

Réflexions au sujet du paradigme selon lequel la fiducie française est transposée de la *common law*

Comparaison entre le droit écossais des *trusts* et le projet de fiducie en France



HENRI GIRAUD
Avocat, Paul Hastings

À la veille d'une possible intégration de la fiducie dans notre droit, les caractéristiques du *trust* écossais méritent d'être découvertes. Cette variante du *trust* s'est développée dans un pays de tradition semi-civiliste, à partir de la "case law" mais en demeurant conforme au droit civil de la propriété¹. Dans ce contexte, une comparaison entre les deux dispositifs écossais et français devrait contribuer à préparer l'invention d'une fiducie à la française. La transposition du *trust* anglo-américain en droit français ne serait qu'une idée reçue.

I. Introduction

A. En décembre 2004, le ministre de la Justice, Dominique Perben, a déclaré souhaiter mettre en chantier la rédaction d'un projet de texte de loi introduisant en France un "mécanisme analogue au *trust* ou à la fiducie" et il annonçait également qu'une consultation des praticiens serait menée et qu'il souhaitait "avancer de façon significative sur cette réforme dès le début 2005"². Profitant de cette nouvelle impulsion politique, le Sénateur Philippe Marini a déposé devant le bureau du Sénat une nouvelle proposition de loi sur la fiducie le 8 février 2005 (la "fiducie" ou la proposition Marini)³.

Si la France adoptait ce projet, elle intégrerait le groupe des États qui sont dotés du "trust" dans leur système juridique, tel que défini par la convention de La Haye qui vise principalement à faciliter la reconnaissance des *trusts* au-delà des frontières dans les États parties à la convention et qui prévoit une définition du *trust* :

"Aux fins de la présente Convention, le terme « *trust* » vise les relations juridiques créées par une per-

sonne, 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*"⁴.

Bien qu'esquissée dans des termes relativement généraux et pratiques, cette définition est considérée comme inspirée des caractères du *trust* anglo-américain et donc par référence à la *common law*.

1. Le droit écossais reconnaît la doctrine du précédent (*stare decisis*) à l'instar de l'Angleterre et des États-Unis. Toutefois, l'Écosse n'est pas considérée comme un pays de *common law* (concept qui lui est étranger) mais comme un pays de droit "mixte", étant donné ses profondes racines civilistes.

2. Discours de Dominique Perben à l'occasion du 35^e anniversaire de

l'Association française des juristes d'entreprises (AFJE), le 15 décembre 2004

3. Proposition de loi n° 178 (2004-2005) "Institution de la fiducie".

4. V. Convention de La Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, 1^{er} juillet 1985, chapitre I, article 2.

Dans ce contexte, la proposition de loi Marini contient deux paradoxes : (1) la fiducie française est considérée généralement comme la réception du *trust* anglo-américain, qui est prétendument l'institution originale devant être imitée (cette assertion étant considérée comme le "paradigme" pour les besoins de la présente étude), bien que les caractères du *trust* anglais (ou américain) soient difficilement transposables dans un pays de droit civil ; et (2) même si le but déclaré est d'adopter en France un corps de règles équivalent au *trust*, en conférant les mêmes effets économiques, le législateur doit utiliser les concepts civilistes disponibles dans sa "boîte à outils", pour que le nouvel instrument juridique s'intègre harmonieusement dans le droit existant⁵.

B. Quant au droit écossais du *trust*, il révèle également deux paradoxes : (1) malgré une apparente filiation avec *l'equity* et la *common law*, le *trust* s'est développé en Écosse, pays d'origine civiliste, antérieurement à l'influence du droit anglais du *trust* sans en incorporer ces concepts ; et (2) bien que partiellement influencé par le droit anglais au cours des siècles passés, le droit écossais des *trusts* se conforme toujours aux principes civilistes du droit de la propriété et diffère toujours du droit anglais des *trusts*.

Le paradigme selon lequel le *trust* anglo-américain doit être reçu par le droit français, mérite d'être discuté du point de vue juridique. Une comparaison entre le droit écossais des *trusts* et une possible loi sur la fiducie qui conviendrait à un système juridique civiliste s'impose afin de s'assurer que l'instrument proposé est comparable au *trust* ou du moins a les mêmes effets que lui (de tels instruments étant dénommés par les comparatistes un "*trust-like device*" ou dispositif équivalent au *trust*).

Dans le cadre de cette étude, nous proposons de formuler une théorie commune au *trust* écossais et à la fiducie française (deuxième partie), après avoir rappelé les origines de ce *trust* (première partie), ne traitant pas des conflits de lois causés par un *trust* ayant un élément d'extranéité, une partie ou un bien transféré se rattachant à un pays qui ne reconnaît pas le *trust*, ni de la façon dont la convention de La Haye résout ces conflits de lois ou organise la reconnaissance des *trusts* étrangers. Pourtant, ces problématiques pourraient souligner la nécessité de se doter d'un instrument équivalent au *trust* dans un système juridique⁶.

Quelques auteurs ont analysé des institutions de droit français comme étant des dispositifs équivalents, ce type de comparaisons devant aider à la réception du *trust* par la doctrine juridique continentale⁷.

5. La crainte à l'égard d'un concept importé du monde anglo-saxon ne doit pas être minimisée : "il ne s'agit pas de faire prendre à notre droit une tournure anglo-saxonne. Il s'agit de créer en France, dans le respect de notre tradition juridique, un instrument transversal répondant à un besoin exprimé par de nombreux acteurs économiques" (extrait du discours de Dominique Perben à l'occasion du 35^e anniversaire de l'Association française des juristes d'entreprises (AFJE), le 15 décembre 2004).

6. V. Anthony Duckworth "An offshore view of forced heirship - Global conflict and its planning implications : Part 1", *Private Client Business*, 1995, p. 270-281 ; V. aussi la réponse du point de vue écossais par Simon Mackintosh, "An onshore view of forced heirship - Domestic conflict and its planning implications : Part 1", *Private Client Business*, 1996, p. 161-166.

7. Cf. par exemple : "The Trust and corresponding institutions in the civil law", Christian de Wulf, 1965 ; D.B. Walters, "Analogues of the

On pourrait aussi rechercher la compatibilité des *trusts* avec le droit applicable en surmontant chaque obstacle de principe que le droit français pourrait contenir : la fiducie – ou le *trust* – pourrait déroger aux principes auxquels ils se heurtent dans la mesure où l'instrument nouveau serait ajouté à notre corpus d'exceptions existantes⁸.

Telle n'est pas notre approche ayant choisi d'approfondir notre compréhension du *trust* tel qu'il s'est développé en Écosse, pays de droit "semi-civiliste" et de mettre en valeur ses similarités et ses différences avec le projet de fiducie, en vue d'établir si possible, une théorie commune équilibrée des *trusts* pour un État de droit civil.

II. Origines du *trust*

A. Liens avec le *trust* anglais ?

La majorité de la doctrine anglo-saxonne soutient que l'histoire des *trusts* est l'histoire de "*l'equity*" et estime que "*le caractère du trust qui contrarie le plus le juriste civiliste est le concept de la double propriété, qui repose au cœur du trust*"¹⁰. Cependant, un auteur anglais mérite d'être lu :

"Perhaps the greatest difficulty the civilians have in accepting the trust is caused by what I have come to regard as an English peculiarity logically detachable from the trust, namely, the distinction between the legal and the equitable estate."¹¹

Si pour de nombreux juristes anglais et américains le *trust* requiert la division entre la propriété "légale" (*legal ownership*) entre les mains du *trustee* et la propriété "en équité" (*equity ownership*) en la personne du bénéficiaire, et ce alors que la fusion entre les juridictions "légales" et "*d'equity*" s'est opérée depuis longtemps, c'est que cette définition est associée de très près au développement historique du *trust* en Angleterre, lorsque les *Courts of Chancery* reconnaissaient le droit du bénéficiaire (alors dénommé "*cestui que trust*") de recouvrer son droit de propriété à l'encontre du titulaire du titre de propriété d'un bien, alors que les cours de *Common law* n'avaient pas initialement reconnu ce droit et faisaient prévaloir le titre de propriété ou *legal title*.

Sur ce fondement, les juristes comparatistes rejettent cette définition du *trust* sur le fondement du fait que "*restreindre trop une définition conduit inévitablement à exclure toute possibilité d'établir des liens avec des institutions équivalentes au trust à travers les frontières juridiques ou géographiques*"¹².

Trust and of its constituents in French Law, approached from standpoint of Scots and English law" in *Trusts and Trust-like devices*, sous la direction de W.A. Wilson, 1981.

8. V. François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, thèse de droit, Paris II-Panthéon Assas, 2001.

9. En particulier, le penseur juridique anglais Maitland est souvent cité : "Of all the exploit of Equity the largest and the most important part is the invention and development of the Trust".

10. Frans Sonneveldt, "The Trust - An introduction", in *The Trust : Bridge or Abyss between Common and Civil Law Jurisdictions*, 1992, p. 5.

11. F. H. Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, 1953, p. 201.

12. V. Richard Helmholz and Reinhard Zimmermann, "Views of Trust and Treuhand : an introduction", in *Itinera Fiduciae : Trust and Treuhand in historical perspective*, sous la direction de Richard Helmholz and Reinhard Zimmermann, 1998, p. 37.

B. Dispositifs équivalents en droit romain

Les sources romaines pourraient avoir inspiré des juristes ultérieurs à titre d'exemple, selon David Johnston¹³. Sir Stair, l'auteur majeur à l'origine de la systématisation du droit écossais, a même modelé au XVIII^e siècle le *trust* écossais en le comparant à une institution romaine, le *fideicommissum*. Les caractères du *fideicommissum* se révèlent les plus proches de ceux du *trust* écossais :

*“a tripartite structure in which property is entrusted by one person to another for the benefit of a third ; a grounding in the notion of fides ; a flexibility as against parallel institutions of the established civil law, sometimes amounting to avoidance of established legal rules ; a potential for creating perpetuities, since the trustee need not to be born during the settlor's lifetime ; a preference in the trustee's insolvency for the beneficiary ; and a right to follow the property into the hands of all but purchasers in good faith for value without prior notice of the fideicommissum.”*¹⁴

Cependant, le *fideicommissum* est demeuré dans le contexte de la propriété familiale romaine, et ne s'est jamais étendu aussi largement que les *trusts*, peut-être selon David Johnston en raison du manque d'abstraction de la pensée juridique en comparaison du *trust*. Ce travail de conceptualisation a été aussi mené au XIX^e siècle à la fois en Angleterre et en Allemagne et l'historiographie montre combien il était débattu à cette époque de savoir si ledit dispositif avait sa source en droit romain ou dans la créativité d'un système juridique national en particulier. Une majorité d'auteurs contemporains spécialistes pourraient s'accorder sur le fait que les deux dispositifs ont des racines dans le *ius commune* mais se sont développés dans des contextes et à travers des modes de pensées différents¹⁵.

C. Sources du droit écossais du *trust*

Malgré la similarité avec le *fideicommissum*, le droit écossais du *trust* semble avoir des fondations dans l'institution romaine des curateurs, et repose dans le fonds du *ius commune* des offices “fiduciaires”.

*“The origin of the trust remain uncertain, and while it must be presumed that English law had some influence – the adoption of the English name is significative – the evidence does not support the theory of anything like a reception of English trust law, and, indeed, it is hard to prove any substantial degree of English influence before about the middle of the 19th century, by which time the institution had long been established.”*¹⁶

Selon George Gretton, le terme “*trust*” vient en usage en Écosse au XVII^e siècle même si des accords privés simi-

lares existaient déjà auparavant. Le premier précédent judiciaire publié (“*case*”) au sujet d'un *trust* remonte à 1623. La première reconnaissance législative en Écosse date de l'adoption du *Blank Bonds and Trusts Act* de 1696, qui traite principalement des restrictions quant aux modes de preuve. Et malgré la qualité d'instance suprême de la Chambre des Lords dans le système juridictionnel écossais, la jurisprudence anglaise aurait joué un rôle relativement modeste dans les décisions judiciaires écossaises, encore plus faible que dans les recueils juridiques écossais qui auraient cité des précédents anglais en guise d'exemples pour répondre à certains besoins. Les différences de droit de la propriété de part et d'autre de la frontière de même que la singularité de la double propriété en droit anglais du *trust* pourraient expliquer cette hésitation.

III. Comparaison entre *trust* écossais et fiducie française : tentative d'une théorie commune des *trusts*

A. Définitions du *trust* et de la fiducie

1. Définition du *trust* écossais

Selon le *Stair Memorial*, recueil encyclopédique de référence du droit écossais, il est difficile de “*découvrir une définition du trust pleinement satisfaisante*” : il existe des définitions élaborées par la doctrine et d'autres d'origine jurisprudentielle ou législative pour les besoins de la loi considérée¹⁷. Cependant, l'auteur de l'article du *Stair Memorial* consacré aux *trusts* suggère cette définition :

*“trust may be defined as a legal relationship in which the legal title to property is transferred to a person (the trustee) who does not acquire an unlimited right to the property, but who holds it subject to an obligation to apply it in accordance with the directions, express or implied, of the person who constituted the trust (the trustor) for the benefit of certain persons (the beneficiaries)”*¹⁸.

Il faut garder à l'esprit que le “*settler*” de droit anglais et le “*grantor*” de droit américain sont équivalents au “*trustor*” en droit écossais, et correspondent au constituant d'une fiducie.

Même si le concept de *trust* est aujourd'hui consacré par le droit anglo-saxon, les termes “*trust*” et “*trustee*” renvoient à un certain nombre de relations “fiduciaires”, parmi lesquelles certaines ont été instituées par la loi ou la “*case law*”.

En Écosse, le *trust* peut qualifier une situation dans laquelle une personne appelée le *trustee* gère la propriété d'un autre mais n'a pas nécessairement la propriété transfé-

13. V. David Johnston, “Trusts and Trust-like devices in Roman Law”, in *Itinera Fiduciae : Trust and Treuhand in historical perspective*, sous la direction de Richard Helmholz and Reinhard Zimmermann, 1998, p. 45.

14. V. David Johnston, “Trusts and Trust-like devices in Roman Law”, in *Itinera Fiduciae : Trust and Treuhand in historical perspective*, op. cit., p. 56.

15. V. Richard Helmholz and Reinhard Zimmermann, “Views of Trust and Treuhand : an introduction”, in *Itinera Fiduciae : Trust and Treuhand in historical perspective*, op. cit., p. 36.

16. V. George Gretton, “Scotland : the evolution of the trust”, in *Itinera Fiduciae : trust and Treuhand in historical perspective*, op. cit., p. 511.

17. Cf. par exemple les lois suivantes : *Trusts (Scotland) Act* de 1961 ; *Trust (Scotland) Act* de 1921.

18. V. *Stair Memorial Scots Law*, “Trusts, trustees and judicial factors. 1. Trusts. (2) 1. Definition of trusts”.

rée entre ses mains. À cet égard, il convient de souligner que le *Trusts (Scotland) Act* de 1921 s'appliquait initialement à diverses sortes de missions d'administration de biens, tels que les exécuteurs testamentaires, tuteurs et curateurs.

2. Définition de la fiducie française

La proposition de loi Marini contient une définition de la fiducie :

“Art. 2062. – La fiducie résulte d'un contrat par lequel un constituant transfère des droits de toute nature à une personne physique ou morale dénommée fiduciaire, à charge pour elle de les administrer ou d'en disposer au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires conformément aux stipulations du contrat à des fins de gestion, de garantie ou de transmission à titre onéreux, exclusivement ou cumulativement. Le transfert s'opère dans un patrimoine d'affectation, appelé patrimoine fiduciaire, distinct du patrimoine personnel du fiduciaire et de tout autre patrimoine fiduciaire, le fiduciaire devenant titulaire ou propriétaire fiduciaire des droits transférés”.

Cette définition de la fiducie est partiellement différente de celle de la proposition de loi Marini antérieure datée du 19 février 1992. Il en ressort en effet que :

- la fiducie “résulte d'un contrat” et n'est plus en elle-même un contrat auquel s'appliquent les règles générales du droit des obligations. Si la fiducie doit être considérée comme un contrat spécial au sein de notre système juridique, nous suggérerions que la fiducie soit considérée comme une nouvelle institution civiliste spécifique qui “cristallise” différents régimes de droit civil auxquels il renvoie : le contrat, la stipulation pour autrui, le transfert de droits, le mandat, le patrimoine et même l'indivision ;
- l'expression “patrimoine d'affectation” (qualifiée de “*separate patrimony*” par la doctrine écossaise) est clairement exprimée dans la proposition de loi Marini afin que le concept soit reconnu par le droit français et ne soit pas seulement déduit implicitement de la définition de la fiducie ; la définition qui figurait dans la proposition de loi de 1992 était ambiguë de ce point de vue pouvant être interprétée comme ne créant qu'une obligation du fiduciaire de maintenir les droits à l'écart de ses biens personnels ;
- la nouvelle définition de la fiducie est beaucoup plus proche de celle du *trust* prévue par la convention de La Haye.

Quant au droit écossais du *trust*, aucune définition unifiée n'existe en l'absence de codification systématique.

B. Institution légale ou contrat ?

1. Droit des contrats

En droit écossais, les *trusts* sont constitués (i) par un acte d'aliénation unilatérale consenti par le *truster* au profit du *trustee* mais sous la restriction que le transfert est opéré “en *trust*” uniquement, ou (ii) par la “déclaration de

trust” émanant de la personne qui a déjà en sa possession les biens transférés.

De même qu'en droit écossais, la fiducie française requiert que des conditions formelles soient satisfaites, à défaut desquelles le “contrat” est nul. En particulier, le contrat doit être écrit et des mentions spéciales sont requises :

- les droits transférés au bénéficiaire ;
- l'objet de la fiducie ;
- les pouvoirs d'administration et de disposition, et les obligations du fiduciaire ;
- les noms des bénéficiaires ;
- les conditions auxquelles les droits peuvent être remplacés ou transférés aux bénéficiaires ;
- la durée de la fiducie, qui ne peut excéder 99 ans.

Dans le cas où des conditions formelles sont exigées en application du régime du transfert des droits en cause, les parties doivent également satisfaire ces conditions requises pour la validité ou l'opposabilité de l'acte à l'égard des tiers. La meilleure illustration de cette règle est qu'un contrat transférant des droits immobiliers doit être passé devant notaire.

Il est possible que le fiduciaire et le bénéficiaire soient la même personne dans le cas d'une fiducie-garantie, et dans les autres cas que le constituant soit le seul bénéficiaire. Le ou les bénéficiaire(s) ne sont pas nécessairement parties à l'acte, leur consentement n'étant pas requis. Néanmoins, selon le préambule de la proposition de loi Marini, le régime de la stipulation pour autrui doit trouver à s'appliquer pour fonder les droits du ou des bénéficiaires à l'égard du fiduciaire.

Par ces filiations, la fiducie se rattache au droit des obligations. Cet instrument pourrait avoir des ramifications dans le droit des personnes car il a des conséquences sur les règles régissant leur patrimoine. A contrario, en l'absence d'un régime de la stipulation pour autrui, ce qui est le cas du droit anglais, le *trust* doit être considéré comme une institution relevant du droit des biens. Ceci expliquerait pourquoi bien des auteurs français classent le *trust* dans le droit des biens¹⁹.

En droit écossais, la stipulation pour autrui est connue sous le nom de *ius quaesitum tertio*, défini comme le droit dont une partie est titulaire par l'effet d'un contrat passé entre deux autres parties, sans que l'acceptation de la “tierce” partie ne soit requise. Toutefois, le droit écossais des *trusts* ne s'appuie pas sur ce régime. Même des juristes écossais rangent souvent le droit du *trust* au sein du droit des biens, nonobstant le fait que le droit écossais contient le régime du *ius quaesitum tertio* au contraire du droit anglais. Apparemment, cette relation entre le *trust* et le régime du *ius quaesitum tertio* n'a pas encore été mise en valeur par la doctrine écossaise²⁰.

En revanche, dans le cas d'un *constructive trust* ou de *trusts* établis par une loi²¹, à la différence d'un *express trust*²²,

19. V. Claude Witz, “Rapport introductif, Les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe”, in *La Fiducie et ses applications dans divers pays européens : Allemagne, Angleterre, Liechtenstein, Luxembourg, Suisse*, 1991, p. 15. Nous présumons que cet auteur comprend le trust au sens de sa variante anglo-américaine. V. également son ouvrage fondamental : *La fiducie en droit privé français*, 1981.

20. Suivant George Gretton, le *trust* peut faire partie du droit des obligations, soulignant le fait qu'il est rarement dit que “pour être trustee une

personne doit y consentir”, bien qu'il concède qu’“il est également vrai que le trust ne se conforme pas aux notions classiques de formation des contrats, mais peu considéreraient cela comme un élément significatif”. V. George Gretton, “Trust without equity”, 2000, *International and Comparative Law Quarterly* n° 49, p. 599-620.

21. Le droit écossais des *trusts* distingue entre (i) le *trust* d'origine consensuelle et (ii) les *trusts* créés par “implication légale” tels les “*constructive trust*”, “*fiduciary fees*”, *trust* créé par une loi, et le “*resulting trust*”.

il n'y a guère de doute que de tels *trusts* ne pourraient être rattachés au droit des contrats. En raison du développement d'abord jurisprudentiel, par la *case law* où fait autorité le précédent judiciaire, d'un corps de règles applicables au *trust*, et seulement en partie d'origine législative, les *trusts* demeurent en Écosse proches de leur origine procédurale. Le droit naît de l'action judiciaire. Par conséquent, le lien théorique qui le rattache au droit des contrats, tels que d'éminents penseurs l'ont souligné, demeure dans l'attente d'être consacré par le droit écossais : les droits résultant des *trusts* demeurent par nature "institutionnels" ou "judiciaires" plutôt que "contractuels" pour le juriste français.

2. Intervention du juge

Il a été quelquefois soutenu que l'intervention du juge dans le cours de la vie du *trust* prouvait que le *trust* est un "office" à l'instar de la fiducia romaine. Ainsi, la section 1 du *Trusts (Scotland) Act* de 1961 autorise les *trustees* ou tout bénéficiaire à saisir le tribunal pour obtenir l'homologation d'une modification du *trust*. Par conséquent, le juge joue un rôle permanent à l'égard du *trust*. Avec intérêt, la "proposition de loi Marini" envisage le droit du bénéficiaire de saisir le juge pour démettre le fiduciaire de ses fonctions, ou mettre fin à la fiducie sur le fondement du manquement par celui-ci à ses obligations.

Enfin, le projet se réfère aux articles 900-1 à 900-8 du Code civil français applicable aux donations par lesquelles le donateur restreint les pouvoirs de disposition des droits ; à l'instar d'un tel légataire, le fiduciaire est en droit, mais seulement à compter du 10^e anniversaire du contrat, de saisir le juge pour que le contrat soit modifié, sur le fondement du changement des circonstances économiques. Pourtant, ce droit n'est pas conféré au bénéficiaire. Cette asymétrie pourrait être une anomalie du projet.

3. Obligations du fiduciaire

La proposition de loi Marini prévoit un devoir de loyauté et de diligence à respecter par le fiduciaire, ces "obligations fiduciaires" étant d'après le préambule transposées de leur équivalent de droit anglais dans le cadre du *trust* ("*duty of loyalty, duty of care*"). Ces obligations de loyauté et de diligence n'ont pas d'équivalence en France. Même si on trouve des concepts similaires de "devoir de loyauté", ou si une personne en charge d'un office peut être poursuivie pour négligence, le concept n'a pas la même étendue : en effet, aucun concept similaire ne recouvre les offices des exécuteurs testamentaires, curateurs, tuteurs d'une part, et les mandataires sociaux et administrateurs/liquidateurs judiciaires d'autre part, ainsi que d'autres "offices"²². Il ne semble pas aussi simple que la proposition de loi Marini ne le prétende de se référer uniquement aux règles du mandat et au concept civiliste de "gestion en bon père de famille" qui peut se révéler objet de controverse en pratique. Il est à prévoir que les tribunaux créeront au cas par cas une série de règles qui dériverait de divers régimes d'obligations s'appliquant aux mandataires, dirigeants sociaux, tuteurs et curateurs. Des règles professionnelles peuvent aussi trouver à s'appliquer au fiduciaire qui exercerait cette activité sur une base habi-

tuelle, se rendant sujet à ces réglementations de services financiers de ce fait. Cet aspect de la proposition de loi Marini comporte la plus grande incertitude au contraire du *trust* en Écosse qui a développé un régime des obligations fiduciaires au cours des siècles passés à travers de nombreuses distinctions d'origine jurisprudentielle.

Le droit écossais du *trust* envisage la protection judiciaire du bénéficiaire contre le *trustee* telle que par exemple le droit de tout bénéficiaire (ou de tout *co-trustee*) de remettre en cause une opération sur le fondement du fait que le *trustee* a agi en violation de la fameuse règle *auctor in rem suam*. Selon cette règle, un *trustee* ne doit pas agir dans son intérêt personnel s'il est placé dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et son obligation envers le *trust*. Par conséquent, toute transaction par laquelle un *trustee* est *auctor in rem suam* est susceptible de contestation et annulable à la demande d'un certain nombre de parties.

4. Fin de la fiducie

Comme le *trust*, la fiducie est irrévocable et la proposition de loi Marini prévoit des solutions pour éviter sa durée perpétuelle (cf. Intervention du juge, *supra*). Sur requête, le juge compétent peut, selon la proposition de loi Marini, décider de mettre fin à la fiducie, à moins que le contrat ne prévoit d'autres conditions d'extinction ou le maintien du contrat, dans les cas suivants :

- renonciation par toutes les parties à leurs droits respectifs ;
- décès de l'un des fiduciaires ;
- liquidation judiciaire de l'un des fiduciaires ;
- dissolution du fiduciaire personne morale ;
- fin du fiduciaire personne morale par suite d'absorption ou de cession dans le cadre d'une procédure collective.

En droit écossais et en *common law*, le *trustee* peut mettre fin au *trust* uniquement en réalisant complètement l'objet du *trust*. En outre, les bénéficiaires peuvent, sous réserve de remplir certaines conditions, obliger le *trustee* à conduire le *trust* à sa fin, c'est-à-dire à réaliser son objet. De façon générale, un *trust inter vivos* ne peut être révoqué par le *truster* sous réserve de cas d'exceptions.

5. Protection de/à l'égard de tiers

La procédure de l'action paulienne prévue à l'article 1167 du Code civil doit s'appliquer à la fiducie selon le préambule de la proposition de loi Marini : si une personne insolvable constituait une fiducie frauduleuse pour réduire l'assiette de son patrimoine, les créanciers impayés pourraient passer outre la fiducie. En outre, ils n'auraient pas à prouver la mauvaise foi du débiteur en cas de transfert à titre gratuit – y compris à un prix sous-évalué.

D'après messieurs Grimaldi et Barrière, l'action paulienne devrait être adaptée à la fiducie, soulignant qu'il serait injuste que les créanciers impayés doivent rapporter la "mauvaise foi" du fiduciaire qui acquiert pour un prix de marché dans la mesure où il est propriétaire pour le bénéfice de tiers²⁴.

22. Un "*express trust*" peut aussi être créé par un acte de disposition unilatérale d'après la loi.

23. V. Claude Witz, *op.cit.*, p.15, à comparer avec George Gretton qui semble localiser les racines des obligations fiduciaires sur le continent, in "*Trust without equity*", *op. cit.*, p. 602.

24. Cf. Michel Grimaldi et François Barrière, "La Fiducie en droit français", in *La Fiducie face au trust dans les rapports d'affaires* : 15^e congrès international de droit comparé, Bristol, Angleterre, juillet 1998, sous la direction de Madeleine Cantin-Cumyn, 1999, p. 250.

Par ailleurs, la fiducie donation doit être considérée comme nulle dans la mesure où la loi interdirait de constituer une fiducie à cet effet (Cf. infra).

En outre, les dispositions du Code de commerce se rapportant aux procédures collectives seraient, d'après la proposition de loi Marini, modifiées de façon qu'une fiducie constituée pendant la période suspecte puisse être annulée. Et en application de la loi en vigueur, les créanciers qui auraient bénéficié de garanties ou sûretés pesant sur les droits transférés au fiduciaire seraient en droit de les maintenir conformément à leur droit de suite.

En droit écossais, le *trustee* est responsable pour tous les contrats liant le *trust* à des tiers, sauf exclusion, modification ou limitation expressément prévue conventionnellement. Sa responsabilité à l'égard des tiers s'étend à ses biens personnels en cas de manquement à l'égard du *trust* ("breach of trust"). Cependant, il doit être gardé à l'esprit que seule une catégorie d'acquéreurs en violation du *trust* peut faire échec au droit des bénéficiaires : l'acquéreur de bonne foi à un prix de marché n'ayant pas eu connaissance du *trust*. En d'autres termes, une personne de bonne foi qui acquiert la propriété auprès du *trustee* pour sa valeur, sans avoir reçu notification de l'existence du *trust*, pourra écarter le droit des bénéficiaires à recouvrer la propriété auprès de l'acquéreur. Néanmoins, cela n'enlève pas le droit du bénéficiaire de rechercher une indemnisation à l'encontre du *trustee*.

En droit écossais existe une institution comparable à la période suspecte. D'après la Section 34 du *Bankruptcy (Scotland) Act* de 1985, lorsqu'une partie faisant l'objet d'un "séquestre" de ses biens (*sequestration*) avait procédé à des actes de disposition à titre gratuit pendant une période de deux ans précédant la "séquestration", un créancier et un *trustee* permanent faisant l'objet d'une procédure collective peuvent contester l'acte de disposition : si l'action réussit, le tribunal va ordonner la restitution ("reduce the alienation").

Conformément à cette approche, le préambule de la proposition de loi Marini nous rappelle que le constituant peut initier la procédure d'action paulienne contre des tiers prévue par l'article 1167 du Code civil dans le cas où le fiduciaire transférerait frauduleusement les biens, cette action étant alors initiée au bénéfice du patrimoine fiduciaire.

C. Droits réels ou patrimoine d'affection

Si les mécanismes de protection sont comparables tels qu'envisagés par les deux corps de règles, il convient maintenant d'appréhender leurs fondements théoriques.

1. Droits réels ou obligations ?

Le trait fondamental du *trust* (ou de la fiducie) est la protection du ou des bénéficiaires contre les créanciers du *trustee* (ou du fiduciaire)²⁵. Selon le préambule de la pro-

position de loi Marini, ce seul effet de la fiducie justifierait qu'une loi soit adoptée dans la mesure où cela déroge au principe selon lequel la responsabilité personnelle couvre la totalité des biens d'une personne, prévu par les articles 2092 et 2093 du Code civil. En France, d'anciennes décisions ont qualifié des accords inspirés du *trust* comme devant être régis par les règles propres au mandat, et donc ont annulé le transfert de propriété au profit d'un soi-disant *trustee* ainsi qualifié de "mandataire"²⁶.

C'est la raison pour laquelle les juristes civilistes considèrent souvent que le droit du ou des bénéficiaires d'un *trust* doit s'analyser comme un droit réel s'il devait être transposé dans un système civiliste, à l'effet d'expliquer la priorité des bénéficiaires sur les créanciers personnels du *trustee*.

Cependant, le préambule de la proposition de loi Marini énonce que (i) les droits sont transférés au sein d'un patrimoine séparé entre les mains du fiduciaire, ces biens étant affectés d'une charge de gestion et que (ii) ce droit est une "forme remodelée" de la propriété. En outre, le préambule exprime clairement que la proposition de loi Marini ne crée pas un nouveau droit réel au sein du système juridique (*numerus clausus*).

Par opposition au *trust* anglais, le *trust* écossais ne confère pas des droits de propriété ni de droits réels au bénéficiaire. C'est simplement un droit personnel habituellement désigné comme le *beneficial interest* ou le *jus crediti* d'exiger du *trustee* de réaliser l'objet du *trust*²⁷.

2. Patrimoine

La définition du patrimoine dans les pays de droit civil diffère de celle des pays de *common law* et de celle du droit écossais, où prévaut le terme "*estate*" qui est le plus proche de celui de patrimoine. Gretton suggère que le droit écossais devrait adopter le terme civiliste de patrimoine (*patrimony*) qui est plus pertinent (*less confusing*) que celui de "*estate*", étant donné que le droit écossais de la propriété est fondamentalement civiliste.

Selon George Gretton, le droit écossais n'a pas été influencé par l'idée qui a tendu à prévaloir sur le continent à partir du XIX^e siècle sous l'influence du Code civil qu'une personne ne pouvait avoir qu'un seul patrimoine. Là n'est pas proposé de débattre de la pertinence de cette thèse en droit "continental". Un *trust* est un patrimoine séparé dont est "investi" une même personne (*vested in the same person*), et plusieurs patrimoines fiduciaires peuvent "investir" une même personne. S'il y a plusieurs *trustees*, le droit écossais les considère comme propriétaires indivis (*joint ownership*) et non copropriétaires, de même que la proposition de loi Marini sur la fiducie prévoit que le régime de l'indivision s'applique entre fiduciaires. En application de la subrogation réelle, les éléments constitutifs de la fiducie peuvent être substitués par voie d'actes de disposition au sein du patrimoine fiduciaire²⁸.

25. V. George Gretton, "Trust without equity", *op. cit.*, p. 599-620.

26. V. Claude Witz, "Rapport introductif, Les traits essentiels de la fiducie et du *trust* en Europe", in *La Fiducie et ses applications dans divers pays européens : Allemagne, Angleterre, Liechtenstein, Luxembourg, Suisse*, 1991, p. 15.

27. La distinction entre droits réels et droits personnels qui réside dans le droit civil de la propriété ne correspond pas à la distinction entre droits in rem et droits in personam, particulière au droit anglais de la propriété ; les droits in rem incluant non seulement les droits réels mais aussi d'autres droits à caractère personnel. V. George Gretton, "Trust without

Equity", *op. cit.*, p. 607.

28. V. George Gretton, "Trust without equity", *op. cit.*, p. 613. D'après George Gretton, le dispositif allemand équivalent au *trust*, ou Treuhand, ne mérite pas cette qualification car la priorité des bénéficiaires sur les créanciers du *trustee* est fondée sur la doctrine jurisprudentielle de "propriété économique", et donc souffre d'insuffisance conceptuelle. En outre, la subrogation réelle n'opère pas pleinement dans le cas du Treuhand au contraire du projet de fiducie française et du *trust* écossais.

En droit québécois, la fiducie est sans propriétaire. Le législateur québécois a décidé en 1994 de réformer le droit de la fiducie afin d'en consolider les fondements, et le Québec a choisi de mettre en œuvre le concept de patrimoine autonome sans personnalité. Le fiduciaire ressemble à un dirigeant de société, qui a des obligations envers celle-ci de même que des pouvoirs d'administration du patrimoine social²⁹.

À cet égard, le Royaume-Uni envisage que les trusts soient enregistrés comme le sont les garanties : une telle publicité tendrait à personnifier le *trust*.

George Gretton concède que la nature du trust n'a pas été entièrement explorée par le droit écossais. Pourtant, son œuvre à la suite de celle de W.A. Wilson tend à préparer la reconnaissance en droit écossais de la "nature patrimoniale" de son *trust*³⁰.

D. Champ d'application du *trust* écossais et de la fiducie française

1. Diversité d'application du *trust*

Une liste des utilisations du trust peut être tentée mais il est impossible de les recenser tous. George Gretton décrit le *trust* comme "fonctionnellement multiforme" (*functionally protean*) :

"Trusts are quasi-entails, quasi-usufructs, quasi-wills, quasi-corporations, quasi-securities over assets, schemes for collective investment, vehicles for the administration of bankruptcy, vehicles for bond issues, and so on and so forth."³¹

Dans les pays de *common law*, le *trust* a été utilisé comme un instrument majeur connu sous le nom de "*unit trust*" pour les besoins du placement collectif. Pourtant, l'*investment trust* n'est pas un *trust*.

Les classifications des *trusts* en droit écossais entre *trust* simple et *trust* spécial, *trust* entre vifs et *trust* à cause de mort, "*public trust*" et "*private trust*", "*constructive*" et "*resulting*" *trust* n'ont pas d'équivalence ni de pertinence au regard de la proposition de loi Marini sur la fiducie et sont exclus de cette étude.

En outre, il est frappant qu'une grande variété de sources juridiques régissent le trust au Royaume-Uni, particulièrement pour des fins fiscales. La fiscalité des trusts au Royaume-Uni se présente comme un patchwork de règles et de règlements. Le régulateur comble continuellement de nouveaux trous que des conseils fiscaux inventifs ont à peine découverts³².

2. Objet limité de la fiducie

Une loi sur la fiducie vise avant toute chose à satisfaire les besoins pratiques pour cet instrument. Sur ce fondement, la proposition de loi Marini sur la fiducie se limite aux deux types suivants d'utilisation³³ :

- à titre de garante ("fiducie-sûreté") ;
- à titre de détention ou de gestion ("portage" ou "fiducie-gestion").

La proposition de loi Marini exclut le supposé troisième usage possible : le don ou tout type de transfert à titre gratuit.

Le préambule de la proposition de loi Marini rappelle la fameuse distinction en droit romain entre *fiducia cum amico* et *fiducia cum creditore*. Nonobstant cette référence savoureuse, les traits du dispositif ressemblent moins à la *fiducia* qu'au *fideicommissum* ou au *trust* écossais.

Le préambule nous rappelle aussi les véritables raisons pour lesquelles a été finalement abandonné le projet du 19 février 1992, à savoir que le gouvernement n'était pas prêt concernant le traitement fiscal des opérations liées à la fiducie. Sa vocation générale aurait en effet permis à la fiducie d'être utilisée largement y compris dans le cas des transferts à titre gratuit et les services redoutaient l'évasion fiscale.

L'échec du précédent projet de fiducie aurait enseigné les leçons suivantes d'après le préambule de la proposition de loi Marini : (1) si le traitement fiscal de la fiducie est controversé et étant donné que les services fiscaux ont peur de l'évasion fiscale, il est préférable d'exclure les transferts à titre gratuit du champ d'application de la loi ; (2) un État peut créer un instrument juridique dans des termes généraux, que des lois ultérieures étendraient à d'autres utilisations, lors d'une réforme plus générale de la fiscalité des donations et successions.

Le préambule de la proposition de loi Marini prétend que la fiscalité de la fiducie devrait appliquer le principe de neutralité : aucune évasion fiscale ne devrait sous-tendre une décision de constituer une fiducie. Donc, aucune optimisation fiscale (ou *tax planning*) ne serait admissible en droit français de la fiducie.

Certes, la fiscalité doit varier en fonction de l'objet de la fiducie, notamment selon qu'elle soit utilisée comme une fiducie-sûreté ou une fiducie-gestion, mais les distinctions propres à la fiscalité du Royaume-Uni entre *trusts* à intérêts fixes, "*discretionary trusts*" ou "*accumulation trusts*" n'auraient pas d'équivalence dans le droit français de la fiducie³⁴.

29. Cf. Revue internationale de droit comparé, 1952, 4, p. 377. Cf. aussi *Traité théorique et pratique des Trusts*, Pierre Lepaule, 1932 ; et Madeleine Cantin-Cumyn, "Rapport Général" in *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires : XV^e congrès international de droit comparé*, Bristol, Angleterre, juillet 1998, sous la direction de Madeleine Cantin-Cumyn, 1999, p. 17.

30. V. George Gretton, "Trust and Patrimony", in *Scots law into the 21st century : Essays in honour of W. A. Wilson*, 1996, p. 192.

31. V. George Gretton, "Trust without equity", *op. cit.*, p. 599.

32. V. Frans Sonneveldt, "Trusts and tax consequences in the United Kingdom", in *The Trust : Bridge or Abyss between Common and Civil Law Jurisdictions*, 1992, p. 19-32.

33. Nous nous permettons de souligner la difficulté pour la loi de maintenir en pratique de telles limites à l'utilisation de la fiducie, compte tenu de ce que nous avons dit du *trust* précédemment.

34. Le fiscaliste pourrait être tenté de mesurer en quoi la proposition de loi Marini facilite l'harmonisation internationale au contraire du précédent projet. V. Ineke A. Koele "France : a law proposal introducing the "Fiducie", in *The Trust : Bridge or Abyss between Common and Civil Law Jurisdictions*, 1992, pp. 65-82. Ineke A. Koele a analysé les dispositions fiscales du projet de loi sur la fiducie de 1992 : elle a mis en évidence l'absence d'effort pour l'harmonisation internationale et a dénoncé "l'obsession anti-fraude".

35. V. notamment, sous la direction de J.-M. Milo et J.-M. Smiths,

Conclusion

Il apparaît pertinent d'établir une théorie commune des *trusts* civilistes unissant le droit écossais et le droit français et fondé sur un apport mutuel enrichissant leur concept de patrimoine. Elle s'affirme par opposition au *trust* dérivé de la *common law* et jugé propre à son contexte d'apparition, et dont les caractères singuliers feraient obstacle à une possible réception dans un État de droit civil.

Transposer le *trust* pourrait être considéré comme une régression si les principes de droit civil étaient malme-

nés. Mais l'analyse ci-dessus démontre qu'à certaines conditions, la fiducie française peut être inventée au lieu d'être reçue, conformément aux principes existant dans un État de droit civil. Par ailleurs, l'examen de la transposition ou la réception dans d'autres États, de droit civil ou mixte (Écosse, Afrique du Sud, Louisiane ou Sri Lanka), où la notion d'*equity* n'a pas été reprise, serait un autre travail préliminaire à conduire³⁵. De même, les tentatives doctrinales de codification doivent être regardées attentivement³⁶. ■

Trusts in Mixed Legal Systems, 2001.

36. V. D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, H.L.E. Verhagen, Principles of European Trust Law, La Haye, 1999, dans lequel un groupe international

d'auteurs basé à l'Université de Nijmegen a tenté d'extraire les principes fondamentaux du *trust* (excluant donc la propriété en "*equity*").