

Eleanor Cashin Ritaine*

Rapport introductif: Panorama comparé du droit matériel du trust (ou une esquisse impressionniste des concepts de trust et de fiducie)

La Convention de La Haye du 1er juillet 1985, entrée en vigueur le 1er janvier 1992¹, a deux objectifs: elle entend, d'une part, permettre la reconnaissance du trust par des ordres juridiques qui ne connaissent pas cette institution, et en particulier permettre aux juges nationaux de trancher des litiges dans lesquels sont impliqués des *trusts* internationaux, sans les considérer comme nuls ou inefficaces. D'autre part, cette Convention fixe à l'égard des pays signataires la loi applicable au trust.² La Convention n'entend pas, en revanche, créer un droit uniforme du trust et en particulier introduire dans les pays signataires un démembrement ou une modalité du droit de propriété qu'ils ne connaissent pas.

De telles initiatives existent néanmoins sur le plan européen. C'est ainsi qu'un groupe d'universitaires a élaboré en 1999 les Principes de droit européen du trust.³ De façon similaire, mais adoptant une méthodologie différente, fondée sur une étude de cas, le projet de *Common Core*⁴ cherche également à démontrer une parenté entre les différentes législations relatives au concept de trust.

En effet, la mondialisation des économies conduit à une mondialisation juridique⁵ et à la nécessité de pouvoir connaître et reconnaître par delà les frontières les institutions juridiques des pays partenaires. Or reconnaître une institution, c'est d'abord l'identifier et la comprendre.

* Directrice a.i., Institut suisse de droit comparé, CH-Lausanne.

¹ Rev. crit. DIP 1984, p. 770. – E. GAILLARD et D. T. TRAUTMAN, La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance: Rev. crit. DIP 1986, p. 1. – J.-P. BÉRAUDO, La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance: Travaux comité fr. DIP 1985-1986, p. 21. – J.-P. BÉRAUDO, Les trusts anglo-saxons et le droit français, LGDJ, Droit des affaires, 1992, n 373 s. – M. REVILLARD, La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 sur la loi applicable au trust et sa reconnaissance: Defrénois, 1986, art. 33731, p. 689. – C. JAUFFRET-SPINOSI, La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance: JDI 1987, p. 23. – L. MAERTEN, Le régime international du trust après la Convention de La Haye: JCP G 1988, I, 3319. – L. THÉVENOZ, Trusts en Suisse: adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie = Trusts in Switzerland: Ratification of The Hague Convention on Trusts and Codification of Fiduciary Transfers, Zurich: Schulthess, 2001. – K. SIEHR, Der Trust im IPR, Mélanges en l'honneur de B. DUTOIT, Publications de l'Université de Lausanne, 2002, p. 297.

² L'article 6 dispose que la loi applicable est la loi d'autonomie, la loi choisie par le constituant (et lui seul, puisque l'acte constitutif du *trust* est un acte unilatéral). Si ce dernier n'a pas choisi de loi, la loi applicable est celle avec laquelle le *trust* présente les liens les plus étroits (art. 7). Un certain nombre de critères objectifs sont proposés. Parmi ces éléments figure le lieu d'administration du *trust* désigné par le constituant, le lieu d'établissement du *trustee*, mais aussi le lieu de situation des biens du *trust*. L'article 8 détermine le domaine de la loi applicable. Celle-ci régit notamment la validité du *trust*, son interprétation, ses effets et son administration, par exemple les droits et obligations du *trustee*.

³ HAYTON, KORTMANN, VERHAGEN, Principles of European Trust Law, Kluwer, 1999.

⁴ M. GRAZIADEI, U. MATTEI, L. SMITH, Commercial trusts in European Private Law, Cambridge University Press, 2005.

⁵ D. LE GRAND DE BELLEROCHE, L'intégration du concept de trust à l'échelle régionale et mondiale in *Critique de l'intégration normative, L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, sous la direction de M. DELMAS-MARTY, PUF 2004, p. 139.

Historiquement⁶, le *trust* est une institution qui ne se comprend qu'au regard du particularisme du système juridique anglais dans lequel deux corps de règles coexistent, la *common law* issue des juridictions royales et l'*equity* élaborée par les juridictions du Chancelier. Le *trust* est une institution d'*equity*.

De façon simplifiée, on peut dire qu'il s'agit d'une opération impliquant, en principe, trois personnes, par laquelle le constituant du *trust*, le *settlor*, transmet à un *trustee* la propriété de certains biens pour qu'il gère ces biens au profit d'une tierce personne, le *cestui que trust* ou bénéficiaire, qui recevra ultérieurement la propriété de ces mêmes biens ou leurs revenus.⁷

Néanmoins, ce concept a évolué et a donné lieu à des applications si différentes qu'il est difficile de cerner précisément cette notion.⁸ Une étude comparative des législations actuelles conduit à constater, selon les termes d'un auteur⁹ une «diversité culturelle des applications de la notion de *trust*».

Ainsi, malgré les apparences, la notion de *trust* n'est pas simplement anglo-saxonne, mais puise également sa source en droit romain, ce qui explique son acclimatation relative sur le continent européen, notamment à travers le concept de fiducie.¹⁰

Des similitudes existent, en effet, entre les concepts de *trust* et de fiducie, alors même que tout oppose les systèmes juridiques qui leur ont donné naissance.

La caractéristique commune des deux institutions est de fonder des rapports juridiques translatifs de propriété sur la seule confiance (*trust* ou *fides*), c'est-à-dire sur une foi en l'autre.

Leur différence essentielle réside dans le remède proposé en cas de violation de cette confiance, puisque le *trust* permet une action réelle fondée sur l'*equity* alors que la fiducie ne permet qu'une action personnelle ou à défaut une action en enrichissement sans cause (action *de in rem verso*).

La Convention de la Haye tente de faire la synthèse de toutes ces conceptions du *trust*, ou plus précisément des relations de type fiduciaire, afin de permettre une reconnaissance la plus large possible. Les inévitables confrontations entre les pays de *common law* et les pays de tradition romano-germanique, rendaient nécessaire l'élaboration d'une convention qui fixerait à l'égard des pays signataires les règles relatives, non seulement à la loi applicable au *trust*, mais également à sa reconnaissance. Il faut tout de même remarquer que, de ce point de vue, ce sont les pays de

⁶ J.-P. BÉRAUDO, op. cit., LGDJ, Droit des affaires, 1992, p. 2, n° 5, pour une approche historique.

⁷ Sur la ou plutôt les définitions du *trust*, v. J.-P. BÉRAUDO, op. cit., LGDJ, Droit des affaires, 1992, p. 8, n° 16 ss et p. 16, n° 29 ss. – A. LEVASSEUR, Droit des Etats-Unis: Dalloz, 2e éd. 1994, n° 603 s. – J.-A. JOLOWICZ (ss la dir. de), Droit anglais: Dalloz, 2e éd. 1992, n° 362 s. – R. DAVID et X. BLANC-JOUVAN, Le droit anglais: PUF, Que sais-je?, 7e éd. 1994, p. 100 s. – L. THÉVENOZ, op. cit., Zurich: Schulthess, 2001, p. 20.

⁸ WATERS, Unification or Harmonization? Experience with the Trust Concept, in Mélanges en l'honneur d'A.E. VON OVERBECK, 1990, p. 591-609, spec. p. 593. – DIANE LE GRAND DE BELLEROUCHE, op. cit., PUF 2004, p. 139, spec. p. 141.

⁹ D. LE GRAND DE BELLEROUCHE, op. cit., PUF 2004, p. 139, p. 173.

¹⁰ CL. WITZ, La fiducie en droit privé français, Paris, Economica, 1981. – La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens: Allemagne, Angleterre, Liechtenstein, Luxembourg, Suisse: colloque organisé par le Centre d'études juridiques françaises, 29 novembre 1990 / dir. scientifique du colloque: CL. WITZ, Collection Bulletin Joly 1991, n° 4 bis.

droit romano-germanique qui ont dû faire des concessions en s'engageant à reconnaître une institution qui *a priori* leur est étrangère. Il n'en reste pas moins que la convention était utile également pour les pays de *common law*, notamment pour unifier leurs règles de conflits en la matière.

L'étude comparée de diverses législations relatives au trust permet ainsi de montrer d'une part, comment le modèle anglais de trust a évolué et est devenu polyvalent et d'autre part, combien malgré les apparences, le concept de fiducie est proche de celui du trust.

Prétendre élaborer un panorama exhaustif des droits matériels du trust en vingt minutes serait néanmoins présomptueux. Par conséquent, cette présentation se limitera à une esquisse dynamique des grandes caractéristiques juridiques des mécanismes du trust et de la fiducie. Il ne s'agit donc pas d'examiner ici toutes les applications pratiques du trust dans les différentes législations, mais simplement de dégager une typologie impressionniste des institutions existantes de par le monde.

Ainsi, l'exposé montrera en premier lieu comment le trust, objet de la Convention de la Haye a évolué et est devenu polyvalent (I) et en second lieu comment dans les pays de tradition civiliste le concept de fiducie peut présenter une alternative au trust (II).

I. Le Trust, un modèle évolutif et polyvalent

Pour cerner la notion de trust et comprendre son évolution, l'étude du modèle anglais de base s'impose de prime abord (A) avant d'examiner comment il a pu s'exporter et s'acclimater hors des frontières anglaises (B).

A. Le modèle de base: le trust de droit anglais

Comme déjà énoncé, en droit anglais¹¹, il s'agit d'une opération impliquant en principe trois personnes, par laquelle le constituant du *trust*, le *settlor*, transmet à un *trustee* la propriété de certains biens pour qu'il accomplisse une certaine mission au profit d'une tierce personne, le *cestui que trust* ou bénéficiaire, qui recevra ultérieurement la propriété de ces mêmes biens ou leurs revenus.

L'opération de trust repose sur deux engagements unilatéraux:¹² celui du constituant, le *settlor*, qui transfère au *trustee* son droit réel en *common law*; et celui du *trustee* qui accepte la mission qui lui est ainsi confiée. Ce mécanisme n'est pas de type contractuel. Que le *trustee* ait la possibilité d'accepter ou de refuser sa mission n'y change rien.

¹¹ M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, Paris, L.G.D.J., 2004, avant-propos de CL. WITZ; préf. de G. SAMUEL, p. 409ss.

¹² D. LE GRAND DE BELLEROCHE, *op. cit.*, PUF 2004, p. 139, p. 141.

Le *trustee* a ainsi une situation particulière. Il n'est pas le mandataire du constituant. Il se voit conférer par le trust un pouvoir sans représentation. L'opération de trust est réalisée en faveur du bénéficiaire et non du *trustee*, dont le droit est doublement limité, à la fois par le droit du trust et par l'acte constitutif.

Enfin, le trust n'a pas la personnalité juridique. Il ne s'agit pas d'une société ou autre entité juridique.

Le régime de propriété des biens composant le trust est original, puisque la propriété des droits et biens objets du trust se partage entre le *trustee* et le bénéficiaire. Le trust réalise un dédoublement de propriété entre le *trustee* et le bénéficiaire,¹³ limité à la durée d'exécution du trust.

De fait, le *trustee* est titulaire d'un droit réel en *common law* sur ces biens. Le bénéficiaire est également titulaire d'un droit réel, mais dans son cas en *equity*.

En effet, le *trustee* est propriétaire des biens qui constituent le *trust*, mais il doit se conformer strictement aux conditions et aux charges stipulées dans l'acte constitutif. Par ailleurs, les biens n'entrent pas dans le patrimoine du *trustee*, le *trust* se présentant comme une sorte de patrimoine d'affectation.¹⁴ De plus, le mécanisme de la subrogation réelle s'applique aux biens et droits objets du trust. En cas d'aliénation d'un bien composant le trust, le droit du bénéficiaire se reporte sur les sommes perçues par le *trustee* en échange. Enfin, le *trustee* peut gérer le trust en sa qualité de propriétaire, mais les fruits du trust reviennent au bénéficiaire.

Le bénéficiaire est quant à lui, titulaire de deux types de droits: il dispose d'un droit réel en *equity*, sur le fondement duquel il peut, en vertu d'une sorte de droit de suite (*tracing*), revendiquer les biens objets du trust en quelques mains qu'ils se trouvent, et notamment entre les mains de tiers qui en seraient devenus titulaires en violation des engagements du *trustee*. Le bénéficiaire dispose également d'un droit personnel contre le *trustee*, lui permettant de contrôler l'exécution des obligations fiduciaires.

En définitive, le *trustee* n'est pas propriétaire au sens civiliste du terme, puisque son droit de propriété n'a rien d'absolu, en raison du droit réel reconnu au bénéficiaire du trust. La propriété des biens du trust ne lui est transférée que pour lui permettre d'assurer la mission de gestion qui lui a été confiée par le constituant.¹⁵ Ainsi, le *trustee* a la *legal property* et le bénéficiaire l'*equitable property*.

Néanmoins, malgré ces caractéristiques *a priori* établis, il est communément admis que le terme *trust* est «*versatile et caméléon*».¹⁶ Cette polyvalence apparaît ainsi dans les acclimations hors des frontières anglaises de ce modèle de base.

¹³ D. LE GRAND DE BELLEROCHE, op. cit., PUF 2004, p. 139, p. 143.

¹⁴ L'article 1261 du Code civil du Québec reconnaît un transfert de propriété à un fonds autonome, tel un patrimoine d'affectation. Cet article dispose: «le patrimoine fiduciaire (...) constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'eux n'a de droit réel.»

¹⁵ D. LE GRAND DE BELLEROCHE, op. cit., PUF 2004, p. 139, p. 158.

¹⁶ HAYTON, KORTMANN, VERHAGEN, op. cit., Kluwer 1999, p. 29.

B. Les acclimations du modèle de base: vers une polyvalence du concept de trust

Cette polyvalence de la notion de trust apparaît clairement dans la Convention de La Haye, dans le Projet de rédaction des Principes européens du trust¹⁷ et dans les divers pays civilistes¹⁸ qui ont réceptionné le trust.

La Convention de la Haye définit le trust en son article 2,¹⁹ où «le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé». La convention retient trois caractéristiques obligatoires:²⁰ l'existence d'un patrimoine d'affectation au sein du patrimoine du *trustee*; le transfert²¹ du titre sur ces biens au *trustee*; la gestion des biens selon les termes du trust ou de la loi.

De façon similaire, les Principes de droit européen du trust énoncent, en leur article premier, les principales caractéristiques du trust.²² Ainsi, cet article dispose que «dans un trust, une personne appelée «*trustee*» est propriétaire des biens séparés de son patrimoine personnel; le *trustee* doit affecter ces biens (le fonds du trust) à l'intérêt d'une autre personne appelée «bénéficiaire» (*beneficiary*) ou à l'accomplissement d'un but d'intérêt général».

Deux différences apparaissent alors quant aux caractéristiques retenues par rapport à la Convention de la Haye. Selon les Principes de droit européen, le *trustee* devient propriétaire des droits et biens du trust, alors que dans la Convention il peut n'avoir qu'un simple contrôle sur ces droits et biens. De plus, au regard des Principes de droit européen, les biens objets du trust sont soumis à la subrogation réelle, alors que la Convention de la Haye ne traite pas de cette notion.

¹⁷ HAYTON, KORTMANN, VERHAGEN, op. cit., Kluwer 1999, p. 13 ss.

¹⁸ Dont notamment, l'Ecosse, le Québec, la Louisiane et l'Afrique du Sud, voir infra pp. 22-23.

¹⁹ Article 2: «Aux fins de la présente Convention, le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes:

a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;

b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;

c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.»

²⁰ Elle exclut donc les *trusts* légaux, dont il est admis, par exemple en France, qu'ils sont soumis à la loi qui régit l'institution à laquelle ils touchent (ainsi, un *trust* successoral légal est soumis à la loi successorale). Sont de la même manière exclus les *constructive trusts*, c'est-à-dire les *trusts* imposés par un juge au propriétaire initial des biens en guise de réparation d'un dommage ou de restitution d'un enrichissement injuste. La convention précise également qu'elle ne s'applique pas à l'acte juridique qui opère le transfert de propriété au profit du futur *trustee* (art. 4). Tout comme la Convention nous nous limiterons aux *trusts* créés volontairement.

²¹ La Convention évite de parler de transfert pour inclure les hypothèses dans lesquelles le constituant se désigne lui-même comme *trustee*.

²² HAYTON, KORTMANN, VERHAGEN, op. cit., Kluwer 1999, p. 13.

Par ailleurs, malgré ses racines anglaises, le trust a su s'adapter à des pays de tradition civiliste.²³ C'est notamment le cas de l'Ecosse et de l'Afrique du Sud fortement influencés par le droit anglais. Alors même que le droit des biens de ces deux Etats puise ses racines en droit romain, ils ont su créer un droit des trusts autochtone néanmoins fortement inspiré des concepts romains de *fiducia* et *fidei commissum*.

En dépit de leurs particularités, il est communément admis que ces institutions doivent être qualifiées de trust²⁴, ce qui n'est pas nécessairement le cas des institutions relevant directement de la notion de fiducie. Or l'existence d'un trust dans des ordres juridiques civilistes permet de battre en brèche la traditionnelle incompatibilité supposée entre le trust et le droit civil.

D'ailleurs, dans un article récent, le Professeur Patrick Glenn²⁵ a démontré comment le trust anglais avait pu prospérer grâce aux principes fondamentaux d'un droit commun européen (*jus commune*), et notamment aux droits ecclésiastique et romain. Il en conclut qu'en définitive, le trust de droit anglais n'est pas si original et étranger à des mécanismes juridiques continentaux existant dans les pays de droit civil.²⁶ Or ces mécanismes relèvent de la fiducie.²⁷

De façon analogue, sous l'influence cette fois-ci américaine, les pays d'Amérique du Sud, tels le Mexique, Panama, le Venezuela connaissent depuis plus d'un siècle la *fideicomiso*. Le Japon a également voté dès 1922 une loi sur les trusts, alors que par ailleurs il adoptait un Code civil inspiré du droit allemand.

Cette liste est loin d'être exhaustive puisque des mécanismes similaires peuvent être trouvés dans des pays de droit civil tels la Chine, Israël²⁸, Luxembourg et le Liechtenstein.²⁹

Cette acclimatation a conduit néanmoins à diluer certaines caractéristiques du trust, puisque ont été créées des institutions fonctionnellement équivalentes mais conceptuellement différentes.³⁰ La Convention de la Haye permet la reconnaissance de ces institutions fonctionnellement équivalentes au trust.

Cette reconnaissance pose ainsi la question de la réception du trust au travers du concept civiliste de la fiducie.

²³ A. GAMBARO, Sur la circulation du modèle des trusts, in De tous horizons, Mélanges X. BLANC-JOUVAN, Société de Législation Comparée, 2005, p. 499.

²⁴ A. GAMBARO, op. cit., in De tous horizons, Mélanges X. BLANC-JOUVAN, Société de Législation Comparée, 2005, p. 499.

²⁵ P. GLENN, Le trust et le *jus commune*, in Common Law, d'un siècle à l'autre, sous la dir. P. LEGRAND, 1992, p. 87.

²⁶ M. GLENN (op. cit. p. 113) cite notamment les institutions de *don ad opus*, de *fideicommiss*, de *Treuhand*.

²⁷ Cf. infra p. 23ss.

²⁸ S. KEREM, Law of Trust, in Israeli Business Law, ed. A. KAPLAN et P. OGDEN, Kluwer 1996, p. 85.

²⁹ A. GAMBARO, op. cit., in De tous horizons, Mélanges X. BLANC-JOUVAN, Société de Législation Comparée, 2005, p. 499, p. 500, note 6.

³⁰ HAYTON, KORTMANN, VERHAGEN, op. cit., Kluwer 1999, p. 4.

II. La réception du trust au travers de la fiducie

Deux difficultés majeures sont généralement citées pour s'opposer à une acclimation du trust dans les systèmes civilistes. En premier lieu, le principe de *numerus clausus* des droits réels³¹ interdirait qu'il soit porté atteinte au droit exclusif et absolu qu'est la propriété. Selon le principe de *numerus clausus* des droits réels, il n'est pas possible de reconnaître un droit réel au bénéficiaire. En effet, cette concurrence sur les mêmes biens de deux droits de propriété, instituant ni une indivision, ni un usufruit, semble complètement étrangère aux droits de tradition civiliste.

En second lieu, le *principe d'unité du patrimoine* serait un obstacle à la création d'un patrimoine d'affectation³² au sein du patrimoine du *trustee*.

Cependant, malgré ces réserves, certains droits de tradition civiliste ont acclimaté avec succès les mécanismes du trust dans leur ordre juridique en créant la fiducie.³³ Si cette fiducie respecte les trois caractéristiques communes posées par la Convention de la Haye (A), des différences subsistent néanmoins entre le trust et la fiducie (B).

A. Les caractéristiques communes du trust et de la fiducie

La fiducie contourne le principe de *numerus clausus* des droits réels en créant une forme particulière de propriété limitée *inter partes* par un engagement fiduciaire, alors même qu'à l'égard des tiers il s'agit d'un transfert plein d'un droit (1). Néanmoins la fiducie atténue les effets de ce transfert plein du droit à l'égard du bénéficiaire en isolant les biens fiduciaires au sein d'un patrimoine d'affectation (2).

1. Un droit de propriété absolu limité *inter partes* par l'engagement fiduciaire

Ce qui caractérise l'institution de la fiducie moderne c'est qu'elle opère un transfert complet du droit de propriété au fiduciaire à l'instar de la fiducie romaine, tout en limitant entre les parties les effets de ce transfert grâce à un engagement fiduciaire.

En effet, la fiducie de droit romain peut se définir de la façon suivante:³⁴ un fiduciaire transfère en pleine propriété un bien à un fiduciaire, avec une affectation

³¹ V. en ce sens, H. MOTULSKY, De l'impossibilité juridique de constituer un «trust» anglo-saxon sous l'empire de la loi française: Rev. crit. DIP 1948, p. 451. – *Contra* v. A. SCHNITZER, Le trust et la fondation dans les conflits de lois: Rev. crit. DIP 1965, p. 479, spec. p. 485. – *En faveur de la validité du trust*, v. également B. OPPETIT, Le «trust» dans le droit du commerce international: Rev. crit. DIP 1973, p. 1, n° 18, pour lequel il existerait en droit français des institutions ressemblant au trust et qui fait en outre valoir que certains pays de droit civil ont intégré le *trust* dans leur législation. – S. VAN ERP, *A Numerus Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law*, EJCL Vol. 72, June 2003.

³² Malgré certaines adaptations apportées à la théorie classique du patrimoine. En ce sens v. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, Introduction générale: LGDJ, 4e éd. 1994, n° 213.

³³ Sur toutes ces questions, F. BARRIÈRE, La réception du trust au travers de la fiducie, Litec 2004.

³⁴ E. CASHIN-RITAINE, Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, LGDJ 2001, p. 365, n° 591. – CH. LARROUMET, La fiducie inspirée du trust, D. 1990, Chr. 119: «la fiducie suppose, d'une part, le transfert d'un droit dans le patrimoine du fiduciaire (gérant du bien ou créancier bénéficiaire de la garantie) et, d'autre part, l'obligation qui pèse sur celui-ci non seulement d'exercer ou de conserver ce droit pour la finalité déterminée par le fiduciaire, mais encore de le rétrocéder au fiduciaire ou de le céder à un tiers désigné

fiduciaire. Le fiduciaire obtient un droit plus important que celui nécessité par le but fiduciaire. Il ne doit cependant exercer ce droit que conformément au but fiduciaire.

La fiducie peut avoir pour objet la gestion d'un ou plusieurs biens (*fiducia cum amico*) ou la garantie du paiement d'une créance (*fiducia cum creditore*).

Par exemple, en droit allemand, la *fiduziarische Treuhand* permet à un constituant de transférer des biens en pleine propriété à un fiduciaire qui prend l'engagement personnel de gérer les biens au profit d'un bénéficiaire. Le bénéficiaire a un droit direct, de nature personnelle contre le fiduciaire en vertu d'une stipulation pour autrui implicite. Seul le fiduciaire a un droit réel, donc opposable aux tiers, sur les biens.

Soulignons également, qu'il existe en droit allemand une forme de fiducie propre du trust, la fiducie de droit germanique (*rechtsgeschäftliche Ermächtigung germanischrechtlichen Ursprungs*) où il y a deux droits concurrents sur le bien fiduciaire, le constituant restant titulaire du droit et pouvant disposer du bien de la même façon que le fiduciaire.³⁵

La Convention de la Haye adopte une approche souple puisqu'elle étend son champ d'application à des formes de fiducie qui n'admettent qu'un transfert partiel du droit de propriété.

Ainsi, au Québec, le *trustee* bénéficie d'un simple droit de contrôle sur les biens et non d'un droit de propriété. En effet, selon le droit du Québec, le patrimoine fiduciaire n'appartient ni au constituant, ni au fiduciaire, ni au bénéficiaire, puisque aucun des trois n'a de droit réel sur ces biens.

Par conséquent, dans la fiducie, à la différence du trust, seul le fiduciaire a un droit réel, donc opposable aux tiers, sur les biens. Le bénéficiaire n'a, en principe, qu'un droit personnel. Cette particularité ne rend cependant pas impossible l'acclimatation du trust dans les pays civilistes. En effet, la séparation entre propriété légale en *common law* et propriété équitable n'est pas essentielle au mécanisme du trust dès lors que les droits du fiduciaire sont limités par son engagement fiduciaire.³⁶

C'est l'engagement fiduciaire, et donc le contrat témoignant de la confiance entre les parties, qui est essentiel au contrat de fiducie.³⁷ Il s'agit en effet de limiter les effets du droit de propriété dans les rapports entre les parties, le fiduciaire disposant du fait du contrat de transfert de propriété d'un droit plus important que celui nécessité par le but fiduciaire. Il ne doit donc exercer ce droit que conformément au but fiduciaire.

par celui-ci.» – Voir également les motifs de la proposition de loi français: «La fiducie, comme le *trust*, implique en principe trois acteurs, impliqués dans une relation triangulaire. La pièce peut être schématiquement décrite ainsi: le premier acteur, le constituant (*settlor*), va transférer des droits patrimoniaux à un fiduciaire (*trustee*), qui va les détenir en vue de réaliser une affectation déterminée, en faveur du ou des bénéficiaires (*cestui(s) que trust*). Les droits patrimoniaux incluent les «biens» au sens commun. L'affectation pourra consister en la création d'une garantie ou d'une charge de gestion.»

³⁵ E. CASHIN-RITAINE, op.cit., LGDJ 2001, p. 365, n° 591ss.

³⁶ HAYTON, KORTMANN, VERHAGEN, op. cit., Kluwer 1999, p. 4.

³⁷ Dans la proposition française, la confiance nécessaire entre les contractants est inhérente à ce contrat. Par conséquent, le fiduciaire doit réaliser lui-même les tâches qui lui sont confiées, sauf certains actes précis – mais pour lesquels il demeurera responsable. Il est nécessaire que soit clairement établi le fait que les droits reviennent au constituant en fin de contrat ou sont attribués à des tiers bénéficiaires. Il est essentiel de savoir à quel titre les biens seront transférés selon les stipulations du contrat.

Cette acclimatation du trust donc de l'adaptation du concept de fiducie est facilitée si le droit des biens ayant réceptionné le mécanisme applique le principe d'abstraction. En effet, dans les ordres juridiques qui ont maintenu le formalisme des transferts de propriété hérité du droit romain, il est possible de transférer, sur le plan des droits réels, la propriété d'un bien avec un effet absolu à l'égard des tiers tout en limitant, sur le plan des droits personnels, les effets de ce transfert entre les parties. A l'inverse, dans un système de transfert consensuel de la propriété, tel le droit français, une telle dissociation des effets réels et personnels n'est pas possible sans encourir une nullité pour simulation.³⁸

Pour contourner cette nullité, la proposition de loi du 8 février 2005 visant à introduire une fiducie en droit français, s'appuie sur la ségrégation entre le patrimoine personnel du fiduciaire et le patrimoine fiduciaire. L'admission d'un patrimoine d'affectation permet ainsi de sauvegarder les droits du constituant et du bénéficiaire tout en assurant la protection des tiers par son effet absolu.

2. *Un droit de propriété limité erga omnes par un patrimoine d'affectation*

Selon la théorie classique développée par les juristes français Aubry et Rau³⁹, chaque individu a un seul patrimoine indivisible, gage général de ses créanciers. Il ne lui est pas permis de soustraire une partie de ses biens à ce gage général des créanciers. Ce principe a longtemps freiné la reconnaissance du trust dans les pays de tradition civiliste, voire l'admission d'une fiducie, puisqu'il n'était pas possible de contrevenir à ce principe.

Néanmoins, certains pays de tradition civiliste ont su contourner ce principe. C'est le cas, en particulier, des trusts de droit écossais.⁴⁰ Le trust écossais reconnaît que le *trustee* a deux formes de biens: ceux dont il est personnellement titulaire et dont il tire profit et ceux qu'il détient à titre fiduciaire. A la différence du trust anglais, le bénéficiaire du trust ne dispose que d'un droit personnel contre le *trustee* et non d'un droit réel. Mais malgré ce droit purement relatif, le bénéficiaire est protégé contre une action éventuelle des créanciers du *trustee* en raison de la séparation stricte entre les deux masses de biens. Les créanciers du *trustee* ne peuvent pas saisir les biens compris dans la masse fiduciaire. En revanche, si le *trustee* aliène des biens en violation de la convention fiduciaire, l'acte reste valable à l'égard des tiers, mais le *trustee* engage sa responsabilité à l'égard du bénéficiaire.

³⁸ F. TÉRRÉ, P. SILMER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 8e éd. 2002, p.536-537.

³⁹ Pour un exposé moderne de cette théorie, A. SÉRIAUX, La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, Mélanges G. BRIÈRE, 1993, p. 314 et RTD civ. 1994, p. 801.

⁴⁰ Sur cette question, K. REID, National Report for Scotland in HAYTON, KORTMANN, VERHAGEN, Principles of European Trust Law, Kluwer 1999, p. 67.

L'existence de ce patrimoine d'affectation est expressément visée par la Convention de la Haye, même si les termes employés peuvent prêter à confusion. Il y a, en effet, une contradiction entre les versions française et anglaise de l'article 2 de la Convention de La Haye. Le texte anglais instituerait une masse distincte correspondant au trust au sein du patrimoine du *trustee* («the trust assets constitute a separate fund and are not part of the trustee's own estate») alors que le texte français établirait que les biens du trust sont extérieurs au patrimoine du *trustee* («les biens du trust ne font pas partie du patrimoine du *trustee*»). En réalité, cette maladresse de traduction doit être interprétée à la lumière de la logique du trust: le *trustee* est titulaire d'un patrimoine qui se dédouble en deux entités indépendantes: d'une part son propre patrimoine, d'autre part les droits et biens composant le trust.

L'existence d'un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine du fiduciaire permet de protéger le bénéficiaire. Les droits ne pourront être saisis ni par les créanciers du constituant, ni par ceux, personnels, du fiduciaire. La «faillite» personnelle du fiduciaire ne permettra pas de mettre ces biens fiduciaires à la portée des organes de la procédure collective ou des créanciers au titre du patrimoine personnel du fiduciaire.

Ainsi de nombreuses similitudes fonctionnelles existent entre le trust et la fiducie: un transfert en pleine propriété d'un bien fiduciaire, ce dernier s'engageant à affecter ce bien à un but précisé dans l'acte de fiducie tout en isolant ce bien au sein de son propre patrimoine. A ce titre, la fiducie entre pleinement dans le champ d'application de la Convention de La Haye.

Certaines différences subsistent toutefois entre la fiducie et le trust et elles pourraient avoir des conséquences sur l'application de cette Convention.

B. Différences entre la fiducie et le trust

Trois caractéristiques séparent la fiducie du trust.⁴¹

En premier lieu, la fiducie est toujours une opération contractuelle entre le constituant et le fiduciaire, à la différence du trust qui ne procède pas d'un contrat.

Remarquons cependant qu'en Ecosse, pays de droit civil, le trust est créé par acte unilatéral. Cette différence n'a aucune incidence sur l'application de la Convention, puisque celle-ci ne distingue pas selon les modes de formation, conventionnelle ou non, du trust.

En second lieu, la structure de la fiducie diffère du trust. Si le trust met en présence habituellement trois personnes, le *settlor*, le *trustee* et le bénéficiaire, il peut néanmoins n'en comporter que deux. Cependant le *trustee* est nécessairement une personne distincte du bénéficiaire.⁴²

⁴¹ Pour une étude d'ensemble, CH. LARROUMET, op. cit., D. 1990, Chr. 119.

⁴² Dans la proposition française, à la différence des pays de *common law* où le constituant (*settlor*) peut devenir *trustee*, un tel cumul de fonctions ne sera pas possible: ceci évitera tout doute sur une éventuelle mise à l'abri des créanciers dans un patrimoine d'affectation détenu par le constituant de certains droits de ce même constituant.

En revanche, dans la fiducie, il est parfaitement possible de transférer au fiduciaire un droit dans son propre intérêt. Monsieur Larroumet⁴³ explique ainsi: «Tel est le cas lorsque la fiducie est utilisée aux fins de garantie de paiement d'une créance: le débiteur (fiduciant) transfère au créancier (fiduciaire) la propriété d'un bien à charge de rétrocession en cas de paiement de la créance à l'échéance. Le fiduciaire, dans une telle hypothèse, est le bénéficiaire de la fiducie. C'est d'une façon différente que le trust pourra être utilisé aux fins de garantie de paiement: le *settlor* (débiteur) transfère un bien à un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire (le créancier). Il est évident qu'il ne s'agit pas du tout de la même opération.»

Il est cependant admis que le constituant peut réaliser une fiducie à son profit et être par conséquent le seul bénéficiaire. Il est également admis que le fiduciaire pourra être le seul bénéficiaire. Ceci permettra notamment de recourir à des fiducies-garanties.

Là également ces différences n'auront pas de conséquences dans l'application de la Convention puisque l'article 2 *in fine* de la Convention de La Haye précise que «Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust».

Enfin et surtout, la pleine titularité du droit est transférée au fiduciaire avec toutes les conséquences que cela implique. Etant dans le patrimoine du fiduciaire, le bien fiduciaire fait partie du droit de gage général de ses créanciers. Si ce bien est transmis par le fiduciaire à un tiers acquéreur, même à titre gratuit, celui-ci sera à son tour plein titulaire de ce droit, puisque la violation de ses obligations par le fiduciaire, tenu de ne pas aliéner, n'est pas opposable au tiers acquéreur, du moins s'il a ignoré la limitation des pouvoirs du fiduciaire.

Ainsi, par exemple, dans la proposition de loi française, la propriété fiduciaire, contrairement au droit anglais, n'implique pas de dédoublement de la propriété, aucun droit réel n'étant conféré au bénéficiaire de la fiducie. De façon similaire, en Uruguay, les droits personnels et réels portant sur une chose sont transférés au fiduciaire.

Par opposition à la fiducie, le trust réalise un véritable démembrement de la titularité du droit entre le *trustee* et le bénéficiaire.

Toutefois, ici également, la Convention de la Haye ne distingue pas puisque l'article 2b ne vise pas le transfert de propriété mais énonce plus largement que: «le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*». Cette disposition permet ainsi d'englober les cas où il n'y a que le transfert du contrôle des biens, à l'instar de la fiducie au Québec.

En définitive, les différences constatées entre les mécanismes du trust et de la fiducie ne sont pas suffisamment importantes pour exclure une acclimatation du trust dans les pays civilistes sous la forme de la fiducie, et la reconnaissance corrélatrice de ces deux mécanismes grâce à la Convention de la Haye.

⁴³ CH. LARROUMET, op. cit., D. 1990, Chr. 119.

Il faut cependant accepter que les remèdes techniques offerts en cas de dysfonctionnement du mécanisme fiduciaire et donc de rupture de la confiance se situent dans les deux familles de droit dans des sphères différentes.

Là où le droit anglais distingue entre *legal property* et *equitable property*, les droits civilistes s'appuient sur les distinctions entre droits réels et droits personnels et sur la ségrégation des biens cédés. Les solutions concrètes dans chaque cas d'espèce ne sont cependant pas si différentes.

Mais à cet égard, M. Smith vous exposera avec beaucoup de brio les conclusions étonnantes issues du projet de *Common Core*.