires stricto sensu y enseignent ; or, ces derniers prétendent à une activité doctrinale indissociable de l'enseignement. Dès lors, l'enseignement est lui-même de type doctrinal et les étudiants en droit apprennent nombre de théories, dès la première année. En outre, le fait que l'enseignement de ce qui est ordinairement regroué sous l'enseigne de la théorie du droit soit situé en première année de droit accroît la prégnance des notions apprises précocement.

89. Conservation des principes enseignés précocement en raison de l'absence de formation continue constituée . Il faut ajouter à l'explicitation de ce phénomène étonnant d'une sorte de pérennité, l'immobilisme des études en France, constituant à clore l'apprentissage à la fin de la formation et d'en conserver ainsi une image "fossilisée", favorisant grandement cette conservation intacte de ce qui a été appris, même dans les premiers temps des études. Les études en Faculté sont pour le praticien un temps tout à la fois révolu et néanmoins ancré, les deux n'étant en rien incompatibles mais s'appuyant au contraire.

90. Perspective de changements, liés à la professionnalisation de l'enseignement supérieur. L'on peut estimer que l'ouverture de l'Université, ce que l'on appelle sa "professionnalisation",

et l'admission de professeurs associés venus de la pratique pourraient modifier les choses, le praticien enseignant des mécanismes juridiques, les instruments, plus que les théories, les fondements. Mais il est difficile de mesurer les conséquences de cette évolution à peine amorcée. En outre, on peut se demander si, dans un premier temps au moins, les professeurs associés n'auront pas tendance à vouloir imiter les professeurs "de souche" et ne prendront pas soin de conserver ces références à la doctrine classique, même si cela constituera moins un réflexe.

91. Manifestation de la culture juridique commune. L'ensemble de ces observations permet de mesurer qu'il existe bien une culture juridique générale dans laquelle évoluent tous les discours, les plus instrumentalisés soient-ils. La théorie de l'unicité du patrimoine en fait partie. Or, l'existence de cette culture juridique générale est le plus souvent déniée par les juristes, notamment en ce qu'elle serait liée à la théorie, théorie que l'on estime inutile, voire entravante dans l'action. Cela tend à corroborer les importantes recherches, notamment historique, autour de l'existence d'une culture juridique commune, apte notamment à former la base d'un droit européen moins technocratique. Ce fonds commun serait de nature théorique, ce qui conduit à revaloriser le rôle de la théorie dans le droit tel qu'on l'applique, son influence dans le droit tel que le pouvoir exécutif l'écrit directement ou directement relevant d'une autre étude.

92. Contradiction avec le discours technicien du droit et sur le droit. Il y a donc une contradiction dans les discours : dans le même temps, les juristes affirment que la règle de droit est un instrument économique et financier, dont la flexibilité fait la qualité et la plasticité fait la performance¹³⁹, et qui ne doit pas s'embarasser de théorie, mais c'est pour aussitôt prendre position à partir de la théorie, même si c'est pour imaginer toutes les exceptions qui pourraient y être

¹³⁹V. *supra*, n°3, *Adéquation de la règle législative à la réalité économique*.

portées, si une justification peut être fournie dans ce sens. A travers cet exemple de l'unicité du patrimoine, on mesure un attachement plus ou moins conscient à la doctrine, lorsque celle-ci a su emprunter le vecteur pédagogique, dans le discours que ceux là même qui, plus ou moins explicitement, la dénigrent.

92. Le "respect du texte". Sans vouloir faire davantage référence aux théories du texte appliquées au droit, il apparaît cependant nettement que les juristes sont ainsi contraints par une grammaire et qu'ils se soucient implicitement de n'en pas commettre de fautes. Prégnante chez ceux qui ont suivi des études classiques de droit, obsessionnelle sans doute chez les universitaires qui ont pour office de l'étudier, pour en être les gardiens du temple ou en proposer de nouvelles sortes, elle est en tout cas partagée. On mesure que seul l'explicite par rapport à l'implicite sépare l'universitaire et le praticien, lorsque ce dernier, dans un temps plus ou moins lointain, a suivi ses enseignements. Mais cette grammaire n'existe pas pour les praticiens ou individus (chef d'entreprise, particulier) qui n'ont pas reçu de formation juridique au sein des Facultés de droit.

II. L'IGNORANCE DE L'EXISTENCE DU PRINCIPE PAR TOUS LES ACTEURS ÉCONOMIQUES

93. L'ignorance du principe de l'unicité du patrimoine par les personnes n'ayant pas mené d'études de droit en faculté. Au regard de l'ensemble des entretiens, si la personne interrogée n'a pas fait d'études de droit, elle ignore le principe. Cela est certes vrai pour tout savoir technique et opératoire pour lequel un savoir théorique n'est pas nécessairement requis, absence qui n'a pas d'incidence sur la technique en question; cette dernière n'est donc pas affectée par l'ignorance de ceux qui ne l'ont pas étudiée sous ce premier angle. La technique est autonome de la théorie. Cela est notamment vrai du maniement de règles de droit par des techniciens qui n'ont pas fait d'études spécifiques en cette matière, les financiers et les comptables, notamment. Cela est également observable lorsque les personnes utilisent le droit en dehors d'un savoir technicien qui le jouxte mais dans leur activité ordinaire et générale ; il en est ainsi du maniement des règles patrimoniales par les chefs d'entreprise ou les particuliers.

94. Principe de l'incidence de l'ignorance théorique sur un droit construit par auto-observation. Mais ces remarques générales doivent être nuancées lorsqu'elles s'appliquent au savoir juridique. En effet, le droit mêle étroitement la théorie et la technique, les dogmes et les procédés. Ainsi, il évolue par le mouvement de l'un à l'autre, selon une loi sociologique qualifiée d'auto-observation par Niklas Luhmann et par laquelle le droit lui-même adapte les *a priori* aux réalités et aux exigences des autres sous-systèmes sociaux, tels que l'économie. Dès lors, c'est la perception que le droit a de lui-même qui le constitue. Si la perception des règles par les acteurs sociaux qui les manient ou les subissent se modifie, le droit change. Dans ces conditions, l'ignorance des dogmes, loin d'être indifférente au savoir technique, l'affecte durablement et de plusieurs façons.

95. Accroissement de la flexibilité, née de l'ignorance théorique sur un droit construit par auto-observation. Si les mécanismes de technique juridique, tels qu'en matière patrimoniale la constitution de société, la prise de sûretés, etc., ne sont plus rattachés à un principe dogmatique, tel que l'unicité du patrimoine, fut-ce sous la forme d'une utilisation habile, d'un contournement ou d'une exception, il semble s'en suivre deux phénomènes.

En premier lieu, la flexibilité des règles en est accrue. Non que, dans la première conception, dogmatique, l'on ne puisse multiplier les exceptions, sur le fondement notamment de la liberté contractuelle, mais dès l'instant que l'affirmation s'accompagne du statut logique de l'exception, elle requiert justification. Si la règle n'est plus flanquée d'une telle qualification d'exception par rapport à un dogme, toute solution peut s'imposer par la volonté, du législateur ou des parties au contrat, sans qu'il faille y associer la justification qui permettrait son existence. De cette façon, la flexibilité, recherchée aujourd'hui non sans quelque excès, en est satisfaite.

96. Accroissement corrélatif de l'incertitude, née de l'ignorance théorique sur un droit construit par auto-observation. Il demeure que l'absence de conscience d'un principe fondamental, absence de conscience qui entraîne sa disparition, engendre de ce fait de l'incertitude dans le droit. En effet, perdant le rapport logique "principe/exception", l'on se prive d'une clef importante d'interprétation et la portée des règles devient incertaine.

C'est pourquoi, en considération notamment des impératifs de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions, l'on peut soutenir que les droits les plus instrumentaux qui soient, le droit financier par exemple - pour lequel le mécanisme d'auto-observation fonctionne particulièrement bien en raison du monde fermé que constitue une finance par ailleurs constituée en réseaux -, ne peuvent fonctionner d'une façon sûre qu'en référence à des principes, qui valent à tout le moins pour leur valeur méthodologique. C'est

pourquoi il est dangereux de se priver de dogmes, indépendamment de leur contenu¹⁴⁰. La matière patrimoniale ne semble pas y échapper.

97. La distinction des savoirs juridiques selon la formation initiale des personnes considérées : la constitution de deux modèles d'organisation des règles de droit. Dans ces conditions, il est déterminant d'observer en matière de patrimoine, l'absence de conscience du dogme de l'unicité chez ceux qui sont professionnellement en charge de gestion patrimoniale ou ceux qui engagent pour eux-mêmes leur patrimoine.

En effet, il semble bien qu'il existe deux corps de règles juridiques : celui des juristes, construit sur des fondements dont la teneur se ramifie dans chacune des règles techniques et les conserve en dépendance ; celui des non-juristes qui utilisent le droit, construit sur un florilège de règles techniques disponibles, sans corrélation entre elles et sans fondement commun, à la libre disposition de celui qui a besoin d'elles pour servir ses fins.

Cette différence essentielle dans la représentation que chacun - personne ayant fait des études de droit à la Faculté et personne ne les ayant pas faites, désignation plus lourde mais plus exacte de la distinction entre juristes et non-juristes - se fait des règles de droit, en raison du caractère constitutif de la représentation et de la différence des logiques que cela implique, doit être prise en considération.

98. L'art législatif face à l'incidence de l'ignorance théorique de certains acteurs sur un droit construit par auto-observation. Une question afférente à l'art législatif se pose alors : la règle de droit législative a-t-elle vocation à mettre en place un droit relevant d'un premier modèle ou du second? Etant observé que les deux modèles s'opposent, il s'agit là d'un sérieux dilemme. On peut considérer que l'un des buts de la législation est d'assurer l'unité du système et son fonctionnement logique, ce qui incline à conserver le

¹⁴⁰V. *supra*, n°79, *L'importance logique et pratique des dogmes en droit.*

premier modèle, modèle classique dans la mesure où il relève d'un temps où seuls les juristes s'occupaient de droit.

Mais, sans doute, si la règle législative envisagée est instrumentale, le législateur peut-il songer à favoriser la flexibilité, en imposant la pertinence des fins poursuivies - par exemple la fiducie s'il est besoin d'une propriété pour autrui -. Si le législateur fait prévaloir cette dernière performance de flexibilité pour une meilleure adéquation, au détriment d'une cohérence de système et au prix de l'incertitude, il doit avoir alors pour règle de mesurer l'adéquation de la règle instrumentale à la fonction qu'on lui assigne. Dans cette optique et dans ces conditions, la distinction entre la fiducie-gestion et la fiducie-garantie doit encore moins être négligée¹⁴¹.

99. Transformation d'un rapport de déduction en un rapport de compatibilité. Cette seconde démarche n'est alors admissible qu'en s'assurant de la compatibilité de la règle technique nouvelle avec les fondements constitutifs de l'ordre juridique. Mais les rapports logiques entre principes dogmatiques et procédés techniques en sont changés. En effet, à l'ancien rapport de déduction, les règles pratiques découlant des principes *a priori*, y compris par voie d'exception justifiée, se substitue un rapport de simple compatibilité. A l'exigence positive de conformité, on préfère l'interdiction, plus faible, d'incompatibilité. Comme le remarquait Charles Eisenmann concernant les rapports entre l'acte administratif et la loi¹⁴², la conformité inclut la compatibilité mais non l'inverse, ce qui affecte le rapport de légalité.

La même affectation peut être ici relevée concernant le rapport entre principes théoriques et procédés techniques.

C'est de l'ensemble de ces difficultés dont il est question dans cette seconde partie du présent rapport. Là encore, il faut distinguer à partir des personnes qui manient les biens, qu'il s'agisse d'un professionnel n'ayant pas suivi

¹⁴¹V. *supra* n°63, *Distinction de la fiducie-gestion et de la fiducie-garantie, au regard du droit de gage général et des tensions entre débiteurs et créanciers.*

¹⁴²*Le droit administratif et le principe de légalité*, EDCE, 1957.

un *cursus* d'études juridiques, essentiellement le financier (A) ou du non-professionnel (B).

A. LE FINANCIER ET L'INSTRUMENTALITÉ DE PATRIMOINES MULTIPLIÉS

100. La définition du patrimoine et l'existence d'actifs. Le financier perçoit le patrimoine comme une masse malléable d'actifs (1), perception intuitive qui tient essentiellement à la façon dont le financier a appris la teneur et le manquement des règles juridiques (2).

1. La définition du patrimoine comme masse malléable d'actifs

101. Le lien entre le patrimoine et la typologie des investissements. De la même façon que le patrimoine est représenté par l'entrepreneur en termes d'activité et de travail, le patrimoine n'est pas perçu par le financier comme un ensemble corrélé d'éléments d'actif et de passif, relié à un unique titulaire mais comme un ensemble de biens disponibles qu'il s'agit de manier au mieux. On sera sensible au fait que, si la personne interrogée pratique tout à la fois des activités de conseil en droit et de conseil financier, la définition du patrimoine en deviendra duale¹⁴³.

¹⁴³Entretien G. Bellargent et J.-P. Delpeuch, notaires : "On peut définir le patrimoine comme l'ensemble des biens qui appartiennent à une personne physique ou morale. Nous nous référons toujours à l'analyse classique du patrimoine, reflet de la personne. Il faut en mesurer les conséquences, notamment successorales : le successeur continue la personne du défunt, le mort saisit le vif. C'est là un principe fondamental du droit français. Le droit anglo-saxon est différent. Cette définition juridique est à distinguer d'une autre définition qui procède d'une analyse plus économique. Les notaires sont en effet conseil en gestion du patrimoine et s'occupent alors de l'articulation des biens, des avoirs et des dettes. L'effet de levier à partir des dettes peut être un moyen d'enrichissement. Le patrimoine, c'est sous cet angle l'ensemble des moyens que l'on peut utiliser pour s'enrichir. Dans ce cas, on se place dans une perspective de gestion, visant à la valorisation et à l'accroissement des biens."

Cette limitation du patrimoine à ses éléments actifs¹⁴⁴ correspond à la définition financière de la valeur patrimoniale comme actif net réévalué mais participe aussi de "l'optimisme financier"¹⁴⁵. La question de la titularité s'estompe ce qui explique l'acclimatation financière aisée du fonds commun de placement ou de créance, alors même que la doctrine juridique se contorsionnait pour essayer d'expliquer théoriquement ce patrimoine sans titulaire personifié¹⁴⁶, recourant alors à l'hypothèse hérétique de patrimoine d'affectation. Intervient en effet la culture financière qui, non seulement est indifférente à la détermination d'une titularité mais encore traduit l'activité économique en terme de flux et non en terme de masse¹⁴⁷.

Le patrimoine, lorsqu'il s'agit d'un particulier, est ainsi le lieu de l'investissement et il lui paraît naturel de constituer divers "patrimoines", tels qu'un portefeuille de valeurs mobilières ou une collection d'art. Ce n'est pas tant qu'il s'agisse d'une conception du patrimoine liée à l'activité même du titulaire, comme cela sera pour le chef d'entreprise¹⁴⁸ ou pour l'expert comptable qui conçoit la pluralité de patrimoines à travers la pluralité de bilans¹⁴⁹,

¹⁴⁴Entretien Th. Ballet, avocat : " Le patrimoine, c'est un actif. ... Le patrimoine d'une société est constitué d'une mosaïque de biens parmi lesquels les actifs immobiliers ont une place importante. Pour une personne, le patrimoine est constitué essentiellement d'actifs immobiliers et d'un portefeuille de valeurs mobilières. Toutefois la valeur de ce portefeuille vient nettement en second rang. "

Entretien B. Ballot-Léna, chef d'entreprise, juge consulaire : "Qu'y a-t-il habituellement dans un patrimoine? dans une perspective un peu bourgeoise, c'est ce qui est permanent dans l'environnement économique d'une personne, ce qui est familial avant d'être professionnel. Peu à peu on apprend qu'y rentrent aussi des dettes, mais la vision générale et plus optimiste".

Entretien P. de Rocquigny, expert-comptable, commissaire aux comptes : "Un patrimoine pour moi est essentiellement constitué d'actifs : j'entends par ce terme tous les actifs -mobiliers et immobiliers - et plus encore à mon sens l'actif net, c'est-à-dire les actifs diminués des dettes."

¹⁴⁵V. *infra* n°115, *L'optimisme financier et la préoccupation financière de la valorisation patrimoniale*.

¹⁴⁶Y. Paclot, *Synthèse de droit des affaires*, préc., p.4 s.

¹⁴⁷V. *supra*, n°50, *Hypothèses de biens en lévitation, faussant la notion de patrimoine : les biens et les flux*.

¹⁴⁸V. *infra*, n°136, *Le patrimoine perçu comme masse d'actifs au service de l'activité*.

¹⁴⁹Entretien E. Delesalle, expert-comptable, commissaire aux comptes : "Pour moi, l'unicité du patrimoine ne signifie rien ; elle constitue

lesquels isolent les biens servant à son activité professionnelle par rapport à ceux servant à son activité "personnelle", mais d'une conception liée aux différents types d'investissements réalisés. Ainsi, la séparation du patrimoine s'opère en fonction de l'investissement, du risque et de la rentabilité attachés au type de biens dont il s'agit. Le patrimoine étant défini comme le matériau de l'investissement, il est scindé en conséquence.

102. Le patrimoine et la perspective de gestion des actifs ; l'analogie avec l'indivision. Cette conception productive, voire spéculative, du patrimoine, loin de l'idée civiliste selon laquelle il peut y avoir un patrimoine sans bien dedans¹⁵⁰, analyse le patrimoine comme un moyen de gestion des biens¹⁵¹. Le patrimoine n'est pas analysé comme une aptitude à acquérir et à s'engager mais comme une masse effective de richesse à gérer et à accroître. En cela, le patrimoine ainsi analysé perd de son abstraction et se rapproche singulièrement de la notion juridique concrète d'indivision¹⁵².

Il ne faudrait pas pour autant en conclure qu'il y a indifférence d'une perspective de stabilité, liée à la permanence du patrimoine au sens strict, apte à apporter une garantie. Mais il s'agira alors de fonctions perçues distinctement, que reflète d'ailleurs la distinction des fiduciaire-gestion et fiduciaire-garantie¹⁵³.

un obstacle en droit des affaires. La pratique utilise de nombreux moyens pour isoler certains éléments du patrimoine (immeuble, marques, etc.) par la création de sociétés *ad hoc*. Tout est donc fait pour casser l'unicité du patrimoine."

¹⁵⁰ Sur la réalité sociologique d'un patrimoine dont l'existence n'est perçue qu'autant qu'il contient des biens et au regard de ses biens, v. *Supra*, n°75, *Remise en cause sociologique de la distinction du Patrimoine et de son contenu*.

¹⁵¹ Entretien M. de Barbeyrac, gestion de patrimoine, Crédit agricole : "La gestion du patrimoine est une démarche marketing astucieuse pour la gestion d'actifs financiers. Elle est aux confins du droit, de la fiscalité et de la haute finance."

¹⁵² D. Fenouillet, "La réalité de l'unicité du patrimoine dans le droit de l'indivision", *in Synthèse de droit patrimonial de la famille*, préc., qui évoque d'ailleurs l'hypothèse d'une personnalisation de l'indivision.

¹⁵³ V. *supra*, n°63 et s, *Distinction de la fiduciaire-gestion et de la fiduciaire garantie, au regard du droit de gage général et des tensions entre débiteurs et créanciers*.

103. Traductions techniques des fonctions de gestion et de garantie. En effet, le financier qui s'occupe des patrimoines des particuliers, ce que l'on appelle les "grands comptes" ne prendra pas en considération cette fonction de garantie. Mais toute une série de techniques financières ont pour fin d'élaborer cette garantie à travers le droit des sociétés. En effet, le capital, mais plus encore les immobilisations comptables traduisent cette fonction. Ainsi, la fonction de garantie du patrimoine apparaît beaucoup plus nettement lorsqu'on a affaire à une personne morale que lorsqu'on a affaire à un individu, alors que l'un et l'autre ont pour fonction et but dans l'activité économique de maximaliser leur profit. Cela tient sans doute au fait qu'une personne morale disparaît plus aisément encore qu'une personne physique, ce qui nuit au crédit, notamment lorsque celui-ci est à long terme.

104. Fonction de garantie et personnalité morale. Cela tient encore au fait que la personnalité morale a précisément pour effet, si ce n'est pour objet, de limiter la garantie des créanciers, c'est-à-dire des partenaires économiques et des institutions publiques, au patrimoine de l'entreprise. Dès lors, par une sorte de retour des choses, la constitution du patrimoine de la société a pour fonction aussi de reconstituer cette fonction de garantie, d'une façon artificielle au besoin, alors qu'elle est naturellement servie par les patrimoines des personnes privées, l'instrument financier n'ayant dès lors pour fonction que de gérer au mieux les biens, la fonction de garantie étant déjà servie naturellement par le lien entre personne physique et l'ensemble de son patrimoine.

105. Fonction de garantie et inadéquation du capital social des sociétés. Cette conception financière de l'utilisation des biens de l'entreprise à fin de garantie tient aussi au fait que le capital social des personnes morales est insuffisant à remplir cette fonction. Il ne se trouve pas une voix pour ne pas déplorer le manque de fonds propres des entreprises françaises et le thème est constamment repris dans les

entretiens. Mais il est de même façon acquis qu'à propos des montants minimaux des capitaux sociaux le pouvoir normatif du législateur trouve en la matière sa limite - comme il la trouve en matière de délais de paiement et crédit interentreprises - car le réflexe et l'exigence d'un capital social suffisamment élevé pour constituer véritablement une garantie ne dépendent que peu des décrets qui les édictent.

106. Consolidation patrimoniale du droit des sociétés par le droit comptable et le droit des valeurs mobilières. D'un côté, cette insuffisance du droit des sociétés a été palliée par le droit comptable, d'une part, et le droit des valeurs mobilières, d'autre part. En effet, la notion de patrimoine telle que la reflète le droit comptable¹⁵⁴, reflète plus exactement ce dont peut disposer l'entreprise dans ses rapports avec les tiers. De la même façon, le droit des sociétés a pu développer la notion de "quasi fonds propres" à l'aide notamment du droit des valeurs mobilières, lequel a développé la possibilité pour une société d'émettre des titres dont l'échéance de remboursement est si lointaine qu'une quasi-propiété des fonds ainsi disponibles en est constituée.

Mais d'un autre côté, il demeure que les entreprises françaises sont en la matière victime d'une tradition économique libérale mais non capitaliste.

107. Destabilisation corrélatrice du droit des sociétés par le droit comptable et le droit des valeurs mobilières. Avant d'aborder le thème de cette corrélation entre sous-patrimonialisation des entreprises et culture économique d'un libéralisme non capitalistique, il convient de mesurer les inconvénients d'un tel confortement des fonds propres par les quasi-fonds propres. Il en résulte en effet une déstabilisation du droit des sociétés. Celle-ci manifeste notamment l'incapacité dans laquelle nous sommes aujourd'hui de déterminer dans bien des cas le montant exact du capital social. Celui-ci

¹⁵⁴V. supra n°52, *La variation des conceptions patrimoniales suivant les branches du droit en cause : l'évolution du droit comptable par rapport au droit des biens ; dynamisme du couple "flux-activité" et admission d'une propriété pour autrui.*

est influencé notamment par tant de valeurs mobilières composées qu'il devient fluctuant, malgré le principe qui reste acquis de la fixité du capital social.

Il est intéressant de remarquer ici que la défaillance du principe du patrimoine dans les sociétés entraîne dans son sillage celle de la fixité du capital social, le patrimoine-garantie de l'entreprise. Plus abstraitement, on mesure à ce propos qu'il existe aussi pour les principes du système juridique ce mécanisme tant déploré des "faillites en domino", le mauvais fonctionnement ou le détournement ou le brouillage d'un principe entraînant le mauvais fonctionnement, le détournement ou le brouillage des autres principes du système. Cette réalité systémique¹⁵⁵ est aussi à prendre en considération lorsque le législateur touche à un principe dogmatique du droit¹⁵⁶.

108. Patrimoine des entreprises et cultures capitalistes. Pour en revenir aux difficultés patrimoniales des entreprises françaises, traduites et stigmatisées tout à la fois par le droit des sociétés à travers les piètres exigences que le législateur peut s'autoriser en matière de capital social, il demeure qu'elles ne sont que très insuffisamment compensées par les techniques des autres branches du droit. Et il ne convient guère d'accuser les mécanismes juridiques qui concurremment tendent à vider le patrimoine des sociétés, par une anticipation malheureuse sur la phase, perçue comme probable, de défaillance de l'entreprise, telle la clause de réserve de propriété.

En effet, on sait que les entreprises allemande, grâce au *satisfecit* du législateur, ont développé systématiquement le mécanisme de cette clause, que le droit des défaillances d'entreprise privilégie systématiquement les créanciers en les autorisant à vider le patrimoine de l'entreprise avant toute procédure et que pourtant les entreprises allemandes fonctionnent grâce et à partir de patrimoines consistants. Il convient donc de rechercher une explication du côté de la

¹⁵⁵V. *supra* n°32, *Droit des sûretés et personnalité morale*.

¹⁵⁶V. *supra* n°79, *L'importance logique et pratique des dogmes en droit*.

culture économique plutôt que du côté de la culture juridique.

109. Alternative entre économie capitaliste et économie de la circulation du crédit ; la limitation du capital à un effet de levier. On observe à ce propos, sans vouloir dans le cadre du présent rapport étudier ce thème en tant que tel, que le libéralisme allemand prend sa source dans le capitalisme, les entreprises ayant dès le départ des fonds propres afin de participer à la production et à la circulation des richesses¹⁵⁷. En outre, dans cette association entre capitalisme et libéralisme peut prendre prise le troisième terme fondateur du système qu'est la responsabilité¹⁵⁸. C'est dans ce sens que le patrimoine peut aussi jouer la fonction de sanction des fautes¹⁵⁹, dans la mesure où le patrimoine est ce par quoi la personne répond¹⁶⁰, conséquence à laquelle il convient que la personne ne puisse se soustraire grâce aux artifices juridiques¹⁶¹. *A contrario*, ce sentiment de devoir répondre par et grâce au patrimoine s'estompe sérieusement en l'absence de faute¹⁶². On remarquera que

¹⁵⁷Entretien H. Vincens de Tapol, notaire à Bordeaux : "Un patrimoine minimum doit entretenir l'esprit d'entreprise."

¹⁵⁸Entretien B. Ballot-Léna, chef d'entreprise, juge consulaire : "A cela s'ajoute l'idée de responsabilité car on est comptable du patrimoine que l'on reçoit ; à l'inverse on n'est responsable de rien quand on n'a pas de patrimoine. Toute l'activité professionnelle ne peut se développer que si on peut garantir ce qu'on fait et on ne peut rien faire si on ne dispose que d'un patrimoine insuffisant.". "Il faut une correspondance entre ce qu'on a, ce qu'on doit.". V. aussi entretien M.-L. Goyet, conseiller de la cour d'appel de Colmar : "Sur un plan plus général, la règle de l'unicité du patrimoine présente tout de même la vertu de souligner la responsabilité de celui qui s'engage." V. encore *supra* ' n°12, *Analyses historique et philosophique du principe de l'unicité du patrimoine*.

¹⁵⁹Entretien E. Delesalle, expert-comptable, commissaire aux comptes : "Il est normal de procéder à une saisie des biens personnels s'il y a faute de gestion, si le débiteur s'entête dans l'erreur. Il est alors logique d'une point de vue d'économie de marché de saisir l'intégralité du patrimoine."

¹⁶⁰Entretien P. de Rocquigny, expert-comptable, commissaire aux comptes : " qui a des dettes les paie" est un principe incontournable."

¹⁶¹Entretien L. Boyreau, avoué à Bordeaux : "En matière de redressements et liquidations judiciaires d'entreprises, la politique des tribunaux, et particulièrement du tribunal de commerce de Bordeaux, consiste à rechercher des sanctions personnelles dès que la volonté de l'entrepreneur a été de trop malmené le principe de l'unicité du patrimoine."

¹⁶²Entretien P. de Rocquigny, expert-comptable, commissaire aux comptes : "C'est vrai que le dépouillement est souvent associé à la notion de faute et mes clients comprennent mal qu'ils soient saisis

cette réponse que la personne a la puissance d'apporter grâce au patrimoine, au-delà de la fonction économique fondamentale, correspond à la définition, désignée comme "post-moderne", que l'on donne du droit comme réponse. L'absence totale de réponse ne serait donc pas éthiquement concevable¹⁶³. Mais cette réponse ne peut développer sa contrainte obligatoire que si la survie économique et sociale de la personne est en jeu, car entre le droit et la vie, il faut choisir la vie¹⁶⁴.

Mais, d'une façon assez étonnante dans la mesure où le capitalisme et le libéralisme fonctionnent d'une façon indissociable et interdépendante, l'économie française est basée sur un libéralisme sans capitalisme¹⁶⁵.

Cette culture semble postuler que la circulation de la richesse d'autrui suffira à suppléer l'absence de capital propre. Ainsi le capital social n'est guère appréhendé dans sa fonction patrimoniale mais dans sa fonction d'attribution du pouvoir, à travers la loi de la majorité. Cette prévalence financière de l'effet de levier sur une conception plus classiquement patrimoniale du capital préside à la constitution des groupes de sociétés¹⁶⁶. Elle entraîne pourtant bien des difficultés. On observera dans ces conditions que le capital social est un élément qui sert

sans avoir commis de faute ou d'erreur volontaire de gestion."

¹⁶³*Ibidem* : "C'est l'organisation de l'insolvabilité qui est méprisable et coupable."

¹⁶⁴V. supra n°133, *Conception du patrimoine comme moyen politique de conservation de l'individu et non comme mécanisme neutre de garantie des tiers*.

¹⁶⁵Entretien P. Ducoroy, expert-comptable : "Plutôt que de battre en brèche l'unicité du patrimoine, il vaudrait mieux s'intéresser au défaut de capitalisation que révéler, le plus souvent les défaillances d'entreprises. Si les créanciers "ordinaires" trouvaient de quoi couvrir le montant de leurs créances dans la part de patrimoine "servant" à l'activité au titre de laquelle elles sont nées, ils ne seraient pas tentés d'aller chercher ailleurs".

¹⁶⁶Entretien B. Kuhn, directeur juridique de L.V.M.H. : "Certes, le groupe est le patrimoine de tous les actionnaires qui ont acquis en bourse les actions de notre holding et nous le gérons dans leur intérêt. Mais quotidiennement nous avons beaucoup plus le sentiment de conduire, de développer une entreprise, une institution, que de gérer un patrimoine. Sans doute en irait-il un peu différemment si l'entreprise était familiale. La notion de patrimoine, ensemble des droits et obligations, de l'actif et du passif, ne constitue pas une référence constante dans l'exercice de nos fonctions. Ce n'est pas pour moi, praticien dans une grande entreprise, un concept d'usage quotidien."

les intérêts, non pas de la société, non pas même de l'ensemble des actionnaires, mais de l'actionnaire majoritaire dirigeant. Dans ces conditions, excéder les minimums que la loi pose serait une sorte de gaspillage d'argent, voire un non-sens puisque le pouvoir que l'action procure n'en est accru mais subit au contraire un rétrécissement par dilution. Cela n'est pas très sain au regard de ce que devrait être la régulation interne des sociétés. Le phénomène est accru lorsque les lois de la majorité se conjuguent dans le mécanisme de groupes de société puisqu'on en arrive à désigner des groupes français comme étant de structure patrimoniale - on pense notamment à L.V.M.H., alors que le dirigeant n'exerce de droit de propriété que sur une partie infime des capitaux sociaux enchâssés les uns dans les autres. Il est vrai que la technique des comptes consolidés rétablit à travers la comptabilité - cette branche du droit par laquelle le patrimoine renaît comme image fidèle de l'ensemble des biens dont on dispose¹⁶⁷ - un patrimoine unique correspondant à l'unité économique¹⁶⁸, mais l'on soulignera justement le peu d'empressement des entreprises françaises à opter pour un tel régime fiscal ...

Cette culture perverse - dans la mesure où la circulation accroît la richesse mais doit prendre appui sur une richesse préconstituée -, a été favorisée par la réglementation économique. Par exemple, la fiscalité beaucoup plus favorable attachée au compte courant d'associé par rapport à celle attaché au capital social ne peut qu'encourager un déplacement des fonds au profit du compte courant, lequel constitue une technique de patrimonialisation plus faible

¹⁶⁷V. *supra*, n°61, *Définition essentielle du patrimoine à travers le droit d'gage général du créancier*.

¹⁶⁸Entretien E. Delesalle, expert-comptable, commissaire aux comptes : "L'avantage de l'unicité réside dans la clarté qu'elle permet d'obtenir : il y a fidélité par rapport à une situation donnée. La technique de la consolidation, qui aboutit schématiquement à réunir plusieurs bilans en un et qui unifie ainsi, sur le plan comptable, plusieurs patrimoines juridiquement séparés, a justement pour but de donner une image fidèle de la situation comptable d'un groupe de sociétés."

V. aussi Entretien P. Ducoroy, expert-comptable : "... par la notion de groupe, on crée un lien entre des patrimoines juridiquement distincts et on s'achemine vers la notion de patrimoine de groupe."

que celle du capital social. Certes, l'assimilation patrimoniale des comptes courants d'associés peut se faire plus étroite lorsque la volonté du créancier est suffisamment puissante pour l'imposer¹⁶⁹.

Plus encore, la politique consistant à favoriser la création d'entreprise à tout vent a accredité cette conception. Il faut reconnaître que cette politique n'était sans doute pas tant une politique économique qu'une politique sociale, pour favoriser les reconversions. Mais la récalcitance du fait économique, liant naturellement libéralisme et capitalisme, a entraîné une expansion corrélative des défaillances d'entreprises. De là vient aussi l'importance hypertrophiée du crédit, sorte de démenti de cette illusion d'une suffisance de circulation des richesses. On en arrive à ne faire circuler que du crédit, lequel n'est qu'une forme dévoyée et perverse de la richesse.

110. Importance du patrimoine préconstitué en considération de l'activité.

Après ce très bref aperçu des cultures économiques qui opposent notamment la France et l'Allemagne, on peut mesurer plus précisément les effets pervers de la sous-capitalisation des entreprises françaises, lesquels s'expriment notamment par le principe de l'unicité du patrimoine dont on sait qu'il n'est pas la règle en Allemagne!

En effet, c'est bien parce que les petites et moyennes entreprises françaises ont un patrimoine insuffisant au regard de la garantie que les tiers exigent pour le développement de l'activité desdites entreprises que l'unicité du patrimoine de l'entrepreneur continue d'être déclarée de principe par les créanciers de l'entreprise. Et l'on a vu que la personnalité morale n'était qu'un faible rempart contre cela dans la mesure où le droit des sûretés permet la reconstitution du patrimoine de l'entreprise, la

¹⁶⁹Entretien R. Genty, Directeur Banque de France : "... les banquiers et les entreprises hésitent à accorder leur confiance à des sociétés présentant aussi peu de garanties. Les taux de risques sont alors élevés et les banquiers exigent des lettres autorisant le blocage des comptes courants d'associés.".

frontière établie par le recours à la technique sociale étant brouillée par le jeu des cautionnements¹⁷⁰.

III. Cercle vertueux allemand et cercle vicieux français. Dans de telles conditions, on peut ainsi mesurer que la forte patrimonialisation des entreprises allemandes permet tout à la fois un droit des sûretés qui ne soit pas qu'une anticipation des faillites, une division des patrimoines et la constitution de patrimoines d'affectation au regard d'une activité, précisément parce que les biens mis en masse à cette fin sont suffisants et qu'une corrélation s'établit aisément entre l'assiette de l'éventuelle saisie et le risque que l'entrepreneur a entendu prendre à travers la masse de biens affectée à l'activité¹⁷¹. En symétrique, la sous-capitalisation des entreprises françaises rend difficile l'abandon de l'unicité du patrimoine, lequel n'est qu'un moyen pour les créanciers - dont l'entreprise vivant à crédit a absolument besoin - d'avoir un espoir dans l'hypothèse statistiquement probable d'une défaillance de l'entreprise. On mesure dès lors la cohérence des deux systèmes : capitalisation des entreprises - division des patrimoines - pertinence du critère de l'activité, du côté allemand ; sous-capitalisation des entreprises - unicité du patrimoine - pertinence du critère de la personnalité de l'entrepreneur, au besoin reconstitué par le droit des sûretés, du côté français.

112. Dépendance des mécanismes juridiques par rapport à la culture économique. Il est évident que le premier système est économiquement et socialement plus performant. Mais suffirait-il que le législateur français raye d'un trait de plume la règle de l'unicité du patrimoine pour que le cercle

¹⁷⁰V. supra n°32, *Droit des sûretés et personnalité morale*.

¹⁷¹Entretien H. Vincens de Tapol, notaire à Bordeaux : "Si les créanciers proposent un produit, ils prennent un risque et doivent l'assumer, sans pouvoir exiger un gage supérieur à l'actif affecté par le débiteur à ce risque. ... il faut soutenir les jeunes entrepreneurs dans leurs risques économiques. Si le patrimoine est insuffisant, il n'y aura pas de réserves ni de crédit. Il faut donc leur permettre un engagement suffisant, ce qui leur évitera de devoir s'engager sur leur patrimoine personnel..."

vertueux chasse le vicieux? On ne saurait avoir un tel optimisme normatif. En effet, c'est la culture économique essentiellement capitalistique qui a engendré le premier système ; c'est l'utopie de la circulation du crédit comme moteur de la prospérité qui a engendré le second. Les mécanismes juridiques pourtant assez semblables, telle la clause de réserve de propriété, ne peuvent avoir les mêmes effets économiques dans une culture économique différente. La modestie du législateur doit prendre cela en compte. Son action devra alors être d'une autre nature, davantage pédagogique que normative.

113. La perspective de revalorisation du capital. Dans ces conditions, la perspective la plus sérieuse serait certainement la réhabilitation en France du capital. On ne peut compter sur le mythe sociologiquement établi de l'entreprise pour l'entraîner dans la mesure où la culture française semble scinder activité économique et nécessité du capital. On peut espérer que l'attention accordée depuis quelques années au marché financier, lequel est un marché du capital, pourra avoir cet heureux effet.

114. La solution de l'accès des entreprises françaises au marché financier et l'adéquation de la fiducie à fin de revaloriser le capital, en tant que la fiducie est une technique au service du capital. Ainsi, puisque les entreprises allemandes sont suffisamment capitalisées pour sans dommage ne pas recourir au marché financier, évitant ainsi les prises de contrôle indésirées, une solution pour les entreprises françaises serait au contraire - pour respecter la symétrie des situations - un accès facilité au marché financier pour se procurer fonds propres et quasi-fonds propres.

En outre et pour revenir d'une façon plus centrale à notre sujet, la fiducie peut participer à ce mouvement pédagogique de revalorisation du capital. En effet, la fiducie est avant tout un moyen d'empêcher la périlcilitation des actifs, c'est-à-dire le maintien d'un capital, lorsqu'il s'agit d'une fiducie-gestion, ou un moyen de permettre une activité en offrant en propriété-garantie des actifs, par une fiducie-

garantie. Ainsi, la fiducie est au service du capital, et du bénéficiaire de la fiducie en tant qu'il est le véritable capitaliste du système à travers lequel ce mécanisme établit. Dans cette perspective, la fiducie est à rapprocher étroitement de la titrisation.

115. L'optimisme financier et la préoccupation financière de la valorisation patrimoniale. Cette conception capitalistique du patrimoine, dont la fiducie peut être considérée comme un soutien technique, rejoint une préoccupation que les entretiens révèlent plus présente chez les financiers qu'elle ne l'est chez les juristes. Cette fonctionnalité des techniques juridiques est plus marquée dans les stratégies financières de valorisation du patrimoine, dans cette perspective de gestion ou de garantie empreinte d'un dynamisme qui semble moins la marque des stratégies des juristes, lesquels selon le mot toujours exact de Ripert sont des conservateurs, caractérisés donc par un certain statisme.

On peut observer que cette conception très dynamique de la fonction du patrimoine provient, non pas tant directement d'une différence de psychologie entre juristes et financiers mais du fait qu'il semble que les financiers ignorent purement et simplement les obstacles juridiques qui peuvent exister. C'est manifestement le cas en ce qui concerne l'unicité du patrimoine.

On peut ainsi trouver dans l'ignorance où sont les financiers des règles juridiques et des limites qu'elles peuvent opposer à l'imagination, l'une des sources de ce que l'on pourrait appeler un "optimisme financier". Les perspectives de contentieux financier devant les tribunaux y trouvent aussi sans doute leur source... Cela tient en grande part à la formation suivie par les professionnels en cause.

2. L'influence déterminante des formations sur les réflexes professionnels

116. L'absence de formation juridique des financiers et des gestionnaires.

On a montré l'importance considérable des formations initiales sur les réflexes professionnels, en raison notamment de la constitution des élites en France sur la base des diplômés situant définitivement l'individu dans une profession et dans la société. De la même façon que l'on a montré la façon dont les premières années d'études de droit dans les Facultés de droit avait ancré dans les réflexes professionnels des juristes praticiens la référence contraignante, et quasiment irrationnelle, au dogme de l'unicité du patrimoine, on observe l'effet inverse dans les réflexes professionnels des financiers en raison de l'absence de cette formation ou de son caractère encore embryonnaire¹⁷², la place marginale du droit civil dans les enseignements maintenant cette ignorance malgré l'accroissement du souci juridique dans les programmes des écoles de commerce.

117. La formation anti-juridique des financiers et des gestionnaires. La situation française se caractérise par une formation a-juridique des étudiants en finance, gestion, etc. On peut même aller jusqu'à dire que, jusqu'à récemment en tout cas, les étudiants de ce type, dans les écoles privées ou les universités spécialisées, ont reçu une formation anti-juridique. Le droit est en effet perçu par un gestionnaire et un financier comme ce qui contrarie la performance à laquelle il prétend et à l'aune de laquelle il estime sa valeur. Dès lors, soit la règle de droit n'est pas même perçue, soit elle est délibérément ignorée. Cette dernière attitude repose sur un calcul selon lequel, le droit n'ayant pas le temps de rattraper le financier, puisque le temps du droit est beaucoup plus lent que le temps de la finance, la finance peut ainsi prendre de vitesse le droit. Mais il s'agit sans doute d'un calcul à court terme car celui-ci

¹⁷²S. Schiller, *La présentation du principe de l'unicité du patrimoine dans les manuels pour la formation extra-universitaire*, annexe V-7, spéc. p.5 : "A.H.E.C., le droit des biens et des personnes est abordé en une séance de une heure trente et celle-ci traite de la distinction des biens meubles et immeubles illustrée par l'affaire des fresques catalanes. Le cours ne fait donc pas référence à la notion de patrimoine, ni par conséquence aux caractéristiques de cette notion."

empruntera les méandres du temps contentieux pour la rattraper...

118. Le droit comme entrave à l'optimisation financière des actifs patrimoniaux. Si le droit n'est pas ainsi plus ou moins consciemment écarté, il est perçu comme un amas de règles archaïques et arbitraires qu'il faut supporter parce qu'on ne peut faire autrement. La rationalité du droit ne semble guère perçue par le financier ou le gestionnaire. Pour le coup, le droit est ressenti comme simple droit positif, c'est-à-dire droit posé là et qu'il faut endurer. Le positivisme juridique n'a sans doute pas aidé à lutter contre cette résignation, ou inertie, ou résistance du non-juriste face à la règle de droit dans la mesure où le positivisme part des mêmes prémisses.

En conséquence, le financier rêverait sans doute d'un monde sans réglementation juridique, ouvert à sa seule imagination et seulement soumis à une déontologie dont il serait le maître et l'expert. Cette aspiration de bien des professionnels et d'organismes financiers à la déontologie est avant tout un rejet du droit. Dans ces conditions, la règle de l'unicité du patrimoine, qui semble n'avoir pour elle qu'un support de vieilles opinions doctrinales n'est pas faite pour réconcilier le droit et la finance ...

119. Prise en considération de l'évolution dans la formation des financiers et des gestionnaires. Cette présentation des choses doit pourtant prendre en compte l'évolution récente de la formation des étudiants se destinant à la gestion et à la finance. En effet, que ce soit dans les universités spécialisées ou dans les écoles de commerce, comme H.E.C., la formation juridique hors des Facultés de droit s'implante, s'organise et se multiplie¹⁷³. Cela tient à une vision plus positive dont bénéficie désormais le droit en matière de gestion et de finance.

¹⁷³S. Schiller, *La Présentation du principe de l'unicité du patrimoine dans les manuels pour la formation extra-universitaire*, préc.

120. Instrumentalité des règles et acculturation du droit dans la culture financière et gestionnaire. L'instrumentalité du droit, en tant qu'elle est due aussi à son artificialité, telle que celle de la personnalité morale, notamment, est un gage d'acculturation du droit dans la culture financière et gestionnaire. Le droit autorise en effet des montages qui semblaient exclus et la finance ne peut qu'être sensible à cette performance. Ainsi, pour en revenir à l'alternative entre le droit comme système et le droit comme instrument, on ne s'étonnera pas que la culture financière rejette le droit lorsqu'il apparaît comme un système sans raison, sans lien direct avec le réel, sans flexibilité, sans opérationnalité, mais qu'elle accueille lorsque les règles ne sont plus présentées que comme autant de règles flexibles.

120. Spécificité de l'enseignement juridique comme mise à disposition d'instruments financiers de nouvelle sorte. L'enseignement dispensé aux financiers et aux gestionnaires accueille donc aujourd'hui nettement le droit. Cependant, il n'y a pas équivalence des formations et l'on ne saurait affirmer pour autant qu'il y aura rattrapage entre les deux modes de formation, dans les Facultés de droit, d'une part, et dans les autres types d'études supérieures, d'autre part, du moins tant que les formations resteront structurées comme actuellement. Ainsi, ce n'est pas tant une revalorisation du droit traditionnel, présenté comme système, enseigné doctrinalement, mais la constitution d'une nouvelle sorte de droit, amas de règles performantes assimilées grâce à l'accumulation de cas concrets et résolus.

121. Incidence des corps enseignants respectifs. En effet, ce ne sont pas les mêmes enseignants qui enseignent dans l'un et l'autre cas. Dans les Facultés de droit, restent en charge de faire cours les universitaires à "prétention" doctrinale. Cela les incite tout naturellement à faire état dans leur enseignement des doctrines et théories qu'ils ont eux-mêmes

étudiées et approfondies¹⁷⁴. Dans un premier temps de mise en place, ce sont encore des enseignants d'universités qui prirent en charge l'enseignement dans les écoles de commerce.

Mais une fois ce démarrage opéré, et les premières promotions d'étudiants dûment formés, les écoles ont désormais tendance à recruter au sein de leurs anciens étudiants les enseignants appropriés. Dès lors on observe que la théorie générale du droit semble de moins en moins enseignée, la technique juridique pointue et performante l'ayant remplacée.

En outre, le maniement des règles techniques est valorisé et son apprentissage facilité par des auditoires très peu nombreux en comparaison des effectifs d'étudiants dans les Facultés de droit.

122. Constitution progressive d'une conception purement instrumentale du droit. Cette évolution de l'enseignement du droit dans les écoles de commerce, qui va tout à la fois vers une valorisation de la matière, reconnue dans son existence et positivement perçue, mais en coupant les règles techniques des fondements théoriques qui sont les leurs, est particulièrement bien illustrée par le développement de manuels propres à ce genre d'enseignement¹⁷⁵. Dès lors, la règle de l'unicité du patrimoine n'est pas enseignée ; les mécanismes des formes sociales, en raison de leur plasticité, sont étudiés et assimilés comme purs instruments.

123. Enjeu de la dualité de représentation du droit, constitutive d'une dualité des règles de droit. Il apparaît ainsi qu'à travers cette double pédagogie, à travers ce maniement des règles de droit par d'autres que les juristes "traditionnels", cette double maîtrise des règles de droit, à travers le système dont les juristes ont acquis une vision globale, à travers

¹⁷⁴V. *supra*, n°87, La doctrine comme répétition et la doctrine comme autorité.

¹⁷⁵V. S. Schiller, *La présentation du principe de l'unicité du patrimoine dans les manuels pour la formation extra-universitaire*, préc.,

l'utilisation optimale des règles dont les financiers et les gestions ont acquis l'expérience, le droit lui-même se scinde.

On a exposé en effet l'effet constitutif de droit de la représentation du droit. Dès l'instant qu'on observe une double représentation du droit, il faut en déduire que ce ne sont pas exactement les mêmes règles qui existent, suivant qu'il s'agit de celles des juristes ou celles des financiers et des gestionnaires.

124. Possibilité de superposition des deux représentations constitutives du droit. Peut-on considérer que deux représentations, c'est trop pour un seul droit? Une conception moniste du droit, telle que le positivisme et le normativisme l'ont longtemps imposé, y est certainement rebelle car le droit y est présenté sous le signe de l'unilatéralité de sa source et selon une hiérarchie purement verticale et hiérarchique. Mais une conception pluraliste du droit, d'obédience plus sociologique, tend à l'admettre sans trop de difficulté et l'hypothèse selon laquelle la représentation du droit est créatrice de droit et la figure selon laquelle ces représentations constitutives peuvent se superposer et s'appliquer alternativement selon les cas et selon les personnes. On peut à ce titre prendre l'exemple de la définition technique de l'apport partiel d'actifs comme mécanisme de transmission universelle de patrimoine¹⁷⁶, qui paraît naturel aux financiers, lesquels raisonnent en termes d'universalité de fait mais souleva une vive critique de la part de la doctrine juridique, fut-elle commercialiste. Certes, cette dualité d'appréciation et cette application alternative des règles de droit font apparaître celles-ci relativement disponibles dans leur contenu et dans leur fondement à ceux qui les utilisent. Cela va aussi dans le sens de la flexibilité du droit.

125. Prévalence actuelle de la représentation dogmatique et systématique sur la représentation atomistique et fonctionnelle des règles de droit. Mais

¹⁷⁶Y. Paclot, *Synthèse de droit des affaires*, préc., p.34 s.

la compatibilité des deux corps de règles de droit - forme atténuée de la conformité¹⁷⁷. par le biais d'une application alternative ne peut plus jouer dans l'hypothèse d'un contentieux. En effet, il y a alors conflit entre les représentations. Dans l'état actuel des choses, dans la mesure où les magistrats et les avocats sont des juristes traditionnels, c'est la logique du système et des dogmes sur lequel il repose et fonctionne qui l'emporte.

Mais sans doute faut-il tenir compte de l'évolution là aussi de la formation des professionnels de la justice. En effet, on observe le nombre grandissant de candidats réussissant le concours de la magistrature n'ayant pas fait leurs études dans les facultés de droit mais dans les instituts d'études politiques. De la même façon, les personnes susceptibles d'obtenir le titre d'avocat peuvent aujourd'hui y prétendre sans avoir suivi un *cursum* ordinaire dans les facultés de droit.

126. Influence des politiques de recrutement des professionnels de la justice sur les représentations constitutives du droit. Il convient de mesurer le lien entre les deux problématiques. En effet, dès lors que sont susceptibles d'entraîner en concurrence, dans l'hypothèse d'un contentieux, deux représentations constitutives du droit - dont la configuration de la fiducie dépend notamment -, c'est à travers la formation des professionnels du droit que la prévalence d'une conception systématique du droit - réticente à l'égard de la fiducie - ou celle d'une conception instrumentale du droit - bienveillante à l'égard de la fiducie - se joueront.

Ainsi, si les magistrats et les avocats demeurent des juristes, au sens classique du terme impliquant une formation théorique, complète et doctrinale, les principes prévaudront. Si d'autres voies de recrutement sont organisés, la concordance est alors susceptible de s'opérer entre la vision instrumentale et atomisée des financiers et la conception de cette nouvelle sorte de professionnels de la justice.

¹⁷⁷V. *supra* n°99, *Transformation d'un rapport de déduction en un rapport de compatibilité*.

127. Prévalence possible de la représentation fonctionnelle, mise en regard de la règle nouvelle de la fiducie. Il convient donc que les pouvoirs publics aient particulièrement conscience de la transformation du droit qu'implique la diversification de la formation et du recrutement des professionnels de la justice. Celles-là ont le pouvoir de transformer fondamentalement le droit. Sans développer davantage cet aspect des choses qui excède largement le cadre du présent rapport, on peut penser que ces politiques de diversification ayant été activement mises en œuvre, les règles juridiques et la logique qui les anime risquent de changer. Est alors en passe de prévaloir la représentation fonctionnelle et atomistique du droit. Sans examiner ici les effets généraux d'une telle transformation et au seul regard de la fiducie, cette évolution ne peut bien sûr que favoriser l'admission de la fiducie, qui s'accommode mieux d'une conception opératoire de la règle de droit, détachée de son environnement systémique.

128. Enjeu de pouvoirs né de cette dualité nouvelle. Sans réduire les comportements sociaux à de simples et caricaturales stratégies de pouvoir du groupe social considéré, on imagine aisément les enjeux de pouvoirs qui naissent d'une telle dualité et de la perspective d'un renversement de prévalence au profit d'une représentation purement fonctionnelle des règles. Les facultés de droit et la doctrine juridique sont ici particulièrement visées par un tel mouvement. Etudier cette vague de fond et l'aptitude de la faculté à y résister ou à la dominer relèverait d'une autre étude d'ensemble. On constatera ici simplement que la dualité d'approche sur la question de l'unicité du patrimoine est particulièrement propice à ouvrir cette problématique.

129. Partage d'une ignorance des principes par les professionnels non-juristes et les profanes. Il demeure donc que, malgré cette évolution significative de l'enseignement des règles de droit chez les financiers, la pesanteur des règles théoriques n'en est pas le corollaire. Ainsi, le financier

continue d'ignorer que le patrimoine doit être un. Cette même ignorance existe chez les individus, qu'ils soient chefs d'entreprise ou simples particuliers, lesquels sont acquis avec la même spontanéité à l'hypothèse de dualité du patrimoine, selon cette fois non plus un effet d'instrumentalité, mais un constat de réalité.

B. L'INDIVIDU ET LA PERCEPTION CONCRÈTE DES PATRIMOINES

130. Considération par le droit de la perception commune du patrimoine.

Mais le patrimoine n'est pas qu'affaire d'experts et ce malgré la diversité possible des experts, juristes, financiers ou gestionnaires, qui y ont affaire. Rien n'est plus commun et familial que le patrimoine, aussi commun et familial que le mariage ou l'héritage! Pour tenir compte de cette immédiateté du patrimoine pour chacun, il faut que le droit arrive à tenir compte de deux conceptions qui sont profondément ancrées dans les esprits des individus, conceptions qu'ils projettent dans leur vie privée ou dans leur vie professionnelle. Il apparaît ainsi que le patrimoine ne peut exister s'il n'a pas de consistance, d'une part, et qu'il n'est perçu que par rapport à une activité, d'autre part. En conséquence, la figure du patrimoine se renverse totalement, se détachant de celle de l'autonomie de l'individu pour acquérir celle du lien entre les individus.

1. La perception commune des rapports entre le patrimoine et la personne

131. Décalage entre notion juridique et notion commun du patrimoine.

Il est vrai que la présente recherche n'a pas procédé à une enquête d'opinion et il est difficile, dans un tel cadre, de poser avec certitude ce qui serait la représentation que le corps social, que l'ensemble des individus, se ferait de la notion de patrimoine. Il semble acquis que la notion de

patrimoine, contrairement à d'autres notions juridiques élémentaires, existe puissamment dans le sens commun. Sans doute parce que l'idée de patrimoine est instinctivement liée à l'idée de liberté¹⁷⁸, du pouvoir de faire ce que l'on veut faire, et que l'idée de liberté peut dans le sens commun et transitivement se traduire aussi bien dans la personne que dans l'activité. Il résulte de la présente recherche que, dans un sens commun et sans doute de plus en plus en droit positif, le patrimoine est lié fondamentalement, non pas tant à la personne ou à l'activité mais à la vie : ainsi, l'expérience de la vie peut être ressentie comme un élément du patrimoine¹⁷⁹. Plus essentiellement, le patrimoine est ce qui permet à la personne de mener une vie honorable, dépassant en cela cette alternative, non concrètement perçue, entre un rattachement à une personne ou à des activités. Dès lors que le patrimoine est l'enveloppe qui protège la vie plus encore qu'il n'est le sac qui contient les biens, on comprend qu'il ne soit transparent - c'est-à-dire moyen d'information pour le tiers créancier - qu'autant qu'il contient des éléments susceptibles de se "détacher de la vie"¹⁸⁰. Sinon, la vie

¹⁷⁸Entretien B. Ballot-Léna, chef d'entreprise, juge consulaire : "A chaque personne correspond un patrimoine. Il ne peut y avoir de personne sans patrimoine, c'est une question de dignité humaine. Une personne sans patrimoine ne pourrait être qu'un esclave.". "C'est à travers son patrimoine que l'homme est devenu citoyen".

¹⁷⁹Entretien M. Rouger, président du tribunal de commerce de Paris : "Je peux prendre ainsi mon exemple personnel : dans mon patrimoine, il y a mon expérience au Tribunal de commerce, qui m'aura coûté une perte pécuniaire que je peux retrouver sous forme d'expérience valorisante après la fin de mon mandat."

¹⁸⁰D. Gutmann, *Patrimoine et vie privée*, préc., p.12 s., analysant à rebours la diminution de la protection du patrimoine au nom de la vie privée comme un détachement du patrimoine de la vie. Cela entraîne d'ailleurs une certaine casuistique : "Aujourd'hui, le patrimoine est devenu opaque, on n'y découvre plus en creux le reflet de la personnalité individuelle. La description objective du patrimoine, en d'autres termes, ne suffit plus à produire du sens, n'est plus un signifiant qui renverrait à un signifié. C'est cela qui explique que la publication d'informations relatives au patrimoine puisse être alternativement sanctionnée ou non : tout dépend, pour les mêmes informations, de ce qu'on en dit. Publiez que Monsieur X détient un château à la campagne, et rien ne pourra vous être reproché ; publiez que ce château lui a été légué par sa tante bien-aimée, qu'il y passe tout son temps disponible, que cet endroit a pour lui une valeur affective inestimable car il condense toutes les valeurs existentielles auxquelles il adhère, et vous vous exposez aux poursuites." (p.15).

privée l'englobe à son tour, la vie étant ici protégée par tous ces cercles concentriques qui participent d'une même fonction si ce n'est d'une même nature.

Si le patrimoine est donc présent aussi bien dans le sens juridique que dans le sens commun, il apparaît cependant qu'il y a un décalage très net entre la notion juridique de patrimoine, qui s'accroche à l'unicité, et la notion courante de patrimoine, qui tend aisément vers la pluralité et vers ce que la doctrine désignerait comme un patrimoine d'affectation. Ainsi le fonds de commerce auquel le droit refuse le statut de patrimoine¹⁸¹ est néanmoins ressenti comme tel par l'entrepreneur¹⁸². Il l'est d'autant plus que le fonds de commerce ne relève pas d'une manipulation juridique des règles, telle que la constitution d'une personne morale, et participe plus aisément de la nature des choses¹⁸³. L'importance de la seconde perception permet de suggérer que la première en tienne compte.

132. Admission de patrimoine contenant des biens indisponibles et à titulaire indéterminé. Tout d'abord, le patrimoine n'est pas nécessairement relié à un titulaire identifié, contrairement à ce que la théorie postule. Il en est ainsi de la notion de patrimoine culturel¹⁸⁴, nettement implantée dans l'action politique et dans les *media*, sans que l'on songe vraiment à en identifier le titulaire, lequel pourrait être assez vaguement la nation. Cette absence de lien de titularité définie est possible parce que le patrimoine culturel se voit affecté d'une fonction particulière et nette : la mémoire. Ainsi, par le patrimoine culturel, la civilisation se souvient d'elle-même et se conserve. De la même façon, l'idée aussi vague que présente d'un "patrimoine familial"

¹⁸¹Y. Paclot, *Synthèse de droit des affaires*, préc., p.13 s.

¹⁸²Entretien A. Pézard, conseiller juridique du directeur du Trésor : "Le droit des affaires est moins attaché à la théorie de l'unicité. Le fonds de commerce est un bien détachable..".

¹⁸³Entretien Ch. Goyet, professeur : "Le patrimoine d'affectation était déjà sous-jacent et en gestation dans la théorie classique du fonds de commerce comme patrimoine inachevé. Si on devait l'admettre, contrairement à la société qui est une solution optative, il aurait vocation à être un régime général qui s'imposerait pour toute activité. Son organisation relèverait de l'esprit des régimes matrimoniaux, notamment par la constitution de masses..".

¹⁸⁴Ph. Teillet, *Le patrimoine culturel*, annexe III-8.

n'implique pas nécessairement dans les esprits le préalable d'une personnalisation juridique de la famille¹⁸⁵.

Mais cette catégorie, très populaire, de patrimoines se démarque très nettement de la notion juridique de patrimoine en ce que le patrimoine au sens juridique strict a pour fonction de contenir des biens disponibles, alors même qu'il se caractérise lui-même comme indisponibles. C'est à partir de ce critère que s'est constituée la catégorie des droits extra-patrimoniaux. La distance entre la personne et le droit est insuffisamment marquée, l'intimité entre la personne et son droit est trop forte, pour supporter cette étanchéité qu'implique la mise des droits dans le sac du patrimoine.

Mais le patrimoine culturel, ou plus techniquement le patrimoine culturel maritime, rassemble des biens non pleinement disponibles. L'absence de titularité déterminée participe de cela puisque ne peut pas s'exprimer une volonté pure de propriétaire. Cette indisponibilité non seulement du patrimoine mais des biens qu'il contient assure la fonction première de conservation et de transmission. En effet, si le patrimoine est relié à la personne, il faut recourir à la fiction de la continuation de la personne du défunt et s'il est relié à l'activité, il est également par nature viager. Mais s'il contient en lui-même l'impératif de conservation et de mémoire, il est alors par nature transmissible. On peut y avoir une résurgence du phénomène de main-morte. Suivant qu'on adopte l'une ou l'autre des visions, la figure du patrimoine en est changée¹⁸⁶. Ainsi, paradoxalement, c'est l'indisponibilité des biens et la transmission du patrimoine qui ont partie liée, en ce que la transmission du patrimoine est le seul moyen d'assurer la conservation des biens : on ménage ainsi la pérennité du patrimoine, pérennité au service des biens et non de la personne¹⁸⁷.

¹⁸⁵V. H. Lécuyer, *Synthèse de droit patrimonial de la Famille*, préc., p.39. V. aussi *supra* n°45, *Perspective de la personnalité morale de la Famille*.

¹⁸⁶Entretien P. Tach, récoltant vinicole : " Le patrimoine est ce qui est créé, construit par le travail d'une personne ; le patrimoine est donc l'exploitation viticole. Il est différent du patrimoine constitué des biens qui proviennent d'un héritage. "

¹⁸⁷*Ibidem* : " L'homme est au service du patrimoine, entendu comme la

Cela est encore plus vrai concernant ce que l'on désigne comme le patrimoine génétique de l'individu. La consubstantialité entre la personne et sa carte génétique exclut l'idée d'un disponibilité au bénéfice d'un individu.

On observe pourtant que c'est à propos de ces biens indisponibles ainsi rassemblés que le sens commun ou les *media*, lesquels secrètent un nouveau sens commun, utilisent l'idée de patrimoine, brisant donc l'opposition dialectique que le droit établit entre contenu disponible et contenant indisponible, liant désormais aisément patrimoine et indisponibilité d'ensemble. On peut songer à relier à cela le mouvement qui se dessine, au sein du droit cette fois-ci, pour remettre en cause la catégorie juridique des droits de la personnalité en tant qu'ils sont extra-patrimoniaux. L'idée de "biens de la personnalité" se fait jour¹⁸⁸ et la patrimonialisation des droits de la personnalité progresse tant en doctrine qu'en jurisprudence.

133. Conception du patrimoine comme moyen politique de conservation de l'individu dont la vie matérielle est en péril et non comme mécanisme neutre de garantie des tiers. Plus encore, la sociologie du surendettement montre qu'il y a dissociation entre la personne et son patrimoine dans la fonction de garantie de ce dernier à l'égard des tiers, dans la mesure où le patrimoine ne répond plus et ne doit pas répondre mécaniquement des agissements de la personne. La procédure de surendettement brise ce lien que le droit des procédures collectives n'avait pas détruit. En effet, le droit des procédures collectives s'il met en pratique la loi selon laquelle le patrimoine répond des engagements de la personne finit par "mettre à mort" la personne morale par la liquidation. En cela, renouant avec la tradition romaine, c'est bien la personne qui finit par répondre quand le patrimoine ne le peut plus.

La législation sur le surendettement, hérétique en cela au regard des principes et de ce fait vraisemblablement

Patrimoine créé par le travail. "

¹⁸⁸F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, 1990, Bruylant-L.G.D.J.

beaucoup mieux admise par le personnel administratif sans formation juridique classique que des juristes traditionnels, montre ainsi que le patrimoine est une garantie pour son titulaire avant que d'être une garantie pour les tiers! Il faut certes pour cela que la vie matérielle du titulaire soit à ce point en péril que c'est son existence personnelle et sociale qui est en cause : le patrimoine est alors le moyen de survivre. L'indisponibilité de son contenu s'y attache naturellement. Cette inversion de logique affleure également dans l'évolution de l'insaisissabilité¹⁸⁹, guidée par la prévalence d'impératif de survie sur la force des engagements¹⁹⁰. C'est dès lors au regard des besoins de l'individu que l'insaisissabilité est organisée concernant des biens qui ont pour fonction de remplir ces besoins¹⁹¹, dès l'instant qu'ils les satisfont avec économie¹⁹².

134. Le patrimoine au bénéfice du titulaire dont la vie matérielle est en péril et au détriment des tiers. Avec la distance que l'on a déjà mesuré entre le droit du surendettement des entreprises et le droit du surendettement des particuliers¹⁹³, le droit du surendettement repose sur le principe selon lequel le patrimoine ne répond plus mécaniquement des engagements de la personne et que, lorsque le patrimoine ne comprend plus que des dettes, ces engagements risquant de faire sombrer l'individu, il faut préférer l'individu au patrimoine, ou plus nettement encore considérer le patrimoine comme ensemble au bénéfice du titulaire et non au bénéfice des créanciers.

135. La protection du titulaire du patrimoine en considération des personnes qui lui sont à charge. De la même façon que la

¹⁸⁹V. *supra*, n°47, *La reconnaissance d'un patrimoine insaisissable, indispensable à la vie familiale*.

¹⁹⁰Sur la notion corrélatrice de "petit patrimoine", v. *supra*, n°47, *Préc.*

¹⁹¹G. Decocq, *Les objets insaisissables, préc.*, p.5 s.

¹⁹²*Ibidem*, p.6.

¹⁹³V. *supra*, n°59, *Incohérence d'un système juridique traitant différemment débiteurs civils et commerciaux, alors que l'économie est un flux entre leurs patrimoines*.

sauvegarde de l'entreprise a aussi pour but le maintien de l'emploi, le fait que l'individu en question puisse avoir charge de famille est également pris en considération. On revient ainsi sur l'analogie entre l'entreprise et la famille, entre la société et la fraternité. Il y a dès lors scission entre les engagements de la personne, qui ne l'engagent qu'autant qu'ils ne mettent pas en péril les proches, au prix d'un méconnaissance des garanties offertes par l'existence même d'un patrimoine. Dans ces conditions, cette dérogation n'est pas seulement à confronter aux règles classiques qui continuent de gouverner l'action de l'individu, en particulier la force obligatoire de ses engagements, - auquel cas ils ne sauraient guère trouver justification. Il s'agit plutôt de considérer l'individu comme support d'un groupe, lequel n'a pas à supporter absolument les engagements inconsidérés du premier, groupe qui n'a pas par ailleurs formulé de consentement.

Ainsi l'individu n'est dérogatoirement protégé par un patrimoine qui n'est plus analysé que comme garantie à son bénéfice et non à celui des tiers qu'en tant que support d'un groupe familial de la même façon que l'entreprise n'est dérogatoirement protégée par les règles des procédures collectives qu'en tant que support d'emploi.

136. Le patrimoine perçu comme masse d'actifs au service de l'activité.

Ainsi la fonction du patrimoine, à savoir la garantie des créanciers en raison de son lien consubstantiel avec la personne qui s'engage, n'est pas perçue d'évidence. Indépendamment de la conception gestionnaire que peut développer le financier¹⁹⁴, l'entrepreneur au sein d'une petite entreprise, sans qu'on puisse y voir l'influence particulière d'une formation, procède à une dissociation spontanée du patrimoine suivant la fin poursuivie par l'amasement et l'utilisation des biens en question. Il s'agit bien sûr de la distinction suivant que le bien est utilisé pour une activité personnelle ou pour une activité professionnelle.

¹⁹⁴V. *supra*, n°100 et s., *La définition du patrimoine et l'existence d'actifs.*

137. Récalcitrance et sentiment d'injustice à l'égard de l'unicité du patrimoine. Il est acquis que l'entrepreneur accepte mal qu'une voie d'exécution puisse toucher un bien qu'il considère comme appartenant à sa famille¹⁹⁵. Un sentiment d'injustice peut en naître. Il peut être partagé par leurs conseils¹⁹⁶ et même par leurs créanciers¹⁹⁷. On observera d'ailleurs que la loi Madelin a pris en compte pour la première fois cette distinction à propos des sûretés¹⁹⁸. Mais l'on reconnaîtra dans le même temps que cette distinction s'opère d'autant plus nettement que les difficultés apparaissent... Ainsi, sans aller jusqu'à une accusation de duplicité, les créanciers reprochent aux entrepreneurs de pratiquer l'unicité du patrimoine tant que leur entreprise prospère, les gains de cette dernière profitant massivement à l'entrepreneur, mais de la rejeter lorsque l'entreprise a des difficultés et que ses créanciers entendent opérer une semblable communication entre les actifs et le passif¹⁹⁹. D'une façon moins machiavélique, ce

¹⁹⁵Entretien B. Monassier, notaire : "Je pense qu'aujourd'hui les gens ne supportent pas que pour des raisons économiques qui leur sont tout à fait étrangères et qu'ils ne maîtrisent pas du tout, ils risquent de déposer leur bilan et vont peut-être prendre leur domicile ou leur voiture. Les femmes le supportent encore moins car elles préservent la famille et se considèrent comme une sorte de "gardien du foyer. ... Le principe de l'unicité du patrimoine est donc une hérésie sociologique mais aussi une hérésie économique."

¹⁹⁶Entretien J. Benhamou, notaire : "Il faut distinguer le patrimoine familial du patrimoine commercial. Pour le premier, il faut permettre aux éventuels créanciers de pouvoir saisir toutes les valeurs du patrimoine. Mais pour le second, il est indispensable de créer un patrimoine d'affectation. Les entrepreneurs sont soumis à des flux financiers. La chute de leurs projets professionnels ne doit pas avoir de conséquences sur leurs patrimoines personnels. Il est donc nécessaire de mettre à disposition des commerçants une structure lourde (c'est-à-dire une structure importante). Le fonds de commerce pourrait être ce patrimoine d'affectation."

V. aussi entretien B. Monassier, notaire : "Les gens refusent de prendre ce risque "injuste" et important, de prendre leur patrimoine privé et recherchent à séparer leur patrimoine."

¹⁹⁷Entretien B. Kuhn, directeur juridique de L.V.M.H. : "En tant qu'éventuel créancier, je vois effectivement beaucoup d'avantages à la règle de l'unicité du patrimoine. ...Sauf abus, mais pour le sanctionner il y a notamment l'action en comblement de passif et l'action paulienne, je crois que tant l'équité que l'efficacité économique requièrent une possible séparation des biens personnels et professionnels."

¹⁹⁸V. *supra*, n°34, *Unicité du patrimoine et fonds propres des entreprises*.

¹⁹⁹Entretien Ch. Goyet, professeur : "L'avantage recherché dans

degré de confusion entre patrimoine personnel et bonne santé de l'entreprise, qui tend à s'estomper dans le même temps que cette santé périclité, s'explique aussi par le lien affectif puissant qui unit le chef d'entreprise à son entreprise²⁰⁰, le temps de la défaillance pouvant *mutatis mutandis* ressembler au temps du divorce.

138. La fiducie comme mécanisme conforme à une représentation commune d'un patrimoine scindé selon l'activité. Il demeure que l'insertion de la fiducie en France ne fera que traduire une réalité nettement établie en psychologie sociale et ce quelle que soit la catégorie socioprofessionnelle dont il s'agit : les individus distinguent de plus en plus nettement entre vie professionnelle et vie personnelle. De la même façon qu'une tendance générale se dégage pour empêcher la vie professionnelle de manger la vie personnelle, de la même façon la récalcitrance s'accroît à admettre que des biens

l'isolement d'un patrimoine, c'est la limitation du risque. Mais l'inconvénient, c'est qu'il faut une étanchéité suffisante et un formalisme suffisant pour protéger les créanciers. Il faut effectivement éviter que l'un des patrimoines serve l'autre quand cela va bien (abus de biens sociaux ; confusion de patrimoine), mais qu'il ne soit pas accessible aux créanciers quand cela ne va plus."

²⁰⁰Entretien E. Delesalle, expert-comptable, commissaire aux comptes : "Tout est une question d'éthique de l'entreprise. Certains chefs d'entreprise - et je pense plus spécialement à des entreprises du Nord de la France - ne peuvent pas imaginer que leurs propres intérêts ne soient pas partie intégrante de l'entreprise".

V. encore entretien J.-M. Oudot, notaire : "... il y a souvent confusion dans l'esprit du chef d'entreprise entre son patrimoine et le patrimoine de l'entreprise par une osmose de fait surtout dans les PME.... actuellement, les chefs d'entreprise d'environ 65 ans ... aiment l'entreprise comme on aime son propre enfant. Pour des chefs d'entreprise plus jeunes, l'esprit n'est pas le même : on achète une PME pour l'optimiser et la revendre avec profit ... On n'assimile plus l'entreprise à soi-même. ... Pour ces personnes, ... la distinction des patrimoines est plus aisée."

Dans le même sens, v. entretien M. de Barbeyrac, gestion de patrimoine, Crédit agricole : " En réalité, il faut étudier dans quelle mesure l'entreprise apparaît comme un bien personnel. La responsabilité de l'entrepreneur est fonction de sa liberté. Le critère sera donc le degré de disposition de l'entreprise par le dirigeant. Si l'entreprise apparaît comme le bien personnel de son dirigeant, au sens affectif plutôt que patrimonial, il faut reconstituer tous les liens entre les différents éléments du patrimoine. Son patrimoine personnel sera autant engagé que son patrimoine professionnel. Si l'entreprise n'a aucune connotation familiale, il ne faut reconstituer les liens avec le patrimoine personnel de son dirigeant. Le lien actif-risque suffit. "

ressentis comme "biens personnels" soient mis en corrélation et garantissent une activité professionnelle.

Il faut en tirer des conséquences sur la question de savoir si, non seulement le patrimoine, mais l'individu lui-même est soumis à un principe d'unicité de sa vie ou à un principe nouveau de pluralité de vies pour un même individu.

2. Analyse sociologique de l'unicité d'une vie traduite par le droit

139. La persistance du lien entre le patrimoine et la personne si l'on admet la remise en cause de l'unicité de la personne. Mais il ne faut pas pour autant en conclure que la notion sociologique de patrimoine, du fait même qu'elle s'échappe de l'unicité, rompt son rapport avec la personne. C'est bien plutôt la notion de personne qui est directement affectée. En effet, on a montré la filiation existant entre la théorie juridique du patrimoine unique et le concept kantien d'indivisibilité de la personne, conséquence de l'indivisibilité de la liberté²⁰¹. Mais l'une des évolutions marquantes de notre société est la mobilité des individus, dans l'espace mais aussi dans le temps. Il est acquis que les personnes doivent aujourd'hui exercer plusieurs métiers dans leur vie et l'acclimatation du divorce fait que, par ailleurs, elles mènent aussi aisément plusieurs vies familiales de suite. L'unicité de la personne, la stabilité de l'être qu'elle constitue métaphysiquement, n'a plus lieu d'être, la société romaniste se rapprochant de la société anglo-saxonne dans laquelle la personne est davantage disponible à elle-même et accueillante à son propre changement. Ainsi, cette conception du patrimoine se rapproche davantage de la notion de vie que de celle de personne. Cela prend d'autant plus de relief que François Gény avait précisément reproché à Aubry et Rau d'avoir construit une théorie abstraite "insusceptible(s) ... de s'assouplir aux exigences changeantes

²⁰¹D. Gutmann, "La doctrine du droit de Kant et la théorie du patrimoine", in *Synthèse de philosophie du droit*, préc., p.3

et variées de la vie"²⁰². Il semble bien que la sociologie moderne puisse reprendre le reproche à son compte.

140. La pluralité diachronique de personnalités pour un même individu dans une vie constituée de moments. Dès lors, il n'est pas exagéré d'affirmer que l'individu constitue désormais plusieurs personnes qui se constituent dans le temps, en raison de la mobilité de l'individu et de la mise bout à bout de plusieurs vies dans une seule vie. Il n'est pas indifférent de remarquer que l'unicité du patrimoine a pris assise en référence à une vie rurale, relativement stable et linéaire²⁰³, soucieuse d'une transmission protectrice du patrimoine lui-même, au besoin au détriment du principe d'égalité des héritiers. Il est vrai qu'aujourd'hui ces objectifs, qui perdurent, sont servis par des techniques sociétaires²⁰⁴

Désormais, l'individu change de plus en plus aisément de vie. Le mythe de "la nouvelle vie" affecte aussi le droit. Cela explique notamment l'absence massive de paiement des pensions alimentaires : pourquoi encore des liens entre patrimoines si la perte de l'affection a fait des anciens

²⁰²Cité par S. Geoffroy-Poisson, *synthèse d'histoire du droit*, préc., p.12.

²⁰³Entretien R. Genty, Directeur Banque de France : "L'importance de la règle de l'unicité du patrimoine est replacée dans un contexte historique : notre droit est organisé pour une société rurale, il n'existe pas de distinction entre un patrimoine personnel et un patrimoine professionnel. La règle de l'unicité du patrimoine y trouve une place tout à fait justifiée."

V. aussi entretien M. Rouger, président du tribunal de commerce de Paris : "... une personne n'a pas qu'un seul patrimoine. Plus on s'éloigne de l'économie terrienne, plus il y a un éclatement des patrimoines. Plus on s'éloigne de la surface du sol, plus le patrimoine se diversifie. Les techniques fiscales accroissent l'éclatement."

²⁰⁴ Entretien P. Lawton, négociant en vins : " Dans l'univers des négociants et récoltants en vins, le patrimoine est essentiellement organisé sous forme de sociétés anonymes ou de fermages. La transmission de la terre et des châteaux en tant qu'entités économiques est une très récente mais réelle préoccupation. L'organisation patrimoniale des vignobles, longtemps inexistante, commence à être envisagée sous forme notamment de groupement foncier agricole, société anonyme, société civile ou société coopérative agricole. "

V. cependant entretien P. Tach, exploitant vinicole : " Les techniques du droit des sociétés, comme le groupement foncier agricole, ne sont pas satisfaisantes et les nombreux échecs, notamment des jeunes récoltants, suscitent une grande méfiance à l'égard de ces techniques. "

époux des étrangers? Le temps de la vie peut aller ainsi à rebours alors que le droit des engagements postule toujours la linéarité du temps, le futur répondant d'un passé qui ne peut ainsi ne plus être.

Or, c'est la stabilité de l'individu dans le temps qui justifie qu'il réponde présentement de ses engagements passés. C'est le principe même du patrimoine qui écrase ces distinctions dans le temps, la date d'entrée ou de sortie des biens du patrimoine étant justement indifférent en raison du mécanisme de subrogation réelle. Le patrimoine unique se caractérise par une permanence que lui permettrait son abstraction²⁰⁵.

Certes, il est vrai que tant le droit des régimes matrimoniaux que le droit des procédures collectives opèrent des césures dans le temps qui affecte la technique du patrimoine²⁰⁶. Mais l'effet de rupture est toujours attaché à un bouleversement, tels le mariage ou l'ouverture d'une procédure collective. D'une façon plus usuelle, il s'agit ici de revenir à une définition de la vie comme une juxtaposition de moments non nécessairement enchaînés les uns aux autres, conception relativement archaïque par rapport à une définition de la vie comme développement d'un être essentiellement inchangé. Le principe de l'unicité du patrimoine en est affecté puisque son fondement se détériore ainsi.

²⁰⁵Entretien B. Ballot-Léna, chef d'entreprise et juge consulaire : "Le patrimoine, c'est l'ensemble des biens possédés par une personne. Il y a dans cette approche une idée de permanence qui me fait penser à l'âme. Le patrimoine serait comme une âme matérielle qui transcende la personne elle-même...".

²⁰⁶H. Lécuyer et Ph. Reigne, *L'unicité du patrimoine dans sa dimension diachronique. Etude comparée du droit des régimes matrimoniaux et du droit des procédures collectives*, annexe V-4. Ces auteurs remarquent que "le droit des régimes matrimoniaux espère du temps présent, le temps du mariage, qu'il soit le temps de la stabilité (p.4) tandis que le temps de la procédure collective est le plus souvent le temps de la dégradation, à tout le moins "le temps présent du droit des procédures collectives est transitoire" (p.5). Le temps des règlements de compte vient après. Les auteurs en concluent que le principe de l'unicité du patrimoine "ressort affaibli de sa confrontation avec le droit des régimes matrimoniaux et le droit des procédures collectives, ces derniers élaborant en effet des schémas reposant sur des discontinuités du temps". (p.9).

141. La pluralité synchronique de personnalités pour un même individu dans un temps où se juxtaposent plusieurs vies. L'évolution de la conception commune du patrimoine répond aussi à une diversification dans un même temps, dans la distinction nette entre vie personnelle et vie professionnelle, voire entre vie privée et vie publique. On a d'ailleurs remarqué pertinemment que les liens établis entre patrimoine et vie privée²⁰⁷, en ce qu'ils se réfèrent à une dualité de la vie des individus - vie privée et vie publique ou professionnelle -, contredisent dans son fondement le principe de l'unicité du patrimoine²⁰⁸.

Dès lors, la multiplication des patrimoines dans un même temps, suivant qu'il est constitué de biens "personnels" ou de biens "professionnels", la volonté que les biens anciennement acquis ne répondent plus dans les temps futurs des engagements de la personne qui a pu se métamorphoser, répond à une nouvelle acception du lien entre personne et patrimoine. Celui-ci reste en effet réaffirmé - et la théorie d'Aubry et Rau ne se retrouve donc pas remise en cause dans ses fondements - mais nous sommes plusieurs personnes à la fois et dans notre vie et à chacun de ses temps ou de ses formes ; à chacun de ces temps, doit correspondre un patrimoine autonome, ce qui revient à ne remettre en cause que la conséquence technique qu'Aubry et Rau tiraient du lien entre patrimoine et personne, à savoir l'unicité du premier, puisqu'à la pluralité de personnalités devrait répondre la pluralité de patrimoine.

142. Le dépassement de l'unicité du patrimoine par le dépassement de l'individu. A côté de cette hypothèse d'une pluralité, laquelle reste fondamentalement en accord avec la théorie

²⁰⁷V. *supra*, n°61, *Définition essentielle du patrimoine à travers le droit de gage général du créancier mais définition variable du patrimoine à travers le droit d'information du créancier*.

²⁰⁸D. Gutmann, *Patrimoine et vie privée*, préc., p.2 : "... Comment concevoir que le patrimoine, expression de la personnalité entière et indivisible, puisse "faire partie de", c'est-à-dire être inclus dans, la vie privée? Comment un concept fondé sur l'intégrité et l'insécabilité de la personne peut-il être rapportée à une notion fondée, tout à l'inverse, sur la *division* des sphères de la vie personnelle (entre vie publique et vie privée)?" L'auteur en conclut que "le patrimoine se détache donc progressivement de la personne elle-même" (p.11).

d'Aubry et Rau, dans le lien établi entre personne et patrimoine, même si cela conduit à remettre en cause le principe technique de l'unicité, il faut prêter attention à l'hypothèse plus radicale d'un dépassement de l'individu par le patrimoine. En effet, lorsque l'on fait référence au patrimoine culturel, voire au patrimoine commun de l'humanité, il est difficile d'établir encore solidement une titularité.

143. Le renversement de la définition du patrimoine, mécanisme de transmission et lien entre les hommes. On observera que lorsqu'on évoque la figure aujourd'hui très courante du patrimoine culturel et du patrimoine commun à l'humanité, la question de son titulaire ne semble paradoxalement que peu se poser, alors que ce réflexe demeure pour tout patrimoine individuel. Cela tient au fait que cette titularité est le signe d'un enfermement de l'individu, l'être seul avec son avoir. Au contraire, ces nouveaux patrimoines, liés à la culture, la civilisation, la mémoire et le bien commun, sont signes d'un lien entre les hommes, tous les hommes présents, passés (par le patrimoine culturel, notamment) et futurs (par le patrimoine naturel, notamment). Cette idée était déjà présente dans l'affirmation doctrinale selon laquelle les biens du domaine public ne sont pas susceptibles d'une véritable propriété, tout juste un droit de garde ou d'intendance, le pouvoir de l'Etat ne devant s'exercer à travers une affectation à l'intérêt général que pour l'usage de tous²⁰⁹. Il y a alors du sublime dans cette nouvelle catégorie de patrimoine, justifiant cette sorte de fête que fût l'année du patrimoine et expliquant l'engouement que suscite l'ouverture régulière des bâtiments publics au public. Comme la fiducie-gestion, cette conception relève alors d'une propriété pour autrui, d'une propriété pour le public, d'une propriété pour l'humanité.

Mais il ne s'agit là que d'une nouvelle manifestation du pouvoir le plus ancien du patrimoine, à savoir l'aptitude à être transmis de génération²¹⁰. Le droit des

²⁰⁹Ch. Pichon et E. Baron, *Synthèse de droit public*, préc., p.2.

²¹⁰Entretien J. Benhamou, notaire : "Au sens large, le patrimoine est

successions, même s'il dût conforter le dogme de l'unicité du patrimoine par la fiction de la continuation de la personne, assigna fondamentalement au patrimoine cette tâche²¹¹. Inversant le raisonnement, on peut même aller jusqu'à dire que l'unicité du patrimoine a pour fin d'imposer cette continuation symbolique du disparu²¹². Ainsi, le patrimoine est la notion juridique apte à constituer une chaîne entre les hommes. C'est en cela qu'il est susceptible d'être actuellement revalorisé. Plus concrètement, la fiducie pourrait être précisément utilisée comme technique de transmission des entreprises²¹³ et de leurs être juridiques que sont les sociétés, puisque ces personnes morales sont hélas dépourvues de droit des successions. La fiducie pourrait leur en tenir lieu. Même si l'on peut douter de cette aptitude²¹⁴, cela serait particulièrement bienvenu dans cette époque où l'on cherche à endiguer les défaillances d'entreprises comme autant d'anguilles qui glissent entre les mains du législateur et quand on sait que les difficultés de transmission sont une cause très importante de survenance de ces défaillances sans grand traitement.

Il peut d'ailleurs l'être à des fins moins nobles que la permanence kantienne de l'humanité à travers la succession des générations ou la conscience d'un patrimoine commun de l'humanité. Un patrimoine peut dépasser l'individu et se

ce qui se transmet"... Dans un sens assez proche, on parle de patrimoine génétique qui se transmet mais qui évidemment ne fait pas l'objet de transaction".

²¹¹Entretien P. Ducoroy, expert-comptable : "La conséquence juridique essentielle de l'unicité du patrimoine tient en ce que la totalité des droits et des obligations d'une même personne juridique, d'une part, se transmet indivisément à ses ayants droit par voie successorale..."

²¹²Entretien J. Massip, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation : "Les français sont très attachés à ce principe, notamment en droit des successions car il permet la continuation de la personne du défunt."

²¹³Entretien E. Delesalle, expert-comptable, commissaire aux comptes : "La fiducie devrait être un bon outil surtout pour permettre l'organisation des transmissions d'entreprises."

²¹⁴Entretien R. Genty, Directeur Banque de France : "La fiducie serait-elle un moyen intéressant pour la transmission d'entreprises? Les héritiers réservataires peuvent exiger le paiement de leurs droits mais la fiducie n'enferme pas le paiement du rachat de l'entreprise dans un bref délai. Pourtant les notaires restent sceptiques sur l'utilisation de la fiducie. Il en veulent pour preuve l'échec de la donation-partage. Pareillement, la fiducie risque de créer des tensions dans les familles..."

constituer néanmoins à des fins intéressés, lorsqu'il prend la forme d'un patrimoine collectif. Cette perspective peut être illustrée par la technique des fonds de pension et l'idée de "patrimoine social"²¹⁵.

144. L'acceptabilité corrélatrice d'une propriété pour autrui, d'une part, d'une pluralité de patrimoine en considération de la pluralité de personnalité, d'autre part. Dans ces conditions, au regard de cette apparition très forte de nouveaux patrimoines, le mécanisme de propriété pour autrui ne devrait guère rencontrer d'opposition. D'autre part, au regard de la pluralité des vies dans une même vie, la pluralité de patrimoine ne devrait guère plus en susciter.

145. Conséquence de l'enquête sociologique menée : l'existence d'un terrain favorable à l'admission de la fiducie, atténuée par une résistance profonde des juristes. En conséquence les mécanismes de fiducie ou de patrimoine d'affectation, etc., ne rencontreraient aucune résistance ni psychologique ni technique dans les catégories socioprofessionnelles concernées, qu'il s'agisse des techniciens non-juristes, des entrepreneurs ou des personnes indifférenciées. On observera alors que seuls les juristes formés classiquement peuvent y voir objection...

146. L'opportunité d'un discours pédagogique à destination des juristes pour établir la corrélation entre patrimoine et activité. Dans de telles conditions, il convient de rappeler qu'il s'agit aujourd'hui davantage de mettre au point un discours cohérent pour justifier la réforme que de mettre au point une technique. Dans la mesure où la réforme ne rencontrera pas de résistance particulière hors des juristes, il convient

²¹⁵Entretien G. Bellargent et J.-P. Delpeuch, notaire : <Le patrimoine social> "peut se définir comme l'ensemble des droits sociaux, tels que les retraites. Cette composante ne figure certes pas dans les bilans patrimoniaux, ce n'est pas un actif proprement dit, mais c'est un avantage viager. Cela traduit la prise en compte de créances de rente viagère, les salaires, les retraites, etc. On pense aux retraites mais, en raison de l'évolution économique, on va inclure les fonds de pension, ce qui est une nouvelle façon de constituer collectivement le patrimoine social. Ainsi ce dernier se caractérise par son aspect collectif : on en arrive à la définition de créances que l'on peut acquérir en tant que membre d'une collectivité."

d'argumenter plus particulièrement à leur destination. Dans la mesure où la règle dogmatique entraîne d'autant plus d'adhésion qu'elle n'est plus expressément formulée, le plus opportun serait sans doute d'explicitier cette règle, ce qui permettra de la relativiser.

147. L'opportunité corrélatrice d'une restriction de la réforme à l'hypothèse de la fiducie-gestion. En outre, dès l'instant que le lien entre patrimoine et activité ou pluralité de vie pourrait être aisément admis, il conviendrait alors de respecter cette nouvelle corrélation. Comme cela a été démontré, la confusion ne doit pas être opérée entre fiducie-gestion et fiducie-garantie. L'extension du projet de la première à la seconde ne va pas dans un sens heureux²¹⁶ et mériterait révision.

²¹⁶V., par ex. l'entretien R. Genty, Directeur Banque de France, préc., qui approuve la fiducie-gestion et la fiducie-transmission mais juge inopportune la fiducie-sûreté.

Index thématique et alphabétique

(les références renvoient aux numéros des paragraphes et visent également les notes de bas de pages afférentes aux paragraphes)

A.

Abstraction, 43, 83, 102, 140,
Abus de biens sociaux, 25
Actif, 101
Activité, 12, 25, 28, 52, 53
Affectation (v. *Patrimoine d'...*), 13, 61, 143,
Analogie, 47
Art législatif (v. aussi *Législation*), 9
Artificialité, 41
Attribution préférentielle, 45
Aubry et Rau, 12, 43
Autarcie, 51
Autonomie, 38
Autrui (v. *Propriété pour autrui*), 48

B.

Banque, 35 s., 61, 62, 68, 109,
Bien (v. aussi *Masse de biens*), 12, 39, 42, 50
... de famille, 61
Bilan, 52, 61, 109
Blocage, 16
Bordereau Dailly, 63

C.

Capital social, 109
Cautonnement, 33
Cession partielle d'actifs, 124
Cession temporaire de titres, 50
Chancellerie, v. *Ministère de la Justice*
Clause de réserve de propriété, 9, 35, 49
Collectif, 48, 143,
Communauté légale, 13, 43
Comptabilité (v. aussi *Droit comptable*), 51, 109
Comptes consolidés, 109
Conflit, 19, 20, 57, 143,
Confusion (de patrimoine), 39 s.,
Conscience, 10, 16
Consumation, 47
- consommateur, 5, 57
Contentieux (v. aussi *Juridiction*), 71
Contournement, 10, 16, 22, 43
Convention, 47
Couple, 43 s.,

Coutume orale, 83
Créancier, 30, 36, 47, 54 s.,
Création, 4
 ... d'entrepris, 33
Crédit, 29, 37, 61,
 - Crédit-bail, 50
Culture financière, 101,
Citoyen, 131

D.

Débiteur, 30, 54 s.,
Détournement, 13
Dette, 29
Définition, 27
Discours, 18, 22,
Disponibilité, 132
Distinction, 55 s.,
Division (des patrimoines), 24 s., 33, 48, 49, 141
Doctrine, 11, 13, 16, 25, 26, 101,
Dogme, 23
Donation-partage, 47, 143
Dramatisation, 2
Droit

 ... anglo-saxon, 19
 ... civil, 18, 54
 ... commercial, 54
 ... comptable (v. aussi *Comptabilité*), 49, 52
 ... de gage général, 47, 54
 ... de la consommation, 55
 ... des régimes matrimoniaux, v. *Régimes matrimoniaux*
 ... des sociétés, v. *Société*
 ... des sûretés, v. *Sûreté*
 ... fiscal, v. *Fiscalité*
 ... positif (v. *Positivism juridique*)
 ... public, 13, 61
Droits
 ... extra-patrimoniaux, 132
 ... de la personnalité, 61, 132
Dynamique, 52, 54

E.

Economie (v. aussi *Législation économique , socio-économie), 3, 37, 50, 57*
Egoïsme, 47
Elasticité (v. aussi *Flexibilité*), 23 s.,
Engagement, 109, 133
Enseignement, 17
Entrepris, 30, 39
Entretien, 14
Equité, 137
Etat, 13, 143,
Etudes, v. *Enseignement*
E.U.R.L., 24, 25.
Exception, 17, 47

Expérience, 131

F.

Faculté de droit (v. aussi *Enseignement*), 17
Faillite, 1, 7, 34, 38, 62, 140, 143,
Familiarité, 20
Famille, 13, 44 s., 143,
Faute, 109
Fiction, 25 s., 43, 77, 143,
Fidélité, 109
Fiducie, 6, 8, 18 s., 32, 47, 51, 62, 83, 143,
Financier (v. aussi *Culture financière*), 25,
Fiscalité, 7, 8, 38, 52, 61, 109,
Flexibilité, 18, 42
Flux, 50
Fondement, 26, 27, 140
Fonds
 ... commun de placement, 101.
 ... de commerce, 131, 137
 ... de pension, 143
 ... propres, 34
Fournisseur, 35 s.,

G.

Garantie, 9
Génétique, v. *Patrimoine* ...
Gestion, 51
Globalité, 61
Groupe
 - de sociétés, 25, 109
 - professionnel, 5, 14

H.

Habileté, 25,
Histoire, 12

I.

Identité, 48
Indifférence, 20
Indisponibilité, 132
Individu, 13, 45, 48, 143,
Indivision, 102.
Information, 62, 71
Innovation, 6, 10, 16
Insaisissabilité, 47
Instrument, 19, 26,
 - Instrumentalisation, 4, 8, 27 s.,

Intérêt, 13, 43, 48, 143,
Invention, 12

J.

Jeu, 34
Juridiction, 40

K.

Kant, 12, 143,

L.

Législation (v. aussi *Art législatif*), 3, 19
... économique, 3
- législateur, 13
Légitimité, 16, 19
Liberté, 12, 131,
Limitation de responsabilité, 13
Locke, 12
Logique, 7
Loi de la majorité, 109

M.

Main-morte, 132
Marché, 4, 109
Mariage, 140,
Masque, 26
Masse (de biens), 29, 39, 51
... des obligataires, 13
Majorité, v. Loi de la
Mensonge, 25
Méthode, 77
Ministère
- de l'économie et des finances, 7, 20
- de la justice, 7, 8, 9, 18, 20
Méthode, 77
Monde, 1, 2, 20
Morale, 12
Multiplication (des patrimoines), 25 s.

N.

Nécessité, 6, 47
Notaire, 18, 143,

O.

Objet social, 25,
Optimisme, 101,
Originalité, 12

P.

Patrimoine
... d'affectation, 25, 52, 62, 68, 101, 131, 137
... génétique, 143
... social, 143
... public, 13
Pauvreté, 47
Perception, 20
Permanence, 140
Personnalité morale, 13, 24 s., 43, 45,
- personne morale, 56
Personne, 23, 27, 28, 44, 48, 56
Philosophie, 12
Positivisme juridique, 26, 28
Pratique, 16
Prêt de titres, 50.
Preuve, 38
Principe (v. aussi *Exception*), 9, 16, 17
Procédures civiles d'exécution, 47
Procédures collectives, v. *Faillite*
Professionnel, 57
Projection, 27
Propriété (v. aussi *Clause de réserve de propriété*), 8, 9, 62, 143
... pour autrui, 46, 51 s.,
Publicité (v. aussi *Information*), 71
Puissance, 37

Q.

R.

Réalité, 10, 25 s., 38, 50
Reconstitution (du patrimoine), 33 s., 49,
Régimes matrimoniaux, 43 s., 71
Réponse, 109; 133
Réserve
... de propriété, v. *Clause de réserve de propriété*
... successorale, 48, 143
Responsabilité (v. aussi *Limitation de ...*), 12, 61, 62, 71, 109.
Révision, 83
Risqué, 109
Rural, 45, 140

S.

Saisie, 109

Scientificité, 14,
Sens commun, 14, 131, 132
Simplicité, 71
Société (v. aussi Groupe de ...), 32, 143
Sociologie, 4
- socio-économie, 5
Stabilité, 140
Statisme, 50, 54
Stratégie, 32
Succession, 12, 77, 48, 143
Surendettement, 47, 61
Sûreté, 28, 32, 35 s., 62, 109
Suspicion, 13
Systémisme, 32, 34

T.

Théorie, 16
Titularité, 43, 101,
Traduction, 12
Transmission, 47, 83, 143
Transparence, 61
Travail, 12, 45
Trust , 6, 45, 46, 47,

U.

Universalité, 124.

V.

Vérité, 14
Vie, 47, 55, 109,
... privée, 61, 131, 141
Voies d'exécution, 61
Volonté (v. aussi *Convention*), 26, 31, 38, 41 s., 47, 109

W.

X.

Y.

Z.