

1 « L'arrivée annoncée de la fiducie »

par André PRÜM,

doyen de la faculté de droit d'économie et de finance de l'université du Luxembourg

Le législateur français se serait-il laissé convaincre enfin d'accueillir formellement la fiducie ? Après les tentatives échouées d'il y a plus de 25 ans, la proposition de loi déposée par le sénateur Philippe Marini en février 2005 semble avoir ouvert la voie à sa consécration. Dans sa séance du 17 octobre 2006, le Sénat a, en effet, adopté en première lecture cette proposition que le gouvernement a appelé, à son tour, de ses vœux¹. Les efforts semblent donc aujourd'hui s'unir autour de celle-ci², ce qui laisse espérer son adoption définitive dans les mois à venir³.

Conçue dans le prolongement de la réforme des sûretés et prenant en compte celle des successions et libéralités, l'introduction de la fiducie dans le code civil n'aura probablement été permise que par le mouvement de modernisation de ce code engagé à la suite de la célébration de son anniversaire bicentenaire. Il convient de saluer ici l'important effort accompli à cette occasion par la doctrine pour convaincre le législateur de la nécessité de se lancer dans cette voie sous peine de voir la compétitivité du droit français s'affaiblir de plus en plus⁴. Les initiatives prises par l'Association Henri Capitant et son président dynamique ont joué à cet égard un rôle déterminant. Les milieux professionnels, qui malgré leurs demandes pressantes n'ont su avoir raison de l'inertie du législateur, leur doivent reconnaissance.

Le but annoncé de la proposition de loi est de doter le droit français d'un « instrument juridique attractif et sûr » permettant de « faire concurrence au trust anglo-saxon » en s'appuyant sur une institution qui, en puisant ses origines dans le droit romain, puisse s'intégrer sans heurts dans l'ordre juridique français. Plus que la fiducie romaine, ce sont cependant ses formes modernes connues, en particulier, des droits luxembour-

Le but annoncé de la proposition de loi est de doter le droit français d'un « instrument juridique » permettant de faire « concurrence » au trust anglo-saxon

geois,⁵ québécois ou libanais⁶ qui l'inspirent, comme en témoignent tant la définition proposée de la nouvelle fiducie que les traits caractéristiques de son régime. L'« exception française » se fait jour toutefois à travers un large dispositif fiscal et une certaine méfiance que la technique puisse être détournée à des fins illicites.

Regroupant de loin les dispositions les plus nombreuses et détaillées, le chapitre fiscal entend assurer la neutralité sur le plan fiscal de la fiducie en s'appuyant notamment sur la propriété économique du constituant. Il est difficile d'apprécier *a priori* si ce régime se cantonne véritablement à cet objectif. À défaut, il ne manquera pas d'écarter les applications pour lesquelles le coût fiscal sera trop important.

Au regard des expériences étrangères, en particulier de l'usage des trusts du droit anglo-saxon, le risque d'un dévoiement de la fiducie à des fins de blanchiment ou du financement du terrorisme ne paraît *a priori* pas plus grave que celui inhérent à la constitution de structures sociétaires⁷. Il faut se garder de l'exagérer. La meilleure prévention consiste sans doute à réserver, comme le prévoit la proposition, la qualité de fiduciaire à des professionnels soumis à un strict contrôle. Les devoirs de communication mises à leur charge vis-à-vis des autorités fiscales, judiciaires et de surveillance et de collaboration dans le cadre de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme la complètent utilement. La constitution d'un registre central des contrats fiduciaires, motivée selon le commentaire des articles exclusivement par ces mêmes soucis, comme l'obligation d'enregistrer les contrats, les transferts de droits qui en résultent ainsi que la désignation des bénéficiaires en cours de contrat nous paraissent, en revanche, inadéquates. Ces mesures risquent, en effet, fortement de dissuader des acteurs qui auraient souhaité loger dans un patrimoine fiduciaire des biens dont le transfert n'est sujet à aucune publicité mais n'accepteront pas que cette opération soit dévoilée au grand jour.

Les travaux parlementaires affineront sans doute le régime de la fiducie prévu par l'actuelle proposition de loi. Nous nous contenterons donc à ce stade d'exprimer nos premières impressions. Le choix de rattacher, en principe, la fiducie au droit des contrats paraît excellent. Il permet de laisser aux futurs utilisateurs de cette technique une large liberté pour en définir l'usage concret et convenir des modalités d'intervention du fiduciaire répondant au mieux à leurs besoins⁸. Il offre en même

→ Suite page 2

1. Texte disponible sur le site [www.senat.fr/doc/n°14 et 11 \(2006-2007\)](http://www.senat.fr/doc/n°14_et_11_2006-2007) et 178 (2004-2005).

2. Le soutien apporté par le ministre de la Justice à la proposition devant le Sénat lors de sa session du 17 octobre 2006 laisse entendre que celui-ci abandonne l'initiative parallèle qu'il avait prise en confiant à un groupe d'experts la préparation d'un texte alternatif.

3. Avènement que nous avons déjà appelé de nos vœux dans la présente chronique. Cf. A. Prüm, *Une fiducie pour les banques ?* : RD bancaire et fin. 2004, p. 3.

4. Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question, À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale : Société de législation comparée*, 2006, vol. 1.

5. *Trust & Fiducie, La Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, direction scientifique A. Prüm et C. Witz : Montchrestien, 2005, Grands colloques.

6. C. Witz et A. Prüm, *L'essor de la fiducie hors de l'Hexagone : les récentes réformes luxembourgeoise et libanaise*, in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt* : Ed. Joly 2005.

7. Les rapports de l'OCDE qui l'évoquent ne fournissent, d'ailleurs, guère d'indications concrètes sur l'usage illicite de trusts ou de fiducies.

8. Il est regrettable seulement que la durée des fiducies ait été limitée à 33 ans.

temps à la fiducie un cadre général sécurisant. Si l'interdiction des fiducies à des fins de libéralité sera regrettée par certains⁹, son ouverture à tous types d'autres applications sera appréciée par les milieux d'affaires. L'absence de catégorisation entre fiducie-gestion et fiducie-sûreté, comme l'avait imaginée la proposition originelle, renforce la flexibilité de l'instrument.

Fruit de longues discussions, la définition de la fiducie est centrée sur le transfert par un ou plusieurs constituants de biens, droits ou sûretés à un ou plusieurs fiduciaires qui doivent les tenir séparés de leurs patrimoines propres. Il eût été peut-être préférable de l'axer sur la constitution d'un patrimoine d'affectation, qui constitue le véritable résultat recherché. L'approche retenue ne risque-t-elle pas de restreindre les possibilités d'alimentation de ce patrimoine par le fiduciaire lui-même et d'exclure les apports par des tiers qui, ne souhaitant pas prendre la qualité de constituant ? L'usage de la fiducie à des fins, par exemple, de gestion dynamique de portefeuille d'instruments financiers, pour laquelle le recours à la subrogation réelle n'offre qu'une marge de manœuvre insuffisante au fiduciaire, pourrait en pâtir. De même, ces restrictions paraissent inappropriées lorsqu'un fiduciaire est chargé, à l'instar d'un « *security trustee* » de prendre et de gérer des sûretés pour le compte d'une collectivité de créanciers, d'investisseurs ou de prêteurs. L'approche retenue explique également l'exigence de la déterminabilité *ab initio* des biens compris dans le transfert constitutif de l'opération fiduciaire. Une conception plus abstraite de celle-ci fondée sur la création de l'enveloppe patrimoniale aurait permis d'éviter cette contrainte et de permettre des réalimentations du patrimoine. Cette flexibilité aurait été particulièrement appréciable notamment pour des opérations de titrisation pour lesquels la fiducie offre une alternative intéressante à la technique de la copropriété sur laquelle reposent les fonds communs de créances¹⁰. À cet sujet, il faut regretter également que la proposition adoptée par le Sénat ne prévoit pas l'opposabilité aux tiers, sans autres formalités, des transferts de créances par voie fiduciaire, comme l'avait préconisé le texte originel déposé par le sénateur Marini. Certes, il sera toujours possible de recourir à un bordereau « Dailly » ou de titrisation, mais une solution ouverte à tous types de fiducies aurait été très utile.

La consécration d'un patrimoine fiduciaire ne serait rien si la proposition ne prenait pas soin de le protéger tant contre la confusion des biens et droits qui le composent avec ceux qui appartiennent en propre au fiduciaire, qu'au titre d'autres patrimoines fiduciaires, que contre les saisies par des tiers dont la créance n'est pas liée au patrimoine en question. L'une et l'autre de ces

« La définition de la fiducie est centrée sur le transfert par un ou plusieurs constituants de biens, droits ou sûretés à un ou plusieurs fiduciaires qui doivent les tenir séparés de leurs patrimoines propres »

préoccupations reçoivent des réponses satisfaisantes.

Le texte proposé oblige le fiduciaire à tenir les biens reçus en fiducie séparés de son patrimoine propre et à enregistrer les opérations affectant le patrimoine fiduciaire dans une comptabilité autonome. Il aurait été utile de prévoir aussi la ségrégation des différents patrimoines fiduciaires dont une même personne peut être titulaire.

Ces obligations ne protègent évidemment pas le constituant et le bénéficiaire contre un fiduciaire malhonnête qui se servirait à titre personnel des biens qui lui ont été confiés. Pour les prémunir contre ce risque la proposition réserve la qualité de fiduciaire aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement et aux entreprises d'assurances, c'est-à-dire à des professionnels soumis à un strict contrôle et dont les compétences pour assurer cette fonction ne devraient pas poser difficulté. Calqué sur la solution qui a fait depuis plus de 25 ans la fortune de la fiducie luxembourgeoise, le choix est empreint de sagesse. La possibilité reconnue, par ailleurs, au constituant¹¹ de désigner à tout moment « *un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts* » – sorte de « *protector* » tel que le connaît le droit anglais – renforce utilement cette protection.

La préservation du patrimoine fiduciaire contre les prétentions de tiers résulte d'abord de l'interdiction générale des saisies par toutes autres personnes que celles titulaires des créances « *nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine* ». Elle tient ensuite à l'exclusion de toute incidence des procédures collectives susceptibles d'être ouvertes à l'encontre du fiduciaire.

Cette étanchéité du patrimoine fiduciaire contre les saisies et revendications de tiers ne trouve pas son reflet dans la limitation des recours des créanciers légitimes de la fiducie aux actifs de celle-ci. La proposition de texte leur réserve, en effet, un recours subsidiaire sur les biens du constituant, « *sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire* ». Le cantonnement d'une créance au seul patrimoine fiduciaire ne peut être obtenu qu'au prix d'une renonciation expresse par son titulaire. La solution paraît très rigoureuse pour les constituants qui sont obligés, en première ligne, de supporter des dettes qu'ils n'ont pas directement contractées et qui ne l'ont pas été nécessairement dans leur intérêt direct, mais possiblement dans celui des bénéficiaires. Les cas dans lesquels les fiduciaires acceptent de les en décharger resteront assurément rares. La proposition adoptée en première lecture par le Sénat ne restreint pas seulement le cercle des fiduciaires, elle réserve également la qualité de constituant aux seules personnes soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés.

→ Suite page 3

9. F. Tripet, La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? : Gaz. Pal., 21 oct. 2006, p. 6.

10. L'emploi de la fiducie se heurte ici à un second obstacle évoqué ci-dessous.

11. N'aurait-il pas été indiqué de réserver le même droit au bénéficiaire ?

Cette limitation qui ne figurait pas dans le texte initial a été introduite sur la demande pressante du Ministère de la Justice qui craignait qu'en ouvrant la possibilité aux personnes physiques de constituer une fiducie l'on risquait, d'une part, « de compromettre l'efficacité des nouveaux apports issus de la réforme du droit des sûretés » et, d'autre part, « d'encourager les situations de fraude au droit des successions et aux régimes de protection des majeurs incapables »¹². Ces motifs prêtent à discussion.

L'on ne saurait d'abord, sans s'écarter de la réalité, assimiler toutes les personnes physiques à des sujets nécessitant un haut degré de protection. Toutes les formes de fiducie-sûreté ne s'avèrent au surplus pas d'une rigueur déplacée même pour les personnes les moins avisées. L'intervention d'un professionnel du secteur financier pour tenir une propriété transmise à titre de garantie pour le compte d'un créancier-bénéficiaire peut, au contraire, assurer au débiteur-constituant une plus grande sécurité qu'un gage avec dépossession entre les mains du créancier. Même en dehors de cette architecture, le contrat de fiducie peut parfaitement ménager les intérêts du constituant. Dans la mesure où seuls des professionnels qualifiés et soumis à une stricte surveillance sont susceptibles d'agir en qualité de fiduciaire, le risque de fraudes, que ce soit à la réserve héréditaire ou au régime de protection des incapables majeurs, ne paraît pas non plus très élevé. Mettant en jeu leur réputation et s'exposant à graves sanctions s'ils s'associaient à des manœuvres frauduleuses, il faut parier que ces professionnels prendront toutes les précautions nécessaires pour éviter que les patrimoines fiduciaires sous leur gestion soient déviés à de telles fins. Est-il certain, dans ces conditions, que la technique offre des opportunités de fraude beaucoup plus larges que la simple utilisation de comptes bancaires ?

L'exclusion des personnes physiques fait échapper, en revanche, du champ de la fiducie des applications qui auraient pu s'appuyer utilement sur cette nouvelle technique comme la gestion dite discrétionnaire de portefeuilles de valeurs

« L'exclusion des personnes physiques fait échapper du champ de la fiducie des applications qui auraient pu s'appuyer utilement sur cette nouvelle technique »

mobilières ou la représentation des droits des salariés actionnaires. Les structures sans personnalité morale, comme les fonds communs de placement ou de créances, se trouvent à leur tour empêchées d'y recourir. Le large usage que de tels fonds en font sous des droits étrangers prouve le caractère inadéquat de cette restriction.

Reste une dernière interrogation qu'appelle le texte : son articulation avec les transferts de propriété temporaires d'ores et déjà consacrés par le droit français. D'après les indications de la proposition de loi, celle-ci n'aurait pas vocation à apporter la moindre modification aux dispositions éparses mettant en place certains mécanismes de nature fiduciaire. Est-ce à dire que les prêts ou prises en pension de titres, les remises d'instruments financiers dans un système de règlement interbancaire ou les transferts de propriété à titre de garantie sous le nouveau régime des contrats de garantie financière ne pourront pas emprunter la forme d'un contrat de fiducie et profiter du régime particulier qui lui est réservé ? Il est difficile d'imaginer les raisons pour lesquelles cette option leur serait refusée. L'exclusion, en particulier, du bénéfice de l'isolement des biens transférés dans un patrimoine d'affectation serait regrettable. Il priverait les opérations indiquées d'une protection utile contre l'impact d'une « faillite » ouverte à l'encontre de celui qui reçoit ces biens à titre fiduciaire. Tel ne peut sans doute pas être l'intention poursuivie.

Sur ce point comme certains autres que nous avons signalés, la proposition de loi requiert un examen plus approfondi. Par la même occasion le législateur devrait songer sérieusement aux avantages d'une ratification concomitante de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance qui renforcerait incontestablement les attraits de la future fiducie française¹³. Ne négligeons cependant pas le grand mérite de la proposition d'avoir ouvert le chemin d'une consécration que nous espérons maintenant rapide de la fiducie par l'ordre juridique français.

12. Discours de Pascal Clément, garde des Sceaux, ministre de la Justice devant le Sénat, le 17 octobre 2006, www.justice.gouv.fr/discours/d171006.htm

13. A. Prüm, *Trust et Fiducie au Luxembourg, dans Le Trust en droit international privé, Perspectives suisses et étrangères, Actes de la 17^e Journée de droit international privé de l'Institut Suisse de Droit Comparé* : éd. Schulhess, Genève, Zürich, Bâle, 2005.