



LA FIDUCIE À LA FRANÇAISE

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 8 OCTOBRE 2007

PAR PHILIPPE MARINI*

Après deux siècles d'occultation, de renoncement et d'hésitations, la fiducie a enfin intégré le Code civil le 19 février dernier, avec la promulgation de la loi n° 2007-211. Cette loi fait suite à une proposition de loi que j'avais déposée le 8 février 2005, soit un processus législatif de deux ans que l'on peut finalement considérer comme relativement court pour un sujet aussi technique et controversé.

Plusieurs siècles de parenthèse, car la fiducie n'est pas un concept nouveau mais millénaire, et qui renaît en Phénix après avoir été une Arlésienne juridique. Rappelons en effet que l'origine de la fiducie est très ancienne et trouve sa source dans le droit romain avec, d'une part, le *pactum fiduciae cum amico* et le *pactum fiduciae cum creditore*, et d'autre part, le fidéicommissaire, disposition testamentaire unilatérale engageant l'héritier. La fiducie a également été utilisée par les Croisés désireux de faire gérer leur domaine pendant leur absence. Le Code civil a ensuite ignoré cette institution, notamment en raison du repoussoir de certaines utilisations dans les majorats.

Il est indéniable que le texte final, fruit de compromis et d'une courte fenêtre d'opportunité, se révèle d'une portée plus réduite que ma proposition de loi, et a donc pu en partie décevoir les professionnels et praticiens. Un éminent spécialiste tel que Me François Barrière a ainsi pu considérer que le nouveau régime se situait entre équilibre et incohérence. Il n'en demeure pas moins qu'elle constitue en soi une petite révolution juridique et un progrès dans la compétitivité internationale de notre droit.

* Philippe Marini, maire de Compiègne, sénateur de l'Oise, est rapporteur général de la commission des finances du Sénat. Ce texte est celui de son intervention prononcée le 8 octobre 2007 au tribunal de commerce de Paris devant l'association Droit et Commerce.

Rappelons brièvement en quoi consiste la fiducie. Il s'agit d'un contrat translatif de propriété à titre temporaire et pour une fin déterminée. Il établit une relation triangulaire entre le constituant qui transmet des droits et biens, un fiduciaire qui les reçoit et doit les gérer, et un bénéficiaire qui peut être le constituant et être désigné postérieurement à la conclusion du contrat. Ce transfert en pleine propriété demeure en quelque sorte "téléologique" et doublement limité, dans le temps et dans son objet, par les stipulations du contrat de fiducie. Cette caractéristique en fait une "propriété dégradée", pour reprendre l'expression de mon collègue Henri de Richemont, rapporteur de ma proposition de loi au Sénat.

Bien qu'elle l'ait historiquement précédé, la fiducie est naturellement inspirée du *trust*, et pas uniquement sur le plan étymologique. Elle en est proche par ses effets translatifs, mais s'en distingue par sa substance juridique. En effet, l'institution du *trust* n'est généralement pas contractuelle et ne prévoit pas à proprement parler un transfert de propriété, mais un quasi démembrement par la coexistence de deux droits originaux que sont le *legal ownership* du *trustee* – propriétaire formel – et l'*equitable ownership* du bénéficiaire. Le *trust* implique néanmoins trois parties que sont le *settlor*, le *trustee* et le tiers bénéficiaire ou *cestui que trust*.

Le contrat spécial de fiducie, efficace et polyvalent, ouvre un champ potentiellement large d'applications en droit patrimonial et en droit des affaires, pour trois grands types d'opérations que sont la transmission, la garantie et la gestion. C'est cependant à dessein que la fiducie-transmission ne figure pas dans le champ de la nouvelle loi.

En outre, nous verrons que dans la pratique, des incertitudes demeurent pour certaines utilisations et devront donc être levées par les stipulations contractuelles, la doctrine administrative, voire de futurs aménagements législatifs. Les abondants commentaires de ces derniers mois sont illustratifs des interrogations et espérances que fait naître la fiducie. La réalité des applications n'est pas totalement conforme à la volonté du législateur, du moins celle que j'ai exprimée dans ma proposition de loi.

Après ce long propos introductif, mon intervention sera structurée en cinq parties successives ; la genèse de la loi, les principales dispositions du nouveau régime, les avantages que procure la fiducie, les critiques et insuffisances constatées, et enfin les évolutions escomptées. J'insisterai davantage sur ces deux derniers points.

I - De nombreuses tentatives antérieures entravées par les réticences traditionnelles à l'encontre de la fiducie

La fiducie est symboliquement innovante mais l'aliénation fiduciaire transparait déjà dans notre droit bancaire et financier, au travers de nombreux mécanismes fiduciaires innommés, à titre de sûreté ou de gestion. On peut ainsi mentionner : la vente à réméré, le prêt et la prise en pension de titres financiers, le gage-espèces, les garanties sur instruments financiers à terme, les mécanismes de *close-out* et *global netting*, le gage de compte d'instruments financiers, la convention de portage et certains modes de cession de créances tels que les "cessions Dailly" et les fonds communs de créances.

Ces quasi-fiducies ont été parfaitement décrites par Hubert de Vauplane lors d'un colloque fin juin. Prises isolément, elles ne revêtent toutefois pas tous les

attributs de la fiducie et répondent à des besoins spécifiques. Ces instruments perdurent donc aux côtés de la fiducie, qui pourra dans certains cas s'y substituer.

Ces quasi-fiducies illustraient en tout cas une adaptabilité plus grande qu'escomptée du concept de fiducie au système français. Pourtant, à trois reprises au cours des vingt dernières années (en 1989, 1992 et 1995), sous des gouvernements de droite comme de gauche, le législateur français a tenté, en vain, d'introduire dans le Code civil la fiducie. Trois principaux obstacles avaient alors empêché de franchir le stade de l'examen au Parlement :

- l'alternance politique ;
- la question du traitement fiscal, liée à la réputation "sulfureuse" du *trust* qui a déteint sur la fiducie, dès lors perçue comme un instrument d'évasion du patrimoine. D'où la problématique de la fiducie-transmission et un dilemme entre la neutralité fiscale et l'exhaustivité d'un nouveau régime. Outre la question de la transparence, le projet de 1992 avait, par exemple, prévu une solidarité fiscale entre les trois parties au contrat de fiducie ;
- et des controverses juridiques sur la compatibilité de la technique du patrimoine d'affectation avec les principes civilistes d'unité et d'indivisibilité du patrimoine pour toute personne juridique.

L'introduction de la fiducie n'en perdait pas pour autant sa pertinence. D'une part, elle est de plus en plus adoptée par les Etats partenaires et juridiquement concurrents de la France, tels que le Québec en 1994, le Luxembourg en 2003, l'Italie en février 2006, mais aussi le Japon, le Brésil, la Colombie, le Liban ou la Russie. D'autre part, dans un contexte d'internationalisation des rapports de droit, et *de facto* d'intensification de la concurrence des instruments juridiques, le *trust* des pays de tradition anglo-saxonne a accentué le risque de délocalisation d'opérations économiques d'acteurs étrangers ou français. On peut ainsi mentionner les exemples d'Alstom, du jeu Euromillion et de PSA. Le 2 mai 2003, la Commission européenne a également publié un contrat-type de *trust* applicable aux rapprochements de sociétés.

C'est dans cet esprit de renforcement de la compétitivité du droit français, auquel je suis depuis longtemps attentif, que j'ai déposé ma proposition de loi et ai ensuite insisté auprès du gouvernement pour qu'il s'approprie ce sujet et cautionne l'examen puis l'adoption de la proposition de loi par les deux chambres.

Le groupe de travail que j'ai constitué s'est d'emblée attaché à désamorcer les soupçons d'opacité et de contournement, et il a donc été décidé d'appliquer le principe de transparence fiscale et de ne pas prévoir la fiducie aux fins de mutation à titre gratuit. Les arbitrages interministériels et l'urgence de la fin de la législature ont néanmoins conduit à aménager le texte initial, et selon l'avis de plusieurs praticiens, à le rendre moins opératoire.

II - L'équilibre et les garanties apportés par la nouvelle loi

Par rapport à ma proposition de loi, la nouvelle loi diffère sur trois points majeurs, qui ont parfois été perçus comme autant de reculs ;

- dans un objectif de polyvalence, la fiducie est soumise à un régime unique, sans distinguer la fiducie-sûreté de la fiducie-gestion, ce que certains juristes ont pu regretter en relevant des dispositions *a priori* inadaptées à la fiducie-sûreté ;

- seules peuvent être constituant les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés de plein droit ou sur option, alors que la proposition de loi conférerait également cette faculté aux personnes physiques. D'aucuns pourront y voir la marque de craintes obsessionnelles de la DLF, d'autant que des pays civilistes tels que le Québec, le Liban, l'Italie ou la Russie ont intégré les personnes physiques. En outre, cette définition assez restrictive conduit à une incursion inhabituelle de considérations fiscales dans le Code civil ;
- troisième différence, ne peuvent avoir la qualité de fiduciaire que les organismes financiers réglementés, comme c'est le cas au Luxembourg. Ce faisant, le fiduciaire est soumis aux strictes obligations de ces établissements afférentes à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, et non plus à des dispositions spécifiques.

L'ouverture éventuelle de la qualité de fiduciaire à certaines professions juridiques réglementées - avocats et notaires en particulier - a fait l'objet de débats et d'auditions en octobre 2006. Toutefois, les positions divergentes des différentes instances professionnelles concernées, les interrogations sur le principe de la séparation de l'activité de fiduciaire, comme les récentes dispositions communautaires et nationales relatives à la lutte contre le blanchiment, n'ont pas encore permis d'avancer dans cette voie. Il faudra cependant l'envisager à l'avenir.

D'autres différences ou précisions formelles de la nouvelle loi ont, par exemple, trait aux modalités de déclaration du contrat de fiducie, à la création d'un registre national des fiducies, aux mentions obligatoires du contrat, à la durée maximale du transfert de propriété (plafonnée à 33 ans, à l'initiative de mon collègue Robert Badinter, au lieu de 99 ans), aux pénalités fiscales, aux cas de révocabilité de la fiducie par le constituant, au droit de contrôle et de communication de l'administration fiscale, ou à la levée du secret professionnel à l'égard des différentes autorités.

La loi prévoit aussi la faculté expresse de désigner un tiers "protecteur" chargé de s'assurer de la préservation des intérêts du constituant. Cette disposition peut se révéler utile pour prévenir les conflits d'intérêts du fiduciaire, et se caractérise par une réelle souplesse profitable au constituant.

En revanche, et cela est positif, le nécessaire équilibre entre sécurité et souplesse du contrat de fiducie, entre formalisme et liberté contractuelle, qui figurait dans ma proposition de loi, a été dans l'ensemble respecté.

Le caractère fondamentalement conventionnel de la fiducie lui confère une réelle simplicité, La liberté contractuelle est toutefois encadrée par des garanties et un certain formalisme afin de "moraliser" cette institution. La loi reprend ainsi les orientations relatives à la nullité expresse des fiducies-libéralités, aux devoirs et aux responsabilités pour faute du fiduciaire, à la soumission du transfert vers un patrimoine fiduciaire au régime des nullités de la "période suspecte", à la transparence de la gestion et à la traçabilité comptable, et surtout à la neutralité et à la transparence fiscales.

Ce dernier point conditionnait l'adoption de la loi et conforte la légitimité de la fiducie. En outre, l'octroi d'un avantage fiscal n'apparaissait pas prioritaire ou déterminant. Cette transparence peut cependant confiner à la translucidité, ainsi que j'y reviendrai tout à l'heure.

En matière d'imposition directe, les droits et biens mis en fiducie sont fiscalement réputés demeurer la propriété du constituant ; celui-ci est donc

imposable pendant la durée du contrat, tant que les biens n'ont pas été transmis au bénéficiaire. Le bénéfice du régime spécial des fusions permet d'assurer le caractère intercalaire de la fiducie. En revanche, le fiduciaire est redevable de l'imposition sur la rémunération de son activité propre, de la TVA, de la taxe foncière et de la TP sur l'exploitation de chaque patrimoine fiduciaire, l'impôt étant alors assis sur une activité autonome, indépendamment de l'identité du titulaire.

III - Des applications pratiques potentiellement importantes pour la vie des affaires

Evoquons à présent les nombreuses applications potentielles de ce nouveau régime fiduciaire. Certes, on peut regretter l'absence de fiducie-transmission. Mais il importe de rappeler que plusieurs techniques patrimoniales et la récente réforme des successions et des libéralités, par la loi du 23 juin 2006, permettent de reconstituer certains des avantages attendus de ce type de fiducie. Tel est le cas de la reconnaissance (sous conditions) du mandat à effet posthume et des nouvelles libéralités graduelles et résiduelles.

La fiducie devrait pleinement trouver sa place dans certains compartiments de la vie des affaires, en particulier en droit bancaire, à travers la gestion de biens et la constitution de sûretés. Certaines utilisations demeurent entourées d'incertitudes et requerront donc des stipulations contractuelles précises et exhaustives.

1 - En tant qu'instrument de gestion tout d'abord, la fiducie présente des avantages par rapport au mandat et peut faciliter la réalisation d'opérations financières complexes, telles que :

- les émissions obligataires, la titrisation de créances et le portage de valeurs mobilières ou d'actifs immobiliers. Par rapport aux conventions de portage, la fiducie offre davantage de sécurité au bénéficiaire et permet d'éviter les risques de requalification de l'opération comme les débats quant à une éventuelle remise en cause de la prohibition des clauses léonines. Toutefois la quasi révocabilité *ad nutum* de la fiducie-gestion, lorsque le constituant se confond avec le bénéficiaire, peut en limiter l'utilité.

Le recours à la fiducie pour des opérations de titrisation est encore incertain, car à la différence du fonds commun de créances elle ne peut émettre des parts, et l'opposabilité du transfert de créances n'apparaît pas aussi simplifiée que par la remise d'un bordereau. Il serait sans doute nécessaire que les futurs fonds communs de titrisation puissent être intégrés dans la liste des fiduciaires. Le Sénat examinera cette semaine un projet de loi comportant diverses mesures de transposition du droit communautaire et qui prévoit notamment une habilitation à moderniser le régime de la titrisation. Il devrait être notamment l'occasion d'aborder avec Mme Lagarde cette question de la fiducie-titrisation ;

- autres applications : la mise en place d'une structure de *defeasance* ou d'épargne salariale. Cependant la portée manifeste des textes s'écarte ici de la volonté du législateur. La lettre du nouvel article 2011 du Code civil prévoit en effet le transfert de "*biens, droits ou sûretés*" alors que la partie comptable mentionne le transfert d'éléments d'actifs et de passifs ; il subsiste donc un doute sur la possibilité de transférer des passifs comme un actif net négatif ;

- la création d'une *joint venture*, la gestion de participations au sein d'un groupe de sociétés (évitant ainsi la constitution d'une *holding*), ou une structure de gestion d'une société cible dans le cadre d'un rapprochement d'entreprises.

A ce titre, le mécanisme de transfert temporaire de propriété nous conduit naturellement à envisager la fiducie comme structure de sanctuarisation d'actifs et arme anti-OPA, à l'instar de la *stichting* de droit néerlandais. La fondation constituée pour protéger Dofasco fut ainsi une des principales ripostes d'Arcelor lors de l'offre lancée par Mittal.

Il s'agit d'une approche tout à fait intéressante et que le Sénat a abordée - sans doute pas suffisamment - lors de sa mission commune d'information sur les centres de décision, dont j'étais le président. Les premières analyses (celle de Me Pierre Servan-Schreiber en particulier) tendent cependant à mettre en question l'intangibilité des actifs transférés, notamment du fait de la révocabilité de la fiducie. Elles préconisent donc de sécuriser le transfert fiduciaire par un mécanisme de transmission à un *trust* du droit au bénéfice de la fiducie.

2 - En matière de garanties

La fiducie retrouve la vocation originelle de la *fiducia cum creditore* du droit romain et offre une sûreté réelle, efficace et complète au créancier. Cette sûreté pourra s'appliquer à des créances, des valeurs mobilières, des stocks ou des biens immobiliers. D'aucuns ont même considéré que la fiducie venait parachever la transition vers une approche pro-créanciers, initiée dans la loi de sauvegarde des entreprises de 2005. La saisie du patrimoine fiduciaire n'est en effet possible qu'en cas de fraude aux droits des créanciers ou d'exercice d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement à la constitution de la fiducie.

Du fait de cette sécurité, la fiducie permet notamment de créer une structure intermédiaire pour le versement échelonné du produit d'une vente, de garantir des engagements futurs importants (dépollution, retraites), ou de contribuer à des garanties de passif ou d'actif.

Elle est aussi de nature à faciliter les syndications bancaires notamment dans les rachats sous LBO - et à rapatrier sous le droit français nombre d'opérations qui sont aujourd'hui réalisées via un *trust* : l'article 16 de la loi permet ainsi de désigner un "*agent des sûretés*", équivalent du "*security trustee*" chargé d'inscrire, gérer, répartir et réaliser les sûretés au profit de l'ensemble des membres du *pool* bancaire.

IV - Des critiques plus ou moins substantielles

Un certain nombre d'imprécisions, omissions et insuffisances, outre celles que j'ai déjà relevées, ont été soulignées par les praticiens. Certaines peuvent toutefois être aplanies par les stipulations contractuelles, ce qui nécessitera un travail attentif des conseils juridiques.

Tout d'abord en matière civile, on a pu regretter la pudeur excessive ou le manque de précision du texte sur la qualification de la propriété fiduciaire, ou l'absence de référence expresse à la notion de patrimoine d'affectation, contrairement à ce qui figurait dans ma proposition de loi. Or le droit de propriété du fiduciaire est bien réel et exclusif, même s'il est limité.

En outre, le patrimoine fiduciaire n'est pas totalement étanche et s'apparente à une société civile unipersonnelle. L'application de la fiducie-sûreté requerrait une clarification de son régime de publicité et des modalités de sa réalisation. De même, la loi ne précise guère le traitement du passif fiduciaire et des créanciers lors du retour des biens au constituant en l'absence de bénéficiaire, ou lors de leur transfert au bénéficiaire.

Sur le plan fiscal, les principaux griefs portent sur une application complexe et imparfaite de la neutralité, qui se traduit par une transparence discontinue et un certain "mélange des genres" qui rappelle la translucidité des sociétés de personnes, en particulier s'agissant du régime d'imposition des résultats et plus-values. Ainsi en matière de plus-values, la fiducie est traitée comme une société de capitaux à laquelle le constituant ferait des apports, tandis que l'imposition de son résultat est analogue à celle d'une société de personnes dont le constituant serait l'associé unique. Me Jean-Pierre Le Gall et Gauthier Blanluet ont de ce fait évoqué une "neutralité fiscale de façade".

Le régime témoigne également d'une pénalisation excessive de la fiducie-libéralité, dont la nullité d'ordre public est pourtant prévue par le nouvel article 2013 du Code civil. Une nouvelle procédure spécifique de répression de l'abus de droit a ainsi été créée avec le nouvel article L. 64C du Livre des procédures fiscales. Elle vient s'ajouter aux droits de mutation en cas de transmission dans une intention libérale, qui peuvent représenter jusqu'à 108 % de la valeur des biens transmis.

Des imprécisions et lacunes ont été soulignées, s'agissant par exemple des droits du bénéficiaire, dont on ne sait exactement s'il dispose d'un droit réel sur les biens fiduciaires ou personnel sur le fiduciaire. Il en est de même pour les formalités d'enregistrement du contrat, l'assimilation entre constituant et créancier, la date du fait générateur de l'imposition des résultats du patrimoine, l'application du délai de détention de deux ans pour les plus-values à long terme, ou l'application du régime des sociétés mères aux dividendes perçus à titre fiduciaire.

La plupart de ces objections devraient cependant pouvoir - du moins je l'espère - être comblées par voie d'instruction fiscale.

V - Quelles améliorations et précisions à court et moyen terme ?

Compte tenu de ces critiques, des pistes se dessinent déjà sur les améliorations qui pourraient être apportées au nouveau régime. Au niveau législatif, j'ai déjà mentionné l'élargissement du champ des fiduciaires et, à plus long terme, la fiducie-transmission. Le régime doit aussi être dans un premier temps complété par des dispositions réglementaires. Un décret simple, publié le 7 mai dernier, est déjà venu préciser les conditions de la déclaration d'existence de la fiducie.

Il est également prévu qu'un décret en Conseil d'Etat énonce les modalités de constitution du futur registre national des fiducies, qui a potentiellement une incidence sur la fiscalité et sur l'application du règlement européen relatif aux procédures collectives transfrontalières. Ce décret requiert une procédure plus longue et le caractère public ou fermé du registre fait débat, mais il ne devrait pas constituer un préalable à la création de fiducies.

La Cour de cassation, désormais confortée par la loi, pourra revenir sur son fameux arrêt du 19 décembre 2006, consacrer la cession de propriété à titre de garantie et développer une jurisprudence spécifique sur la fiducie. Il serait ainsi utile qu'elle puisse préciser son sort de la fiducie au regard de la notion de contrat en cours, et donc consolider, le cas échéant, son efficacité en cas de procédure collective.

Des précisions sont aussi attendues en matière comptable et un avis est attendu d'ici la fin de l'année. Des interrogations subsistent cependant sur la notion de passifs transférés. Le CNC devra se montrer suffisamment précis sur les perspectives de déconsolidation des actifs et dettes transmis via une fiducie. Une telle déconsolidation me paraît raisonnable, s'agissant d'un quasi-transfert de propriété, pour autant qu'elle donne lieu à une information suffisante dans les annexes comptables.

Nombre de praticiens s'attendent sans doute à ce que soit enfin ratifiée la convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance. C'est en tout cas mon souhait, mais cette ratification ne doit cependant pas compromettre l'essor de la fiducie. Dès lors que cette dernière aura été pleinement intégrée dans la vie des affaires, nous pourrions nous considérer comme "*à armes égales*", et la reconnaissance des effets du *trust* en droit interne sera un prolongement logique.

En conclusion, il semble que la nouvelle loi soit davantage adaptée à la fiducie-sûreté qu'à la fiducie-gestion. Certes, cette consécration de la fiducie ne constitue pas la réforme rêvée par les praticiens, et la fiducie à la française n'est sans doute pas encore pleinement exportable. Mais au-delà des critiques de fond, je constate que nombre de récriminations portent sur le niveau de précision insuffisant du nouveau régime. Or on touche bien là au domaine de la loi.

Certes, il eût été plus commode que la loi envisage toutes ou la grande majorité des configurations de transfert fiduciaire et de relations entre constituant, fiduciaire

et bénéficiaire. Mais est-ce bien sa vocation ? Oui, le texte pêche par certaines omissions, mais il me paraît nécessaire de rappeler que la loi ne doit en théorie fixer que les principes et limites, *a fortiori* le Code civil et lorsqu'il s'agit d'introduire un nouveau type de contrat transversal. Le contrat de fiducie est conçu comme solennel mais relativement souple. Faisons donc confiance à l'ingéniosité des praticiens pour que les futurs contrats apportent la sécurité juridique requise. Soyons également vigilant sur le contenu et les effets du décret, de la réglementation comptable et de la doctrine fiscale.

La fiducie à la française souffre d'erreurs de jeunesse et d'un manque d'audace, mais elle permet indéniablement de combler une lacune de notre droit après deux décennies d'atermoiements. Le premier pas, le plus difficile, a été franchi avec la reconnaissance de la fiducie dans le droit civil. Il sera toujours possible de compléter à l'avenir le dispositif, sans susciter à nouveau de lourds débats doctrinaux ni devoir affronter des hésitations quant au principe même de la fiducie.