Aperçu de la fiducie et des placements fiduciaires en droit suisse

Autor(en): **Engel, Pierre**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue économique franco-suisse**

Band (Jahr): **72 (1992)**

Heft 2

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-887238

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Aperçu de la fiducie et des placements fiduciaires en droit suisse

Pierre ENGEL,
ancien avocat au barreau de Genève, ancien professeur aux facultés de droit de Genève et de Lausanne

La fiducie n'est pas régie par une loi. Elle est une création de la pratique, reconnue par la jurisprudence et la doctrine sous les espèces du contrat de fiducie. C'est une convention par laquelle le fiduciant transfère au fiduciaire des biens, des droits ou des créances, en toute propriété ou titularité, à charge pour le fiduciaire d'en disposer ou de les gérer, puis le cas échéant, de les restituer au fiduciant à la fin du contrat. C'est donc un acte juridique à double détente : à une aliénation complète de A en faveur de B correspond l'accord de B de n'en user que dans les termes et conditions de la convention conclue avec A. C'est un contrat non formel. Le plus souvent, il est passé par écrit.

Deux sortes de fiducie

La pratique distingue **la fiducie aux fins de gestion**, par exemple A mandate la banque B en vue de placer pour son compte mais au nom de B des fonds de A sur l'**"euromarché"**, et la **fiducie aux fins de sûreté**, par exemple A transfère à B la propriété d'un paquet d'actions moyennant que B lui prête une somme d'argent : si A s'acquitte de sa dette à l'échéance, B lui retransfèrera les titres aliénés ; si A ne paie pas, B dispose désormais des actions sans aucune restriction conventionnelle. Comme on le voit, ces deux sortes de fiducie ont un point commun : à une aliénation totale correspond une convention limitant la disposition, mais c'est une restriction purement personnelle, sans effets de droits réels.

Fondement juridique

Pour certains auteurs, la convention de fiducie est un contrat innomé apparenté au mandat. Pour d'autres, c'est un cas d'application du mandat simple, selon les articles 394 et suivants du Code des obligations. Le mandat y est conçu en termes très larges :

"Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis" (CO art. 394 al. 1).

Les règles du mandat permettent de résoudre un certain nombre de questions découlant de la fiducie, pas toutes cependant, comme on le verra.

Avantages et inconvénients de la fiducie

La réglementation très flexible du contrat de mandat en droit suisse donne au fiduciaire mandataire la grande autonomie que recherchent généralement les deux contractants. La confiance est à la base du mandat ; elle est de la nature de la fiducie, entourée le plus souvent de discrétion. Cependant le transfert intégral que commande celle-ci expose le mandant fiduciant à deux risques : l'insolvabilité du fiduciaire et son infidélité. Les biens remis en fiducie ne sont pas séparés du patrimoine du fiduciaire. Ils tombent dans sa masse en cas de faillite. Le droit de distraction du fiduciant est battu en brèche par l'effet du transfert intégral que le fiduciant a fait au fiduciaire. Cette vulnérabilité s'accroît dès le moment que le fiduciaire confie les biens remis à un tiers. Les droits et exceptions que celui-ci peut exercer à l'encontre du fiduciaire - droit de rétention, compensation, exceptions dilatoires - ne s'arrêtent pas aux frontières des biens provenant du fiduciant. Peut-on se contenter de cette situation ? Certes, on ne peut pas vouloir les avantages d'une institution sans en assumer les inconvénients. Le fiduciant est généralement féru de discrétion. Les tiers peuvent avoir fait crédit au fiduciaire sur une surface qui excède non rarement sa substance. Comment "arbitrer" ces intérêts divergents ?

Fiducie et industrie bancaire

Comme on le sait, la Suisse est aussi un pays de gestion de fortune, par le truchement bancaire principalement. On estime que les placements fiduciaires, comparés au total de bilan des banques, montent au tiers environ. La loi fédérale sur les banques et les Caisses d'épargne ne les mentionne pas. Les **instructions générales** C, annexées à l'ordonnance d'exécution de cette loi, prévoient au chiffre 5 :

"Par opérations à titre fiduciaire, il faut entendre : les placements et les crédits que la banque effectue ou accorde en son propre nom pour le compte et aux risques exclusifs du client, sur la base d'un ordre écrit. Le mandant supporte le risque de change, le risque de transfert et le risque d'insolvabilité du débiteur et il lui revient la totalité du rendement de l'opération ; la banque ne perçoit qu'une commission".

Le chiffre 4 des mêmes instructions énonce: "Les opérations à titre fiduciaire doivent être dûment comptabilisées sans toutefois être portées au bilan. L'intérêt que la banque touche sur ces prêts et sa bonification au client ne doivent pas figurer dans le compte de pertes et profits".

Il appert donc que les opérations fiduciaires n'affectent pas le calcul des fonds propres que la loi exige des ban-

ques au regard des engagements, ni la détermination des liquidités prescrites. On comprend l'engouement des professionnels pour ce genre d'activité : la banque ne voit pas son bilan grevé de fonds propres de couverture, elle n'assume aucun risque de crédit, de transfert ou de change. Il sied de préciser toutefois que le Code des obligations, art. 398 al. 2, statue que *"le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat"*. Cette règle fonderait à mon avis la responsabilité du banquier qui aurait mal choisi ou mal observé le tiers destinataire du placement, sous l'angle de sa solvabilité ou de sa compétence professionnelle. On ne le sait que trop : la qualité d'un financier ou d'un établissement de crédit peut varier avec la conjoncture. Le client attend de son banquier qu'il suive de près la qualité et la surface des correspondants mis en œuvre. La clause d'exclusion de responsabilité que les banques font régulièrement souscrire à leurs clients fiduciants ne saurait être opposée à ceux-ci, le Code des obligations, art. 100 al. 2, proscrivant la clause de libération du débiteur (même pour faute légère) *"si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité"*. Quand bien même l'activité bancaire n'est pas subordonnée à une concession au sens strict du terme, notre Cour suprême a jugé que l'exploitation d'une banque devait être assimilée à l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral 102/1986 II p. 256 - Journ. des Trib. 1987 I p. 91).

Que se passe-t-il si ce n'est pas le tiers qui tombe en déconfiture mais le fiduciaire lui-même ?

Le fiduciant, on l'a vu, a juridiquement aliéné au fiduciaire le bien remis en fiducie. Il ne peut exercer qu'un droit personnel en restitution contre lui ou la masse. Ce droit personnel est une créance ordinaire soumise à dividende. Certains auteurs et quelques décisions de justice portent secours au fiduciant en lançant la bouée qu'ils pensent avoir trouvée au Code des obligations, art. 401 :

"Lorsque le mandataire acquiert en son propre nom, pour le compte du mandant, des créances contre des tiers, ces créances deviennent la propriété du mandant dès que celui-ci a satisfait, de son côté, à ses diverses obligations envers le mandataire.

Le mandant peut faire valoir le même droit contre la masse du mandataire, si ce dernier tombe en faillite.

Le mandant peut, de même, revendiquer dans la faillite du mandataire les objets mobiliers acquis par ce dernier en son propre nom, mais pour le compte du mandant ; sauf à la masse à exercer le droit de rétention qui appartiendrait au mandataire".

Il n'est pas possible, faute de place, de montrer ici en quoi cet article ne peut au mieux jouer pleinement son rôle qu'en cas de biens acquis après la conclusion de la fiducie et non pas déjà dès la conclusion de la fiducie pour les biens transférés à ce moment-là. Les discussions à ce sujet révèlent l'incertitude du secours. La seule solution sûre consisterait à mettre en œuvre des **cofiduciaires**, de telle sorte qu'en cas de mort, d'incapacité ou d'insolvabilité de l'un d'eux, la fiducie cesse **ipso jure** pour ne se poursuivre qu'avec les autres ; encore faut-il que les biens de la fiducie reposent en mains tierces, de manière à éviter toute anicroche de revendication puis de transfert à nouveaux frais.

Les avantages fiscaux des placements fiduciaires

Le fisc suisse retient à la source 35 % des intérêts des dépôts bancaires ou des valeurs mobilières dont le débiteur a son domicile ou son siège en Suisse.; Cependant si un placement ou un crédit fiduciaire est effectué sur la base d'un ordre écrit, par une banque suisse auprès d'un correspondant étranger, généralement une banque étrangère, mais aussi sa succursale à l'étranger, les intérêts de ce placement ne sont pas assujettis à la retenue à la source de l'impôt anticipé suisse.

Faut-il légiférer ?

La Suisse n'échappe pas à l'inflation législative qui sévit chez tous ses voisins. Elle ne légifère pas mieux qu'eux. Pour cette raison déjà, une loi ne s'impose pas vraiment si l'on veut bien admettre que les dispositions du contrat de mandat, ductiles et larges, sont suffisantes en la matière, à une faiblesse près : la protection du fiduciant dans quelques situations. Il me paraît pourtant qu'un régime de conventions privées est concevable : pour les placements sur l'**"euromarché"**, les banques ne pourraient-elles pas, par exemple sous l'égide de l'Association suisse des banquiers, conclure avec leurs correspondants des conventions excluant les actes fiduciaires de l'exception de compensation et du droit de rétention appartenant au tiers dans ses rapports avec la banque fiduciaire ? Du même pas, fiduciaire et tiers pourraient stipuler le droit du fiduciant ou ses ayants cause de réclamer directement la restitution de l'avoir, au terme du placement, moyennant l'extinction des obligations nées en faveur de la banque et de son correspondant à raison de la fiducie. On peut naturellement aussi envisager l'élaboration d'une convention européenne sur cet objet. Toutefois, il existe déjà la convention de La Haye du 1er juillet 1985, relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Or le concept de la fiducie suisse ne paraît pas pouvoir être assimilé à celui du trust. Quand bien même la Suisse n'exclut pas la ratification de cette convention, d'ici quelques années, il apparaît d'ores et déjà qu'il faut trouver des moyens de protection puisque ladite Convention ne les fournira pas. Somme toute, le régime bancaire de convention privée serait le meilleur moyen. ■