

Une fiducie pour les banques ?

par André Prüm,

Professeur à la Faculté de droit de Nancy,

Directeur du Laboratoire de droit économique du CRP Gabriel Lippmann - Luxembourg

S

ans avoir incorporé officiellement la fiducie, le droit français en accueille cependant de nombreuses applications. À l'instar des trusts anglo-saxons, dont elle essaye d'imiter les caractéristiques, la fiducie offre, en effet, des solutions originales pour organiser des transferts de propriété à des fins de gestion ou de garantie, voire de libéralité. Car elle tend, comme l'a mis en évidence Claude Witz dans sa thèse remarquable, à soumettre la jouissance par le fiduciaire de cette propriété à « une série d'obligations, parmi

lesquelles figure généralement celle de transférer le droit, au bout d'une certaine période, soit au fiduciaire, soit à un tiers bénéficiaire » (1).

On conçoit aisément les intérêts d'une telle instrumentalisation du droit de propriété (2). Pour nous en tenir au domaine des opérations bancaires et financières, l'admission de « propriétés temporaires » fonde aujourd'hui des techniques comme le prêt (3), la pension (4) ou le portage de titres (5). Elle constitue, par ailleurs, une technique de sûreté de plus en plus prisée lorsque celle-ci porte sur des sommes d'argent, des valeurs mobilières ou des créances. Le législateur n'a pu résister ainsi à consacrer expressément certaines formes de fiducies-sûretés, tels les transferts opérés par bordereau Dailly, en couverture d'opérations sur instruments financiers (6) ou en vue d'assurer la sécurité des systèmes de règlements interbancaires, de règlement et de livraison d'instruments financiers (7) ou de compensation de titres (8). Pour d'autres, en particulier le gage-espèces, la nature fiduciaire a été mise en évidence par la doctrine (9), qui a révélé aussi les applications de la fiducie dans le domaine des libéralités – à travers principalement les libéralités avec charge lorsque celles-ci absorbent l'intégralité de l'émolument – ou de la gestion par le biais notamment du quasi-usufruit conventionnel (10).

Malgré ces intrusions dans l'ordre juridique français, celui-ci ne s'est toujours pas résolu à recevoir pleinement la fiducie. Les tentatives engagées à cette fin au début des années 1990 (11) sont restées lettres mortes pour des raisons apparemment fiscales. La France se distingue par là d'autres pays de « *civil law* » qui reconnaissent la fiducie comme figure contractuelle. En Europe, la fiducie a ainsi gagné droit de cité, par voie prétorienne, en Allemagne et en Suisse et, grâce à une intervention législative, au Luxembourg.

L'exemple du droit luxembourgeois mérite ici une attention particulière d'abord parce qu'il repose sur les mêmes fondements que le droit français dont il a hérité le Code civil, ensuite parce que la technique fiduciaire, qui y a fait ses preuves depuis une vingtaine d'années, vient d'être

**Une technique
qui n'ose avancer
son nom**

(1) C. Witz, La fiducie en droit privé français, préface D. Schmidt : *Economica*, 1981, n° 16.

(2) Dont la compatibilité avec la conception traditionnelle du droit de propriété et surtout le caractère exclusif et permanent des prérogatives du propriétaire reste sujet à discussion.

(3) C. monét. fin., art. L. 432-6.

(4) C. monét. fin., art. L. 432-12.

(5) Cf. en particulier, F.-X. Lucas, Conventions de portage : *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse*, Fasc. 2128.

(6) C. monét. fin., art. L. 431-7.

(7) C. monét. fin., art. L. 330-2.

(8) C. monét. fin., art. L. 442-6.

(9) V. en particulier l'excellente analyse de R. Libehaber, Gage sur sommes d'argent : *Lamy Droit des sûretés*, Étude n° 269.

(10) F. Zénati, La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur), in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Mélanges P. Catala : Litec, 2001, p. 605 et s.

(11) Le dernier projet de loi date de 1992. Pour une description de ce projet, non publié à notre connaissance. V. M. Grimaldi, La fiducie, Réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre : *Defrénois* 1991, 961. – J. Guillenschmidt, La fiducie, pour quoi faire : *RD bancaire et bourse* 1990, p. 105.

Une fiducie pour les banques ? (suite)

dotée d'un régime rénové par une loi en date du 27 juillet 2003, qui pourrait servir de modèle au droit français (12).

L'objectif de la récente réforme est double en ce que celle-ci tend à ratifier la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance mais aussi à moderniser le statut légal de la fiducie tel qu'il avait été introduit vingt ans plus tôt. Ces deux finalités sont même indissociablement liées. Car, quoique l'entrée en vigueur sur son territoire de la première constitue en soi un progrès pour la vie des affaires, il n'était pas question pour le Luxembourg de favoriser les trusts soumis à une loi étrangère par rapport aux contrats fiduciaires du droit interne. Au contraire, l'approbation de la Convention de la Haye est destinée à assurer également un nouvel essor à la fiducie luxembourgeoise, en lui étendant le bénéfice du régime de reconnaissance instauré par ladite Convention en faveur des institutions fonctionnellement comparables aux trusts (13) (14). C'est précisément à cet effet que la définition du contrat fiduciaire a été légèrement révisée pour indiquer qu'il s'agit d'un « contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre, le fiduciant, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire » (15). Il ne fait guère de doute que cette définition répond aux caractéristiques que la Convention de la Haye assigne aux trusts de sorte que tous les États liés par celle-ci sont dorénavant tenus de reconnaître aussi la fiducie luxembourgeoise. Les pays de *civil law*, signataires de la Convention, telle la France, qui envisageraient sa ratification, doivent dès lors plus que jamais s'interroger s'ils n'ont pas intérêt à consacrer en même temps la fiducie pour éviter la double concurrence des trusts anglo-saxons et des contrats fiduciaires luxembourgeois (16).

L'exemple donné par le droit luxembourgeois

L'approche luxembourgeoise se caractérise pour le surplus, par un grand pragmatisme. Ainsi, seules les fiducies répondant à une attente concrète du marché ont bénéficié de l'attention du législateur. À l'origine, la qualité de fiduciaire était même réservée exclusivement aux banques. Aujourd'hui, le régime a été étendu à d'autres professionnels du secteur financier, luxembourgeois ou étrangers, soumis à une surveillance prudentielle (17). Jamais il n'a été question d'accueillir la fiducie comme une technique neutre du droit commun, à la disposition de tout citoyen. La restriction peut surprendre, encore que d'autres pays l'aient reprise (18). Elle procède pourtant d'une sage prudence, comme en atteste l'inexistence de tout contentieux depuis vingt ans sur des contrats qui requièrent de la part tant des fiduciaires que des bénéficiaires un haut degré de confiance dans la compétence et l'honnêteté du fiduciaire.

Le régime se concentre ensuite à l'essentiel, à savoir l'adaptation du régime du mandat aux impératifs de stabilité de certaines opérations fiduciaires, ensuite et surtout, la protection du patrimoine fiduciaire contre les prétentions des créanciers du fiduciaire étrangers à la fiducie. Dans les pays qui connaissent la fiducie, les rapports entre fiduciant et fiduciaire sont traditionnellement régis par les règles du mandat. L'inconvénient de cette référence est d'aboutir à la révocabilité *ad nutum* du fiduciaire et, dans une moindre mesure, à l'impossibilité pour le fiduciant de renoncer à lui donner des instructions en cours de contrat. La loi luxembourgeoise écarte l'une et l'autre de ces conséquences pour laisser aux parties toute liberté d'assurer à leur relation fiduciaire la durée et la prévisibilité souhaitées (19). Son principal atout réside cependant dans la consécration du patrimoine fiduciaire en tant qu'universalité distincte du patrimoine général du fiduciaire. Les biens qui le composent échappent ainsi au droit de gage général des créanciers personnels du fiduciaire, dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de ce patrimoine autonome. Ces derniers ne peuvent donc ni saisir ces biens, ni les appréhender en présence d'une situation de concours, spécialement d'une procédure collective (20). Ces quelques dispositions confèrent à la fiducie luxembourgeoise un statut sûr et efficace.

(12) La consécration résulte, à l'origine d'un règlement grand-ducal, à valeur législative, du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit (Mémorial A, n° 54, 24 juill. 1983, p. 1334) qui a été remplacé par la loi du 27 juillet 2003 relative aux trusts et aux contrats fiduciaires (Mémorial A, n° 124, 3 sept. 2003, p. 2620). Ces deux textes peuvent être consultés sous l'adresse www.crppl.lu/lde.

(13) La Convention s'applique, en effet, au-delà des trusts de *common law* à proprement parler, à des institutions comparables qui répondent aux critères de posés par son article 2. Voir en ce sens le préambule de la Convention ainsi que le rapport explicatif de A. E. Van Overbeck, Actes et documents de la quinzième session de la Conférence de la Haye, 1985, t. II, p. 375 et 376.

(14) L'intention est clairement affirmée par l'exposé des motifs du projet de loi : Ch. des députés lux., Doc. parl. 4721, p. 3.

(15) L. 27 juill. 2003 relative aux trusts et aux contrats fiduciaires, art. 5.

(16) Telle était d'ailleurs déjà l'intention des pouvoirs publics français en 1990 lorsqu'ils ont élaboré un avant projet de loi sur la fiducie dont l'un des objectifs était de permettre la ratification de la Convention de la Haye.

(17) L. 27 juill. 2003, art. 4.

(18) Tel est le cas, en particulier, de la loi libanaise n° 520 relative au développement du marché financier et des contrats fiduciaires (art. 2).

(19) L. 27 juill. 2003, art. 7.

(20) L. 27 juill. 2003, art. 6.

On ne peut que regretter qu'il n'en aille pas de même pour les applications que connaît la technique en droit français. Les biens reçus du fiduciaire s'y confondent systématiquement avec les autres éléments de son patrimoine général, ce qui n'est guère satisfaisant pour le fiduciaire et pour le bénéficiaire, ni nécessairement avantageux pour le fiduciaire. Au surplus, aucune des consécutions légales de la fiducie ne contient ne serait-ce que le ferment d'un régime de celle-ci puisque le législateur français s'est toujours soigneusement gardé de nommer l'institution. Les efforts renouvelés de la doctrine restent impuissants pour pallier cette carence.

Les faiblesses du non-dit

Sans plaider pour une incorporation générale de la fiducie dans le droit français, ses utilisations reconnues en matière financière gagneraient sans nul doute à pouvoir s'asseoir sur un authentique régime. Son élaboration permettrait non seulement d'assurer une plus grande sécurité à des opérations qui empruntent déjà cette technique, mais aussi de réfléchir au domaine exact qu'il conviendrait de lui reconnaître. Au-delà de l'incitation que ne manquera pas d'exercer la nouvelle fiducie luxembourgeoise sur la communauté financière française, elle constitue certainement un modèle à explorer.