

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS – PARIS II
Droit – Économie – Sciences sociales

Année universitaire 2014-15

Master 2 Droit européen comparé
Dirigé par Louis Vogel

LE BEI-BIL-WAFA

Une comparaison entre le *bei-bil-wafa* et la
fiducie-sûreté française

Mémoire préparé sous la direction
de Monsieur le professeur Sélim JAHEL

présenté et soutenu publiquement
pour l'obtention du Master 2 Droit européen comparé

par
Martin Palu

LE *BEI-BIL-WAFA*

Une comparaison entre le *bei-bil-wafa* et la
fiducie-sûreté française

Résumé

Le concept de fiducie et plus particulièrement, à travers celui-ci, celui de fiducie-sûreté semblent revenir, depuis déjà plusieurs années, au goût du jour. En France, longtemps réclamée, la fiducie est aujourd'hui consacrée par le Code Civil sans pour autant remporter le succès que de nombreux auteurs lui avaient prévu. Dans un droit des sûretés de plus en plus complexe, quelles raisons ont pu amener le législateur à revenir à un tel mécanisme? Car en effet, l'idée de se servir de la propriété pour garantir une dette n'est pas nouvelle et c'est même l'une des premières techniques de garantie à avoir été utilisée, tout d'abord en droit romain, mais aussi en droit musulman classique avec la notion de *bei-bil-wafa*. Cette notion apparue dès le 5^{ème} siècle de l'Hégire peut être mise en parallèle avec celle d'aliénation fiduciaire à fin de sûreté. On pourra alors remarquer leurs similitudes à la fois dans leurs origines et dans les raisons de leurs mises en place que dans leurs avantages et leurs limites. Bien que cette notion de *bei-bil-wafa* ait désormais quasiment disparu des régimes juridiques des pays arabes, elle a longtemps servi de « reine des sûretés » dans cette région du monde avant d'être peu à peu remplacée. D'une technicité relativement développée, le régime juridique de cette sûreté n'a rien à envier à celui de nos fiducies modernes. En observant les traits communs entre *bei-bil-wafa* et fiducie-sûreté française on pourra d'une part chercher les causes du succès limité de cette dernière et d'autre part remarquer la valeur des techniques juridiques du droit musulman, relatives au droit des affaires.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Sommaire :

Introduction générale

TITRE I : Le *bei-bil-wafa* et la fiducie-sûreté, deux notions historiquement similaires et animées par les mêmes impératifs.

Chapitre 1 : Les origines historiques du *bei-bil-wafa* et de la fiducie-sûreté.

Chapitre 2 : Les raisons ayant conduit à l'apparition du *bei-bil-wafa* et de la fiducie-sûreté.

TITRE II : L'utilisation pratique du *bei-bil-wafa* et de la fiducie-sûreté.

Chapitre 1 : Un régime particulier faisant du *bei-bil-wafa* et de la fiducie-sûreté des garanties efficaces.

Chapitre 2 : Les caractéristiques ayant limité le succès du *bei-bil-wafa* et de la fiducie-sûreté.

Conclusion générale

INTRODUCTION GENERALE

« La fiducie est la Jacinthe d'eau du droit moderne : elle envahit tout, elle obstrue tout »¹. Cette phrase d'un auteur suisse illustre bien l'attrait que peuvent avoir aujourd'hui les législateurs pour l'aliénation fiduciaire à fin de sûreté, l'un des différents types d'utilisation possible de cette notion avec la fiducie-gestion et la fiducie-libéralité. Claude WITZ définit la fiducie et plus particulièrement la fiducie-sûreté, comme « *un contrat par lequel une personne aliène à une autre un bien corporel ou incorporel dans le but de garantir une créance, à charge pour l'acquéreur de retransférer le bien lorsque la garantie n'a plus lieu de jouer* »². Depuis un peu moins d'un siècle, cette institution s'est développée dans de nombreux pays, aussi bien dans ceux qui y ont été toujours favorables que chez ceux qui y ont été longtemps farouchement opposés³. En France, depuis 2008 le régime général de la fiducie figure en bonne place dans le Code Civil, à la place même qu'occupait le cautionnement, maintenant relégué aux articles 2288 à 2320, c'est dire l'espoir qui a pu être fondé sur cette nouvelle notion ! En réponse au succès du trust anglo-saxon et pour venir concurrencer cette institution, les acteurs politiques de l'Europe continentale ont pu voir dans la fiducie un nouvel instrument juridique, moderne et efficace, qui, tout en assouplissant le droit positif, garantit néanmoins une certaine sécurité.

Moderne la fiducie ? C'est plutôt tout le contraire et on en retrouve des traces dans l'Égypte des Pharaons⁴, la Grèce et surtout la Rome antique⁵. On trouve aussi cette notion d'aliénation fiduciaire dans le droit musulman classique sous une forme plutôt originale. Depuis le milieu du 5^{ème} siècle de l'hégire, soit vers l'an 1100 de notre ère⁶, elle existe sous le nom de *bei-bil-wafa*. Etymologiquement, *Bei* signifie vente et *Wafa* paiement, au sens d'exécution de l'obligation, ce qui peut aussi se traduire par le mot latin *fiducia*⁷. Cette

¹ Pierre-Robert GILLIERON. Cité par Luc THEVENOZ, *La fiducie, cendrillon du droit Suisse*, Helbing et Lichtenhahn, 1995 p. 259

² Claude WITZ, *La fiducie-sûreté en droit français*, Revue de jurisprudence commerciale, 1982, p. 67

³ Ainsi, le Japon en 1922, le Panama en 1925, le Liechtenstein en 1926, le Mexique en 1932, le Venezuela en 1956, l'Éthiopie en 1960, la Colombie en 1971 ou Israël en 1979. Depuis une dizaine d'années, de nombreux autres pays ont également légiféré sur la question : l'Équateur, le Pérou et la Russie en 1993, le Québec et le Panama en 1994, l'Argentine en 1995, le Liban en 1996, la Chine en 2001, le Luxembourg en juillet, l'Uruguay fin 2003, Saint-Marin en mars 2005, la Roumanie en 2011, la Tchéquie avec effet en 2014. Voir François Barrière, *La Fiducie*, Répertoire de droit civil 2013

⁴ Eugène REVILLOUT, *Les obligations en droit Égyptien*, p.167

⁵ Claude WITZ, *Appréciation de la législation Libanaise sur les opérations fiduciaires*.

⁶ Moustapha ZARKA, *la vente et l'échange*, N°247 ; et *le droit musulman en son nouvel aspect*, I, Introduction générale N°80 p.218

⁷ Nicolas ASSOUD, *A propos du Bei Bil Wafa*, études de droit Libanais, 1964 p. 527 et s. Sélim JAHEL « *L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie*, RTD com. 1985, p. 483 et s.

institution repose sur un mécanisme de vente avec faculté de rachat⁸. Dans le cadre d'une vente, l'acheteur s'engage à revendre au vendeur le bien vendu au bout d'un certain temps ou à la condition du remboursement du prix de la chose. Le plus souvent, ce mécanisme sera utilisé pour venir en garantie du paiement d'une dette. Le débiteur vend un bien à son créancier qui s'engage à le lui revendre une fois le paiement de la dette initiale effectué.

De nombreux débats ont eu lieu autour de cette notion dès son apparition. Si la majorité des *fuqahas*, les juristes, la considèrent comme contraire à la *chari'a* car elle permettait de contourner l'interdiction du *riba*⁹, l'intérêt ou l'usure, elle était néanmoins bien prévue dans le *medjellé*, le code ottoman. Cette notion n'a pas été reconnue par toutes les différentes écoles de droit. En effet, les hanafites, école dont est issu le code ottoman, l'autorisent alors que les hanbalites eux la considèrent contraire à la *chari'a*. Aujourd'hui, ces divergences persistent dans la finance Islamique. Par exemple, le « *council of the Islamic Fiqh Academy* », sis à Jeddah en Arabie Saoudite, dans ses résolutions refuse ce mécanisme alors que la Banque Islamique Malaisienne, réputée plus conciliante, l'autorise¹⁰. Cette institution du *bei-bil-wafa* semble désormais tomber en désuétude¹¹. Il a disparu en Syrie en 1949 et en Irak en 1951, banni du code égyptien, il reste cependant consacré par les codes Jordanien et Koweïtien. Prévu par les articles 91 et suivants de l'arrêté 3339 au Liban, il n'est autorisé qu'en matière immobilière¹² alors que le *medjellé* ne posait aucune condition relative à l'état du bien, et il semble y être supplanté par d'autres sûretés, principalement la fiduciaire-sûreté, consacrée en droit Libanais depuis une loi du 6 juin 1996. Nous verrons plus tard et plus précisément, les tenants et aboutissants de ces débats doctrinaux ainsi que les raisons de cette lente disparition tout en étudiant le régime de cette notion. Par ailleurs le terme de *bei-bil-wafa* ne fait pas vraiment l'objet d'une seule et même définition commune à tous les pays qui connaissent ce mécanisme ou l'ont connu. Il peut parfois recouvrir la notion de vente à réméré, c'est d'ailleurs sous ce terme que George Young a traduit le terme de *bei-bil-wafa* dans sa traduction du code ottoman, alors que ces deux mécanismes sont bien différents, à la différence du *bei-bil-wafa* qui fonctionne comme une sûreté, la vente à réméré est bien une

⁸ Nicolas ASSOUAD op cit.

⁹ « [...] Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt. [...] » (sourate 2/verset 275).

« Ô les croyants ! Ne pratiquez pas l'usure en multipliant démesurément votre capital. Et craignez Allah afin que vous réussissiez » (sourate 3/verset 130).

¹⁰ <https://zulkiflihasan.files.wordpress.com/2009/12/majma-fiqh.pdf>

¹¹ Nicolas ASSOUAD op cit.

¹² Le *bei-bil-wafa* y est défini comme « la vente d'un immeuble sous la condition qu'à toute époque ou à l'expiration du délai stipulé le vendeur pourra reprendre la chose vendue contre restitution du prix et l'acquéreur exiger le remboursement du prix en restituant la chose vendue ».

véritable vente assortie d'une clause de résolution automatique¹³. La multiplication des législations à la suite de la dislocation de l'empire Ottoman le 10 Aout 1920 n'a pas simplifié les choses, bien au contraire, et pour simplifier cette étude nous retiendrons cette notion seulement dans le cadre qui lui a été donné par le *medjellé*, le code Ottoman qui traite de cette notion à ses articles 396 à 403 et la définit à son article 118 comme « *la vente d'une chose sous la condition que l'acheteur devra restituer le bien contre restitution du prix.* »¹⁴.

Assez naturellement, à la lecture des textes relatifs au *bei-bil-wafa*, on peut remarquer des ressemblances avec la fiducie française, en particulier ce que l'on appelle la fiducie-sûreté. Selon l'article 2011 du Code Civil, « *La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». Attendue depuis longtemps et souhaitée par de nombreux auteurs cette notion d'aliénation fiduciaire n'est apparue dans le code civil qu'en 2007 avec une loi du 19 février. Il a ensuite fallu plusieurs modifications pour arriver au régime que l'on connaît aujourd'hui, notamment avec la loi de modernisation de l'économie du 4 aout 2008, deux ordonnances du 18 décembre 2008 et du 30 janvier 2009 ainsi que la loi de simplification du droit du 12 mai 2009 et deux décrets du 23 décembre 2009 et du 2 mars 2010. Ces ajustements législatifs ont fait de la fiducie française une institution souple et universelle dont il convient ici d'expliquer succinctement le régime.

Depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, il n'existe plus de limites quant à la qualité du constituant de la fiducie. Le fiduciaire peut aussi bien être une personne physique que morale. En revanche, seuls peuvent être fiduciaires les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance ainsi que les avocats. Le bénéficiaire quant à lui peut être une personne physique ou morale, voire le constituant ou le fiduciaire eux-mêmes conformément à l'article 2016 du Code Civil.

Il existe certaines conditions à la formation du contrat de fiducie. L'article 2012 dispose que la fiducie est établie par la loi ou par contrat. L'écrit est obligatoire. L'acte authentique s'impose aux époux mariés sous un régime de communauté qui veulent constituer une fiducie sur des biens communs meubles ou immeubles ainsi qu'aux indivisaires qui souhaitent

¹³ Sélim JAHEL, *l'adéquation du droit Musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie*, RTD com 1985 p.483 et s.

¹⁴ Article 118 de la traduction française du *Medjellé* par Georges YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Vol. VI, Oxford, 1905

constituer une fiducie sur leurs biens indivis. De plus, à peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants doivent être enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France. Le contrat de fiducie est un contrat synallagmatique qui suppose un transfert de propriété au bénéfice du fiduciaire. La situation matérielle du constituant n'est pas nécessairement affectée concrètement par la fiducie. En effet, le contrat peut prévoir qu'il conservera l'usage ou la jouissance des biens concernés, ce qui est permis implicitement par l'article 2018-1 du code civil, issu de la loi du 4 août 2008. Le constituant est tenu de transférer les droits et les biens convenus au fiduciaire, sur lesquels il perd tout pouvoir d'administration et de disposition et ne conserve que des droits personnels et non réels. En effet, la propriété étant transférée d'un point de vue juridique, il ne jouit plus que des utilités expressément conservées au titre du contrat. Le fiduciaire est lié par une obligation principale, qui consiste à réaliser l'objet de la fiducie, assortie d'obligations de diligence et de loyauté. La valeur économique du patrimoine fiduciaire n'appartient pas au fiduciaire, qui est seulement chargé de le conserver et, éventuellement, de le faire fructifier. Dans ses rapports avec les tiers, il est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs (article 2023 du Code Civil). En contrepartie de ces pouvoirs il pourra être contrôlé par un tiers comme le prévoit l'article 2017 du Code Civil et est responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission (article 2026 du Code Civil). Le bénéficiaire n'est pas concerné immédiatement par la fiducie. Il ne dispose que d'une vocation future à la propriété pleine et entière des biens affectés, conditionnée à son acceptation. Elle s'analyse en un droit personnel ou de créance, non échu. Cela explique qu'il n'ait, sauf stipulation particulière, qu'une action lui permettant d'intervenir pour faire dessaisir le fiduciaire, ainsi que la possibilité de refuser de donner son accord à la révocation ou la modification du contrat.

Plusieurs applications peuvent être issues de ce régime, elles ne sont cependant pas toutes autorisées par la loi. En effet la fiducie peut être utilisée à fin de gestion, dans ce cas le constituant transfère des biens, droits ou sûretés au fiduciaire qui va devoir les gérer pour un bénéficiaire qui pourra être une troisième personne ou bien le constituant lui-même. Le législateur, pour préserver la cohérence du système français des successions a tenu à interdire

ce que l'on appelle la fiducie-libéralité¹⁵ et cette interdiction est d'ordre public. Il faut donc une contrepartie réelle fournie par le tiers bénéficiaire. Enfin, la fiducie peut être aussi utilisée à fin de sûreté, dans ce cas un débiteur peut transférer des droits, biens ou sûretés à son créancier pour garantir le paiement de sa dette. Le créancier s'engage à restituer ce qui lui a été transféré une fois la dette réglée. Ici le constituant sera donc le débiteur, le fiduciaire sera le créancier et le bénéficiaire sera, soit le débiteur si il y a remboursement soit le créancier en cas de défaut de remboursement. Cette fiducie-sûreté fait l'objet d'un régime spécial instauré par l'ordonnance du 30 janvier 2009 qui a ajouté les articles 2372-1 et suivants au Code Civil pour les meubles et les articles 2488-1 et suivants du Code Civil pour les immeubles.

Dans le cadre de cette étude on se limitera donc à la fiducie-sûreté qui s'apparente le plus au *bei-bil-wafa*.

Comme pour le *bei-bil-wafa*, la fiducie-sûreté française est apparue dans un contexte économique bien précis que nous étudierons. Comme pour le *bei-bil-wafa*, elle a fait l'objet de nombreux débats, portant notamment sur son adéquation avec de grands principes de droit français tels que l'universalité de la propriété ou l'unicité du patrimoine. Principes que le doyen Carbonnier qualifiait comme faisant partie de la « *constitution civile de la France* ». Comme pour le *bei-bil-wafa* la fiducie-sûreté suscite de grands espoirs de réussite mais son application reste limitée pour des raisons que nous verrons.

En quoi ces deux notions qui semblent assez éloignées aussi bien temporellement que géographiquement peuvent-elles être mises en parallèle ? Et comment le *bei-bil-wafa* peut-il nous aider à envisager la fiducie-sûreté, à la comprendre, et essayer d'en prédire l'avenir ? C'est à ces questions que nous tacherons de répondre dans ce mémoire.

Pour ce faire nous étudierons tout d'abord les origines de ces deux notions (Titre I) pour déterminer les raisons de leurs apparitions avant de voir leurs mises en place et leurs utilisations par la pratique (Titre II).

¹⁵ En ajoutant l'article 2013 du code civil selon lequel « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public. »

TITRE I : Le *bei-bil-wafa* et la fiducie-sûreté, deux notions historiquement similaires et animées par les mêmes impératifs.

Le *bei-bil-wafa* et la fiducie-sûreté ont des trajectoires bien différentes. Le premier est appliqué sans interruption depuis près de mille ans mais semble disparaître et tomber en désuétude¹⁶ alors que la seconde vient tout juste d'être implantée dans le droit positif français et suscite de grands espoirs. Cependant un parallèle peut-être établi, aussi bien en ce qui concerne les origines historiques de ces notions (chapitre 1) qu'en ce qui concerne les raisons qui ont amené à l'élaboration de tels mécanismes juridiques (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES ORIGINES HISTORIQUES DU *BEI-BIL-WAFA* ET DE LA FIDUCIE-SURETE

Le *bei-bil-wafa* trouve son origine historique dans le droit classique musulman (section 1) alors que la fiducie-sûreté telle qu'on la connaît aujourd'hui en France est principalement issue de la *fiducia cum creditore* romaine (section 2).

Section 1 : Le *bei-bil-wafa* dans le droit musulman classique.

Avant l'apparition de cette notion, c'est-à-dire au 5^{ème} siècle de l'hégire, il n'existait, en ce qui concerne les sûretés réelles immobilières dans les pays soumis au droit musulman, que le *rahn* ou antichrèse qui est un contrat par lequel le débiteur met un immeuble en possession de son créancier ou d'un tiers et qui confère au créancier le droit de retenir l'immeuble jusqu'au parfait paiement et, à défaut de ce dernier, de poursuivre l'expropriation de son débiteur par voies légales. Ici le débiteur transférait seulement la propriété de l'immeuble et non son usage, il pouvait continuer à l'utiliser et était donc une sorte de locataire¹⁷. Cette sûreté ne garantissait pas de manière satisfaisante la créance du créancier qui pouvait rencontrer des difficultés à exproprier son débiteur mauvais payeur. C'est pour palier à cette lacune que peu à peu, les praticiens du droit ont élaboré le mécanisme du *bei-bil-wafa*

¹⁶ Nicolas ASSOUAD, *A propos du bei-bil-wafa*, études de droit libanais 1964 p.527.

¹⁷ Bichara TABBAH, *Propriété privée et registre foncier*, Tome II

où le créancier acquiert, par une vente, la propriété pleine et entière du bien qui peut être meuble ou immeuble ; en cas de remboursement de la dette il s'engage à restituer le bien au créancier par une seconde vente mais en cas de défaut de paiement, il pourra garder la propriété de ce bien ou le vendre. Ce mécanisme n'a pas été reconnu immédiatement dans le droit positif. En effet il était condamné car dissimulait un intérêt¹⁸. Cependant, pour des raisons que nous verrons dans un second paragraphe les auteurs l'ont ensuite admis au titre de la nécessité *darura*. Le *medjellé* reconnaît cette nouvelle sûreté et les auteurs de ce code en donnent d'ailleurs la raison à son article 32 où il est écrit que « *ce qui est exigé pour la satisfaction d'un besoin public ou privé est admis comme une nécessité légitime* »¹⁹.

Le *bei-bil-wafa* a connu un succès florissant, s'adaptant même aux évolutions inhérentes au monde des affaires. Ainsi quand les praticiens ont senti que la dépossession du bien qu'entraînait cette sûreté était trop contraignante pour le débiteur, des aménagements ont été prévus. Avec le *bei-bil-wafa*, le débiteur, en vendant son bien, perdait une partie souvent importante de son patrimoine, ce qui l'empêchait de poursuivre son activité de façon satisfaisante et ainsi être capable de rembourser sa dette. Fut alors créé le *bei-bil-istighlal* qui permet, dans le cadre d'un *bei-bil-wafa*, de rétrocéder le bien à titre de louage au vendeur-débiteur. Celui-ci peut en conserver l'usage et ainsi en tirer profit. Le créancier peut aussi s'en trouver accommodé si ce montage lui permet de ne pas avoir à gérer ou maintenir en état un bien trop encombrant. Ce procédé a lui aussi été consacré par le code ottoman à l'article 119 comme étant un *bei-bil-wafa* « *dans lequel le vendeur se réserve la jouissance de la chose vendue* »²⁰.

Au fil du temps, le *bei-bil-wafa* a perdu de son intérêt et ce qui en faisait une sûreté originale, il a cependant continué à être utilisé jusqu'à ce qu'une autre sûreté, plus efficace, l'hypothèque, ne fasse son apparition dans le *medjellé*, seulement à partir de 1912²¹.

Section 2 : Les origines de la fiducie-sûreté française : la *fiducia cum creditore* romaine.

La fiducie-sûreté telle qu'on la connaît aujourd'hui en France est en grande partie issue de la *fiducia cum creditore* existant en droit romain qui, selon une grande partie de la

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Article 32 de la traduction française du *Medjellé* par Georges YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Vol. VI, Oxford, 1905

²⁰ Article 119 de la traduction française du *Medjellé* par Georges YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Vol. VI, Oxford, 1905

²¹ Sélim JAHÉL, *l'adéquation du droit Musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie*, RTD com 1985 p.483 et s.

doctrine, serait la mère des différents systèmes d'aliénation fiduciaire existants en Europe continentale²².

On a l'habitude de découper l'antiquité romaine en quatre grandes périodes ; La période archaïque de 754 à 367 avant Jésus-Christ, suivie par la période préclassique jusqu'en 27 avant Jésus-Christ, puis la période classique qui s'étend jusqu'à l'an 284 et la période postclassique qui s'éteint avec Justinien en 565.²³ Devant la difficulté à donner une date précise à l'apparition de la *fiducia* en droit romain, la doctrine considère généralement que cette notion est apparue au cours du cinquième siècle avant Jésus-Christ et s'est développée pendant toute l'époque républicaine, soit de 509 à 27 avant J.C. On pense en effet que cette notion est apparue antérieurement à la loi des XII tables qui fut promulguée en 451 avant J.C.²⁴

Etymologiquement le terme de *fiducia* signifie confiance et est dérivée des verbes *fidere* (se fier à) et *fidare* (confier). Ce terme désignait un acte juridique sanctionné par l'*actio fiduciae* dans lequel le fiduciaire transfère la propriété d'un bien au fiduciaire par le biais d'une *mancipatio* à la condition que l'acquéreur fiduciaire lui transfère ensuite la propriété à une date déterminée ou lorsque certaines conditions sont réalisées.²⁵ La *mancipatio* étant un mode d'acquisition dérivé du *dominium ex iure quiritium* (la propriété quiritaire) abstrait, formalisé par des paroles et gestes solennels.²⁶

On trouve une trace écrite de cette institution principalement dans les *Institutes* de GAIUS (IIème siècle après J.C.) qui distinguait *fiducia cum amico* et *fiducia cum creditore*²⁷ : « *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico...* » Cette notion se prêtait en effet à des applications variées ; à fin de gestion pour la *fiducia cum amico* et à fin de sûreté pour la *fiducia cum creditore* ou même en droit des successions à réaliser une donation. La première « *permettait à une personne possédant des objets précieux de les confier à une personne de confiance qui en deviendra propriétaire et les restituera ultérieurement* »²⁸ et la seconde « *permettant à un débiteur de donner une sûreté réelle très forte à un créancier : celui-ci devient propriétaire de la chose qui lui est remise en garantie*

²² Jean-Philippe DUNAND, *le transfert fiduciaire : Donner pour reprendre Mancipio dare ut remancipetur Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, thèse Genève, Helbing et Lichtenhahn

²³ Classification de GUARINO (1997) pp. 93 à 154

²⁴ Jean-Philippe DUNAND, op. cit.

²⁵ Jean-Philippe DUNAND Pascal PICHONNAZ, *lexique de droit romain*, Bruylant, Bruxelles.

²⁶ Idem.

²⁷ GAIUS *institutes*, (2.60)

²⁸ MONIER II (1977) p.123

de la créance et promet de la restituer après le paiement de la dette »²⁹. C'est surtout la *fiducia cum creditore* qui sera donc utile ici et qui apparaît comme origine de la fiducie-sûreté française. Cette notion est définie par ISIDORUS comme existant « *lorsque pour obtenir un prêt, une chose déterminée est transférée soit par mancipatio soit selon la procédure de l'injure cessio* »³⁰. On retrouve bien ici le caractère de sûreté réelle auquel sont liés à la fois la fiducie-sûreté française, le *bei-bil-wafa* et la *fiducia cum creditore*.

Dans ce mécanisme juridique, c'est bien la propriété qui est transférée et non pas la possession. Ainsi la *fiducia cum creditore* peut s'effectuer sans dépossession et le débiteur pourra conserver le bien constituant la garantie. Ce bien étant dans de nombreux cas nécessaire à la poursuite de l'activité de celui-ci. On retrouve ici une ressemblance avec le *bei-bil-istighlal* dont on connaît l'existence en droit musulman.

Toujours largement en usage jusqu'en 284 après Jésus-Christ, l'aliénation fiduciaire disparaît progressivement jusqu'en 527 et n'existe plus dans le droit de JUSTINIEN. Cette disparition est due notamment à la tombée en désuétude du mode de transfert de propriété à laquelle elle est liée (la *mancipatio*) ainsi qu'à l'utilisation de plus en plus fréquente d'autres moyens de garantie, en particulier le gage ou *pignus* ainsi que l'hypothèque. Dans certains fragments du *digest*, le *pignus* a d'ailleurs été substitué à la *fiducia cum creditore*. Un parallèle peut ici être fait avec le *bei-bil-wafa*, qui a lui aussi perdu de son attrait à cause de l'arrivée de nouvelles sûretés dans la pratique.

On observe bien ici une ressemblance entre les origines du *bei-bil-wafa* et celles de la fiducie-sûreté. En effet ces deux notions servent de sûretés réelles et reposent sur le principe de « *donner pour reprendre* »³¹. On peut aussi observer une certaine similitude dans l'évolution du *bei-bil-wafa* et de la *fiducia cum creditore* qui tous deux après avoir été très largement utilisés sont tombés en désuétude avec l'arrivée de sûretés concurrentes comme le gage ou l'hypothèque.

Après avoir vu la ressemblance qui peut exister entre les origines de nos deux notions, observons maintenant les raisons qui ont poussé à leur implantation.

²⁹ Idem.

³⁰ ISIDORUS *originum sive Etymologiarum libri* 5.23

³¹ Jean-Philippe DUNAND, *le transfert fiduciaire : donner pour reprendre Mancipio dare ut remancipetur Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, thèse Genève, Helbing et Lichtenhahn

CHAPITRE 2 : LES RAISONS AYANT CONDUIT A L'APPARTITION DU *BEI-BIL-WAFA* ET DE LA FIDUCIE-SÛRETE.

On peut là aussi observer une ressemblance entre le *bei-bil-wafa* et la fiducie-sûreté. En effet ces deux montages juridiques sont apparus lors d'un contexte économique bien précis (section 1) alors que dans les deux cas, des règles strictes interdisaient ou contredisaient leur implantation (section 2).

Section 1 : Le contexte économique ayant amené à l'acceptation du *bei-bil-wafa* et à la création de la fiducie-sûreté.

C'est à chaque fois des difficultés économiques importantes qui ont amené, la doctrine hanafite (§1) et le législateur français (§2) à reconnaître ces deux mécanismes.

§1 : Les raisons économiques ayant poussé les juristes hanafites à accepter le *bei-bil-wafa*.

La première région à admettre le *bei-bil-wafa*, fut celle de Boukharie, aujourd'hui au centre-sud de l'Ouzbékistan. Cette région connaissait une conjoncture économique catastrophique. Pour relancer la consommation et l'investissement, le *bei-bil-wafa* y a été autorisé car, en tant que sûreté efficace, il était en mesure de garantir le crédit ce qui était nécessaire pour répondre à l'accroissement des dettes des habitants de cette région³². Bien que n'étant pas compatible avec certaines règles fondamentales du droit musulman comme l'interdiction de l'intérêt, ce que nous verrons plus tard, il a été accepté par la doctrine hanafite par *istihsan*,³³ une doctrine du droit musulman qui permet des exceptions à un strict raisonnement juridique lorsque des considérations supérieures de bien-être le demandent³⁴. Il est même expressément précisé, dans le code ottoman issu principalement de la doctrine hanafite, à l'article 32 que « *ce qui est exigé pour la satisfaction d'un besoin public ou privé est admis comme une nécessité légitime. C'est en vertu de ce principe qu'on a permis le *bei-bil-wafa*. Cette espèce de vente a été admise pour la première fois en Boukharie où le grand accroissement des dettes de la population l'a rendue nécessaire.* »³⁵ Un précédent étant créé,

³² Bichara TABBAH, *Propriété privée et registre foncier*, Tome II

³³ Sélim JAHEL, *La place de la chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, p.275 et s.

³⁴ Glossaire de la banque d'état pakistanaise (<http://www.sbp.org.pk/departments/ibd/glossary.pdf>)

³⁵ Article 32 de la traduction française du *Medjellé* par Georges YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Vol. VI, Oxford, 1905

cette sûreté a pu, par la suite s'implanter dans toutes les zones géographiques où l'empire Ottoman, et à travers lui le *Medjellé*, a exercé sa souveraineté.

§2 : Les raisons économiques ayant poussé le législateur français à instaurer la fiducie-sûreté.

En France, la fiducie est apparue dans un contexte économique et pour des raisons bien précises. Depuis la fin des années quatre-vingt et le début des années quatre-vingt-dix, les praticiens du droit, avocats, banquiers et notaires, n'ont eu de cesse de demander aux différents gouvernements de légiférer sur la question. C'est à cette période que les premiers colloques portant sur l'aliénation fiduciaire ont eu lieu. En 1992, un premier projet de loi a été présenté, sans suite. Un second fut rédigé entre les 1993 et 1996 mais n'a pas atteint le parlement. Le 15 décembre 2004 le Garde des Sceaux a exprimé son intention de faire un texte sur la fiducie et c'est finalement le 19 février 2007 que cette notion est entrée dans le droit positif français. Cependant si la fiducie nommée n'existait pas jusqu'alors, de nombreuses fiducies innommées ou crypto-fiducies étaient pourtant mises en place en France³⁶ tels les dépôts, les opérations de prêt de titres et prises de pension, cessions Dailly, etc.³⁷. Il a donc fallu attendre dix-huit ans avant de voir le gouvernement répondre aux attentes des praticiens du droit. Quelles raisons ont pu le pousser à entendre les demandes des avocats, banquiers et autres notaires ? Elles sont relatives principalement à la situation économique de la France à cette période. En période de crise le gouvernement français a voulu donner aux praticiens un outil permettant, en ce qui concerne la fiducie en général, de faire concurrence au trust anglo-saxon³⁸ et, en ce qui concerne la fiducie-sûreté, d'encourager le crédit en créant une nouvelle sûreté plus efficace. C'est cette même idée d'encourager le crédit que l'on retrouve en Boukharie pour le *bei-bil-wafa!*³⁹

Le trust, création du droit de la common law est un montage juridique qui permet un transfert de droit du *settler* au *trustee* lequel détient ces biens afin de réaliser une affectation déterminée au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ou *cestui qui trust*⁴⁰. Très usitée en pratique, cette notion a même été utilisée par des entreprises françaises afin de palier à l'absence d'un tel système en France. Ce fut le cas par exemple de l'entreprise automobile Peugeot en 1987 ou encore plus récemment de la société française des jeux qui utilisa ce

³⁶ Hubert de VAUPLANE, *la fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier*, JCP E 2007, 2052

³⁷ Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981

³⁸ François BARRIERE, *la réception du trust au travers de la fiducie*, préf. GRIMALDI 2004, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise.

³⁹ Voir supra

⁴⁰ Oxford dictionary

mécanisme pour la création du jeu euromillions. C'est sans doute ce qui a poussé le Garde des Sceaux à déclarer le 7 février 2005 lors d'un séminaire gouvernemental sur l'attractivité du droit, qu'elle voulait créer un « *instrument juridique et transparent qui facilitera le développement et la relocalisation d'activités en France et l'amélioration des conditions de financement des entreprises* ». Pour la fiducie-sûreté ce sont les garanties et la souplesse de cette notion qui ont motivé le législateur à intégrer la fiducie en droit positif afin d'encourager le crédit qui, en période de crise, est nécessaire pour relancer l'économie. Et très rapidement cette sûreté fut utilisée, notamment par Air France, société en grande difficulté financière qui a mis en fiducie 19 immeubles afin de garantir un crédit.

Pour le *bei-bil-wafa*, comme pour la fiducie, on voit bien que c'est une situation économique bien précise qui a entraîné l'apparition de ces notions, par le législateur, en ce qui concerne la fiducie et par la pratique puis le code ottoman pour le *bei-bil-wafa*.

La ressemblance ne s'arrête pas là et ces deux notions sont en confrontation avec des principes fondamentaux dans leurs systèmes juridiques respectifs.

Section 2 : L'utilisation de ces deux notions pour contourner certains principes fondamentaux au sein de leurs systèmes juridiques.

En droit musulman (§1) comme en droit français (§2), certaines règles viennent en opposition avec de tels mécanismes.

§1 : Les interdictions contournées par le *bei-bil-wafa*.

Deux règles impératives, issues de la *chari'a* freinaient le développement des sûretés dans les pays soumis au droit musulman. L'interdiction du *riba* (A) et l'interdiction de grever d'un droit réel les terres *amiri*⁴¹ (B). Ce qui a pu permettre l'essor du *bei-bil-wafa*.

A : *Bei-bil-wafa* et interdiction de pratiquer le *riba*.

Dans un système juridique interdisant l'intérêt, le montant garanti ne pouvait être que le capital. En effet, dans le cas contraire il y aura bien un gain d'argent pour le créancier sans travail fourni par celui-ci⁴² et c'est bien ce gain sans effort qui est interdit par la *chari'a* à

⁴¹ Nicolas ASSOUAD, *à propos du bei-bil-wafa*, études de droit libanais 1964 p.527.

⁴² Bichara TABBAH, *Propriété privée et registre foncier*, Tome II

travers l'interdiction du *riba*⁴³. Le *bei-bil-wafa* vient ici contourner cet interdit en permettant à l'acheteur créancier de jouir du bien vendu et ainsi y trouver un intérêt qui lui était interdit par la prohibition du *riba*. C'est cette dissimulation de l'intérêt qui a valu au *bei-bil-wafa*, une condamnation par de nombreux auteurs et encore aujourd'hui par les adeptes de l'école Hanbalite. Les Hanafites eux l'acceptèrent, on l'a vu, pour répondre à une crise de crédit en Boukharie.

B : L'intégration du *bei-bil-wafa* dans le régime des terres.

La seconde interdiction que permettait de contourner le *bei-bil-wafa* était celle concernant les terres *amiri*. Les seuls biens qui auraient pu être utilisés comme sûreté par le débiteur étaient ceux qui lui appartenaient pleinement, soit les biens *mulks*. Les autres biens, *wakf* et *amirié* (les biens qui sont sur une terre *amiri*) n'étaient que possédés et ne pouvait faire l'objet d'une aliénation. Ils ne pouvaient donc pas faire l'objet d'une sûreté réelle. Les biens *amiriés* cependant ont fait l'objet d'une évolution qui les a conduits vers un régime de quasi propriété. Devenant aliénables, ils auraient pu ainsi être utilisés comme assiette d'une sûreté réelle mais cela était néanmoins interdit expressément⁴⁴. Le code des terres Ottoman interdisait en effet à son article 116 que les terres *amiri* soient grevées d'antichrèse. Le *bei-bil-wafa* a donc, ici aussi permis de contourner cette règle. Ces biens pouvant être aliénés, ils le furent par les débiteurs sous condition de rachat⁴⁵. En effet, le législateur Ottoman autorisait dans ce même code des terres aux l'article 116 à 118 l'aliénation des biens *amiriés* dans le cas d'un *bei-bil-wafa*⁴⁶. Bénéficiant de ce régime spécial, le *Bei-Bil-Wafa* s'est alors extrêmement développé.

⁴³ « [...] Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt. [...] » (sourate 2/verset 275).

« Ô les croyants ! Ne pratiquez pas l'usure en multipliant démesurément votre capital. Et craignez Allah afin que vous réussissiez » (sourate 3/verset 130).

⁴⁴ Bichara TABBAH, *Propriété privée et registre foncier*, Tome II

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Nicolas ASSOUD, à propos du *bei-bil-wafa*, études de droit libanais 1964 p.527.

§2 : Les théories remises en question par la fiducie-sûreté.

En France le régime de la fiducie-sûreté peut venir aussi en contradiction avec certaines théories du droit privé, qui sont celles de l'unicité de la propriété (A) et de l'unité du patrimoine (B), ce qui a suscité d'importants débats.

A : Fiducie-sûreté et droit de propriété

La fiducie a été en effet redoutée car portant atteinte à l'article 544 du Code Civil consacrant le principe d'unicité de la propriété : « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.* » Il est évident que la fiducie intéresse directement toute la théorie de la propriété et puisse remettre en question son unicité. Deux courants doctrinaux s'opposent sur cette question. Le premier, dont le professeur Michel Grimaldi a exposé les idées pendant un colloque organisé le 15 avril 2010 à l'université Paris II Panthéon-Assas, ne conçoit pas la propriété fiduciaire comme une propriété au sens de l'article 544 mais comme un autre type de propriété. En effet, la propriété « ordinaire » nécessite richesse, pouvoir, exclusivité et perpétuité or la propriété fiduciaire ne permettrait pas de s'enrichir, le fiduciaire n'aurait que des pouvoirs limités sur la chose et pour une durée limitée. Seul le caractère d'exclusivité se retrouverait dans la fiducie, c'est d'ailleurs ce qui fait de la fiducie-sûreté un instrument si efficace car le fiduciaire créancier possède l'exclusivité sur le bien, ce qui le met en position favorable par rapport aux autres créanciers qui ne pourront bénéficier au mieux que d'un droit de préférence. Pour ces auteurs, la propriété fiduciaire serait bien fondamentalement distincte de la propriété traditionnelle de l'article 544 du Code Civil.⁴⁷

Le second courant, dont le professeur Pierre CROCCQ s'est fait le porte-parole lors de ce même colloque, considère que la propriété fiduciaire est bien une propriété comme une autre. Elle en possède toutes les caractéristiques et le législateur a bien précisé qu'il l'entendait comme telle. Pour résumer brièvement, certes la propriété sera imitée temporellement car il y a transfert de propriété qui passe du fiduciaire au fiduciaire puis au bénéficiaire. C'est donc à chaque fois la propriété et toutes ses caractéristiques qui sont transférées. Cette propriété individuelle pourrait s'accommoder d'une limitation de ses prérogatives. Il n'y aurait donc pas, comme pour le trust, un démembrement de la propriété entre *legal ownership* et *equitable ownership*. C'est ce débat qui actuellement divise la

⁴⁷ Michel GRIMALDI, *La propriété fiduciaire*, La fiducie dans tous ces états. Journée nationale Tome XV, Paris Est Creteil, actes du colloque organisé le 15 avril 2010 à l'université Panthéon-Assas Paris II Dalloz 2011

doctrine pour savoir si la fiducie a instauré un nouveau type de propriété, ou si au contraire la propriété fiduciaire n'est qu'une application de la propriété « classique ».

Le second conflit qu'a engendré la fiducie porte sur la théorie du patrimoine.

B : Fiducie-sûreté et théorie du patrimoine.

Dans leur fameuse thèse, les professeurs AUBRY et RAU enseignaient qu'à chaque personne morale était attaché un seul et unique patrimoine composé des actifs et des passifs, l'actif répondant du passif. La fiducie vient mettre à mal cette théorie à deux reprises. Tout d'abord en permettant au fiduciaire de se retrouver à la tête de deux patrimoines ou plus. L'un « propre » et l'autre qualifié de « fiduciaire » dans lequel seront les biens qui lui ont été affectés. Et ensuite en permettant au constituant de faire sortir de son patrimoine les biens qu'il aura transférés au fiduciaire. C'est ce mécanisme qui fait l'attrait de la fiducie-sûreté car ainsi, le fiduciaire en tant que propriétaire exclusif des biens mis en fiducie est assuré de pouvoir s'en servir en cas de défaut de paiement de son débiteur.

Mais la fiducie n'est pas la première à remettre en cause ce principe d'unicité du patrimoine. Déjà, la consécration de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) en 1985, avait pu être perçue comme une première atteinte. De plus, selon le nouvel article L. 526-6 du Code de commerce, « *tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale* ». La fiducie si elle porte atteinte à ce principe n'est pas pour autant la principale menace de la célèbre théorie d'AUBRY et RAU.

Ces atteintes que porte ainsi l'application de la fiducie dans le droit français et les débats qu'elle suscite peuvent faire penser à celles que le *bei-bil-wafa* a pu causer à l'interdiction du *riba* et aux débats qui ont pu avoir lieu à cette période. Et on peut légitimement imaginer que c'est comme pour le *bei-bil-wafa*, l'urgence de donner aux praticiens un instrument de crédit efficace qui a amené le législateur à accepter ces atteintes.

Nous avons donc vu dans cette première partie que dans leurs origines le *bei-bil-wafa* et la fiducie-sûreté sont très semblables. Ces deux notions possèdent une longue histoire, elles sont toutes les deux intervenues dans une période de crise pour favoriser le crédit, et ont toutes les deux contourné des règles fondatrices des systèmes juridiques dans lesquels elles

ont été créées. Je laisserai ici la parole au professeur Bichara TABBAH qui remarque justement « *comme il est curieux de voir l'histoire se répéter sous la pression de besoins semblables, dans des régions différentes du globe!* »⁴⁸. Observons maintenant si cette ressemblance se retrouve dans leur application pratique.

⁴⁸ Bichara TABBAH, *Propriété privée et registre foncier*, Tome II

TITRE II : L'utilisation du *bei-bil-wafa* et de la fiducie-sûreté.

Le *bei-bil-wafa* comme la fiducie-sûreté ont suscité de vifs espoirs de réussite et bénéficient d'un régime qui en font des sûretés uniques (chapitre 1). Cependant la baisse de succès de l'un peut nous inquiéter quant à l'avenir de l'autre (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : UN REGIME PARTICULIER FAISANT DU *BEI-BIL-WAFA* ET DE LA FIDUCIE-SÛRETE DES GARANTIES EFFICACES.

L'avantage du *bei-bil-wafa* (section 1) comme de la fiducie-sûreté (section 2) est que ces deux institutions reposent sur un transfert de propriété à fin de garantir une créance.

Section 1 : Le régime juridique du *bei-bil-wafa*

Le succès du *bei-bil-wafa*, on l'a vu, est dû principalement à ce qu'il permet de garantir efficacement un crédit tout en permettant au créancier d'en tirer profit, malgré l'interdiction du *riba*. Ce que ne permettaient pas dans un premier temps les autres sûretés utilisables dans les pays arabes à l'époque de son apparition. En effet, le régime de cette sûreté tel qu'il était prévu dans le code Ottoman en faisait un instrument fort utile. C'est ce régime qui sera étudié ici afin de mieux comprendre l'intérêt pratique du *bei-bil-wafa*.

Dans le code ottoman, le *bei-bil-wafa* apparaît dès l'article 3 où il est précisé que « *Dans les conventions il faut considérer l'intention des parties et non pas le sens littéral des mots et des phrases employées. C'est en vertu de ce principe que le bei-bil-wafa est régi par les règles du gage* »⁴⁹. Cet article consacre le principe de l'autonomie de la volonté dans l'interprétation d'une convention de la même manière que le fait l'article 1156 du Code Civil, mais il nous indique aussi que le *bei-bil-wafa* et le gage sont donc soumis au même régime en l'absence de règle spécifique au *bei-bil-wafa*. On s'intéressera plus ici à ce qui fait la particularité du *bei-bil-wafa* et donc à son régime spécial. Celui-ci est prévu aux articles 396 à 403 du *medjellé*. Avant cela, l'article 118 donne une définition de cette notion ainsi que sa nature juridique : « *le bei-bil-wafa est la vente d'une chose sous la condition que le l'acheteur devra la restituer contre restitution du prix. Considéré au point de vue du droit de jouissance que l'acheteur acquiert sur la chose ce contrat a les caractères de la vente licite. Au point de*

⁴⁹ Article 3 de la traduction française du *Medjellé* par Georges YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Vol. VI, Oxford, 1905

vue de la faculté accordée à toutes les parties de résilier la vente, elle est annulable. Enfin, à cause de l'impossibilité pour l'acheteur de vendre la chose à un tiers, ce contrat équivaut au gage. »⁵⁰ Cet article montre bien la difficulté à bien envisager cette notion ; Elle est à la fois une vente et une sûreté réelle. C'est ce qui en fait sa particularité et son efficacité. En tant que vente, le *bei-bil-wafa* permet de se servir de la propriété comme moyen de garantie et comme le disait Claude WITZ, « La propriété est la reine des sûretés ».⁵¹

Ce qui a fait le succès de cette sûreté, c'est avant tout la sécurité qu'elle apportait au créancier. Celui-ci, en plus du droit de rétention qu'il exerce sur le bien servant de garantie peut demander à tout moment paiement du prix conformément à l'article 396 du *medjellé* qui prévoit que si « *le vendeur a la faculté de reprendre la chose vendue moyennant restitution du prix, l'acheteur peut, de son côté, demander restitution du prix en faisant restitution de la chose vendue* »⁵². De plus le créancier est prioritaire sur ses pairs pour le bien en garantie, en accord avec l'article 403 du code ottoman selon lequel « *tant que l'acheteur n'a pas reçu le montant de sa créance, les autres créanciers du vendeur ne peuvent exercer aucun droit sur la chose* »⁵³. Le créancier bénéficie aussi d'un droit de suite sur le bien vendu comme le prévoit l'article 402 de *medjellé* qui dispose que « *en cas de mort de l'une ou l'autre des parties contractantes, le droit de résolution se transmet à leurs héritiers respectifs* »⁵⁴. La mort est d'ailleurs la seule façon par laquelle le bien vendu pourrait changer de propriétaire car l'article 397 de ce même code prévoit que « *ni l'acheteur ni le vendeur ne peuvent vendre à un tiers la chose vendue* »⁵⁵. Enfin, et c'est ce qui en fait le principal attrait pour le créancier, la *bei-bil-wafa* peut lui permettre de faire du profit, comme le *medjellé* le prévoit à son article 398 « *On peut valablement stipuler dans une vente que l'acheteur aura la jouissance d'une partie des fruits de la chose vendue. Par exemple, pour un *bei-bil-wafa* s'agissant d'une vigne, les parties peuvent convenir qu'elles s'en partageront le raisin par moitié* »⁵⁶.

⁵⁰ Article 118 de la traduction française du *Medjellé* par Georges YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Vol. VI, Oxford, 1905

⁵¹ Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français*, thèse strasbourg. Economica 1981

⁵² Article 396 de la traduction française du *Medjellé* par Georges YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Vol. VI, Oxford, 1905

⁵³ Article 403 de la traduction française du *Medjellé* par Georges YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Vol. VI, Oxford, 1905

⁵⁴ Article 402 de la traduction française du *Medjellé* par Georges YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Vol. VI, Oxford, 1905

⁵⁵ Article 397 de la traduction française du *Medjellé* par Georges YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Vol. VI, Oxford, 1905

⁵⁶ Article 398 de la traduction française du *Medjellé* par Georges YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Vol. VI, Oxford, 1905

Pour le débiteur aussi, cette sûreté est satisfaisante car pas excessivement contraignante. Il est en effet rassuré de savoir que l'article 397 du code Ottoman interdit à l'acheteur de vendre le bien donné en garantie à un tiers. Ensuite, si la dépossession inhérente au *bei-bil-wafa*, est trop lourde pour lui et que le bien vendu lui est nécessaire pour la poursuite de son activité, il pourra utiliser un *bei-bil-istighlal*, mécanisme prévu à l'article 119 du *medjellé*, dans lequel le « *vendeur se réserve la jouissance de la chose vendue* ».

Pour le reste, le *medjellé* renvoie au gage et c'est le régime de celui-ci qui s'appliquera donc au *bei-bil-wafa*.

C'est ce régime particulier qui a fait du *bei-bil-wafa*, une sûreté aussi efficace et tant utilisée pendant plusieurs siècles. Ce régime est assez comparable à celui de la fiducie-sûreté telle qu'on la connaît en France.

Section 2 : Le régime juridique de la fiducie-sûreté.

Le régime de la fiducie en général est prévu aux articles 2011 à 2030 du Code Civil, au sein du titre XIV intitulé « *de la fiducie* » qui fait partie du livre III « *des différentes manières dont on acquière la propriété* ». Et en ce qui concerne spécialement la fiducie-sûreté ce sont les articles 2372-1 et suivants et 2488-1 et suivants qui font partie du livre IV intitulé « *des sûretés* ».

Au lieu de l'observer en détail, on essaiera de déterminer ce qui en fait une sûreté unique et efficace⁵⁷.

La première caractéristique du régime de la fiducie-sûreté qui a pu enthousiasmer les praticiens du droit fut sa grande souplesse. L'article 2011 vise le transfert « de biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs ». La fiducie-sûreté est la seule garantie qui peut porter sur tout type de bien aussi bien meuble qu'immeuble, présents ou futurs. Il importe également peu qu'il s'agisse de biens avec ou sans dépossession. Il est donc logique qu'elle ait des potentialités d'utilisation importante. Ces potentialités, alliées avec une forte liberté contractuelle permettent au constituant comme au bénéficiaire d'adapter de la façon la plus précise qu'il soit leur contrat fiduciaire à la créance qui les lie. C'est ce qui en fait son premier attrait en pratique. D'autres caractéristiques en font une sûreté efficace, aussi bien pour le créancier que pour le débiteur.

⁵⁷ Pour une étude détaillée du régime légal de la fiducie on pourra utilement consulter celle faite par François BARRIERE. *Fiducie*, encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil.

On peut qualifier de « bonne sûreté » une sûreté qui permet de trouver un équilibre entre la protection du débiteur (§2) et la garantie des intérêts du créancier (§1).

§1 : Un régime favorable au créancier.

Le créancier trouvera ses intérêts garantis en présence d'une sûreté efficace qui lui permet de conserver ses droits (A) et de les exercer (B).

A : La conservation des droits du créancier.

La fiducie-sûreté, par nature, apparaît comme la sûreté la plus aboutie qu'on ait encore vue en France en ce qui concerne la conservation des droits des créanciers. En permettant au fiduciaire d'exercer un droit de propriété sur les biens affectés au patrimoine fiduciaire, celui-ci se retrouve donc dans une situation privilégiée par rapport aux autres créanciers. En cas de procédure collective, les biens, n'appartenant plus au créancier restent dans le patrimoine fiduciaire et sont donc à l'abri. C'est d'ailleurs principalement pour cette raison que la fiducie-sûreté a été demandée par les praticiens. On observe en droit français des sûretés une baisse de l'efficacité des sûretés réelles, principalement en cas de procédure de redressement, de sauvegarde ou de liquidation judiciaire. La fiducie-sûreté, en tant que sûreté réelle reposant sur un transfert de propriété permet d'échapper aux règles relatives aux procédures collectives car les biens transférés ne font plus partie du patrimoine du débiteur et ne sont donc pas touchés par la saisie collective qu'entraînent de telles procédures.

Mais la conservation de droits n'est utile que s'il est possible de les exercer.

B : L'exercice des droits du créancier.

Dans ce domaine aussi, la fiducie-sûreté donne satisfaction aux créanciers dans la majorité des cas. Dans l'hypothèse d'un redressement ou d'une sauvegarde judiciaire la règle de l'interdiction des poursuites et des paiements⁵⁸ vient normalement empêcher les créanciers de réclamer le remboursement de leur dette. Tel n'est pas le cas pour le créancier-fiduciaire, cette règle ne s'appliquant que pour les biens conservés dans le patrimoine du débiteur et faisant parti du gage commun des créanciers.⁵⁹

Ce sont ces avantages, tirés de la nature même de la fiducie-sûreté qui ont pu amener Claude WITZ, à qualifier celle-ci de reine des sûretés.⁶⁰

⁵⁸ Article 622-21 du Code de commerce

⁵⁹ Article 2024 du Code civil.

⁶⁰ Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français*, thèse Strasbourg. Economica 1981

Mais de tels avantages n'exprimeraient-ils pas un déséquilibre entre créancier et débiteur, ce qui aurait pour effet de faire perdre toute efficacité à cette sûreté en la privant d'attrait pour le débiteur ? Certes non ! Et si le créancier trouve son intérêt dans la fiducie-sûreté, le débiteur lui aussi peut en être satisfait.

§2 : Un régime satisfaisant pour un débiteur averti.

Pour le débiteur, une « sûreté parfaite » serait une sûreté le protégeant suffisamment (A) tout en le contraignant un minimum (B).

A : Un régime protecteur pour le débiteur prévoyant.

En ce qui concerne la protection du débiteur, celle-ci est garantie par la responsabilité civile du fiduciaire. L'article 2026 du Code civil prévoit en effet que « *le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ». Cet article protège de manière satisfaisante le débiteur d'un créancier malhonnête et de plus, la fiducie étant un contrat, il est loisible au débiteur d'ajouter tout type de clauses qui viendraient le rassurer quant à l'exécution de ce contrat. Il est vrai cependant que la fiducie-sûreté ne fait pas l'objet d'un formalisme contraignant pour le créancier et protecteur du débiteur comme c'est le cas notamment pour le cautionnement et ses mentions manuscrites. Mais c'est aussi cette souplesse qui fait la force de cette sûreté. C'est donc en prévoyant, dès la formation du contrat de fiducie, un régime qui lui est satisfaisant que le débiteur pourra être suffisamment protégé.

B : Un régime peu contraignant pour le débiteur.

La fiducie-sûreté n'est pas non plus une sûreté excessivement contraignante pour le débiteur et des aménagements ont été faits en ce sens à la loi de 2007, permettant de prévoir une absence de dépossession dans le contrat créant la fiducie (1), ainsi que la possibilité de recharger le capital fiduciaire (2) et assouplissant le régime de cette sûreté en cas de procédure collective (3).

1 : La fiducie-sûreté sans dépossession.

Initialement, le transfert de propriété devait se faire avec dépossession mais cela avait pour inconvénient de se révéler parfois trop contraignant pour le débiteur qui perdait l'usage de son bien ou pour le créancier qui serait encombré inutilement. Pour y remédier le législateur, par une loi du 4 août 2008, a dû prévoir une fiducie sans dépossession, en permettant aux contractants d'intégrer au contrat de fiducie une convention de mise à

disposition, qui peut être à titre gratuit ou onéreux. Et l'article 2018-1 permet implicitement ce mécanisme en prévoyant que « *lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire* ». Ce mécanisme est comparable au gage sans dépossession prévu aux articles 2333 et suivants du Code civil mais il en est néanmoins fondamentalement différent car dans le cas de la fiducie, le créancier conserve bien la propriété du bien.⁶¹ Ce n'est qu'une mise à disposition du bien pour le constituant-débiteur. En ce sens ce montage juridique se rapproche ici du *bei-bil-istighlal* du code Ottoman dont on a étudié le fonctionnement.

2 : La fiducie-sûreté rechargeable.

Le gouvernement, par une ordonnance du 30 janvier 2009, a également permis au débiteur de pouvoir recharger le capital transféré au fiduciaire. Cette fiducie rechargeable fonctionnerait, sur le même principe que l'hypothèque rechargeable⁶², comme une fiducie constituée pour une dette présente pouvant être affectée à des créances ultérieures. Prévu aux articles 2372-5 et 2488-5 du Code civil, ce mécanisme a pour principal avantage de permettre au débiteur de garantir plusieurs créances successives avec un même patrimoine fiduciaire. Ce qui diminue considérablement le gaspillage de crédit.

3 : Des assouplissements en cas de procédure collective.

Dans le cas d'une procédure collective, le législateur a assoupli le régime de la fiducie dans deux hypothèses.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a institué un « mécanisme de re-transfert de propriété contre paiement ». En cas de sauvegarde et de redressement judiciaire, alors que normalement la règle de l'interdiction des paiements devrait être de rigueur, le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à payer le créancier pour retrouver la propriété des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire. Ce retour doit être justifié par « la poursuite de l'activité »⁶³. En pratique cela ne devrait pas arriver souvent, en effet, la reprise de l'activité

⁶¹ Stéphane PIEDELIEVRE, *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise*, La fiducie dans tous ces états. Journée nationale Tome XV, Paris Est Créteil, actes du colloque organisé le 15 avril 2010 à l'université Panthéon-Assas Paris II Dalloz 2011

⁶² Sur ce sujet voir: Michel Grimaldi, *l'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, D 2006. 1294

⁶³ Article L.622-7, II du Code de commerce

nécessite rarement la propriété du bien, son usage suffit et celui-ci peut être obtenu en cas de fiducie sans dépossession. Ce mécanisme sera donc surtout utilisé lorsque la propriété est nécessaire à la poursuite de l'activité, notamment en cas d'aliénation, ou en l'absence de convention de mise à disposition.⁶⁴

Dans la seconde hypothèse, afin de permettre la réussite du redressement judiciaire du débiteur, le législateur a voulu limiter les droits du créancier lorsque cette limitation peut permettre au débiteur de rétablir la situation. Selon l'article L622-23-1 du Code de commerce : *« lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert. »* Deux conditions sont donc nécessaires pour cette interdiction. Il faut être dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire et cette interdiction ne concerne que les fiducies-sûretés qui sont assorties d'une convention de mise à disposition. Dans le cadre de ces conditions, on peut imaginer que l'interdiction de la réalisation de la fiducie-sûreté permettra au débiteur de se rétablir tant qu'il en est encore possible sans pour autant limiter de manière excessive les droits du créancier qui pourra, si les choses tournent mal, utiliser sa sûreté dès que la situation du débiteur nécessitera le passage à une procédure de liquidation judiciaire.⁶⁵

Ce régime unique et original fait de la fiducie-sûreté une sûreté polyvalente et universelle. Un seul acte permet la constitution d'une sûreté rechargeable, à la fois mobilière et immobilière, corporelle et incorporelle, sur des biens présents ou futurs, en garantie de créances présentes ou futures, et le tout avec dépossession ou sans! En plus de cela cette sûreté met le fiduciaire en position de supériorité par rapport aux autres créanciers ce qui se trouve être extrêmement sécuritaire en cas de procédure collective. Cependant la fiducie-sûreté ne contraint pas outre mesure le débiteur et lui laisse une certaine liberté tout en garantissant sa sécurité. Ces caractéristiques ne font que démontrer les attentes que l'on peut

⁶⁴ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, La fiducie dans tous ces états. Journée nationale Tome XV, Paris Est Créteil, actes du colloque organisé le 15 avril 2010 à l'université Panthéon-Assas Paris II Dalloz 2011.

⁶⁵ Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, La fiducie dans tous ces états. Journée nationale Tome XV, Paris Est Créteil, actes du colloque organisé le 15 avril 2010 à l'université Panthéon-Assas Paris II Dalloz 2011

fonder sur ce mécanisme. Ces attentes sont comparables à celles que les marchands soumis au droit musulman ont pu eux aussi espérer du *bei-bil-wafa*, et cette institution a répondu à ces attentes, cependant pour des raisons que l'on verra dans un second chapitre le *bei-bil-wafa* a néanmoins connu une baisse d'attractivité jusqu'à aujourd'hui. Que peut-on tirer de cette tombée en désuétude pour la fiducie ?

CHAPITRE 2 : LES CARACTERISTIQUES AYANT LIMITE LE SUCCES DU *BEI-BIL-WAFA* ET DE LA FIDUCIE-SÛRETE.

Au fil du temps certaines raisons ont entraîné une perte d'intérêt pour le *bei-bil-wafa* (Section 1) et ces raisons peuvent être retrouvées en ce qui concerne la fiducie-sûreté (Section 2)

Section 1 : Les limites du *bei-bil-wafa*.

Si le *bei-bil-wafa*, on l'a vu en première partie, a connu une santé exceptionnelle pendant près de 800 ans, il n'en est pas moins vrai qu'aujourd'hui cette sûreté à quasiment disparu dans la pratique juridique, elle a disparu en Irak et en Syrie et certains auteurs n'en voient plus l'utilité dans les régimes juridiques des pays où elle existe encore. Quelles sont les raisons de cette perte d'influence ? Ces raisons nous aideraient-elles à déterminer l'avenir de la fiducie-sûreté en France ?

Deux raisons principales peuvent expliquer la tombée en désuétude du *bei-bil-wafa*. La suppression de sa justification économique (§1) et l'atténuation de son originalité juridique⁶⁶ (§2).

§1 : Une situation économique ne nécessitant plus un tel mécanisme.

Le *bei-bil-wafa*, comme il a été dit plus haut, était justifié économiquement car il permettait de contourner l'interdiction du *riba*, et celle de grever les terres *amiri*. Or, l'interdiction de l'intérêt a perdu de sa force en droit musulman, et plusieurs ruses juridiques telles que la *mudâraba*, la *murabaha*, le crédit-bail ou encore la vente *salam* permettent aujourd'hui de contourner cette interdiction, le *bei-bil-wafa*, n'en est plus le moyen le plus

⁶⁶ Nicolas ASSOUD, à propos du *bei-bil-wafa*, études de droit libanais 1964 p.527.

efficace. Certains auteurs soutiennent même que l'intérêt aurait été introduit en droit Ottoman⁶⁷.

Ensuite, le *bei-bil-wafa* permettait aussi de contourner l'interdiction, inscrite dans le code des terres Ottoman, de grever les terres *amiri*. A la chute de l'empire Ottoman, cette interdiction a été abrogée dans nombre de pays issus du démantèlement de cet empire. Par exemple au Liban où l'article 270 du code de la propriété permet au débiteur de grever ses terres en utilisant le *rahn* au même titre que le *bei-bil-wafa*⁶⁸.

Sans ces justifications économiques le *bei-bil-wafa* perd son attrait et sa nécessité.

§2 : La concurrence d'autres sûretés.

La seconde raison de cette disparition est la perte de son originalité juridique, ce qui s'est fait en deux temps. Dans un premier temps, les juristes ont cherché à aligner le régime de cette sûreté sur celui du gage⁶⁹. Le gage existait en droit Musulman classique bien avant le *bei-bil-wafa* mais ne permettait pas au créancier de jouir du bien dont la propriété était utilisée comme sûreté. Le *bei-bil-wafa* est donc intervenu pour palier à ce manque d'efficacité mais les juristes se sont efforcés d'aligner les deux régimes donnant au créancier bénéficiant d'un gage la possibilité de pouvoir bénéficier du *fructus*⁷⁰. Ce qui a fait perdre une grande partie de l'intérêt de la première sûreté. Grâce au *bei-bil-istiglal* dont on a donné une définition en première partie, le *bei-bil-wafa* était néanmoins encore attractif car il permettait au débiteur de conserver l'usage du bien mais encore une fois, du fait de l'influence exercée par les deux sûretés l'une sur l'autre, le législateur ottoman, à l'article 749 de *medjellé* a autorisé le prêt de la chose gagée au débiteur, premier aperçu du gage sans dépossession moderne⁷¹. L'alignement du régime de ces deux sûretés a peu à peu fait disparaître l'intérêt pratique du *bei-bil-wafa*.

C'est ensuite l'arrivée de l'hypothèque dans le droit positif ottoman en 1912 qui a fait perdre toute utilité à cette sûreté. Puis après la chute de l'empire Ottoman et l'arrivée des occidentaux avec leur régime de sûretés cohérent et apparemment moderne, le *bei-bil-wafa* a été rapidement écarté de la pratique.

⁶⁷ Emile TAYAN, *La réglementation de l'intérêt légal*, Annales de la Faculté de Droit de Beyrouth t.39 1962 p.121 et s.

⁶⁸ Nicolas ASSOUD, *à propos du bei-bil-wafa*, études de droit libanais 1964 p.527

⁶⁹ Sélim JAHEL, *l'adéquation du droit Musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie*, RTD com 1985 p.483 et s.

⁷⁰ Bichara TABBAH, *Propriété privée et registre foncier*, Tome II

⁷¹ Sélim JAHEL, *op. cit.*

Section 2 : Les raisons du peu de succès de la fiducie-sûreté.

En ce qui concerne la fiducie-sûreté française on peut dès à présent observer qu'en pratique, cette institution est assez peu utilisée. Ce revers peut s'expliquer par la complexité de ce mécanisme (§1) qui en limite la portée par rapport à d'autres sûretés moins complexes et toutes aussi efficaces (§2).

§1 : Une complexité peu attrayante.

La fiducie est une sûreté au mode de fonctionnement relativement complexe. Tout d'abord son régime légal prévoit un formalisme assez lourd sanctionné par la nullité. Selon l'article 2018 du code civil, « *Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : les biens, droits ou sûretés transférés, s'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ; la durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ; l'identité du ou des constituants ; l'identité du ou des fiduciaires ; l'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ; la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.* »

Pour la fiducie-sûreté, les articles 2372-2 et 2488-2 ajoutent que « *le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie et la valeur estimée du bien, du droit ou de l'immeuble transféré dans le patrimoine fiduciaire.* » De plus pour des raisons de sécurité fiscale la fiducie fait aussi l'objet d'une lourde procédure d'enregistrement.⁷² Ajoutées à la constitution d'un patrimoine fiduciaire autonome qui va engendrer toute une série d'obligations (choix d'un fiduciaire, mise en place d'une comptabilité, logistique) ces conditions font de la fiducie une sûreté qui nécessite une certaine connaissance pratique. La fiducie-sûreté sera par ailleurs très peu utilisée pour garantir des petits crédits ou « crédits de consommation ». En effet les difficultés à créer un patrimoine d'affectation inciteront les débiteurs à utiliser cette sûreté pour garantir principalement des

⁷² L'article 2019 prévoit que « *à peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France.*

Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts.

La transmission des droits résultant du contrat de fiducie et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions. »

dettes importantes nécessitant un patrimoine d'affectation conséquent. Ces raisons font de la fiducie-sûreté une garantie limitée en pratique et qui ne concernerait que des entreprises d'une certaine importance. Pour reprendre les mots de Stéphane PIEDELIEVRE la fiducie-sûreté serait une « garantie sur mesure et non de prêt à porter »⁷³.

§2 Le jeu d'autres sûretés.

Pour des crédits d'importance plus faible, créanciers et débiteurs auront tendance à préférer d'autres sûretés plus simples et aussi efficaces. Ceci pour deux raisons principales. La première est que le ralentissement de l'activité économique en France a entraîné une baisse des demandes de financement mettant plutôt l'accent sur la restructuration des dettes existantes. Ce qui incite les créanciers à aller vite et donc à utiliser des sûretés classiques, la fiducie n'étant pas encore bien connue des praticiens et des établissements de crédits est plus longue à mettre en place.

La seconde raison est que d'autres sûretés moins complexes existent déjà et sont suffisamment satisfaisantes dans de nombreux cas.

Dans l'hypothèse d'une cession de créance, le créancier préférera utiliser une cession Dailly. Cette possibilité de céder ses créances professionnelles ainsi que les garanties et sûretés qui en sont les accessoires est prévue aux articles L.313-23 et suivants du code monétaire et financier qui ont été ajoutés par la loi du 2 janvier 1981. Cette sûreté bénéficie d'un formalisme assoupli et elle est totalement immunisée contre les nullités de la période suspecte. C'est pourquoi elle est extrêmement utilisée en pratique⁷⁴.

L'utilisation du gage-espèce peut venir aussi concurrencer la fiducie-sûreté. Créé par les praticiens, cette remise d'une somme d'argent au créancier qui la restituera après remboursement est principalement utilisée dans le monde bancaire. Il est peu probable que la fiducie-sûreté ne vienne le remplacer. Simple et exempté de formalité lourde il est aussi efficace en cas de défaut de paiement⁷⁵.

⁷³ Stéphane PIEDELIEVRE, *Quelle fiducie pour l'entreprise ?*, La fiducie dans tous ces états. Journée nationale Tome XV, Paris Est Créteil, actes du colloque organisé le 15 avril 2010 à l'université Panthéon-Assas Paris II Dalloz 2011

⁷⁴ Anne-Marie TOLEDO-WOLFSOHN *Cession de créances professionnelles par bordereau Dailly* Répertoire de droit civil / Compensation, octobre 2008

⁷⁵ Sébastien PRAICHEUX, *Nantissement sur l'argent : le gage-espèces* Répertoire de droit des sociétés / Sûretés financières, octobre 2010

Enfin en matière de meubles corporels le créancier pourra préférer la technique de la clause de réserve de propriété. C'est une clause contractuelle qui assure au vendeur qui a consenti un prêt à l'acheteur, le paiement du prix de la marchandise. Cette clause lui permet de rester propriétaire de la chose jusqu'à ce que le bien soit entièrement payé, l'acheteur n'étant que possesseur du bien.⁷⁶ La fiducie-sûreté ne viendra sûrement pas troubler l'existence de ce type de sûreté qui, de constitution simple, protège suffisamment le créancier. Le recours au transfert par un patrimoine d'affectation se révèle d'une mise en œuvre pratique trop complexe et il n'est pas certain qu'il apporte une sécurité supérieure⁷⁷.

De manière plus générale, le régime du gage⁷⁸ tel qu'on le connaît aujourd'hui en droit français et notamment depuis la consécration du pacte comissoire par une ordonnance du 23 mars 2006, vient concurrencer celui de la fiducie-sûreté⁷⁹. Très utilisé et bien connu par les praticiens il freinera sûrement le développement de l'aliénation fiduciaire. On remarque d'ailleurs qu'en Allemagne, si le *Treuhand*, (l'aliénation fiduciaire) a connu un tel succès c'est que le gage sans dépossession y est très peu développé⁸⁰.

On voit donc bien que la fiducie-sûreté, en raison de sa complexité, a reçu une application limitée en pratique. Ce qui contraste avec les demandes incessantes qui avaient été faites pour son intégration dans le droit français.

On peut observer ici une similitude entre la fiducie-sûreté et le *bei-bil-wafa*. Ces deux mécanismes sont en effet concurrencés par le jeu d'autres sûretés. C'est ce qui a causé en grande partie la disparition du *bei-bil-wafa*. Pour la fiducie cependant on peut imaginer que si en effet, d'autres sûretés en limitent la portée, elle reste cependant, par sa nature, et par son universalité un instrument redoutable de crédit spécialement en cas de procédure collective où le pacte comissoire en matière de gage perd toute son efficacité.

⁷⁶ Denis VOINOT *Accord sur la réserve de propriété*, Répertoire de droit commercial / Réserve de propriété février 2008

⁷⁷ Stéphane PIEDELIEVRE, *Quelle fiducie pour l'entreprise ?*, La fiducie dans tous ces états. Journée nationale Tome XV, Paris Est Créteil, actes du colloque organisé le 15 avril 2010 à l'université Panthéon-Assas Paris II Dalloz 2011

⁷⁸ Prévu aux articles 2333 et suivants de Code Civil.

⁷⁹ Selon le premier alinéa de l'article 2348 du Code Civil : « *Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.* »

⁸⁰ Claude WITZ, *Sûreté réelles mobilières en R.F.A.*, Rev. internat. dr. Comp. 1985.

CONCLUSION GENERALE

Le *bei-bil-wafa* et la fiducie-sûreté française ont donc de nombreux points communs. A la fois dans leurs origines que dans leur application. Si le *bei-bil-wafa* est apparu bien plus tôt que la fiducie ces deux notions n'en ont pas moins des origines historiques semblables, la fiducie-sûreté étant issue de la *fiducia cum creditore* romaine, notion qui ressemble fortement au *bei-bil-wafa*.

De manière plus visible, les raisons qui ont amené à l'apparition de ces deux notions sont similaires. Dans les deux cas la situation économique a été l'élément déclencheur qui a convaincu les personnes ayant autorité pour le faire à intégrer ces deux notions dans leurs systèmes juridiques respectifs quand bien même elles étaient en contradiction avec des règles fondamentales de ces systèmes juridiques. C'est d'ailleurs parce qu'elles entrent en contradiction avec ces règles que ces deux sûretés sont si efficaces. En permettant de recevoir un intérêt, le *bei-bil-wafa*, sera fréquemment utilisé par les créanciers et en contrevenant à la théorie de l'unité du patrimoine, la fiducie-sûreté est utile à la fois au créancier et au débiteur.

Dans leurs utilisations pratiques, ces deux éléments sont très proches. Leurs régimes juridiques en font des sûretés uniques. Reposant toutes deux sur un transfert de propriété ces deux sûretés sont extrêmement efficaces, la propriété étant par nature le moyen le plus sûr pour le créancier de voir sa créance garantie. En prévoyant le *bei-bil-istighlal* et la fiducie sans dépossession, les deux régimes pallient tous deux à la contrainte qu'entraîne pour le débiteur une dépossession complète de son bien. Enfin dans les deux cas le créancier bénéficiant d'une aliénation fiduciaire ou d'un *bei-bil-wafa* sera prioritaire par rapport aux autres créanciers.

Dans leurs limites aussi ces deux sûretés peuvent être mises en symétrie. Principalement, dans les deux cas, le jeu d'autres sûretés viendra limiter l'application de la fiducie-sûreté comme du *bei-bil-wafa*. Le gage, notamment, qui avait été la principale cause de la perte d'originalité de ce dernier sera certainement une limite à l'expansion de la fiducie-sûreté. En effet de la même manière que le législateur ottoman a cherché à aligner le régime du gage et celui du *bei-bil-wafa*, il semble que la fiducie-sûreté et le gage tel qu'on le connaît aujourd'hui en droit positif français aient un régime légal analogue.

On peut tirer de cela une explication plausible au peu de succès de la fiducie-sûreté en France. Le régime du gage ayant été extrêmement développé et étant très efficace avant même que la fiducie-sûreté ait été intégrée au droit positif, on peut en déduire que l'aliénation fiduciaire à fin de sûreté connaît dès son apparition ce que le *bei-bil-wafa* n'a connu que beaucoup plus tard, quand son régime s'est vu s'apparenter de plus en plus à celui du gage et réciproquement. La fiducie-sûreté serait donc condamnée à n'être qu'une alternative au gage, utile seulement dans le cas de crédits d'une certaine importance et pour un public averti ; c'est-à-dire principalement des entreprises. Cependant, dans le cas d'une procédure collective, le régime de la fiducie-sûreté garde son originalité, c'est donc en envisageant cette possibilité que l'aliénation fiduciaire à fin de sûreté connaîtra un réel développement.

En comparant la fiducie-sûreté et le *bei-bil-wafa*, on peut reconnaître que bien qu'étant une institution parfois qualifiée d'archaïque, ce dernier n'a rien à envier à la première. On peut aussi remarquer que face à la complexité du droit des sûretés et à la baisse de garantie des sûretés classiques face à la montée en puissance du droit de la faillite où l'entreprise est avantagée face à ses créanciers, les praticiens souhaitent retrouver des sûretés plus sécuritaires. « *Le droit de propriété* » apparaissant « *comme la garantie absolue* »⁸¹ il semble normal que le *bei-bil-wafa* comme la *fiducia-cum-creditor* reviennent au goût du jour et servent de modèle pour la fiducie-sûreté.

⁸¹ Roger HOUIN, Rev. Juris. Com. Ancien journal des agrées, février 1982 p.2

Bibliographie :

Ouvrages généraux ou spéciaux :

Laurent AYNES, Pierre CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, 8^{ème} édition, JGDJ Lextenso éditions.

François BARRIERE, *la réception du trust au travers de la fiducie*, préf. GRIMALDI 2004, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise.

Association CAPITANT, *La fiducie dans tous ses états*.

Jean-Philippe DUNAND Pascal PICHONNAZ, *lexique de droit romain*, Bruylant, Bruxelles.

GAIUS *institutes*

Michel GRIMALDI, *l'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, D 2006. 1294

Antonio GUARINO *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, F. Senn, 1929, 8e éd.

ISIDORUS *originum sive Etymologiarum libri*

Sélim JAHEL, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Ed P.Assas.

Ivan MANGATCHEV, *Fiducia Cum Creditore Contracta in EU Law*.

MONIER II (1977)

Bichara TABBAH, *Propriété privé et registre foncier II*.

Emile TAYAN, *La réglementation de l'intérêt légal*, Annales de la Faculté de Droit de Beyrouth t.39 1962 p.121 et s.

Eugène REVILLOUT, *Les obligations en droit Egyptien*, p.167

Moustapha ZARKA, *La vente et l'échange*, et *Le droit musulman en son nouvel aspect, introduction générale*.

Articles :

Nicolas ASSOUAD, *A propos du bei-bil-wafa*, Etudes de droit Libanais, 1964 p. 527.

Augustin AYNES, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, La fiducie dans tous ces états. Journée nationale Tome XV, Paris Est Créteil, actes du colloque organisé le 15 avril 2010 à l'université Panthéon-Assas Paris II Dalloz 2011

François BARRIERE, *La fiducie française ou le réveil chaotique d'une belle au bois dormant*, Mc Gill Law journal, Volume 58, numéro 4, juin 2013, p. 847-868.

François BARRIERE, *La fiducie-sûreté* 2009, JCPE 1808 ; encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil, « Fiducie ».

Michel GRIMALDI, *La propriété fiduciaire*, La fiducie dans tous ces états. Journée nationale Tome XV, Paris Est Créteil, actes du colloque organisé le 15 avril 2010 à l'université Panthéon-Assas Paris II Dalloz 2011

Roger HOUIN, Rev. Juris. Com. Ancien journal des agrées, février 1982

Sélim JAHEL « *L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie* », RTD com. 1985, p. 483 et s.

Stéphane PIEDELIEVRE, *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise*, La fiducie dans tous ces états. Journée nationale Tome XV, Paris Est Créteil, actes du colloque organisé le 15 avril 2010 à l'université Panthéon-Assas Paris II Dalloz 2011

Sébastien PRAICHEUX, *Nantissement sur l'argent : le gage-espèces* Répertoire de droit des sociétés / Sûretés financières, octobre 2010

Luc THEVENOZ, *La fiducie, cendrillon du droit Suisse*, Helbing et Lichtenhahn, 1995 p. 259

Anne-Marie TOLEDO-WOLFSOHN *Cession de créances professionnelles par bordereau Dailly* Répertoire de droit civil / Compensation, octobre 2008

Hubert de VAUPLANE, *la fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier*, JCP E 2007, 2052

Denis VOINOT *Accord sur la réserve de propriété*, Répertoire de droit commercial / Réserve de propriété février 2008

Claude WITZ, *La fiducie-sûreté en droit français*, Revue de jurisprudence commerciale, 1982, p. 67

Claude WITZ, *Sûreté réelles mobilières en R.F.A.*, Rev. internat. dr. Comp. 1985.

Thèses :

Jean-Philippe DUNAND, *Le transfert judiciaire : « donner pour reprendre » Mancipio dare ut remancipatur Analyse historique et comparative de la fiducie gestion*, thèse Genève, Helbing et Lichtenhahn 2000.

Antoine BUREAU *Le contrat de fiducie : étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg*, thèse Nancy.

Textes, codes :

Georges YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Vol. VI, Oxford, 1905

Code Civil.

Code de Commerce.

Loi 2007-211 du 19 février 2007.

Loi de modernisation de l'économie 2008-276 du 4 août 2008.

Ordonnances du 18 décembre 2008 et du 30 janvier 2009.

Loi de simplification du droit du 12 mai 2009.

Décrets du 23 décembre 2009 et du 2 mars 2010.

Autres documents :

Pierre CROCQ, cours magistral de droit des sûretés, 2013-2014.

Sélim JAHEL, cours magistral de droit des pays arabes, 2014-2015.

Sélim JAHEL, *Les sûretés*, cours donné à l'université Saint Joseph, 2013-2014.

Claude WITZ, *Appréciation de la législation libanaise sur les opérations fiduciaires*.

Sites internet :

<http://www.universalis.fr/encyclopedie/fiducie/>

<http://www.affaires.jurispilote.fr/2011/06/etude-simplifiee-de-la-fiducie-surete.html>

<https://zulkiflihasan.files.wordpress.com/2009/12/majma-fiqh.pdf>

<http://www.sbp.org.pk/departments/ibd/glossary.pdf>

Table des matières.

Introduction générale.....	p.5
Titre I : Le <i>bei-bil-wafa</i> et la fiducie-sûreté, deux notions historiquement similaires et animées par les mêmes impératifs.....	p.10
Chapitre 1 : Les origines historiques du <i>bei-bil-wafa</i> et de la fiducie-sûreté.....	p.10
Section 1 : Le <i>bei-bil-wafa</i> dans le droit musulman classique.....	p.10
Section 2 : Les origines de la fiducie-sûreté française : la <i>fiducia cum creditore</i> romaine.....	p.11
Chapitre 2 : Les raisons ayant conduit à l'apparition du <i>bei-bil-wafa</i> et de la fiducie-sûreté.....	p.14
Section 1 : Le contexte économique ayant amené à l'acceptation du <i>bei-bil-wafa</i> et à la création de la fiducie-sûreté.....	p.14
§1 : Les raisons économiques ayant poussé les juristes hanafites à accepter le <i>bei-bil-wafa</i>	p.14
§2 : Les raisons économiques ayant poussé le législateur français à instaurer la fiducie-sûreté.....	p.15
Section 2 : L'utilisation de ces deux notions pour contourner certains principes fondamentaux au sein de leurs systèmes juridiques.....	p.16
§1 : Les interdictions contournées par le <i>bei-bil-wafa</i>	p.16
A : <i>Bei-bil-wafa</i> et interdiction de pratiquer le <i>riba</i>	p.16
B : L'intégration du <i>bei-bil-wafa</i> dans le régime des terres....	p.17
§2 : Les théories remises en question par la fiducie-sûreté.....	p.18
A : Fiducie-sûreté et droit de la propriété.....	p.18
B : Fiducie-sûreté et théorie du patrimoine.....	p.19

Titre II : L'utilisation du <i>bei-bil-wafa</i> et la fiducie-sûreté.....	p.21
Chapitre 1 : Un régime particulier faisant du <i>bei-bil-wafa</i> et de la fiducie-sûreté des garanties efficaces.....	p.21
Section 1 : Le régime juridique du <i>bei-bil-wafa</i>	p.21
Section 2 : Le régime juridique de la fiducie-sûreté.....	p.23
§1 : Un régime favorable au créancier.....	p.24
A : La conservation des droits du créancier.....	p.24
B : L'exercice des droits du créancier.....	p.24
§2 : Un régime satisfaisant pour un débiteur averti.....	p.25
A : Un régime protecteur pour le débiteur prévoyant.....	p.25
B : Un régime peu contraignant pour le débiteur.....	p.25
1 : La fiducie-sûreté sans dépossession.....	p.25
2 : La fiducie-sûreté rechargeable.....	p.26
3 : Des assouplissements en cas de procédure collective.....	p.26
Chapitre 2 : Les caractéristiques ayant limité le succès du <i>bei-bil-wafa</i> et la fiducie-sûreté.....	p.28
Section 1 : Les limites du <i>bei-bil-wafa</i>	p.28
§1 : Une situation économique ne nécessitant plus un tel mécanisme.....	p.28
§2 : La concurrence d'autres sûretés.....	p.29
Section 2 : Les raisons du peu de succès de la fiducie-sûreté.....	p.30
§1 : Une complexité peu attrayante.....	p.30
§2 : Le jeu d'autres sûretés.....	p.31
Conclusion générale.....	p.33
Bibliographie.....	p.35

