

# Université Panthéon-Assas

Ecole doctorale de droit international, droit européen,  
relations internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en droit  
soutenue le 26 septembre 2012

## Trusts exprès privés anglo- américains, fidéicommiss latino- américains et la fiducie française



Université Panthéon-Assas

Thèse de Doctorat / septembre 2012

### Auteur

Louis SANCHEZ de LOZADA.

Sous la direction de **Mme. Marie GORE**, *directeur de recherche,  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).*

Membres du jury :

**M. Philippe DUPICHOT**, *Professeur à l'Université  
Paris-Est Créteil Val de Marne, (rapporteur).*

**M. Antoine GAUDEMET**, *Professeur à l'Université de  
Rennes I, (rapporteur).*

**M. Michel GERMAIN**, *Professeur à l'Université  
Panthéon-Assas (Paris II).*

**Mme. Sara GODECHOT-PATRIS**, *Professeur à l'Université  
François-Rabelais de Tours.*





## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## **Remerciements**

*Je tiens à remercier à Madame le professeur Marie Goré, directrice de ma thèse,*

*Au professeur Louis Vogel, directeur de l'Institut de Droit Comparé,*

*Aux professeurs du LL. M. de droit français, européen et international des affaires et du DEA de Droit Comparé de l'Université de Paris II,*

*A l'Association Française des Docteurs en Droit, à Sophie Douin et Thomas Roussineau,*

*A Madame Marie-José Grollier, pour sa gentillesse,*

*A Olivier de Guerre, Denis Branche et à la société PhiTrust Active Investors, pour avoir cru dès le début en ce projet et pour leur soutien inconditionnel,*

*A François d'Ormesson, un visionnaire des « endowment funds » et de la fiducie,*

*A Philippe Jouary, « le maître », un grand ami,*

*A mes parents Federico et Flory, à mon frère Fico et à son épouse Andrea,*

*Et à Julie, mon amour, dont j'aime voir fleurir son âme tous les jours.*

**Résumé (Veillez à être proche de 1700 caractères) :**

*Les trusts anglo-américains (anglais, américain et des Iles Cook) coexistent avec les trusts de droit civil (les fidéicommiss argentin, bolivien, panaméen et la fiducie française). Ils appartiennent aux deux familles de droit de Common Law et romano-germanique et ont des structures différentes. Les trusts exprès anglo-américains sont créés par acte unilatéral du constituant et mettent en place une relation trustee-bénéficiaire. Les trusts de droit civil sont créés par contrat (ou testament) entre le constituant et le fiduciaire et ne donnent pas des droits réels aux bénéficiaires. Malgré leur différence de structure, les deux trusts fonctionnent de manière équivalente, grâce au transfert de propriété au fiduciaire et à l'étanchéité du patrimoine fiduciaire. Les réserves héréditaires sont un élément extérieur à la structure des trusts testamentaires ; ceux-ci fonctionnent de manière analogue. Les techniques d'investissement et de gestion fiduciaire sont aussi similaires : des clauses conditionnelles d'accès ou fin de la propriété fiduciaire et des pouvoirs discrétionnaires donnés au trustee sont communs aux deux modèles de trust. La séparation du patrimoine sert à mettre en place des trusts de gestion, de protection ou de garantie de financement de projet, de défaisance ou de titrisation. Le fonctionnement du FCP, similaire à celui des Unit Trusts, devrait donner la propriété fiduciaire des actifs au dépositaire. Des éléments de la loi, extérieurs à la structure de la fiducie, qui n'existent pas chez ses homologues latino et anglo-américains, empêchent son fonctionnement normal. Nous proposons de modifier la loi sur la fiducie, sur les FCP et les fonds de titrisation.*

*Descripteurs : trust – fiducie – fidéicommiss – common law – droit civil – relations fiduciaires- fonds fiduciaires – gestion- investissement- patrimoine – contrat- stipulation pour autrui – droit comparé – Angleterre - Argentine- Bolivie- Etats-Unis - Panama – France –Iles Cook- paradis fiscal- Unit trusts - FCP – fondations d'intérêt privé – devoirs fiduciaires.*

**Title and Abstract (Be sure to be close to 1700 characters):**

**"Anglo-American express private trusts, Latin-American fideicomiso and French fiducia".** Common Law trusts (English, American and Cook Islands) co-exist with civil law domestic trusts (Argentinean, Bolivian and Panamanian fideicomiso and French fiducia). They belong to the Common Law and continental law families respectively and have different structures. Anglo-American express trusts are settled by a settlor (declaration, gift) or by a will that creates an equitable relationship between the trustee and the cestui, whereby both share legal and equitable interests on the trust property. Civil law trusts are settled by a contract between the settlor and the trustee and by a will. Thus, a civil law trust beneficiary has only personal remedies against a trustee in respect of breach of trust. Despite the structural differences, both types of trusts operate in similar ways, due to the transfer of property to the trustee and the separation of the trust property. Testamentary trusts also work in a similar way; forced heirship is an external element of both. Trust managing and investment techniques and practices are also similar: condition precedent and condition subsequent clauses and discretionary trusts and powers are common to both trust models. Separation of the trust property allows for the settlement of protective trusts, trusts for project financing, defeasance and securitization. French Mutual Funds are comparable to Unit Trusts. Both should give legal title to the trustee (custodian). External elements of French law, which do not exist in Anglo or Latin American trusts, restrain the normal operation and use of French fiducia. We propose to modify the fiducia, mutual and securitization funds law.

*Keywords : trust- fiducia- fiduciaries- French fiducie- latin American fideicomiso- trustee – equity – American revocable inter-vivos trusts- wills- states – Unit Trusts- investment-trust fund- Argentinean trust – Bolivian trust – trusts in Panama – private foundations – fiduciary duties -*



## **Principales abréviations**

A.C.	Appeal Court
All ER	The All England Law Reports
All ER Rep	The All England Law Reports Reprint
art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BCLC	Butterworths Company Law Cases
BCRA	Banque Centrale de la République Argentine
Bibl.	Bibliographie
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BLD.	Bulletin législatif Dalloz
BODAC	Bulletin Officiel des annonces civiles et commerciales
Bull . Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
C. Cass.	Cour de cassation
CA.	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ. I	Cour de cassation Chambre civile, première Chambre ; II : deuxième Chambre, etc.
Cass. Com.	Cour de Cassation Chambre commerciale
Cf.	Consulter
CGI	Code général des impôts
Ch.	Chancery
Ch. D.	Chancery Division
Chron.	Chronique (Etude parue dans une revue)
CNV	Commission Nationale des Valeurs de l'Argentine
Convention	Convention de la Haye relative à la loi applicable au Trust et à sa reconnaissance du premier juillet 1985.
Corp.	Corporation
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
D. Affaires	Recueil Dalloz édition "Affaires" (1995 à 1999)
Défrénois	Répertoire du notariat Défrénois
D.I.P.	droit international privé
Dr.	Droit
éd.	Edition ou nom de l'éditeur
EEE	Espace Economique Européen
EGLR	Estates Gazette Law Reports
EIF	Entités d'intermédiation financière

EIRL	Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
ER et suiv.	The English Reports Et suivants
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
ex.	Exemple
FASF	Fonds d'appui au système financier
FCCC	Fondo comun cerrado de crédito
FCP	fond commun de placement de valeurs mobilières
FCR	Family Court Reports
FONDESIF	Fonds de développement du système financier et d'appui au secteur productif
FSA	Financial Services Authority
FTC	Federal Trade Commission (Commission Fédérale de Commerce Américaine)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GEIE	Groupement Européen d'intérêt Economique
GIE	Groupement d'Intérêt Economique
I.R.	Informations rapides du Recueil Dalloz
I.T.E.L.R.	International Trusts and Estates Law Reports
Int.	International
IRC	Inland Revenue Commissioners,
ITLR	International Tax Law Reports
JA	Jurisprudencia Argentina
JCI	Jurisclasseur
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
JCP CI.	Jurisclasseur périodique édition "Commerce et industrie"
JCP E.	Jurisclasseur périodique édition "Entreprise"
JCP N.	Jurisclasseur édition "Notariale "
JOCE	Journal officiel de la Communauté européenne
Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
JORF	Journal officiel de la République Française
JP	Justice of the Peace Law Reports
LCC	Limited company
LGDG	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LRC	Law Reports of the Commonwealth
LT	The Law Times Reports
n°	Numéro
NAFIBO	Nationale Financière Bolivienne
Obs.	Observations - commentaires doctrinal à la suite de la publication d'une décision de justice

OEIC	Open-Ended Investment Company
ONG	organisation non-gouvernementale
OPCVM	Organisme de placement collectif de valeurs mobilières
OPJ	Organisme de police judiciaire
ord.	Ordonnance
p.	Page (dans la citation d'un livre ou d'une revue) suivie du numéro de page
Préf.	Préface
PSE	Plan de sauvegarde de l'emploi
R.	Partie réglementaire d'un code suivie d'un numéro d'article
Rec.	Recueil
Rép.	Répertoire
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. soc.	Répertoire du droit des sociétés Dalloz
Rev.	Revue
Rev. soc.	Revue des sociétés Dalloz
RDI Comp.	Revue de Droit Internationale et de Droit Comparé
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RR	The Revised Reports
RTD. Com	Revue trimestrielle de droit commercial
S.A.	Société anonyme
SAM	Société Anonyme Mixte
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SASU	Société par actions simplifiée unipersonnelle
SEC	Security Exchange Commission
sect.	Section
SICAV	Société d'investissement à capital variable
SNC	Société en nom collectif
STEP	Society of Trust and Estate Practitioners
SVP	special purpose vehicle
T. com.	Tribunal de commerce
TC	Official Tax Case Reports
TGI	Tribunal de grande instance
TLR	The Times Law Reports
U.T.C	Uniform Trust Code
v	<i>Versus</i>
V°	Mot (exemple : V°Commerce = voir le mot "Commerce")
VCT	Venture Capital Trusts
Vol.	Volume ou tome
WLR	The Weekly Law Reports
WN	Weekly Notes

# Sommaire

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>11</b>
<b>PREMIERE PARTIE : ANALYSE COMPARATIVE DES TRUSTS ANGLO-AMERICAINS ET DE DROIT CIVIL</b>	<b>27</b>
<i>TITRE I. STRUCTURE DES TRUSTS ENTRE VIFS ET A CAUSE DE MORT.....</i>	<i>32</i>
<i>CHAPITRE I. Trusts anglo-américains et de droit civil entre vifs.....</i>	<i>37</i>
<i>CHAPITRE II. Trusts anglo-américains et de droit civil à cause de mort.....</i>	<i>113</i>
<b>TITRE II. FONCTIONNEMENT DES TRUSTS EXPRES.....</b>	<b>173</b>
<i>CHAPITRE I. Régime juridique général des trusts anglo-américains et de droit civil.....</i>	<i>177</i>
<i>CHAPITRE II. Spécificités des trusts de droit civil au Panama.....</i>	<i>259</i>
<b>SECONDE PARTIE : TECHNIQUES FIDUCIAIRES D'INVESTISSEMENT ET DE GESTION .....</b>	<b>307</b>
<b>TITRE I. GESTION FIDUCIAIRE DES TRUSTS ANGLO-AMERICAINS ET DE DROIT CIVIL .....</b>	<b>310</b>
<i>CHAPITRE I. Techniques fiduciaires .....</i>	<i>313</i>
<i>CHAPITRE II. Trusts d'investissements financiers .....</i>	<i>395</i>
<b>TITRE II. SPECIFICITES DE LA GESTION FIDUCIAIRE EN FRANCE .....</b>	<b>477</b>
<i>CHAPITRE I. Fiducie en droit des affaires.....</i>	<i>480</i>
<i>CHAPITRE II. Perspectives de la fiducie en droit civil .....</i>	<i>538</i>
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>581</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>599</b>
<b>TABLE DES ANNEXES .....</b>	<b>622</b>
<b>ANNEXE 1. LOI SUR LE FIDEICOMMIS BOLIVIEN .....</b>	<b>623</b>
<b>ANNEXE 2. LOI ARGENTINE N° 24.441 SUR LE FIDEICOMMIS.....</b>	<b>629</b>
<b>ANNEXE 3. LOI N° 1-1984 DU 5 JANVIER 1984 SUR LE FIDEICOMMIS PANAMEEN .....</b>	<b>636</b>
<b>ANNEXE 4. LOI DU PANAMA N ° 25 DU 12 JUIN 1995 SUR LES FONDATIONS D'INTERET PRIVE .....</b>	<b>646</b>
<b>INDEX .....</b>	<b>657</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>663</b>

## Introduction

---

1. L'idée d'écrire cette thèse sur les trusts, la fiducie et les fidéicommiss m'est venue à l'esprit pendant que, étudiant à l'Institut de droit comparé de Paris II, Monsieur le professeur Alain Ghozi nous apprenait que la fiducie n'existait pas en France. Les élèves anglo et latino-américains recevaient la nouvelle avec stupéfaction. Les premiers se demandaient comment un pays pouvait vivre sans un « trust de droit français » et les seconds comment on avait pu en rester là trois siècles après la promulgation du Code Civil français de 1804. La fiducie est donc « le trust français » qui est devenue réalité en 2007 avec son entrée dans le droit positif français.

2. Les trusts anglo-américains (le trust anglais) et les trusts de droit civil (la fiducie française et les fidéicommiss latino-américains) organisent des relations fiduciaires (*in Equity*) entre les personnes. Nous avons choisi de nous concentrer sur la seule catégorie des « trusts exprès à but privé » anglo-américains et de droit civil. Ces trusts sont créés exclusivement par la volonté du constituant personne privée, physique ou morale. Le créateur de ces trusts entre vifs ou « *mortis causa* » a comme but la gestion, la protection et la transmission de son patrimoine. On trouve là toute l'essence philosophique et historique du trust anglo-américain.

3. Les trusts exprès privés de droit civil, dont les trois fidéicommiss latino-américains, argentin, bolivien et panaméen et la fiducie française, objets de cette étude, sont considérés comme des trusts à part entière par la Convention de la Haye relative à la loi applicable au Trust et à sa reconnaissance du premier juillet 1985 et par une grande partie de la doctrine anglo-américaine et internationale.<sup>1</sup> L'objectif est de les étudier en droit comparé pour mieux les connaître et pour améliorer, dans une

---

<sup>1</sup> Voir notamment D.WATERS, « The concept of Trust and its evolution », Summer Law Course, Union Internationale des Avocats, Oxford University, 3 et 4 juillet 2009, cours repris dans l'article « The distinctive characteristics of the Anglo-

optique d'universalisme, le droit français sur la fiducie. En effet, il n'est de science du droit qu'universelle. Le droit comparé est l'un des éléments de cet universalisme, particulièrement important à notre époque.

4 La définition que nous proposons des « trusts exprès privés » de droit civil est différente de celle proposée par la doctrine anglo-américaine pour les trusts anglo-américains. En droit civil, les trusts exprès privés ou ordinaires sont à but lucratif ou charitable, pourvu qu'ils soient constitués par des personnes physiques ou morales de droit privé. Les trusts publics de droit civil sont constitués par un Etat au travers une loi ou un décret. En revanche, les trusts exprès anglo-américains sont privés (*private trusts*) lorsqu'ils sont constitués dans un but privé (*family trusts*) ou lucratif et ils sont publics (*charitable trusts*) si leur but est charitable. A ce titre, les Etats anglo-américains constituent des trusts ordinaires du modèle anglo-américain de propriété sans jamais leur donner la dénomination de trusts publics, sauf s'ils sont à but charitable.

5 Le droit comparé n'est pas, dans cette thèse, une simple méthode (la méthode comparative) ; nous utilisons le droit comparé comme une véritable science, c'est-à-dire, comme une branche autonome de la connaissance du droit. Notre préoccupation est centrée sur les droits étrangers eux-mêmes et l'objectif est de faciliter la comparaison de ces derniers avec le droit français.

6 Il s'agit d'étudier les droits des trusts de cinq pays qui appartiennent à deux « grandes familles de droits », la famille de Common Law anglo-américaine et la famille romano-germanique de droit civil.<sup>2</sup> En mettant l'accent sur les traits saillants de la structure des trusts exprès privés à but privé anglais, argentin, bolivien, français et panaméen, nous établissons des principes communs et leurs principales différences. Le résultat de cette entreprise devrait faciliter la compréhension du fonctionnement des trusts dans chaque famille de droits.

---

Saxon Trusts », in *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ?* Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, STEP France, Academy & Finance ; M. LUPOI, *Trusts: a comparative study*, Cambridge University Press, 2000.

<sup>2</sup> R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e éd., Dalloz, 2002.

7. Il est accepté qu'en droit comparé, de même que dans d'autres sciences, négligeant des différences secondaires, plusieurs droits, systèmes ou législations de différents pays puissent être réunis dans une même famille. Divers droits sont susceptibles d'être rassemblés ou groupés dans ces « familles » parce qu'ils répondent à une même tradition, par la similarité des méthodes et des techniques juridiques utilisées, parce que les concepts et le vocabulaire de leurs formulations sont identiques ou parce que les classifications qu'ils contiennent sont semblables. Cependant, la notion de « famille de droit » a une fin seulement didactique pour mettre en valeur les ressemblances et les différences qui existent entre les familles de droits.

8. La famille de la Common Law<sup>3</sup> comporte le droit de l'Angleterre et les droits qui se sont modelés sur le droit anglais. Elle a été importée aux Etats Unis d'Amérique, dans un milieu différent et a entraîné une différenciation importante du droit américain, sans que les Etats-Unis perdent pour autant leur place au sein de cette famille. L'application géographique du droit anglais est restreinte, limitée à l'Angleterre et au Pays de Galles. Il n'est ni le droit du Royaume-Uni ni celui de la Grande Bretagne. On observera le contraste entre la conception stricte du droit anglais, envisagé comme un corps de règles juridiquement obligatoires et l'universalité du même droit, envisagé comme un modèle pour une large partie de l'humanité.

9. Le droit anglais occupe une place éminente dans la famille de la Common Law. C'est en Angleterre que se sont historiquement formés la Common Law et le trust anglo-américain. Le droit anglais continue à être un modèle de nos jours pour de nombreux pays. A ce titre, le trust de droit anglais est notre principale référence pour les trusts anglo-américains et nous le comparons aux trusts des Etats Unis d'Amérique et des Iles Cook pour montrer des différences ponctuelles dans leurs évolutions.

---

<sup>3</sup> Nous avons choisi le genre féminin pour traduire le mot Common Law en français car il correspond à l'origine anglo-normande du mot « Common Law », « *la commune ley* », (la loi commune).

10. La famille romano-germanique, de droit civil continental, (appelée en anglais « *civil law* » ou « *continental law* »),<sup>4</sup> rassemble les pays dans lesquels la science du droit s'est formée sur la base du droit romain. La France en est le plus éminent exemple,<sup>5</sup> même si les règles des droits actuels appartenant à cette famille sont très différentes aujourd'hui des règles du droit romain. Les colonies espagnoles en Amérique-latine, devenues indépendantes, ont accepté de façon naturelle les conceptions juridiques caractéristiques de la famille romano-germanique.

11. Au fur et à mesure que les nouveaux pays d'Amérique-latine se sont développés, le droit pratique s'est rapproché du droit savant : le droit doctrinal a été enseigné dans les universités latino-américaines et incorporé dans des Codes rédigés à l'image des codes français, espagnol, italien et allemand. A aucun moment, il n'a été question de répudier cette tradition. L'Argentine et la Bolivie sont des exemples caractéristiques de cette tradition latino-américaine d'inspiration romaine et européenne. Le Panama appartient de même à la famille romano-germanique, même si l'influence des Etats Unis d'Amérique dans la zone du Canal de Panama aurait pu faire basculer ce pays vers la famille de la Common Law. Nous allons étudier les fidéicommiss argentin, bolivien et panaméen car tous les trois présentent la même structure, qui est aussi celle de la fiducie française ; leurs droits appartiennent à la même famille.

12. La Common Law et le droit civil peuvent être regroupés dans un seul grand groupe de systèmes de droit occidentaux, ayant les mêmes intérêts économiques d'inspiration libérale et des racines historiques et culturelles très proches. C'est pourquoi les applications des trusts anglo-américains, des fidéicommiss et de la fiducie sont similaires, même si ces trusts appartiennent à deux familles de systèmes de droit.

13. Les trusts anglo-américains, la fiducie française et les fidéicommiss latino-américains que nous étudions dans cette thèse sont encadrés par les règles de l'*Equity*, pour les trusts anglo-américains, car le droit anglais fait la distinction entre « Common Law » et « Equity » et par le droit privé, pour les pays de droit civil,

---

<sup>4</sup> René David et Camille Jauffret-Spinosi affirment que les appellations « *continental law* » ou « *civil law* » usitées en anglais pour qualifier les systèmes de droit romano-germaniques prêtent à la critique et ne sont pas explicites. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *ibid.* p.17.

appelé aussi « droit commun » ;<sup>6</sup> le droit anglais ne distingue pas entre droit privé et droit public. La structure, les catégories et les concepts du droit anglais dans la Common Law sont donc très différents des droits de la famille romano-germanique.

14. L'histoire du droit anglais est à l'origine de la distinction entre Common Law et *Equity*. « L'*Equity* » est un ensemble de remèdes octroyés par la juridiction du Chancelier pour compléter le système de la Common Law, jadis insuffisant. En effet, au XV<sup>ème</sup> siècle, les Cours royales de Common Law ne pouvaient être que très difficilement saisies ; leur procédure trop stricte n'accordait pas les solutions adéquates aux plaideurs et elles aboutissaient souvent à des jugements contraires à l'équité.<sup>7</sup>

15. Selon les pratiques du Moyen Âge, des particuliers se sont alors adressés au roi car il devait assurer la justice à ses sujets. Des règles pour répondre à ces attentes ont été élaborées par la Cour de la Chancellerie. La fusion administrative de la Common Law et de l'*Equity* est opérée en 1875 par des lois d'organisation judiciaire dénommées « *Judicature Acts* ». Les principes de la Common Law et les règles de l'*Equity* peuvent être désormais mis en œuvre devant une juridiction unique et dans une action unique.

16. Le trust anglo-américain est un pur produit de l'*Equity*. Lorsqu'une personne remettait des biens à une autre, en lui faisant confiance, pour que celle-ci gère ces biens dans l'intérêt d'un tiers, selon la Common Law, la personne qui recevait les biens, le trustee, en devenait propriétaire. L'engagement qu'elle avait pris de les gérer dans l'intérêt d'un tiers n'avait pas de valeur contraignante. Le Chancelier accorda effet à cet engagement, sans aller à l'encontre de la Common Law, (*equity follows the law*) et sans nier que le trustee soit le propriétaire légal des biens, mais il octroya de l'équité à la rigidité de la Common Law en sanctionnant l'engagement pris par le trustee. En outre, il intervint à l'encontre de celui qui, contrairement à la conscience,

---

<sup>5</sup> Carlos Morales Guillén explique que dans la famille occidentale, objectivement considérée, il est nécessaire de témoigner le mérite de l'initiative française dans la technique de la codification, qui, depuis 1804 a servi de modèle aux autres pays. C. MORALES GUILLEN, *Código Civil concordado y anotado*, 1er Vol., 4e éd., 1994, La Paz, Bolivie, p. 51.

<sup>6</sup> Le droit civil est le droit commun d'une nation, c'est-à-dire le droit applicable à tous ses citoyens. Montesquieu définit le droit civil comme « *les lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux* ». MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, livre I, chapitre 3.

tirait parti de sa qualité de trustee pour obtenir d'une autre personne des avantages indus et pour son propre bénéfice.

17. La fiducie et les fidéicommiss en droit privé touchent le droit des biens et des obligations en général : les contrats, les créances, les sûretés, les successions et les dispositions à titre gratuit. Ils aménagent contractuellement des situations juridiques dans lesquelles il y a des transferts temporaires de propriété, des appropriations de biens et de richesses par les bénéficiaires, l'échange, la gestion et la transmission des biens, voire des prestations de services, dans le cadre et des règles des Codes Civils et des Codes de commerce.

18. Les trusts anglo-américains ont une « composante obligationnelle » contenue dans les relations fiduciaires entre le trustee et les bénéficiaires. L'acte unilatéral de constitution du trust met en place cette relation trustee-bénéficiaires. Les trusts de droit civil, la fiducie et le fidéicommiss, ont choisi le contrat pour mettre en place une relation fiduciaire entre le constituant et le fiduciaire et la stipulation pour autrui pour les relations avec les bénéficiaires. Le contrat (unilatéral de donation, bilatéral de services ou multilatéral avec les bénéficiaires) était le choix le plus adapté en droit civil pour transposer l'acte unilatéral créateur de trusts entre vifs de la Common Law au droit civil.

19. Les trusts anglo-américains et les fidéicommiss organisent les relations au sein de la famille, octroient et renforcent les droits en faveur des personnes les plus vulnérables, des bénéficiaires mineurs, des majeurs protégés et des personnes futures. Ce n'est pas le cas de la fiducie, aujourd'hui, en France. Les trusts anglo-américains et les trusts de droit civil touchent à l'existence, à l'individualisation et à la capacité des personnes, physiques ou morales. Les fidéicommiss peuvent être constitués par testament et par des libéralités entre vifs. La fiducie n'accepte aucune libéralité entre vifs ou à cause de mort et elle est prohibée aux mineurs et aux majeurs sous tutelle.

20. Pendant des siècles, la science du droit s'est attachée à dégager les principes et les solutions d'un droit juste, conforme à la nature et à la raison humaines. La fiducie

---

<sup>7</sup> C'est pourquoi nous avons décidé d'utiliser indistinctement le terme anglais « Equity » et sa traduction en français

devra donc évoluer vers une fiducie-transmission en faveur des plus démunis. L'intérêt du droit comparé est d'étudier et de comparer principalement les droits positifs de chaque système pour relever des défaillances et des améliorations possibles. L'ensemble des règles et des principes organisant les relations fiduciaires, dans chaque pays, constitue ce que nous appelons un « droit des trusts » et se présente comme de la matière juridique pure.

21. Néanmoins, du point de vue de la sociologie juridique, il est clair que le droit est loin d'enfermer toute la réalité de la vie sociale, d'autant plus que les pays comparés dans cette thèse sont très différents. Il existe des pratiques administratives, commerciales, professionnelles et des éléments d'ordre économique, politique et social qui influent sur le mode d'agir des individus. A ce titre, nous ne prenons pas en compte la seule théorie du droit mais nous essayons, dans la mesure du possible, d'inclure dans notre analyse ce que représente le droit des trusts dans la réalité économique de chaque pays et les fortes différences de niveau de développement économique entre les pays comparés.

22. Il faut prendre en compte le modeste développement économique en Bolivie. La promulgation d'une nouvelle Constitution<sup>8</sup> a mis en place une nouvelle Autorité de supervision des marchés financiers. Les « Administrateurs des Fonds de Pensions » (AFP), organisés au travers des fidéicomis, ont été nationalisés.<sup>9</sup> L'activité financière et fiduciaire bolivienne est réalisée par les banques et leurs sociétés filiales de titrisation. Elle touche un pourcentage minime de la population la plus aisée. Les volumes de transactions de la Bourse bolivienne de valeurs ne sont pas importants. Les fidéicomis sont aussi utilisés pour créer des fonds publics de support de l'Etat aux activités de production ou comme des fonds d'aide face aux catastrophes naturelles (sécheresse) et financières (crises bancaires de liquidité).

---

« Equité » pour définir « les règles d'Equité » (Equity rules) et le droit de l'Equité (Equity).

<sup>8</sup> La Bolivie s'est dotée d'une nouvelle Constitution approuvée par référendum le 25 janvier 2009. Elle a été promulguée le 7 février de la même année.

<sup>9</sup> La nouvelle loi du 10 décembre 2010 (*Ley de Pensiones del 10 de diciembre de 2010*) supprime les deux administrateurs qui géraient les fonds de pension (AFP), même si ces derniers étaient déjà sous le contrôle du gouvernement depuis l'annonce des projets de réforme en 2009. Les deux fonds étaient administrés par des filiales de la banque espagnole Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA et la suisse Zurich Financial Services AG. La loi crée une nouvelle entité publique, un organisme gouvernemental de gestion de la Sécurité Sociale (*Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo (GSS)*), dépendant du Ministère de l'Economie et des Finances Publiques, aujourd'hui responsable d'administrer les fonds.

23. En Argentine, la loi sur les fidéicomis, appelée « Loi pour le financement du logement et de la construction, »<sup>10</sup> a pour but de faciliter l'accès de la population au financement nécessaire à l'achat de logements. Elle a aussi mis en place toutes les dispositions nécessaires au développement de l'industrie financière de la titrisation. Cependant, des crises économiques nationales et internationales et l'instabilité politique qu'a connues ce pays, ont amoindri l'impact économique positif de cette loi. Des fidéicomis créant des fonds fiduciaires publics ont aussi été constitués en appui à la restructuration que le système financier national argentin nécessitait dans ces moments de crise.<sup>11</sup>

24. Il a été nécessaire de saisir, dans notre analyse, le choix économique et politique du Panama de devenir un véritable paradis fiscal, en mettant en place une juridiction « *offshore* », avec un niveau d'imposition nul et un secret bancaire total pour attirer les capitaux étrangers, nord-américains, sud-américains et européens. Le développement de l'industrie du fidéicomis et des fondations d'intérêt privé est une stratégie économique nationale pleinement assumée par le gouvernement et le peuple panaméens, par le pouvoir judiciaire et par la Cour Suprême de justice. Le Panama reste cependant fidèle à sa tradition romano-germanique, même s'il a dû faire des concessions telles que la suppression des réserves héréditaires pour faciliter le développement de son industrie de services fiduciaires et financiers de transmission de patrimoine.

25. La fiducie française est récente. Au début de mes recherches, la fiducie n'existait pas encore. Son entrée dans le Code Civil français, en 2007, et son amélioration postérieure, en 2008 et en 2009, ont permis son développement. A la fin de l'année 2007, les applications étaient pratiquement inexistantes. En 2010 et 2011, tout était mis en place pour pouvoir utiliser la fiducie dans la pratique quotidienne. La fiducie-gestion et la fiducie-sûreté sont aujourd'hui une réalité. Il est nécessaire

---

<sup>10</sup> Loi argentine n° 24.441 sur le fidéicomis intitulée « *Ley n° 24.441 de financiamiento de la vivienda y la construccion* » du 9 janvier 1995.

<sup>11</sup> La seconde partie des années 90 ont été difficiles pour l'Argentine, puisque la crise mexicaine et son « effet tequila » ont entraîné le pays dans une forte crise financière. Néanmoins, les flux de capitaux internationaux ont reflué massivement à partir de 1995, année de promulgation de la loi argentine n° 24.441 sur le fidéicomis. Une autre crise argentine a été ensuite déclenchée en décembre 2001, par la mise en place du « *corralito* » (le gel des dépôts bancaires) et la suppression du versement d'une branche du prêt accordé par le Fonds Monétaire International (FMI). Le « *corralito* » a marqué la fin du régime du « *currency board* » et du système du président de l'époque, Monsieur De la Rúa.

d'analyser les applications pratiques réalisées à présent par les cabinets d'avocats d'affaires et par les sociétés de gestion de portefeuille.

26. La fiducie contractuelle s'inscrit dans la tradition de la famille romano-germanique qui ne dédouble pas formellement la propriété fiduciaire. Le législateur a proposé, sans succès, de dédoubler la propriété fiduciaire en propriété légale et propriété économique en faveur des bénéficiaires d'une fiducie, évolution qui aurait rapproché la fiducie française du trust anglo-américain et donc de la famille de la Common Law. Ce nouvel élément étranger de dédoublement de la propriété serait venu enrichir substantiellement la famille romano-germanique mais aussi troubler son harmonie.

27. L'Angleterre et les pays de Common Law n'ont pas pu introduire la reconnaissance de la validité du trust anglo-américain dans plusieurs pays de droit civil. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au Trust et à sa reconnaissance du premier juillet 1985 est, de ce point de vue, un échec. L'économie financière anglo-américaine a été fortement touchée par la grave crise des « *sub-primes* » de 2009 entraînant avec elle le reste du monde. Aujourd'hui encore, une majorité des pays et territoires du Commonwealth, profitant de leur qualité de juridictions « *offshore* », utilisent le trust pour proposer à leurs clients des services d'investissement et de gestion financière qui échappent à toute régulation ou contrôle et constituent ainsi de véritables paradis fiscaux. Il s'agit d'un problème économique et politique mondial dans lequel l'industrie financière et fiduciaire des pays anglo-américains est très investie.

28. Des repères historiques ponctuels que nous avons introduits dans ce travail, permettent de comprendre les origines des trusts et de décrire l'universalité de certains principes généraux sur les trusts. L'approche historique permet de définir la place qu'il convient d'assigner aux trusts anglo-américains, à la fiducie et aux fidéicommissaires dans la classification des grands systèmes juridiques contemporains. Ces renvois historiques ponctuels ne prétendent pas réaliser une histoire comparative du droit. Ils servent à montrer que les structures des trusts anglo-américains et des trusts de droit civil ont des racines historiques respectives, anglaises et romaines.

29. Les similitudes entre le « *use* » anglais et le « *fideicommissum* » romain montrent que celui-ci est l'institution romaine qui se rapproche le plus du trust anglo-américain<sup>12</sup> testamentaire. Le « *fideicommissum* » romain, transposé à l'ancien droit français, a évolué vers des « substitutions fidéicommissaires » qui permettaient à un testateur de contourner les règles sur les incapacités de donner et de recevoir par testament et de fausser l'ordre successoral.<sup>13</sup> C'est pourquoi, aujourd'hui, les substitutions fidéicommissaires sont expressément interdites dans les Codes Civils argentin, bolivien et français.

30. Afin d'établir les structures et les règles de fonctionnement des trusts anglo-américains et des trusts de droit civil, nous allons modéliser les trusts anglo-américains et les trusts de droit civil, facilitant ainsi leur comparaison. Suivant les travaux de Donovan Waters,<sup>14</sup> deux modèles de trusts sont élaborés dans cette étude, le modèle des trusts anglo-américains de propriété (*property model*) et le modèle contractuel des trusts de droit civil (*obligation model*). Nous n'avons pas traité un troisième modèle des trusts hybrides, ayant des caractéristiques mixtes, tel que le trust sud-africain.

31. Chaque « modèle » est la description d'une « entité », conçue de telle sorte qu'il est possible de simuler mentalement sa structure et son fonctionnement. L'entité étudiée est le « trust », dans ses conceptions anglo-américaine, latino-américaine et française ; les deux dernières s'inscrivent dans une vision « civiliste » ou romano-germanique du trust, tel qu'il a été conçu en droit civil continental. Ces deux conceptions différentes du trust ont logiquement mené à deux modèles de trust.

32. Le premier modèle est celui des trusts anglo-américains de propriété. Il est fondé principalement sur le trust de droit anglais. Nous prenons en compte pour son élaboration certaines évolutions importantes des trusts des Etats Unis et du trust des Iles Cook. Elles concernent notamment les clauses de révocabilité du trust et du

---

<sup>12</sup> D. WATERS, "The Institution of the Trusts in Civil and Common Law", *Recueil des Cours de l'Académie internationale de la Haye*, 1995; D. JOHNSTON, *The Roman law of trusts*, Oxford University Press, 2001.

<sup>13</sup> G. CABANELLAS, *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual*, 14e éd., Heliasta, Buenos Aires, 1979, p. 370; C. MORALES GUILLEN, *Código de Comercio concordado y anotado*, Vol. I et II, Talleres Escuela de Artes Graficas del Colegio Don Bosco, La Paz, Bolivie, 1999, p. 1325; P. MENDIETA PAZ, *Actualidad Jurídico-Financiera en Bolivia*, Libreria Editorial Juventud, La Paz, Bolivie, 1996, p. 114, 115.

<sup>14</sup> D. WATERS, « The distinctive characteristics of the Anglo-Saxon Trusts », *article précité*.

fiduciaire par le constituant et, en général, une sorte de « contractualisation »<sup>15</sup> des trusts anglo-américains des paradis fiscaux, tel que celui des Iles Cook. L'intérêt de prendre en compte ces évolutions dans la modélisation du trust anglo-américain est de démontrer que la « composante obligationnelle » du trust anglo-américain des Iles Cook se rapproche d'une certaine manière des trusts contractuels de droit civil car cette composante devient contractuelle. La loi sur les trusts des Iles Cook<sup>16</sup> est un bon exemple de la dénaturation du trust anglo-américain et de sa contractualisation. Les effets de cette dénaturation sont néfastes, par exemple dans la protection abusive des actifs du trust.

33. Des évolutions sont aussi perceptibles, aux Etats Unis, avec les trusts révocables « *inter-vivos* », révocables à tout moment par le constituant. Par ailleurs, la protection excessive, voire frauduleuse, du patrimoine mis en trust a été aussi une évolution, jugée comme une dérive à la fin des années 90. Elle a lieu au travers des « *Asset protection trust* » dans certains Etats américains tels que l'Alaska et au travers de trusts dans les paradis fiscaux anglo-américains, tels que les Iles Cook, constitués par des citoyens nord-américains à leur propre bénéfice. Il s'agit de l'évolution, voire du détournement du mécanisme classique du trust anglais de protection (*protective trust*). Etant donné la pluralité de droits des trusts des différents états des Etats-Unis d'Amérique, nous prenons comme base les règles du Code d'uniformisation des trusts (*Uniform Trusts Code UTC*)<sup>17</sup> et le « *Restatement (Third) of Trusts* »,<sup>18</sup> rédigées et codifiées par des organisations privées.

34. Les arrêts de la jurisprudence anglaise permettent d'analyser le fonctionnement du modèle des trusts anglo-américains de propriété et de cerner des notions telles que la théorie des certitudes concernant les biens, les bénéficiaires et l'intention de créer un trust, les pouvoirs de distribution dans les trusts discrétionnaires et les clauses conditionnelles préalables ou de déchéance de la qualité de bénéficiaire d'un trust. La loi anglaise écrite, de plus en plus abondante, prévoit des notions telles que la propriété (*Law of Property Act* » de 1925), les

---

<sup>15</sup> M. LUPOI, *loc. cit.*, p. 264.

<sup>16</sup> International Trusts Act 1984 of the Cook Islands, *official consolidation, reprinted as at 2 December 1999*.

<sup>17</sup> Publiée en 2000 par la « Conférence Nationale sur l'uniformisation des droits des Etats Nord-américains » (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*), avec l'objectif de clarifier et compléter la loi sur les trusts de certains Etats. Voir le préambule du Code (*U.T.C Prefatory Note*).

<sup>18</sup> Rédigés par une organisation appelée « *The American Law Institute* », ils servent de modèle pour les Cours des différents Etats d'Amérique. Ces « *Restatements* » contiennent des principes juridiques généraux qui ne sont pas obligatoires.

successions, avec la loi sur les testaments, (*Wills Act 1837*) ou les « perpétuités et les accumulations » (*Perpetuities and Accumulations Act 1964*).

35. Les trusts du modèle contractuel de droit civil que nous étudions ont, comme le nom l'indique, une structure contractuelle pratiquement identique. Les fidéicomis argentin, bolivien et panaméen et la fiducie française partagent les mêmes caractéristiques typiques des droits de cette famille, tels que les formalités de constitution exigeant un document écrit, le registre et la publicité de la propriété au nom du fiduciaire.

36. Ils partagent les mêmes soucis et les mêmes solutions conceptuelles : la définition de la propriété ordinaire par rapport à la propriété fiduciaire, la stipulation pour autrui à l'égard des tiers bénéficiaires de la fiducie ou du fidéicomis, la notion de patrimoine d'affectation séparé et son traitement par rapport aux règles des procédures collectives, le respect ou l'assouplissement des réserves héréditaires pour les trusts testamentaires, toujours dans le cadre des principes communs aux droits de la famille romano-germanique.

37. Nous comparons systématiquement les deux modèles de trusts de ces deux familles de droit afin d'établir des équivalences de résultat. Par « équivalence » nous comprenons « *ce qui peut produire les mêmes effets* ». <sup>19</sup> Gérard Cornu <sup>20</sup> explique que le terme juridique d'équivalence veut dire l' « *identité de valeur et partant d'effet (de droit) ou de régime (juridique) entre divers actes, formes, procédures, modes de preuve...* ». L'auteur donne comme exemple l' « *équivalence, pour la conclusion d'un contrat consensuel, de tous les modes d'expression de la volonté (écrit, parole, geste).* »

38. En revanche, la notion d'« équivalence » en droit international privé, donnée par Gérard Cornu, n'est pas traitée dans cette thèse : en doctrine de droit international privé, « équivalence » veut dire la « *contestation (notamment en matière de jugements étrangers) que la loi étrangère, bien qu'elle ne soit pas celle que désigne la règle de conflit des lois française, est substantiellement la même que celle-ci.* » A

---

<sup>19</sup> DICTIONNAIRE JURIDIQUE LEXAGONE, rubrique Droit des obligations, [www.lexagone.fr](http://www.lexagone.fr). Le terme juridique « équivalence » est aussi définie comme « ce qui peut indifféremment être retenu comme cause ».

<sup>20</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6e éd., Imprimerie des Presses Universitaires de France, Vendôme, 1996.

titre d'exemple, « *en matière de divorce, la « cruelty » des droits de Common Law est tenue pour équivalente des sévices et injures graves du Code Civil.* »

39. Il ne s'agit pas de savoir si un trust testamentaire anglo-américain est « équivalent » en France à « une donation indirecte par l'intermédiaire du trustee »,<sup>21</sup> ou s'il est reconnu par les juges latino-américains comme « équivalent » à un fidéicommiss testamentaire ou à une substitution fidéicommissaire.<sup>22</sup>

40. L'objectif de la thèse est de constater que certaines fiducies « entre vifs » produisent, en droit français et en France, des effets juridiques ou des résultats équivalents à ceux que certains trusts anglo-américains « entre vifs » produisent en Angleterre, par exemple, de gestion, de garantie et de protection de patrimoine. De la même manière, chaque fidéicommiss testamentaire argentin, bolivien ou panaméen, établi sur la quotité disponible pour les deux premiers, produit des résultats équivalents dans chaque pays de constitution, c'est-à-dire respectivement en Argentine, en Bolivie ou au Panama, à ceux qu'un trust testamentaire anglo-américain produit en Angleterre, à savoir la disposition « *mortis causa* » par testament du « *de cuius* » de ses biens qui seront gérés par un tiers fiduciaire au profit des bénéficiaires héritiers ou légataires ; l'obtention d'effets équivalents est troublée uniquement par un élément de la loi de la famille franco-germanique, externe à la structure et au fonctionnement du trust, tel que les portions de réserve en Argentine et en Bolivie.

---

<sup>21</sup> CA Paris 10.01.1970, Courtois de Ganay, Rev. Crit. 1971, 518, note Droz. Dans cet arrêt, la Cour d'Appel de Paris a posé le principe que « la convention de trust, au moyen de laquelle ont été réalisées des libéralités à cause de mort, constitue un contrat synallagmatique relevant non de la loi successorale mais de la loi d'autonomie, c'est à dire de la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer. Le principe a été posé pour la première fois de l'assujettissement du trust anglo-américain à la loi d'autonomie. Ce principe bouleverse les règles de la loi successorale française à condition que les clauses d'autonomie ne soient pas contraires à l'ordre public français, surtout si l'ouverture de la succession est en France. Cette règle est retenue dans la Convention de la Haye sur les trusts dans son article 6 : « Le Trust est régi par la loi choisie par le constituant... » ou « à défaut, celle du pays avec lequel le trust présente les liens les plus étroits. » ( article 7). Dans un autre arrêt rendu par la Cour de Cassation le 20 février 1996 (Aff. Zieseniss, n° 423 P, JCP ed. G n° 22, 22647), la Cour considère que le trust réalise « une donation indirecte par l'intermédiaire du trustee » qui prend date au jour du décès de la donatrice au moyen de l'appropriation des biens par le bénéficiaire, n'hésitant pas à reconnaître l'institution du trust comme telle pour la première fois. L'arrêt est très important aussi en ce qu'il admet la validité d'un trust soumis à un droit étranger alors que la succession est régie par la loi française. J. P. BERAUDO, « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française » in *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007*. STEP France. Academy & Finance, p. 142-144.

<sup>22</sup> Jaime Prudencio Cosío explique qu'en droit international privé bolivien, en matière de succession par testament, l'autonomie de la volonté occupe une place prépondérante. Le testateur peut indiquer la loi qui servira à l'interprétation de ses dernières volontés. Mais la volonté du testateur ne peut pas aller à l'encontre des principes d'ordre public du pays dans lequel le testament va être exécuté. Tel serait le cas si le testateur demande l'exécution d'une clause de substitution fidéicommissaire dans un pays que l'interdit. J. PRUDENCIO COSIO, *Curso de derecho internacional privado*, 6e éd., Libreria Editorial Juventud, La Paz, Bolivie, 2002., p. 230-231.

41. Nous cherchons en conséquence à constater « l'équivalence » ou l'identité de valeur des effets et des résultats de certains trusts des deux modèles et non leur « équivalence » en droit international privé, compte tenu du fait que les pays de droit civil étudiés, et notamment la France, ont aujourd'hui des trusts dans leurs droits positifs.

42. Nous allons ainsi vérifier notre hypothèse : pouvons-nous obtenir, avec les trusts de droit civil, des résultats équivalents à ceux des trusts anglo-américains, malgré la différence de leurs structures, dans la gestion, la protection et la transmission intergénérationnelle du patrimoine ? La réponse est affirmative car les trusts de droit civil fonctionnent de manière analogue aux trusts anglo-américains même s'ils sont structurellement différents, sauf si des éléments extérieurs à la structure et au fonctionnement du trust sont expressément énoncés par le législateur pour limiter ces effets et résultats. C'est le cas, en France, avec l'interdiction des libéralités, la prohibition de la gestion fiduciaire aux mineurs et aux majeurs sous tutelle voire la proscription de la constitution de fiducies testamentaires.

43. Cette hypothèse est commodément vérifiable. Les trusts entre vifs anglo-américains et de droit civil sont structurellement différents. Les premiers sont créés par un acte unilatéral du constituant qui crée une relation fiduciaire et une double propriété du trustee et des bénéficiaires. Les deuxièmes sont créés par contrat entre le constituant et le fiduciaire ; les bénéficiaires n'ont aucune propriété sur les biens du trust et souvent profitent d'une stipulation pour autrui. En revanche, le fonctionnement des trusts des deux modèles est similaire : les deux créent un patrimoine séparé des biens du constituant, du fiduciaire et des bénéficiaires. Cette séparation permet, dans les deux modèles, une protection fiduciaire des actifs. Dans les deux modèles de trust, le patrimoine est géré par le trustee ou le fiduciaire toujours au profit des bénéficiaires ; les biens de ce patrimoine en trust, en fiducie ou en fidéicommis, servent de garantie aux obligations convenues par le trustee au profit des bénéficiaires.

44. Puisque le fonctionnement des trusts de deux modèles est similaire et produit des résultats équivalents, les applications des trusts anglo-américains et de droit civil sont aussi similaires. Dans les deux modèles de trusts, les trusts financiers ont des

actifs dans le patrimoine fiduciaire qui servent de garantie à l'émission de parts ou des titres de dette. Les deux modèles de trusts servent au financement de projet, par la mise en place de trusts de garantie avec des actifs qui génèrent des flux de fonds. Ceux-ci vont être utilisés dans le projet détenu par le trust, sous la gestion du fiduciaire. Les trusts des deux modèles sont aussi utiles au portage de titres à des fins de gestion, de garantie ou de défaisance.

45. Les trusts testamentaires des deux modèles ont la même différence structurelle de la double propriété du trustee et des bénéficiaires anglo-américains. Pourtant, ils fonctionnent de façon similaire : ils sont constitués par testament, suite au décès du « *de cuius* », au bénéfice des héritiers ou des légataires. Le constituant désigne le fiduciaire dans la clause fiduciaire du testament. Un facteur externe aux trusts, les réserves héréditaires, limite fortement l'obtention de résultats équivalents dans les pays de droit civil, sauf au Panama qui a supprimé toute portion obligatoire des réservataires.

46. **Plan.** La structure des trusts anglo-américains et de droit civil est constituée d'éléments du droit des biens et du droit des obligations que nous pouvons comparer. Une première partie théorique est consacrée à l'analyse de la structure et du fonctionnement des trusts de la famille de la Common Law, comparés à la structure et au fonctionnement de la fiducie et des fidécourmis en tant que trusts de droit civil.

47. La deuxième partie analyse les techniques d'investissement et de gestion fiduciaires anglo-américaines et de droit civil, qui permettent les différentes applications des trusts anglo-américains et la mise en œuvre pratique des trusts anglo-américains, des fidécourmis latino-américains et de la fiducie française. L'ensemble de moyens et de techniques sont caractéristiques du « savoir-faire » fiduciaire : les pouvoirs discrétionnaires donnés au trustee de nomination et de distribution, des techniques de protection d'actifs, de garantie de créances ou de projets et en général de gestion fiduciaire à but privé, commercial ou financier.

48. La pratique récente de la fiducie française s'est développée grâce à l'amélioration de la loi sur la fiducie. Nous analysons des exemples de la mise en pratique de la fiducie en France par les praticiens d'aujourd'hui et les différentes opérations de cession temporaire de titres qui ont lieu désormais avec un contrat de

fiducie. Une spécificité très particulière à la fiducie est d'être limitée aux fiducies entre vifs avec l'interdiction des transmissions fiduciaires à titre gratuit. Nous allons donc étudier les perspectives de son évolution future vers une fiducie-transmission et testamentaire.

**PREMIERE PARTIE : Analyse comparative des trusts anglo-américains et de droit civil**

**SECONDE PARTIE : Techniques fiduciaires d'investissement et de gestion**

## PREMIERE PARTIE : ANALYSE COMPARATIVE DES TRUSTS ANGLO-AMERICAINS ET DE DROIT CIVIL

---

49. La structure et le fonctionnement du trust anglo-américain de la Common Law, souvent évoqué en doctrine comme le « trust traditionnel », peuvent être comparés à la structure et au fonctionnement contractuels des trusts de droit civil, en particulier les fidécummis argentin, bolivien, panaméen et la fiducie française.

50. Donovan Waters<sup>23</sup> fait deux constats : le premier est que le trust n'est plus géographiquement anglo-américain mais mondial, d'où la possibilité de parler aussi de « trusts de droit civil ». Le deuxième constat est que le trust de la Common Law n'est pas statique car il n'est pas figé dans un Code devant être modifié à chaque changement. Partout dans le monde, il est aménagé par chaque juridiction en fonction de ses propres besoins. Nous allons ainsi étudier l'évolution des trusts anglo-américains aux Etats Unis et dans les Iles Cook.

51. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au Trust et à sa reconnaissance du premier juillet 1985 fixe son champ d'application en décrivant les trusts ou « figures analogues » auxquelles elle s'applique. Elle les délimite quant à leurs sources de droit et les distingue des opérations voisines qu'elle exclut de son domaine. Elle ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement, à savoir, aux « trusts exprès » et dont la preuve est apportée par écrit.<sup>24</sup> Les trusts « non-exprès » n'existent pas en droit civil.

52. Parmi les trusts anglo-américains non-exprès car implicites (*implied trusts*), la Convention ne s'applique pas aux « *resulting trusts* ». Ceux-ci naissent de la volonté implicite du constituant, lorsque par exemple un trust exprès a pris fin et la loi ou le

---

<sup>23</sup> D. WATERS, *loc. cit.*

<sup>24</sup> Article 3 de la Convention.

juge met en place un autre trust pour continuer à gérer les biens. La Convention ne s'applique pas non plus aux « *constructive trusts* » car ils sont créés par le juge, souvent contre la volonté du constituant, par exemple pour l'obliger à réparer un dommage.<sup>25</sup>

53. Donovan Waters<sup>26</sup> affirme que la Conférence de la Haye sur les trusts commet une erreur en qualifiant de « figures analogues » (*trust-likes*) les trusts de droit civil car ce sont des trusts à part entière, même s'ils ne se conforment pas à la structure particulière du trust anglo-américain et de ses copies autour du monde. Selon l'auteur, la doctrine sur les trusts ne met pas le trust traditionnel sur un piédestal, réduisant ainsi les autres manifestations de « *fiducia* » à de maigres adaptations du modèle original. Ce sont tout simplement des trusts différents dans des systèmes légaux distincts dans le monde.<sup>27</sup>

54. L'article 2 de la Convention énumère les principaux caractères pour qu'une institution soit considérée comme un trust, à savoir une « relation juridique » créée par une personne, le constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, portant sur des biens « qui ont été placés sous le contrôle d'un trustee »,<sup>28</sup> dans l'intérêt d'un bénéficiaire et dans un but déterminé. Les biens constituent une masse distincte du patrimoine personnel de celui qui en assure le contrôle (le trustee), bien que le titre de propriété portant sur ces biens puisse être établi à son nom.

55. Le trustee est chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, gérer et disposer des biens selon les termes de l'acte de constitution du trust et les règles imposées au trustee par la loi. La Convention ne cherche pas à donner une définition spécifique du trust car elle serait trop rigide. Néanmoins, C. Reymond affirme qu'elle « *contient ce que d'aucuns ont appelé une description du trust, mais qui me paraît personnellement être aussi proche que possible d'une définition.* »<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Voir le deuxième titre de cette première partie de la thèse, *infra* p. 182.

<sup>26</sup> WATERS, *ibid.*, p.5.

<sup>27</sup> Plusieurs trusts nationaux en Egypte, en Inde, au Japon, en Afrique du Sud, en Ecosse ou telles que la fiducie luxembourgeoise seraient reconnues, entre autres, comme des institutions présentant les caractères énumérés à l'Article 2 de la Convention. HARRIS, *The Hague Trusts Convention, Scope, Application and preliminary Issues*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, p. 104.

<sup>28</sup> Les délégués à la Convention ont choisi la définition « placé sous le contrôle d'un trustee ». Maurizio Lupoi, dans ce qu'il appelle « le trust sans forme de la Convention », aurait voulu qu'on utilise le terme « transfert » de la propriété des biens au trustee. M. LUPOI, *op. cit.*, p. 334.

56. Plusieurs autres « figures analogues » de droit civil ont les caractères énoncés dans son article 2 et tombent dans le champ d'application de la Convention. Selon Maurizio Lupoi, on s'éloigne ainsi du modèle classique du trust anglais et le résultat est un « trust sans forme ».<sup>30</sup> Jonathan Harris<sup>31</sup> explique que ce choix est délibéré pour couvrir aussi les trusts et les figures nationales de droit interne des pays de droit civil. Cependant, toujours selon le même auteur, il n'est pas suffisant que l'institution fonctionne de manière analogue à un trust ; elle doit, de plus, être structurellement similaire. Cela n'est pourtant pas le cas des trusts de droit civil qui ne distinguent pas la propriété légale de la propriété équitable. Les trusts de droit civil fonctionnent de manière analogue aux trusts anglo-américains, même s'ils sont structurellement différents.

57. Les différences entre les trusts anglo-américains et les trusts de droit civil comme la fiducie ou le fidéicommis proviennent des deux grandes familles de systèmes juridiques de Common Law et de droit civil continental.<sup>32</sup> C'est pourquoi Donovan Waters affirme qu'il s'agit de deux modèles de trusts distincts : le modèle anglo-américain de propriété (*property model*) et le modèle contractuel de droit civil (*obligation model*).<sup>33</sup>

58. Dans le modèle anglo-américain de trust, les trustees ont le titre de propriété et les bénéficiaires (ou le but du trust)<sup>34</sup> ont le droit de jouir des biens du trust. Les deux partagent ainsi les droits de propriété sur le patrimoine du trust. A ce titre, tant les trustees que les bénéficiaires ont la propriété sur les biens du trust. C'est pourquoi on l'appelle le « modèle de trust anglo-américain de propriété ». Même si le trust du modèle anglo-américain est un hybride de propriété et d'obligation, c'est l'élément de propriété qui attire principalement l'attention.

---

<sup>29</sup> C. REYMOND, « Réflexions de Droit Comparé sur la Convention de la Haye sur le Trust », *RDI Comp.*, 1991, p. 7, 13.

<sup>30</sup> M. LUPOI, *ibid.*, p. 333.

<sup>31</sup> J. HARRIS, *ibid.*, p. 81.

<sup>32</sup> R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *loc. cit.* ; G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2007.

<sup>33</sup> D. WATERS, *article précité*.

<sup>34</sup> Les trusts à but déterminé (*Non-charitable purpose trusts*) sont des trusts qui ne sont pas créés au profit de personnes mais dans un but non-charitable accepté par la jurisprudence anglaise, avec des bénéficiaires indirects.

59. Le modèle contractuel des trusts de droit civil conçoit le trust comme un accord entre le constituant et le fiduciaire qui stipule les obligations auxquelles ce dernier s'engage et les pouvoirs de gestion qu'il exerce en faveur du bénéficiaire, qu'il soit le constituant lui-même ou un tiers. Pendant la vie du trust de droit civil, le constituant peut poursuivre le fiduciaire sur la base de l'accord passé si celui-ci ne respecte pas les termes de l'accord. Le bénéficiaire jouit des droits pour entamer une action similaire, soit en dupliquant l'action du constituant, soit à la place de ce dernier.

60. Le constituant est normalement la personne qui contrôle l'exécution du trust de droit civil ; le bénéficiaire a souvent un pouvoir plus limité d'ester en justice en cas de non-respect des stipulations de l'accord. Le constituant (ou le bénéficiaire lorsqu'il a le droit de poursuivre, mais jamais les deux en même temps)<sup>35</sup> peut réparer son préjudice en demandant des dommages et intérêts au fiduciaire s'il prouve que celui-ci a violé les termes du contrat.

61. Selon Donovan Waters, « *étant donné qu'il n'y a pas deux juridictions de trusts du modèle contractuel qui ont les mêmes éléments, le modèle contractuel des trusts de droit civil n'a pas l'applicabilité mondiale du modèle anglo-américain des trusts de propriété.* »<sup>36</sup> Pourtant, les trusts de droit civil en Argentine, Bolivie, France ou Panama ont une structure contractuelle identique car ils font partie de la famille romano-germanique et du modèle contractuel des trusts de droit civil.<sup>37</sup>

62. A partir d'une analyse de leurs structures, deux différences majeures entre ces deux modèles de trusts font consensus en doctrine comme étant les plus importantes. Premièrement, les trusts anglo-américains se constituent par acte unilatéral et les trusts de droit civil par contrat. Deuxièmement, les trusts de la Common Law produisent le dédoublement de la propriété en propriété légale (*legal ownership*) et propriété équitable (*equitable ownership*),<sup>38</sup> dualité totalement inconnue des trusts de

---

<sup>35</sup> D. WATERS, *ibid.*

<sup>36</sup> D. WATERS, *ibid.*

<sup>37</sup> En revanche, d'autres juridictions « mixtes » telles que la Chine, la Corée ou le Japon se sont accommodées au modèle de la Common Law, notamment en ce qui concerne les actions en justice qu'elles permettent. Ces actions en justice sont plus proches du modèle anglo-américain des trusts de propriété, donnant plus de droits aux bénéficiaires, ce qui n'est pas le cas des législations latino-américaines et de la loi française. Ces pays pourraient être classés dans un troisième modèle des « trusts mixtes » que nous ne traitons pas.

<sup>38</sup> La « propriété équitable » est le droit de propriété des bénéficiaires sur les biens du trust (*beneficial ownership*). Cette « propriété équitable » s'ajoute à la propriété légale (*legal title*) exercée par le trustee sur les biens du trust.

droit civil. Les trusts testamentaires de droit civil doivent prendre en compte un élément extérieur à la structure et au fonctionnement du trust à cause de mort, à savoir les réserves héréditaires et l'interdiction des substitutions fidéicommissaires qui limitent fortement leur résultat. Les trusts du modèle anglo-américain ne connaissent pas cette limite.

63. La structure des trusts du modèle contractuel de droit civil est une transposition, en droit civil continental, de la structure juridique des trusts du modèle anglo-américain de propriété des pays de Common Law. L'élément obligationnel des trusts du modèle anglo-américain contenu dans la relation fiduciaire entre le trustee et les bénéficiaires ne pouvait être transposé que sous la forme d'un contrat en droit civil. L'élément obligationnel, pratiquement contractuel entre le constituant et le trustee, est présent d'avantage dans les trusts révocables « *inter-vivos* » nord-américains et les trusts internationaux des Iles Cook. Pour éviter le dédoublement de la propriété du droit de la Common Law en propriété légale et équitable, un trust de droit civil donne contractuellement et par stipulation pour autrui, si le bénéficiaire est un tiers au contrat, la jouissance économique des biens du trust aux bénéficiaires, sans forcément dédoubler la propriété.

64. Le fonctionnement des trusts exprès privés des deux modèles est similaire. Les trusts commencent par un transfert de biens qui seront gérés sous la forme d'un « fonds fiduciaire », appelé en droit civil « patrimoine d'affectation ». Tant pour les trusts anglo-américains que pour les trusts de droit civil, le transfert effectif de propriété des biens au trustee est nécessaire. Le transfert entre vifs ou par testament crée un patrimoine fiduciaire et une « propriété fiduciaire temporaire », assujettie aux stipulations de l'acte de constitution. Les différences de structure entre trusts anglo-américains et trusts de droit civil n'empêchent pas leur fonctionnement semblable. Les trusts du modèle contractuel de droit civil obtiennent un résultat équivalent à celui des trusts anglo-américains, notamment en ce qui concerne la gestion, la protection et la transmission intergénérationnelle du patrimoine.

## **TITRE I. Structure des trusts entre vifs et à cause de mort**

## **TITRE II. Fonctionnement des trusts anglo-américains et de droit civil**

## TITRE I. STRUCTURE DES TRUSTS ENTRE VIFS ET A CAUSE DE MORT

65. L'histoire des trusts anglo-américains, de la fiducie française et des fidéicommiss latino-américains montre que tous les trois proviennent d'un raisonnement juridique commun, le transfert de biens à une personne de confiance, entre vifs ou par testament, à des fins de gestion et de transmission. Ils sont inspirés des « *uses* » anglais pour les premiers et de la « *fiducia* » et du « *fidéicommissum* » romains pour les derniers. Le « *fidéicommissum* » et la « *fiducia* » sont des termes qui proviennent du mot romain « *fides* » qui, en latin, tout comme le mot « trust » en anglais, veulent dire « confiance ». Cette étymologie commune aide à comprendre leurs morphologies actuelles.

66. Le trust anglais de Common Law, issu des « *uses* » médiévaux, n'est pas étranger à la pensée juridique civile ou continentale. David Johnston<sup>39</sup> explique que les Romains possédaient leur propre mécanisme de trust. Bien que le terme « trust » lui-même n'existe pas en droit romain, il traduit de façon adéquate le terme latin de « *fideicommissum* ». Shael Herman affirme que « *c'est à partir de cette tradition romaine que le droit français prérévolutionnaire s'est inspiré pour créer certaines formes de trusts, même si elles apparaissent sous un déguisement inhabituel.* »<sup>40</sup>

67. Il n'est pas étonnant dans ce contexte que le mot espagnol « *fideicomiso* », traduit du mot latin « *fideicommissum* » et en français « fidéicommiss », désigne des trusts latino-américains. Les antécédents historiques des fidéicommiss latino-américains montrent non seulement la connexion logique évidente avec la fiducie et le fidéicommiss romains et avec le fidéicommiss testamentaire de l'ancien droit espagnol mais aussi une influence indéniable du trust anglo-américain.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> D. JOHNSTON, *op. cit.*

<sup>40</sup> S. HERMAN, « *Utilitas Ecclesiae versus radix malorum – Le paradoxe du patrimoine de l'église* », in *Fondation et trust dans la protection du patrimoine*, L'Harmattan, 1999, p. 75.

<sup>41</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado, loc. cit.*, p. 1324, 1325.

68. Avec les mêmes raisons historiques, la France réveille la « fiducie », provenant du terme latin « *fiducia* » de droit romain qui avait disparue du droit français.<sup>42</sup> Depuis le 20 février 2007, un trust de droit civil est formellement introduit dans le Code Civil français sous le nom de fiducie.<sup>43</sup>

69. A l'image du trust anglais de l'époque, la fiducie française connaît un certain succès au Moyen-âge, notamment à l'époque des croisades, car elle permet aux croisés de transmettre la propriété de leurs domaines à des tiers, à charge pour ceux-ci de les restituer à leur retour ou, s'ils décèdent, de les transmettre à leurs héritiers. Elle s'est par la suite maintenue, sous la forme de substitutions fidéicommissaires qui obligent l'héritier ou le légataire à conserver les biens transmis et à les transférer au décès du constituant à un tiers désigné à l'avance. Elle est néanmoins volontairement oubliée par les rédacteurs du code civil napoléonien qui voient en elle un instrument de féodalité visant à éviter la division des plus grands patrimoines.<sup>44</sup>

70. Claude Witz<sup>45</sup> estime que, lorsque le législateur d'un pays de tradition civiliste décide de transposer le trust dans son droit interne et d'en faire une institution régie totalement par un corps de règles nationales, celui-ci se voit souvent doté d'une étiquette qui rattache l'institution à une origine romaine, comme « fiducie » ou, selon lui, de manière contestable, « fidéicommiss », car ce dernier historiquement est une disposition à cause de mort. L'auteur explique que le recours à une terminologie de ce genre est parfaitement respectable, même si elle est souvent source de confusion car ces institutions sont très différentes les unes des autres.

71. Les mots « fiducie » et « fidéicommiss » rappellent justement que les trusts de droit civil ont leurs origines dans le droit romain. Ils se ressemblent car ils appartiennent à la famille romano-germanique, même s'ils se sont aussi inspirés des

---

<sup>42</sup> Selon le Rapport du Sénat rédigé par M. Richemont, « le droit romain connaissait trois formes de fiducie : la fideicommiss, la fiducia cum amico et la fiducia cum creditore » (notre soulignement). Rapport n° 11 du Sénat fait par M. Henri de Richemont, sénateur, sur la proposition de loi de M. Philippe Marini instituant la fiducie. Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale. Annexe au procès-verbal de la séance du 11 octobre 2006. Session ordinaire de 2006-2007.

<sup>43</sup> Par la loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>44</sup> Rapport n° 3655 de l'Assemblée nationale, par M. Xavier de Roux, Député. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1er février 2007. Voir les numéros : Sénat : 178 (2004-2005), 11 et T.A. 14 (2006-2007).

<sup>45</sup> Cl. WITZ, « Les caractères distinctifs de la fiducie » in *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments?* Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, STEP France, Academy & Finance, p. 74.

trusts anglo-américains, en cherchant à reproduire leurs effets juridiques dans la gestion, la protection et la transmission du patrimoine.

72. Le trust du modèle anglo-américain de propriété est un hybride du droit de propriété et du droit des obligations. Le dédoublement de la propriété permet de donner un « droit équitable de propriété » (*equitable ownership*) aux bénéficiaires. Grâce à ce droit équitable de propriété, les bénéficiaires, en tant que propriétaires, protégés par le droit de « l'*Equity* », peuvent réclamer au trustee le respect de ses obligations. A ce titre, ils ont un droit de traçabilité, de revendication et de suite (*tracing*) sur les biens du trust sortis de façon indue du patrimoine fiduciaire.

73. Les trusts du modèle anglo-américain ne relèvent pas exclusivement du droit des biens ; ils ont une « composante de nature purement obligationnelle »,<sup>46</sup> appartenant au droit de l'*Equité (Equity)* qui n'est pas contractuelle puisqu'ils sont constitués par acte unilatéral de disposition du constituant. La « composante obligationnelle » est la place accordée au droit des obligations dans la structure et le fonctionnement du trust anglo-américain. Donovan Waters<sup>47</sup> explique que le trust est un hybride « d'obligation » et de « propriété » et que la composante « d'obligation » est fondée sur « l'obligation fiduciaire imposée au trustee envers le bénéficiaire ». Elle est appelée aussi « obligation équitable » ou « obligation fiduciaire » (*fiduciary obligation*).

74. Cette obligation, seulement morale au XIV<sup>ème</sup> siècle, est devenue, quelques siècles plus tard, une obligation légale et contraignante selon les principes d'équité (*Equity*). A présent, en Common Law, les bénéficiaires et leurs héritiers ont des intérêts de propriété équitable (*beneficial or equitable proprietary interests*) spécifiquement sur la propriété objet du transfert en trust. Les droits des bénéficiaires

---

<sup>46</sup> Nous avons utilisé le terme « obligationnel » employé par Pascal Ancel dans son article intitulé « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Revue trimestrielle de droit civil* 1999, 771, 2007, même si nous aurions pu opter par le terme « composante du droit des obligations ». Néanmoins, ce dernier terme n'était pas exact, puisque, dans le modèle des trusts anglo-américains, il s'agit bien d'une obligation, mais non en droit des obligations de la Common Law, mais en droit de l'*Equité (Equity)*. Il s'agit donc de « *Equitable obligations* », « *trusts obligations* » ou « *trustee's obligations* » voire « *fiduciary obligations* ». Par ailleurs, en droit français et pour la doctrine française, « le contenu obligationnel » du contrat recouvre une obligation de loyauté et de coopération entre les parties. L'article 1135 du Code civil, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804, dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». En outre, le dernier alinéa de l'article 1134 précise que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ».

<sup>47</sup> D. WATERS, *op. cit.*

de jouir des biens du trust, provenant de leurs intérêts de propriété en tant que bénéficiaires (*beneficial interests*), leur permettent de demander l'exécution des obligations du trustee. Les deux éléments de propriété et d'obligation présents dans le trust sont complémentaires.

75. Il est plus difficile de trouver l'élément de « droit de propriété » des bénéficiaires des trusts de droit civil car les trusts de droit civil ne leur donnent pas la propriété sur les biens du fidéicomis ou de la fiducie. Claude Witz<sup>48</sup> explique que, par ses effets, l'opération fiduciaire relève non seulement du droit des obligations mais également du droit des biens. Sous l'angle du droit des biens, la fiducie se traduit par un transfert de propriété du constituant au fiduciaire et celui-ci acquiert la pleine propriété fiduciaire des biens qui lui sont confiés et non une propriété fictive ou démembrée. En revanche, ce transfert ne donne aucun droit de propriété ou droit réel aux bénéficiaires à faire valoir sur les biens de la fiducie ou du fidéicomis. Ils jouissent simplement des droits personnels stipulés dans le contrat et dans la loi.

76. Le droit civil intègre d'une part le concept de « propriété fiduciaire temporaire » du trustee ; son droit de propriété est différent de celui de la propriété ordinaire décrit à l'article 544 du Code Civil français.<sup>49</sup> D'autre part, les bénéficiaires des trusts de droit civil n'étant pas propriétaires, ils ont tout de même les moyens légaux et contractuels nécessaires pour agir contre le fiduciaire en cas de non-respect de ses obligations. Cependant, il s'agit des droits personnels de créance vis-à-vis du fiduciaire et non des droits réels ou de « propriété » sur les biens du trust partagés avec le fiduciaire. Toute revendication des bénéficiaires sur les biens du trust en possession d'un tiers, sortis du patrimoine fiduciaire de façon indue, s'effectue en subrogation des droits du fiduciaire.

77. Les trusts testamentaires de Common Law et de droit civil permettent à une personne de disposer de ses biens après sa mort et de les donner en gestion fiduciaire à un fiduciaire au profit de ses héritiers ou légataires. Les trusts testamentaires anglo-américains constituent le moyen de succession le plus utilisé, tandis que les trusts testamentaires de droit civil sont une exception dans le droit des successions

---

<sup>48</sup> Cl. WITZ, *ibid.*, p. 69.

continental. Les réserves héréditaires réduisent considérablement l'usage des trusts testamentaires en Argentine et en Bolivie. Outre cela, il existe une méfiance des pays de droit civil concernant ce trust à cause des substitutions fidéicommissaires, aujourd'hui expressément interdites. En revanche, les réserves héréditaires n'existent pas, ni en Common Law ni au Panama. Le Panama a une législation favorable à la transmission à cause de mort sans les contraintes des réserves héréditaires ou des substitutions fidéicommissaires de leurs homologues argentins ou boliviens.

78. Nous allons comparer les deux modèles de trusts entre vifs et identifier les éléments qui relèvent du droit des obligations et ceux qui relèvent du droit des biens. Nous examinerons comment la « composante de nature obligationnelle » des trusts anglo-américains a évolué avec l'apparition des trusts révocables « *inter-vivos* » nord-américains et des trusts internationaux des Iles Cook. En comparant les deux modèles de trusts testamentaires, nous analyserons leurs structures, nous soulignerons leurs formalités testamentaires, leur éventuel caractère secret ou semi-secret et leur articulation avec les réserves héréditaires et les substitutions d'héritiers.

CHAPITRE I. Trusts anglo-américain et de droit civil entre vifs

CHAPITRE II. Trusts anglo-américain et de droit civil à cause de mort

---

<sup>49</sup> Créé par Loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804.

## CHAPITRE I. Trusts anglo-américains et de droit civil entre vifs

79. Les trusts anglo-américains sont créés par un acte unilatéral de volonté du constituant ; une relation s'installe ensuite entre le trustee et les bénéficiaires. Les trusts de droit civil du modèle contractuel sont constitués par un accord entre le constituant et le fiduciaire ; les bénéficiaires (ou les fidéicommissaires en Argentine)<sup>50</sup> sont parties au contrat, de façon synallagmatique ou des tiers bénéficiaires d'une stipulation pour autrui. Dans les deux modèles de trusts, le constituant transfère au fiduciaire le droit de propriété des biens mis en trust. Les deux modèles de trusts ont donc des éléments relevant du droit des obligations et du droit des biens.

80. Les éléments du droit des obligations du modèle contractuel des trusts de droit civil ont comme source le contrat conclu entre le constituant et le fiduciaire. De ce fait, en tant que partie au contrat, le constituant est présent pendant la vie du trust, tout au long de la durée du contrat. En revanche, la constitution d'un trust du modèle anglo-américain de propriété est habituellement le résultat d'une disposition unilatérale à titre gracieux du constituant aux trustees, au profit des bénéficiaires. Cet acte unilatéral de déclaration est créateur d'obligations équitables à la charge du trustee.

81. En principe, de même que le droit d'un donateur s'arrête après la donation, les droits du constituant d'un trust du modèle anglo-américain s'arrêtent là. Une fois le trust valablement créé, une relation bipartite voit le jour : seuls les bénéficiaires – et non le constituant – peuvent la faire valoir. Le devoir des trustees est de rendre les bénéficiaires – et non le constituant – heureux.<sup>51</sup> La relation ininterrompue entre le trustee et les bénéficiaires constitue le fondement du trust anglo-américain.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Le « fidéicommissaire » est la personne qui a le droit de recevoir les biens à la fin du fidéicommis et le bénéficiaire est celui qui reçoit les revenus du fidéicommis tout au long de la vie du trust de droit civil, sans recevoir à la fin le capital. Le droit français sur la fiducie ou anglo-américain sur les trusts ne font pas la différence terminologique entre le bénéficiaire qui reçoit les biens à la fin du fidéicommis et celui qui reçoit seul les revenus.

<sup>51</sup> D. J. HAYTON, *The Law of Trusts*, 4e éd., Sweet & Maxwell, 2003, p. 4.

<sup>52</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 5.

82. Néanmoins, les pouvoirs du constituant, des trustees et les droits des bénéficiaires ont changé dans d'autres juridictions du modèle anglo-américain des trusts de propriété, en s'éloignant ainsi du trust anglais traditionnel. A titre d'exemple, les trusts américains révocables « *inter-vivos* » permettent au constituant de révoquer ou de modifier les conditions du trust pendant la vie de celui-ci, tout en bénéficiant des revenus produits par le trust comme unique bénéficiaire. De plus, le constituant peut laisser ce qui reste des biens en trust à sa mort à de nouveaux bénéficiaires. Il reste présent, avec certains pouvoirs, pendant la durée du trust et peut disposer des biens du trust après sa mort.

83. De même, les lois sur les trusts de certaines juridictions, telles que les Iles Cook, donnent aujourd'hui des droits excessifs aux constituants, en concentrant sur eux tous les pouvoirs et en créant un déséquilibre dans la relation tripartite constituant-trustee-bénéficiaire, qui s'écarte considérablement de standards du trust anglais traditionnel. Les éléments de nature obligationnelle de ce modèle ont évolué, dans ces juridictions, vers une sorte de « relation contractuelle » entre le constituant et le trustee, qui ressemble à celle stipulée entre le constituant et le fiduciaire dans les trusts du modèle contractuel de droit civil.

84. Il convient d'étudier, d'une part, les éléments du droit des obligations dans les deux modèles de trusts (Section 1), en particulier, les relations contractuelles entre le constituant, le fiduciaire et les bénéficiaires dans les trusts de droit civil et les relations entre le trustee et les bénéficiaires, dans les trusts du modèle anglo-américain de propriété. Nous analyserons, d'autre part, les éléments du droit de propriété des trusts anglo-américains et de droit civil (Section 2), c'est-à-dire, le dédoublement de la propriété dans les trusts anglo-américains et la notion de propriété fiduciaire temporaire dans les trusts du modèle contractuel de droit civil.

### **Section 1. Eléments du droit des obligations dans les trusts anglo-américains et de droit civil**

85. Les trusts de droit civil entre vifs sont constitués par contrat. Il se déduit de la qualification de contrat que la fiducie et le fidéicommis sont soumis au droit général des obligations. Les contrats de fiducie et de fidéicommis permettent

contractuellement au constituant, de transférer la propriété d'un ou plusieurs biens au fiduciaire, qui s'oblige à les gérer ou les aliéner suivant un but déterminé au profit d'une troisième personne bénéficiaire. En principe, sont parties au contrat le ou les constituants et le ou les fiduciaires ; lorsque le bénéficiaire n'est pas partie au contrat, les règles de la stipulation pour autrui s'appliquent.<sup>53</sup>

86. Un trust exprès du modèle anglo-américain de propriété donne naissance à une « obligation équitable ». <sup>54</sup> Cette notion différencie le trust des autres formes d'obligations car l'obligation est « équitable par nature » et par conséquent son application peut être demandée devant un juge par une variété d'actions en justice « équitables », appropriées à chaque situation.<sup>55</sup>

87. L'obligation équitable oblige le trustee à gérer une propriété identifiée sur laquelle il a le « titre de propriété légale », au bénéfice des personnes dont il est redevable. L'obligation est constituée, soit au bénéfice des personnes qui ont des « droits de propriété équitable », dont le trustee peut faire partie, soit pour l'accomplissement d'un but déterminé non-charitable (*purpose trusts*).<sup>56</sup> Ce trust à but déterminé peut être réclamé par quelqu'un qui en a le droit, comme stipulé dans les termes de l'acte de constitution du trust ou par opération de la loi.<sup>57</sup>

88. Pour constituer un trust du modèle anglo-américain de propriété, la propriété doit être transférée au trust en donnant le titre de propriété aux trustees. Ceux-ci ont des obligations fiduciaires et altruistes imposées par la loi. Ils ne peuvent pas profiter de leur position pour leur propre bénéfice et doivent éviter tout conflit d'intérêt ou tout dommage causé aux bénéficiaires.

89. Les trustees ont aussi des obligations « équitables » de gestion raisonnable de la propriété du trust, au profit des bénéficiaires, à but philanthropique ou à tout autre

---

<sup>53</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *Fideicomiso y Securitizacion. Analisis legal, fiscal y contable*, 2e éd., La Ley, Buenos Aires, Argentine, 2006, p. 24.

<sup>54</sup> P. PARKINSON, « Reconceptualising the Express Trust », *Cambridge Law Journal*, Vol. 61, 2002, p. 657-683.

<sup>55</sup> E. H. BURN, G. J. VIRGO, *Maudsley and Burn's Trusts and Trustees. Cases and materials*, 7e éd., Oxford University Press, 2008, p. 8. Note en bas de page n° 19.

<sup>56</sup> Ce trust n'est pas un trust de charité. La jurisprudence anglaise accepte les trusts testamentaires à but non charitable pour l'entretien de tombes, d'animaux clairement identifiés, la célébration de messes et la promotion de la chasse au renard. Voir le chapitre consacré au Panama, le point II de la section 2, p. 294.

<sup>57</sup> P. PARKINSON, *ibid.*; D. J. HAYTON, "Developing the Obligation Characteristic of the Trust", *Law Quarterly Review*, vol. 117, 2001, p. 96; J. H. LANGBEIN, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *Yale Law Journal*, vol. 105, 1995-1996, p. 625.

but valable. L'essence d'un trust du modèle anglo-américain est l'obligation équitable concernant la propriété qui peut être exigée devant les tribunaux qui contrôleront les trustees.<sup>58</sup> Le trust du modèle anglo-américain de propriété doit avoir des bénéficiaires qui peuvent recourir à la Cour pour réclamer leurs droits. Si les bénéficiaires n'ont pas de droits contre les trustees, il n'y a pas de trust.<sup>59</sup>

90. Si le modèle des trusts droit civil a choisi le contrat (I), le modèle des trusts de propriété anglo-américains a aussi une composante obligationnelle (II), qui se rattache, d'une certaine façon, au droit des obligations.

### **I. Choix du contrat des trusts de droit civil**

91. L'origine du choix du contrat pour constituer des trusts du modèle contractuel, dans les systèmes de droit civil continental, remonte à l'ancien droit romain. La fiducie romaine est un contrat comprenant deux éléments caractéristiques : un élément réel ou matériel qui est le transfert de la propriété des biens, objets du contrat, et un élément personnel qui est l'obligation du fiduciaire de restituer les biens au constituant à la fin du « *pactum fiduciae* ». La « *mancipatio fiduciae causa* » est, à cette époque, un contrat par lequel la propriété est transmise de façon absolue. Ce contrat contient une clause de « *pactum fiduciae* » qui constitue l'obligation.<sup>60</sup>

92. Le Député Xavier de Roux, dans son rapport de Commission,<sup>61</sup> donne à la fiducie française une origine romaine. « La fiducie est l'un des plus anciens contrats réels visant soit à la gestion d'un patrimoine (*fiducie cum amico*), soit à la garantie d'une créance (*fiducie cum creditore*). Si elle a évolué dans sa forme, ses principes sont fondamentalement restés inchangés ; il s'agit toujours, pour le titulaire de droits sur un patrimoine (le constituant), de consentir un transfert de tout ou partie de ses droits « vers le patrimoine d'un tiers »<sup>62</sup> (le fiduciaire), au bénéfice d'une troisième

---

<sup>58</sup> D. J. HAYTON, *The Law of Trusts*, *op. cit.*, p. 99. David Hayton explique que dans des cas très rares, les tribunaux pourront gérer eux-mêmes le trust.

<sup>59</sup> *Armitage v Nurse* [1998] Ch. 241 at 253.

<sup>60</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 6. Pour une étude détaillée de la « *fiducia* » romaine et de son évolution en tant que contrat, voir Fr. BARRIERE, *La Réception du trust au travers de la fiducie*, Thèse Paris II, Litec, 2001, n° 19-54, p. 37-53.

<sup>61</sup> Rapport n° 3655 de M. Xavier de Roux, *loc. cit.*, p.7.

<sup>62</sup> Pourtant, le transfert des droits en fiducie ne se fait pas « vers le patrimoine d'un tiers » mais vers un patrimoine d'affectation séparé, géré par un tiers, dont même si ce tiers est le titulaire, il ne se confond pas avec son propre patrimoine.

personne (le bénéficiaire). » Conformément à la tradition romano-germanique, la fiducie s'inscrit dans un cadre contractuel.<sup>63</sup>

93. Les rapporteurs de l'Assemblée Nationale française considèrent fondamentale l'affirmation selon laquelle la fiducie est établie par contrat. Elle place les fiducies de droit commun sous l'empire des garanties et des règles posées par le Code civil français. Il en résulte une meilleure protection des parties. L'échange de consentements ne trouve pas de meilleure traduction formelle. En outre, « *le fait que l'article 2012 du Code civil énonçant le caractère contractuel de la fiducie insiste sur le caractère exprès de cette dernière, c'est-à-dire sur la manifestation de la volonté des parties à travers un acte juridique, en dit long sur la nature intrinsèque de la relation fiduciaire.* »

94. La genèse du fidéicomis contractuel en Amérique-latine est relaté dans une œuvre classique de l'éminent juriste panaméen Ricardo J. Alfaro intitulée « Le Fidéicomis, étude sur la nécessité d'introduire dans les législations des peuples latino-américains d'une institution nouvelle, similaire au trust du droit anglais ». <sup>64</sup> A l'époque, l'auteur souhaite créer une institution comparable au trust anglo-américain dans le cadre des institutions déjà existantes dans un système de droit civil continental comme celui du Panama. Il se décide alors pour le terme de « *fideicomiso* » qu'il conçoit comme un mandat irrévocable et rédige dans ce sens un projet qui est devenu la loi n° 9 de Panama le 6 janvier 1925.

95. Mr. Alfaro explique plus tard qu'il n'est pas important de définir le trust comme « un mandat irrévocable » ou un autre « contrat ». Il reste donc ouvert à toutes les possibilités. Selon lui, l'important est de garder l'essentiel des éléments du trust, à savoir le transfert de propriété par le constituant au fiduciaire et l'obligation imposée au fiduciaire de gérer la propriété au profit des bénéficiaires de la manière et selon les circonstances que le constituant décide. Selon K. W. Ryan,<sup>65</sup> dans la conception de Mr. Alfaro, l'institution de droit civil continental qui correspond le mieux à la figure du trust est la « fiducie romaine » car le fiduciaire devient l'unique

---

<sup>63</sup> Rapport n° 3655, *ibid.* p. 9.

<sup>64</sup> R. J. ALFARO, *El Fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al trust del derecho inglés*, Imprenta Nacional Panama, 1920.

propriétaire du patrimoine du trust suite au transfert opéré par le constituant. Le fiduciaire gère ce patrimoine avec l'obligation de se conformer aux intentions expresses du constituant.

96. Les juristes latino-américains, au début mexicains et panaméens, ont cherché la manière d'adapter le trust anglo-américain aux systèmes de droit civil continental en se référant aux travaux de Pierre Lepaulle et du juriste mexicain Pablo Macedo.<sup>66</sup> Carlos Morales Guillén<sup>67</sup> affirme que la régulation du fidéicomis bolivien s'est sans doute inspirée du fidéicomis mexicain, qui s'est certainement inspiré à son tour du trust anglo-américain. Le contrat a toujours été présent dans l'esprit des juristes latino-américains en raison des antécédents historiques romains ; l'acte unilatéral de volonté, créateur d'obligations, reste un sujet de controverse.<sup>68</sup>

97. La source du droit bolivien provient des lois mexicaines pour les institutions de crédit de 1924 et les règlements des « banques de fidéicomis » de 1926 au Mexique. Cette influence est évidente dans la loi générale des banques du 11 juillet 1928 en Bolivie qui est rédigée par la mission Kemmerer.<sup>69</sup> Cette loi, à son chapitre 12, autorise et régule le fonctionnement des départements de fidéicomis dans les banques. Comme au Mexique, l'article 173 de cette loi prévoit que seules les banques autorisées peuvent exercer en tant que fiduciaires des fidéicomis.

98. L'auteur argentin Fernando J. Lopez de Zavalia affirme que le fidéicomis argentin n'est pas fondé sur le droit romain mais sur une adaptation de la figure du trust anglo-américain par les juristes latino-américains. Il explique que « *le fidéicomis introduit par la loi argentine n° 24.441 en 1995 est une institution*

<sup>65</sup> K. W. RYAN, "The Reception of the Trust", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 10, Issue 02, April 1961, Cambridge University Press, 17 Janvier 2008, p. 274 à 278.

<sup>66</sup> P. MACEDO, *El Fideicomiso Mexicano*, publié comme analyse de la traduction de P. LEPAULLE, *Tratado Teorico Practico des los Trusts : En el derecho interno, en derecho fiscal y en derecho internacional*, Porrua, Mexico, 1975.

<sup>67</sup> C. MORALES GUILLÉN, *Código de Comercio concordado y anotado*, loc. cit., p. 1325.

<sup>68</sup> Voir M. A. CARREGAL, *Fideicomiso : Teoria y aplicacion a los negocios*, 1e éd., Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 130-132 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 52 et suiv., p. 62.

<sup>69</sup> Dans la région andine de l'Amérique du Sud, les Banques Centrales ont été créées suivant les recommandations de M. Edwin W. Kemmerer, professeur de l'Université de Princeton aux Etats-Unis d'Amérique, dans le cadre de son groupe de travail appelé « Mission Kemmerer », qui a prêté ses services pour les gouvernements de Colombie (1923), du Chili (1925), de l'Equateur (1926), de Bolivie (1927) et du Pérou (1931), pour reconstruire les systèmes monétaire, bancaire et fiscal dans ces pays. Ce même groupe a travaillé pour le gouvernement du Mexique et du Guatemala. « The foundation of the Central Bank of Bolivia (1929-1932) », *Revista de Humanidades y Ciencias Sociales, (Santa Cruz de la Sierra)*, ISSN 1819-0545, vol.12, n° 1-2, June/Dec. 2006, p. 133-184.

*nouvelle qui implique une adaptation du trust (anglo-américain) à un système comme le nôtre de droit continental. »<sup>70</sup>*

99. Les pays de droit civil adaptent la figure du trust anglo-américain pour créer les trusts du modèle contractuel de droit civil. L'adaptation la plus logique est à travers le contrat. Pourtant, par analogie aux trusts anglo-américains, le droit civil avait le choix de l'acte juridique unilatéral comme manifestation de la volonté émanant du constituant, qui entend créer certains effets de droit sans le secours d'aucune autre volonté. L'acte de disposition de transfert des biens au trust anglo-américain et la déclaration de volonté de constitution du créateur du trust sont deux actes unilatéraux distincts. L'acte unilatéral de volonté du constituant est le choix du modèle anglo-américain des trusts.

100. La réglementation des actes juridiques unilatéraux se fait en droit civil au cas par cas et n'a pas permis d'élaborer une théorie générale propre à la matière.<sup>71</sup> L'article 1370 du Code Civil français<sup>72</sup> ne le mentionne pas. L'article 955 du Code Civil bolivien limite la promesse unilatérale à deux cas précis.<sup>73</sup> Le régime juridique du contrat vient régulièrement aider l'acte juridique unilatéral. La théorie de l'engagement unilatéral reste moins élaborée que la théorie du contrat. Elle semble tout de même être le fondement de la constitution des sociétés unipersonnelles et de l'EIRL en France<sup>74</sup> car la société est en principe un contrat,<sup>75</sup> d'après la définition de l'article 1832 alinéa 1 du Code Civil français.<sup>76</sup>

101. La question est de savoir si en droit civil, une personne peut, par la seule opération de sa volonté, se rendre débitrice envers autrui. Certains auteurs<sup>77</sup> proposent d'admettre l'acte unilatéral comme source générale d'obligations à côté du contrat. L'accord de volontés existe de toute façon au moment où le créancier accepte

---

<sup>70</sup> F. J. LOPEZ DE ZAVALIA, *Fideicomiso, Leasing, Letras hipotecarias, ejecucion hipotecaria, contratos de consumicion*, Zavalia, Buenos Aires, 1996, p. 8.

<sup>71</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 50, p. 60.

<sup>72</sup> Créé par Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804.

<sup>73</sup> Promesse de paiement et reconnaissance de dette et promesse publique de récompense. De façon maladroite, le législateur bolivien s'est basé sur cet article pour justifier la constitution de patrimoines autonomes de titrisation par acte unilatéral de la société de gestion. Voir *infra* p. 436.

<sup>74</sup> Voir *infra* p. 344.

<sup>75</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires : Les sociétés commerciales*, Tome 2, 20e éd., L.G.D.J., 2011, n° 1056-2, p. 4.

<sup>76</sup> Modifié par Loi n°85-697 du 11 juillet 1985 - art. 1 JORF 12 juillet 1985 rectificatif JORF 13 juillet 1985.

<sup>77</sup> R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 3e éd., L.G.D.J., Paris, 1914, n° 138 et suiv., p. 140 et suiv.

ou réclame l'exécution de l'engagement unilatéral. Si l'on subordonne la naissance de l'obligation à l'acceptation du créancier, le débiteur peut révoquer son engagement tant que le créancier n'a pas demandé l'exécution. L'auteur de la promesse désigne la personne qui est appelée à bénéficier de l'engagement unilatéral. Le créancier peut être provisoirement inconnu ; c'est le cas d'une stipulation pour autrui au bénéfice d'une personne indéterminée ou d'une personne future.

102. La fiducie et le fidéicommiss font appel au contrat et à la stipulation pour autrui dans les relations avec les tiers bénéficiaires. La stipulation pour autrui est effectuée par contrat entre le constituant-stipulant et le fiduciaire-promettant. La théorie de l'engagement unilatéral est invoquée pour expliquer la stipulation pour autrui. Toutefois, cette dernière a fonctionné dans le droit positif bien avant qu'on ait songé à la fonder sur la théorie de l'acte juridique unilatéral.<sup>78</sup> Le promettant n'est pas lié envers le tiers par sa déclaration unilatérale mais par le contrat conclu avec le stipulant.

103. Le trust anglo-américain, né de l'acte unilatéral de disposition du constituant, engage le trustee dans une relation ou obligation fiduciaire au profit d'un bénéficiaire. Par analogie au contrat et à la stipulation pour autrui des trusts de droit civil, le trustee anglo-américain n'est pas lié envers les bénéficiaires par sa déclaration unilatérale mais par l'acte unilatéral du constituant, qu'il accepte et qui crée des relations avec lui, comparables en droit civil à celles d'un contrat conclu avec le constituant-(stipulant). C'est pourquoi le droit civil a transposé la structure du trust-anglo-américain au travers du contrat et de la stipulation pour autrui. De cette manière, il a contourné la théorie de l'acte juridique unilatéral.

104. Les trusts de droit civil argentin, bolivien et français partagent des éléments contractuels communs (A), par exemple, le choix de la stipulation pour autrui pour les bénéficiaires tiers au contrat. La relation contractuelle entre le constituant et le fiduciaire a aussi des conséquences en droit civil des trusts (B), en particulier l'absence de cumul des qualités de constituant et de fiduciaire.

---

<sup>78</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 53, note en bas de page n° 2, p. 63 et n° 523, p. 538-539.

### ***A. Eléments de la relation contractuelle en droit des obligations***

105. Les opérations de fidéicommiss et de fiducie entre vifs sont effectuées par contrat. Il s'agit d'un contrat spécial nommé, conclu entre le constituant et le fiduciaire et qui est généralement synallagmatique.<sup>79</sup> Certains contrats de fiducie ou de fidéicommiss sont des contrats de services.<sup>80</sup> Le contrat est unilatéral ou plurilatéral.<sup>81</sup> Le bénéficiaire peut être partie à part entière avec des droits et des obligations ou être un tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. Les caractéristiques du contrat sont définies par la loi, avec des éléments du droit des obligations communs au modèle contractuel des trusts de droit civil.

106. Il s'agit d'un accord de volontés (a.), créé par contrat unilatéral ou plurilatéral (b.) qui peut avoir recours à la stipulation pour autrui (c.).

#### ***a. Accord de volontés***

107. Les contrats de fiducie et de fidéicommiss naissent d'un accord de volontés entre les parties, le constituant et le fiduciaire, auquel peut s'ajouter le ou les bénéficiaires, par lequel les parties s'engagent formellement.<sup>82</sup> Le fidéicommiss latino-américain et la fiducie française sont des contrats par lesquels une personne, le fiduciaire, devenue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d'une certaine période, soit au constituant, soit à un tiers bénéficiaire.<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> La plupart des contrats onéreux sont synallagmatiques tandis que la plupart des contrats gratuits sont unilatéraux. Mais il n'y a pas de correspondance parfaite : ainsi un dépôt ou mandat gratuit est synallagmatique car le déposant et le mandant assument quelques obligations, telle celle de rembourser au dépositaire ou au mandataire les frais exposés. On parle alors de contrat synallagmatique imparfait car ces obligations sont accessoires et éventuelles. A. BENABENT, *Droit civil des obligations*, 9e éd., Montchrestien, 2003, n° 19, p. 13. Voir aussi EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *La fiducie, mode d'emploi*, Dossier pratiques Francis Lefebvre, 2e éd., 2009, n° 125, p. 14; A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *op. cit.*, p. 129.

<sup>80</sup> Pour l'Argentine voir A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *ibid.*, p. 129 ; pour la France X. BOUTIRON, « La fiducie, technique de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur ? », *Droit et Patrimoine*, mars 2010, p. 60-62; pour la Bolivie C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio Concordado y Anotado*, *loc. cit.*, p. 1331, qui le qualifie de contrat de services bancaires.

<sup>81</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio Concordado y Anotado*, *ibid.*, p. 1331 ; A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *ibid.*, p. 28.

<sup>82</sup> Pour une étude des formalités du contrat de fiducie et de fidéicommiss, voir le titre suivant sur les régimes comparés des deux modèles de trusts, p. 176.

<sup>83</sup> Cf. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981, préf. D. Schmidt.

108. Ainsi, la fiducie et le fidéicomis nés d'une convention entre le constituant et le fiduciaire sont caractérisés par le transfert d'un ou plusieurs biens au fiduciaire en « propriété fiduciaire », temporaire et contractuellement révocable. Le fidéicomis est, en principe, irrévocable mais le constituant peut se réserver le droit de le révoquer dans le contrat ; les lois argentine, bolivienne et panaméenne sur les fidéicomis prévoient un droit de révocation. En revanche, la loi française n'énonce pas expressément cette possibilité. Le constituant a le droit de révoquer la fiducie tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée, conformément aux dispositions de l'article 2028 du Code Civil français,<sup>84</sup> comme si toutes les fiducies étaient des stipulations pour autrui.<sup>85</sup>

109. Le fiduciaire doit retransmettre la propriété au constituant et/ou à un tiers bénéficiaire à l'expiration du terme fixé dans le contrat. La propriété temporaire est conditionnée par les clauses stipulées dans le contrat. Le contenu du contrat de fiducie ou du fidéicomis, librement déterminé par les parties, sous réserve du respect de l'ordre public et des lois impératives,<sup>86</sup> souscrit dans un esprit de consensualisme. Le principe de l'autonomie de la volonté induit le principe de la liberté contractuelle.

110. Le contrat fiduciaire peut être un contrat de services. Les deux caractéristiques du contrat de services fiduciaires sont l'existence d'un transfert de propriété fiduciaire et la naissance d'une obligation du fiduciaire d'accomplir sa mission fiduciaire en contrepartie d'un paiement en argent.<sup>87</sup> L'obligation du fiduciaire d'accomplir le service fiduciaire, à savoir la gestion du patrimoine affecté, est corrélative au droit de percevoir sa rémunération du fait du transfert de la propriété fiduciaire à gérer.

111. **Différence avec les trusts du modèle anglo-américain de propriété.** Le trust anglo-américain n'est pas un contrat.<sup>88</sup> Il résulte d'un acte unilatéral du constituant qui

---

<sup>84</sup> Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>85</sup> Voir *infra* p. 66, n° 170 et suiv.

<sup>86</sup> Article 6 du Code Civil français, créé par Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803.

<sup>87</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *ibid.*, p. 51.

<sup>88</sup> D'autres juridictions « mixtes » de langue anglaise comme la sud-africaine ont adapté leurs figures de trusts à leurs lois des contrats. Dans une affaire en Afrique du Sud, le juge C. J. Watermeyer expliqua qu'il n'avait pas de raison valable pour ne pas traiter le problème du trust et le résoudre par l'application des principes de la loi sud-africaine des contrats. A ce titre, il décida d'interpréter un document de constitution du trust (*trust deed*) comme étant un contrat entre le constituant et le fiduciaire pour le bénéfice d'une troisième partie, le bénéficiaire. Même si cette décision était sévèrement critiquée par la

transfère une partie de ses biens à un tiers, le trustee ; celui-ci les utilise au profit de bénéficiaires ou dans un but précis. Il y a deux actes juridiques unilatéraux à accomplir pour la constitution d'un trust exprès privé « *inter vivos* », à savoir la création du trust par déclaration et le transfert du droit de propriété au fiduciaire. Le dernier acte qui donne la vie au trust est également un acte unilatéral.<sup>89</sup>

112. David Hayton affirme que « *considérer le trust comme une obligation contractuelle diminuerait considérablement la portée de son évolution pour le siècle prochain.* »<sup>90</sup> Selon lui, il ne faut surtout pas appréhender le trust anglo-américain comme un contrat car il donnerait au constituant des droits à réclamer l'exécution du trust. En outre, le décès ou l'incapacité mentale du constituant ou du fiduciaire pourrait affecter l'existence du trust et tous les bénéficiaires devraient être nés et exister à la date de création du trust. Pourtant, certains trusts du modèle anglo-américain de propriété, tels que les trusts révocables « *inter-vivos* » de droit nord-américain ou les trusts des Iles Cook permettent au constituant de conserver certaines prérogatives et de réclamer l'exécution du trust, de manière pratiquement contractuelle.

113. De même, le modèle contractuel des trusts de droit civil est fondé sur un contrat dit spécial de fiducie ou de fidéicommiss qui a certaines spécificités disposées par la loi. Des règles particulières à certains contrats sont établies par le législateur.<sup>91</sup> Le décès du constituant d'un fidéicommiss argentin, bolivien ou panaméen n'affecte pas l'existence du trust de droit civil, sauf si le décès est expressément prévu dans le contrat comme cause d'extinction.<sup>92</sup> Le contrat de fiducie-sûreté ne prend pas fin par

---

doctrine, elle a été confirmée par la Cour Suprême de Justice de ce pays qui détermina que les bénéficiaires n'acquièrent pas des droits provenant d'un trust avant de l'avoir accepté, le trust étant révocable par accord entre le constituant et le fiduciaire avant ladite acceptation du bénéficiaire. Supreme Court of South Africa, *Crookes N.O. v. Watson*, 1956 S.A. (1) 278 (A.D.).

<sup>89</sup> M. LUPOI, *loc. cit.*, p. 4.

<sup>90</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 16.

<sup>91</sup> Article 1107 du Code Civil français, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

<sup>92</sup> L'article 1421 alinéa 3 du Code de Commerce bolivien prévoit que le fidéicommiss prend fin, en plus des causes disposées par le Code Civil, par la mort du constituant ou du bénéficiaire lorsque ce fait a été stipulé comme mettant fin au fidéicommiss. Le renvoi aux causes d'extinction du Code Civil bolivien n'est pas pertinent car celui-ci ne s'occupe pas du fidéicommiss, à l'exception de l'article 1170 qui interdit les substitutions fidéicommissaires. De la même manière, à l'article 25 alinéa c) de la loi argentine n° 24.441 sur le fidéicommiss dispose que le fidéicommiss prend fin pour toute cause stipulée dans le contrat. L'article 33 alinéa 6 de la loi n° 1-1984 du 5 janvier 1984 sur le fidéicommiss panaméen énonce que le fidéicommiss prend fin pour toute cause énoncée dans l'instrument du fidéicommiss ou dans ladite loi panaméenne sur le fidéicommiss. C'est pourquoi Graciela Medina recommande de constituer un fidéicommiss par contrat entre vifs car au décès du constituant, les héritiers devront attendre la fin du contrat pour recevoir la propriété des biens. G. MEDINA, « Fideicomiso testamentario. Como evitar el fraude a la legitima, a los acreedores y a las incapacidades para suceder », *JA*

le décès du constituant personne physique ;<sup>93</sup> le contrat prend fin uniquement en cas de fiducie-gestion.<sup>94</sup> En général, en droit commun des contrats, le décès d'une des parties ne met fin qu'aux obligations empreintes d'un degré suffisant d'*intuitus personae*.<sup>95</sup> L'énumération des causes d'extinction des obligations que donne l'article 1234 du Code Civil français<sup>96</sup> ne mentionne pas le décès des parties. De même, l'absence de fiduciaire ne met pas fin au fidéicommiss.<sup>97</sup> Les fiduciaires substitués ou les conditions de remplacement du fiduciaire doivent être stipulées dans le contrat, sinon, les parties peuvent demander au juge la nomination d'un nouveau fiduciaire.<sup>98</sup> C'est pourquoi les articles 2018, alinéa 4° et 2029 du Code Civil français devrait être modifiés.<sup>99</sup>

114. Les contrats de fiducie ou de fidéicommiss ne prennent pas fin en cas de mise sous tutelle ou curatelle du constituant.<sup>100</sup> De plus, il n'est pas nécessaire que tous les bénéficiaires soient nés ou existants à la date de la création du trust de droit civil grâce aux règles spécifiques applicables aux fidéicommiss.<sup>101</sup> Ce n'est pas le cas, pour l'instant, de la fiducie.

115. Si les trusts anglo-américains sont des actes unilatéraux de disposition, les contrats de fiducie ou de fidéicommiss peuvent être unilatéraux ou plurilatéraux.

#### *b. Contrat unilatéral ou plurilatéral*

116. La fiducie française et les fidéicommiss latino-américains sont des contrats synallagmatiques. Ils sont aussi des contrats unilatéraux<sup>102</sup> ou plurilatéraux.<sup>103</sup> Ils sont

1995-III-705. Bien entendu, le fidéicommiss doit respecter les réserves héréditaires. Les héritiers du constituant n'héritent pas la propriété des biens du fidéicommiss sur lesquels le constituant décédé n'a plus la propriété, mais ils héritent les droits qu'avait le constituant contre le fiduciaire, pour exiger l'exécution du fidéicommiss. M. A. CARREGAL, *op. cit.*, p. 169-171.

<sup>93</sup> Articles 2372-1 et 2488-1 du Code Civil, modifiés par loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 - art. 138 (V).

<sup>94</sup> Article 2029 du Code Civil français, modifié par loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>95</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1506, p. 1483.

<sup>96</sup> Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

<sup>97</sup> Article 10 de la loi argentine n° 24.441 sur le fidéicommiss ; article 22 de la loi n° 1-1984 du 5 janvier 1984 sur le fidéicommiss panaméen ; article 1421, alinéa 4) et 8) du Code de Commerce bolivien.

<sup>98</sup> Voir *infra* p. 214 et suiv.

<sup>99</sup> Voir le projet de loi sur la fiducie dans la conclusion de cette thèse *infra* p. 585.

<sup>100</sup> Article 2022 du Code Civil français, modifié par loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>101</sup> En fonction des dispositions énoncées à l'article 1008 du Code Civil bolivien et à l'article 2 de la loi argentine n° 24.441 sur le fidéicommiss.

<sup>102</sup> Ils sont appelés aussi des « négoce juridiques ». Un négoce juridique est un acte reconnu par la loi, qui contient une ou plusieurs déclarations de volonté et qui sert de base pour produire un effet juridique qualifié d'effet voulu. C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil concordado y anotado*, *op. cit.*, p. 605.

unilatéraux lorsque, des deux parties entre lesquelles le contrat est stipulé, à savoir, le constituant et le fiduciaire, seule une partie s'oblige de façon principale.<sup>104</sup> On distingue ainsi les contrats de fiducie ou de fidéicommiss synallagmatiques imparfaits des contrats synallagmatiques parfaits lorsque les premiers sont conçus comme des contrats unilatéraux et deviennent postérieurement bilatéraux.<sup>105</sup>

117. La loi bolivienne le désigne sous le terme d'« acte constitutif »<sup>106</sup> ou « contrat de fidéicommiss ». <sup>107</sup> Lorsqu'il s'agit d'un contrat unilatéral, il est établi par la volonté du constituant par acte « *inter vivos* » et par écriture publique enregistrée.<sup>108</sup> Il produit des effets devant les tiers à partir de sa publication dans le registre et il ne peut pas être modifié par le constituant, sans accord du bénéficiaire.<sup>109</sup> Carlos Morales Guillén<sup>110</sup> explique : « *les acceptations du fiduciaire et du bénéficiaire sont des conditions juridiques nécessaires à l'exécution du fidéicommiss et ne sont pas destinées à le rendre juridiquement parfait ; il ne s'agit pas de manifestations de volonté essentielles à la création du négoce juridique unilatéral.* »

118. Lorsque la structure de l'acte constitutif du fidéicommiss n'est pas une déclaration unilatérale de volonté, acceptée postérieurement par le fiduciaire, mais consiste en des déclarations croisées de volonté du constituant et du fiduciaire, qui sont des « parties » dans le sens strict du terme, il s'agit d'un contrat avec un objet déterminé<sup>111</sup> qui invite les parties à se lier dans la forme énoncée par la loi.<sup>112</sup> Le caractère obligatoire de l'acceptation du fiduciaire, dans ce cas, n'affecte pas la conception du fidéicommiss comme contrat. Cette acceptation est propre à certaines

<sup>103</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil Concordado y Anotado*, *Ibid.* p. 610 ; A. DILOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 128 ; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 19, p. 13. La conséquence principale de cette distinction est l'« *exceptio inadimpleti contractus* » (exception d'inexécution, article 573 du Code Civil bolivien et l'article 1201 du Code Civil argentin).

<sup>104</sup> Comme c'est le cas du contrat de commodat ou de dépôt.

<sup>105</sup> C'est le cas aussi du mandat, lorsque le mandataire fait des dépenses personnelles dans l'exercice de sa mission, qui doivent être remboursées.

<sup>106</sup> Voir les articles 1416 et 1417 du Code de Commerce bolivien.

<sup>107</sup> Voir l'article 1418 du Code de Commerce bolivien.

<sup>108</sup> En fonction des dispositions des articles 491, alinéa 5), 1538 et 1566 du Code Civil bolivien.

<sup>109</sup> En fonction des dispositions de l'article 1421 alinéa 6 du Code de Commerce bolivien. Cet alinéa énonce que « le fidéicommiss prend fin par l'accord mutuel entre le constituant et le bénéficiaire, sans préjudice des droits du fiduciaire. »

<sup>110</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y Anotado*, note à l'article 1414, *op. cit.*, p. 1330.

<sup>111</sup> Article 485 du Code Civil bolivien.

<sup>112</sup> Article 450 du Code Civil bolivien.

situations dans lesquelles un des contractants rend un service public ; c'est le cas des sociétés de transport et des institutions de crédit.<sup>113</sup>

119. En outre, le caractère contractuel se révèle quand le constituant se réserve une série de droits qui lui donne la qualité de titulaire direct de certaines actions en justice contre le fiduciaire.<sup>114</sup> Dans ce cadre, lorsque participent à la constitution du fidéicommiss le constituant, avec des droits et des obligations vis-à-vis du fiduciaire et du bénéficiaire, le fiduciaire qui les contracte vis-à-vis du constituant et du bénéficiaire et le bénéficiaire qui les accepte devant le fiduciaire et le constituant, il s'agit d'un contrat plurilatéral, avec l'intervention de trois parties à l'acte.<sup>115</sup>

120. Il est toujours nécessaire d'analyser le négoce sous-jacent à la relation fiduciaire, c'est-à-dire la relation que le constituant souhaite établir avec le fiduciaire et le bénéficiaire. Adrian Diplotti, Pablo Gutierrez et Nicolas Malumian<sup>116</sup> expliquent que, si le constituant reçoit une rétribution, stipulée dans le contrat, provenant du bénéficiaire, en contrepartie du transfert accompli par le constituant,<sup>117</sup> il s'agit d'un contrat bilatéral car le constituant reçoit une contreprestation du bénéficiaire, à savoir la rétribution que le bénéficiaire s'engage à effectuer. Ce sont deux obligations réciproques et interdépendantes.

121. En revanche, si le constituant transfère un bien sans recevoir aucune contrepartie ou rétribution de la part du bénéficiaire et/ou du fiduciaire et lorsque ces derniers n'ont aucune obligation provenant du contrat, nous sommes en présence d'une stipulation unilatérale pour autrui.<sup>118</sup> La stipulation pour autrui serait donc une application de l'engagement unilatéral de volonté. Nonobstant, le droit direct du bénéficiaire n'a pas de source dans la volonté unilatérale isolée du promettant mais bien dans le concours des volontés du stipulant et du promettant.<sup>119</sup> L'acceptation

---

<sup>113</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio Concordado y Anotado, ibid.*, p. 1331.

<sup>114</sup> En fonction des dispositions de l'article 1416, alinéa 1, 4 et 5 du Code de Commerce bolivien, à savoir tous les droits qu'il aurait pu se réserver dans l'acte constitutif, qui ne sont pas contraires à la loi ou à l'esprit de l'institution du fidéicommiss, notamment de révoquer le fidéicommiss, de demander le remplacement du fiduciaire, d'exiger des comptes rendus sur la gestion fiduciaire et d'initier l'action en responsabilité contre le fiduciaire.

<sup>115</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio Concordado y Anotado, ibid.*, p. 1331.

<sup>116</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *op. cit.*, p. 129.

<sup>117</sup> Par exemple un transfert de créances à un fidéicommiss financier qui émet des valeurs mobilières payées par les bénéficiaires.

<sup>118</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *ibid.*, p. 129.

<sup>119</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 522, p. 538-539.

sinon l'intervention d'un cocontractant est nécessaire. On peut parler d'une initiative partagée du constituant et du fiduciaire au niveau de la formation du rapport fiduciaire. Cette relation fiduciaire, établie « entre vifs », ne peut résulter que d'un contrat et ne peut prendre effet que par l'acceptation du fiduciaire.

**122. Différence avec les trusts du modèle anglo-américain de propriété.** Dans le modèle des trusts anglo-américains de propriété, l'acceptation du trustee est présumée. Le fiduciaire nommé a le devoir de déclarer expressément s'il n'accepte pas. Dans la grande majorité des cas, le trustee sait qu'il a été nommé en cette qualité. Or, dans des cas exceptionnels, il peut arriver qu'une personne ne sache pas qu'elle est trustee.<sup>120</sup> L'acceptation du fiduciaire peut être déduite de ses actes. Il existe un consensus sur ce sujet entre la loi anglaise et la majorité des législations sur les trusts des pays du Commonwealth et d'autres juridictions mixtes.<sup>121</sup>

**123.** A titre d'exemple, la loi sur les trusts de Jersey de 1984 prévoit, à son article 14, que personne n'est obligé d'accepter une nomination en tant que fiduciaire. Néanmoins, toute personne agissant vis-à-vis du patrimoine du trust en qualité de fiduciaire est considérée comme ayant accepté la nomination de fiduciaire. Le terme « nomination du fiduciaire » par le constituant montre clairement la nature unilatérale de l'acte de constitution du trust.

**124.** La stipulation pour autrui n'existe pas dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété et elle est caractéristique du modèle contractuel des trusts de droit civil.

### *c. Stipulation pour autrui*

**125.** La stipulation pour autrui est un élément du modèle contractuel des trusts de droit civil. Les trusts de droit civil utilisent la stipulation pour autrui pour encadrer les relations avec les bénéficiaires lorsqu'ils sont tiers au contrat. La doctrine ne s'accorde pas sur le fait que la stipulation pour autrui constitue une opération

---

<sup>120</sup> Fletcher v Fletcher (1844) 4 Hare 67. Le titre de certains biens peut être assujéti à un transfert à vie vers un trustee sans que ce dernier en ait pris connaissance.

<sup>121</sup> Anguilla Trusts Ordinance 1994, article 21; Guernsey Trusts Law 1989, article 15(2) ; Jersey Trusts Law 1984, article 14 ; Malta Trusts Act 1988, article 19(1) ; Mauritius Offshore Trusts Act 1992, article 25 (1); Seychelles International Trusts Act 1994, article 24 (1).

juridique à trois personnes. Christian Larroumet<sup>122</sup> affirme que la stipulation pour autrui est une opération à trois personnes car le tiers acquiert la qualité de partie par l'effet de son acceptation.<sup>123</sup> Carlos Morales Guillén<sup>124</sup> explique qu'un tiers n'intervient pas à l'acte ou au contrat de fidéicommiss car on ne peut pas considérer comme un tiers celui qui intervient au contrat de fidéicommiss en tant qu'obligé. Le bénéficiaire peut être partie à part entière avec des obligations à un contrat plurilatéral de fidéicommiss, signé entre le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire. Dans ce cas, il ne s'agit plus d'une stipulation pour autrui.

126. La stipulation pour autrui est l'accord par lequel les parties contractantes (le constituant et le fiduciaire) conviennent qu'une tierce personne, non signataire, bénéficie des avantages du contrat.<sup>125</sup> Elle ne procure que des droits aux bénéficiaires ; elle ne saurait leur imposer des obligations qui sont négociées en dehors de ces derniers. Néanmoins, elle n'exclut pas, dans le cas d'acceptation du bénéficiaire, qu'il soit tenu de certaines obligations accessoires.<sup>126</sup> Dès son acceptation,<sup>127</sup> le tiers dispose d'une action directe contre le promettant pour le contraindre à exécuter son obligation,<sup>128</sup> sauf clause contraire.<sup>129</sup>

127. Comme toute relation entre trois personnes, la stipulation pour autrui produit des effets relatifs « aux trois côtés du triangle ». Entre le stipulant et le promettant,

---

<sup>122</sup> Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968.

<sup>123</sup> Contre : M. BILLIAU, J. GHESTIN, Ch. JAMIN, *Traité de droit civil (sous la direction de J. Ghestin) Les effets du contrat (Les obligations)*, 3e éd., L.G.D.J., 2001.

<sup>124</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil Concordado y Anotado*, *ibid.*, p. 751.

<sup>125</sup> L'article 504 du Code Civil argentin prévoit que « lorsque dans une obligation on stipule un avantage en faveur d'un tiers, ce dernier pourra exiger l'exécution de cette obligation, s'il l'avait accepté et fait savoir à l'obligé avant qu'elle n'ait été révoquée. L'article 526 du Code Civil bolivien dispose qu'est valide « la stipulation en faveur d'un tiers lorsque le stipulant, agissant en son propre nom, a un intérêt licite à la faire. L'article 527 alinéa II du même Code prévoit que le stipulant pourra révoquer ou modifier la stipulation avant que le tiers ait déclaré, expressément ou tacitement, qu'il veut en profiter. En France, les conventions ne nuisent point au tiers. On peut stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter.

<sup>126</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 1987, Bull. civ. I, n° 343, p. 246, D. 1989. somm. com. p. 233, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 1988.532, obs. J. Mestre.

<sup>127</sup> En Argentine, en principe, l'acceptation doit être expresse, car le « bénéficiaire doit accepter et le faire savoir » (article 504 du Code Civil argentin précédemment cité). En Bolivie, l'acceptation peut être expresse ou tacite, (article 527 alinéa II du Code Civil bolivien). En France, cette acceptation peut être aussi expresse ou tacite. L'acceptation du tiers a généralement lieu, soit dans le contrat qui contient la stipulation en sa faveur, soit dans un acte postérieur. L'acceptation du bénéficiaire peut, semble-t-il, parfois, être antérieure à la stipulation, notamment lorsqu'elle a été insérée à la demande de celui-ci. Voir Civ. 1<sup>er</sup>, 19 déc 2000, D. 2001.3482 ; note I. Ardeef, *Défrenois* 2001.700, obs. Libchaber. Voir Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 519, p. 536.

<sup>128</sup> A partir de ce texte, la jurisprudence a prescrit un certain nombre de conditions de validité : le stipulant doit avoir un intérêt direct et immédiat, fût-il même purement moral à cette stipulation. Voir Req. 30 avril 1888, D.P. 1888, I, 291 pour la France, et C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil Concordado y Anotado*, *op. cit.*, p. 751, pour la Bolivie.

<sup>129</sup> L'article 527 alinéa I du Code Civil bolivien énonce que, sauf pacte contraire, le tiers acquiert le droit à la prestation, contre l'obligé, en fonction de ce qui a été stipulé et indépendamment de son acceptation ou de sa non acceptation.

elle produit les effets de tout contrat. En cas d'inexécution, chaque partie peut demander la résolution du contrat ; même le stipulant peut demander la résolution pour inexécution du promettant envers le bénéficiaire.<sup>130</sup> Vis-à-vis du promettant, le bénéficiaire acquiert un droit direct contre lui ; il peut réclamer l'exécution de la promesse ou, à défaut, des dommages et intérêts.<sup>131</sup> Les sommes ainsi versées tombent directement dans son patrimoine sans transiter par celui du stipulant. En revanche, le bénéficiaire ne peut pas agir en résolution du contrat principal car il n'a juridiquement aucun intérêt ; il ne peut obtenir aucune restitution puisqu'il n'a rien versé.<sup>132</sup>

*128.* Le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui doit être individualisable au jour où la condition reçoit effet. Il suffit que le bénéficiaire soit déterminable, même s'il n'est pas encore connu lors du contrat ou même s'il n'existe pas encore, comme c'est le cas des enfants à naître d'un souscripteur d'une assurance décès en France. Même l'absence de bénéficiaire, dans le cas d'une faculté de substitution insérée dans une promesse de vente, n'a pas dissuadé la jurisprudence française d'analyser cette clause en une stipulation pour autrui.<sup>133</sup> La détermination s'apparente plus à une condition de déterminabilité.

*129.* L'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il en va de son intérêt. Une personne future est celle qui, au jour de la stipulation, n'est pas encore conçue. En matière d'assurance sur la vie,<sup>134</sup> sont considérés comme bénéficiaires les enfants nés ou à naître du contractant, de l'assuré ou de toute autre personne désignée. Il suffit qu'au jour où la stipulation produit ses effets, l'enfant soit né ou conçu pour que l'assurance sur la vie souscrite au profit d'un enfant à naître soit valable. Les dispositions du Code des assurances sont spécifiques en la matière et la jurisprudence ne semble pas favorable à ce que ces dispositions soient étendues à toutes les stipulations dont le tiers serait une personne future, comme pourrait être le cas d'une fiducie.

---

<sup>130</sup> Article 527 alinéa II du Code Civil bolivien.

<sup>131</sup> Néanmoins, les exceptions dérivées du contrat sont opposables par le promettant même contre le tiers. Article 530 du Code Civil bolivien.

<sup>132</sup> A. BENABENT, *loc. cit.*, p. 184-185.

<sup>133</sup> A. BENABENT, *ibid.*, p. 182-185.

130. Certains auteurs affirment que la fiducie française est « *une variante de la stipulation pour autrui* »<sup>135</sup> en raison de la similarité des dispositions de l'article 2028 du Code Civil français<sup>136</sup> et de l'article 1121 du même Code. La stipulation pour autrui existe, en France, en matière d'assurances en faveur de bénéficiaires qui n'existent pas encore ; en revanche, dans un contrat de fiducie, il faut que le bénéficiaire non seulement existe mais qu'il ait aussi la capacité de contracter. En outre, le bénéficiaire qui donne une contrepartie pour éviter l'interdiction de l'article 2013 du Code Civil, est partie au contrat avec des obligations qui, en réalité, lui sont imposées. Le tiers bénéficiaire, qui n'est pas le constituant, ne profite pas vraiment avec l'article 2028 d'une stipulation pour autrui car, dans le contrat de fiducie, il est limité : il doit avoir la capacité de contracter et non de recevoir à titre gratuit ; il ne peut pas être un mineur représenté, il ne peut pas recevoir de libéralités et il doit donner une contrepartie. Les articles 2013 et 2028 du Code Civil dénaturent le contrat de fiducie et devraient être supprimés.<sup>137</sup>

131. En Bolivie, Carlos Morales Guillén affirme qu'on peut stipuler en faveur d'une personne inexistante en application de l'article 1008 du Code Civil bolivien.<sup>138</sup> Cet article permet de constituer un fidéicommiss en faveur d'une personne inexistante. Or, en Argentine, selon Graciela Medina, « *lorsqu'il s'agit d'une stipulation pour autrui, il faut l'existence du bénéficiaire au moment de sa constitution, tandis qu'un fidéicommiss peut se constituer en faveur de quelqu'un qui n'existe pas au moment de la rédaction du contrat* ». <sup>139</sup> L'article 2 de la loi argentine n° 24 441 prévoit que le bénéficiaire, personne physique ou morale, peut exister ou non au moment de la conclusion du contrat de fidéicommiss.

132. Les règles de la stipulation pour autrui ne s'appliquent pas au constituant qui est aussi le bénéficiaire.<sup>140</sup> Si le contrat de fiducie est accepté par le constituant qui est aussi bénéficiaire, il pourrait être modifié ou révoqué à tout moment avec l'accord

<sup>134</sup> Article L. 132-8 du Code des assurances français, modifié par LOI n°2007-1775 du 17 décembre 2007 - art. 10.

<sup>135</sup> Fr. BARRIERE, *op. cit.*, n° 514, p. 402.

<sup>136</sup> Créé par loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007 sur la fiducie.

<sup>137</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2028 du projet de loi sur la fiducie dans la conclusion de cette thèse *infra* p. 585.

<sup>138</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil Concordado y Anotado, op. cit.*, p. 751.

<sup>139</sup> G. MEDINA, *loc. cit.*

<sup>140</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil Concordado y Anotado, ibid.*, p. 751.

du constituant-bénéficiaire, selon l'article 2028 du Code Civil français.<sup>141</sup> La fiducie serait donc « révocable » par principe, de manière analogue aux trusts révocables « *inter-vivos* » de droit nord-américain. Le cumul des qualités de constituant et de bénéficiaire est fréquent, en France, en raison de l'interdiction de libéralités en faveur des bénéficiaires d'une fiducie. Le constituant devrait avoir la possibilité contractuelle de révocation de la fiducie et non celle du mécanisme de l'article 2028 du Code Civil français.

133. La jurisprudence argentine<sup>142</sup> qualifie certains contrats constituant des fonds fiduciaires de stipulations pour autrui. L'arrêt de la salle C de la Cour Nationale Civile, du 24 septembre 1996, « De la A. de R., M.C. contre R. U. et autre », pour exécution du contrat, énonce : « en ce qui concerne la nature de la participation du bénéficiaire et de son droit à exiger l'exécution de l'obligation du fiduciaire, le Tribunal décide, en première instance, que la clause de la convention qui stipule la constitution de « fonds fiduciaires »... en faveur de chacun des quatre enfants du mariage, n'est pas un contrat bilatéral commutatif ou unilatéral onéreux... mais une stipulation en faveur d'un tiers (article 504 du Code Civil argentin) et constitue une promesse de donation. »

134. Ensuite, il est réaffirmé, en deuxième instance, que « lorsque le juge de première instance traite la demande selon les dispositions de l'article 504 du Code Civil, en considérant que l'accord, objet du litige, est une stipulation pour autrui, en ce qui concerne les enfants de la demanderesse, cette institution permet au stipulant et au bénéficiaire de demander l'exécution de la promesse effectuée au bénéfice de ce dernier... Indépendamment du bien-fondé de la demande, il est évident que la mère, en tant que stipulante dans le contrat, peut légitimement réclamer l'exécution, même si le bénéfice est exclusivement pour le bénéficiaire. »

135. **Différence avec les trusts du modèle anglo-américain de propriété.** Les auteurs se penchent sur les causes du succès du trust dans les pays de Common Law et son absence dans les pays de droit civil continental. Ils expliquent cette différence par l'étroitesse de la notion de contrat dans les pays de Common Law. Le droit

---

<sup>141</sup> Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

anglais s'est doté, en 1999,<sup>143</sup> d'une loi dénommée « Contracts (Rights of Third Parties Act) 1999 (Loi sur les contrats et les tiers de 1999) qui est applicable exclusivement en matière de contrats.

136. En droit anglais, pour qu'un contrat soit valable, la personne doit être partie au contrat et s'engager de façon synallagmatique en donnant une contrepartie (*consideration*) à l'autre partie. La loi sur les contrats et les tiers de 1999 réforme substantiellement la doctrine de la Common Law dénommée « Doctrine of Privity of contracts » et abolit le principe critiqué énonçant qu'un tiers ne bénéficie pas d'un contrat. Elle permet désormais aux tiers de demander l'exécution du contrat dont ils bénéficient et des dommages et intérêts pour inexécution. En outre, elle empêche toute modification du contrat sans le consentement des tiers bénéficiaires. En même temps, elle prévoit une protection du stipulant et du promettant en cas de dispute avec les tiers bénéficiaires et permet aussi aux parties d'exclure expressément la protection donnée par cette loi lorsqu'elles veulent limiter la participation des tiers bénéficiaires au contrat. Cette réforme du droit des contrats de la Common Law ressemble aux règles de droit civil de la stipulation pour autrui.

137. La présence de la stipulation pour autrui dans les pays de droit civil a donné au droit des obligations une souplesse suffisante qui les dispense de recourir à une autre institution.<sup>144</sup> Le trust anglo-américain n'est pas un contrat et par conséquent il ne peut pas être une stipulation pour autrui ; celle-ci n'existe pas dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété. La loi sur les contrats et les tiers de 1999 est applicable exclusivement en matière de contrats et n'est, en aucune manière, applicable aux trusts.

138. Les conséquences du choix du contrat par le modèle contractuel des trusts de droit civil sont aussi à souligner en droit civil des trusts.

---

<sup>142</sup> Fallo de la CN Civil, sala C, 24 de septiembre de 1996, « De la A. de R., M. C. c. R. U. y otra s/cumplimiento de contrato ».

<sup>143</sup> Cette loi a reçu le consentement royal le 11 novembre 1999.

<sup>144</sup> J. P. BERAUDO et J. M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil. Approche juridique et fiscale*, Academy & Finance, Genève, 2006, p. 69.

## ***B. Conséquences de la relation contractuelle en droit des trusts***

139. Les opérations fiduciaires, en droit civil continental, sont soumises à un principe général de la loi des contrats : « on ne conclut pas un contrat de fiducie ou un contrat de fidéicommiss avec soi-même ». Un autre principe qui provient du droit anglo-américain des trusts et qui s'applique aux fidéicommiss contractuels, est que le fiduciaire ne profite pas des biens et revenus du trust, d'où résulte le non cumul des qualités d'unique fiduciaire et d'unique bénéficiaire dans les fiducies et les fidéicommiss de gestion.

140. Le modèle contractuel de trust de droit civil, qu'il s'agisse d'une fiducie ou d'un fidéicommiss, donne contractuellement au fiduciaire le pouvoir de gestion du patrimoine d'affectation. Néanmoins, il est possible de trouver l'autorité prédominante du constituant, stipulée dans les termes du contrat, qui se réserve alors le pouvoir de révocation ou la faculté de donner son consentement préalable à certains actes de gestion que le fiduciaire propose de réaliser.<sup>145</sup>

141. Les principes, à savoir « on ne contracte pas avec soi-même » (a.), le fiduciaire ne profite jamais du trust (b.) et les droits contractuels de révocation qui peuvent être retenus par le constituant (c.) proviennent du caractère contractuel du modèle des trusts de droit civil.

### *a. « On ne contracte pas avec soi-même »*

142. Ce principe exclut qu'une seule personne cumule les qualités de constituant et de fiduciaire dans un même contrat de fiducie ou de fidéicommiss. Le cumul des qualités de constituant, de fiduciaire et de bénéficiaire sur une seule personne, très répandu dans les trusts du modèle anglo-américain de propriété, est contraire au principe du droit des contrats des pays de droit civil énonçant qu'on ne contracte pas avec soi-même. Même si la loi ne le précise pas expressément, une même personne ne peut être à la fois constituant et fiduciaire. En effet, la fiducie ou le fidéicommiss sont

---

<sup>145</sup> D. WATERS, *op. cit.*, p. 6.

des contrats conclus entre le constituant et le fiduciaire. En ce sens, ils créent des obligations à la charge des deux parties.<sup>146</sup>

143. L'idée de constitution d'un fidéicommiss ou d'une fiducie par « acte propre » est exclue à cause des considérations d'ordre logique et pratique.<sup>147</sup> Les législations étudiées énoncent « qu'une personne », appelée constituant, doit transmettre la propriété et transférer les biens « à une autre personne », appelée fiduciaire.<sup>148</sup> Cette transmission n'est réalisée que par contrat ou par testament et non par acte unilatéral de disposition de patrimoine d'une seule et même personne.

144. En Argentine, dans un premier temps, les normes de la Commission Nationale de Valeurs<sup>149</sup> admettaient la constitution de fidéicommiss financiers par acte unilatéral ; ce dernier était compris comme celui pour lequel les qualités de constituant et de fiduciaire coïncident sur une même personne. Après une sévère critique de la doctrine de cette modalité de fidéicommiss, ils ont été interdits.<sup>150</sup> Dans ce pays, si le constituant et le fiduciaire, dans un fidéicommiss financier, ont 10 % ou plus d'actionnaires en commun et si le patrimoine du fidéicommiss est constitué d'actifs liquides, le fiduciaire ne peut pas acquérir pour ce fidéicommiss des actifs de sa propriété ou des actifs des sociétés qui détiendraient plus de 10 % du capital social du fiduciaire. Il en va de même si la société cédante détient plus de 10 % du fiduciaire et vice versa en actionnariat croisé. Si le montant de détention croisée est inférieur, il est conseillé tout de même de le spécifier dans le prospectus du fidéicommiss financier.<sup>151</sup>

145. En Bolivie, les sociétés de gestion habilitées peuvent créer des patrimoines autonomes de titrisation par acte unilatéral.<sup>152</sup> Toutefois, le fidéicommiss ordinaire de l'article 1409 du Code de Commerce bolivien peut être constitué uniquement par

<sup>146</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.*, n° 780, p. 31.

<sup>147</sup> J. R. HAYZUS, *Fideicomiso*, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 116.

<sup>148</sup> L'article 1 de la loi argentine n° 24.441 du 9 janvier 1995 et l'article premier de la loi panaméenne n° 1 du 5 janvier 1984 sur les fidéicommiss prévoient clairement « qu'une personne » transmet la propriété fiduciaire des biens « à une autre ». En Bolivie et en France, la loi ne précise pas que le transfert se fait entre personnes différentes : l'article 1409 du Code de Commerce bolivien prévoit qu'« une personne », appelée le constituant, transfère un ou plusieurs biens « à une Banque », appelée le fiduciaire. L'article 2011 du Code Civil français, créé par loi n° 2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007 dispose qu'« un ou plusieurs constituants » transfèrent des biens à « un ou plusieurs fiduciaires ».

<sup>149</sup> La « *Comision Nacional de Valores de Argentina* », est l'équivalent de l'Autorité des Marchés Financiers en France, ou l'« *Autoridad boliviana de Supervision del Sistema financiero* » en Bolivie.

<sup>150</sup> Par résolution N° 290/1997 de la Commission Nationale des Valeurs Argentine en date du 20 mai 1997.

<sup>151</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *op. cit.*, p. 33.

<sup>152</sup> Voir *infra* p. 456 et suiv.

contrat (ou par testament),<sup>153</sup> même si le constituant est une banque, seule institution habilitée à avoir la qualité de fiduciaire en Bolivie.

146. En France, le contrat de fiducie est valide si le constituant et le fiduciaire sont deux personnes morales distinctes, habilitées par la loi à être constituant et fiduciaire ; les liens capitalistiques entre les deux sociétés ne sont pas pris en compte. Une société de gestion de portefeuille, habilitée à être fiduciaire, ne peut pas constituer une fiducie et se nommer fiduciaire, sinon, elle constituerait la fiducie par acte unilatéral de disposition ou d'affectation de patrimoine et non par contrat, puisqu'elle ne peut pas conclure un contrat de fiducie avec elle-même. En revanche, il n'en est pas de même pour la constitution de fonds communs de placement (FCP)<sup>154</sup> qui n'ont pas la personnalité morale. Les FCP étaient constitués à l'origine à l'initiative conjointe de la société de gestion et d'un dépositaire. L'ordonnance du 1 août 2011 fait évoluer les modalités de constitution des FCP, conformément à la directive OPCVM IV, en prévoyant que la société de gestion « crée le fonds et choisit le dépositaire ».<sup>155</sup> Cette création est donc un acte unilatéral. Cependant, l'acquisition de parts d'un FCP emporte acceptation de son règlement<sup>156</sup> de la part des souscripteurs.<sup>157</sup>

147. La société est la technique juridique la plus répandue, qui permet de séparer le patrimoine des associés de celui de la personne morale et d'affecter des biens à un but déterminé. Deux techniques portent atteinte à la tradition juridique française de l'unicité du patrimoine et permettent de segmenter le patrimoine d'une seule personne : la fiducie et l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL).<sup>158</sup> Ces dernières n'existent pas, pour l'instant,<sup>159</sup> en Argentine ou en Bolivie.<sup>160</sup> En droit français, une seule personne peut créer un ou plusieurs patrimoines d'affectation, qui n'ont pas la personnalité morale,<sup>161</sup> en plus du patrimoine propre, par acte unilatéral de déclaration au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers,<sup>162</sup>

---

<sup>153</sup> Article 1411 du Code de Commerce bolivien

<sup>154</sup> Article L214-8 du Code Monétaire et financier, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>155</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER, *op.cit.*, n° 2107-1, p. 860.

<sup>156</sup> Article L214-8-1 du Code Monétaire et financier, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3

<sup>157</sup> Voir le deuxième chapitre de la deuxième partie sur les trusts financiers, les Units trusts et les FCP, *infra* p. 399 et suiv.

<sup>158</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER, *ibid.*, n° 1056-22, p. 15.

<sup>159</sup> Le « Projet de Code de commerce bolivien en conformité à la nouvelle Constitution » de mars 2010 prévoit des sociétés unipersonnelles appelées « *Empresario unipersonal de responsabilidad limitada* » aux articles 121 à 137, p. 29-32.

<sup>160</sup> Voir *infra* p. 349.

<sup>161</sup> Article L526-6 du Code de Commerce français, modifié par LOI n°2011-525 du 17 mai 2011 - art. 178.

<sup>162</sup> Article L526-7 du Code de Commerce, modifié par LOI n°2010-874 du 27 juillet 2010 - art. 40.

en tant qu'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). L'entrepreneur déclare la liste des biens qu'il affecte à son activité professionnelle ; il sépare ainsi son patrimoine personnel de son patrimoine professionnel. Il est propriétaire des deux patrimoines et la déclaration d'affectation n'entraîne pas la création d'une société. L'entrepreneur évite ainsi la complexité liée à la gestion d'une personne morale distincte. Selon Michel Germain et Véronique Magnier, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EIRL) est née du constat de l'échec relatif des sociétés unipersonnelles dans le monde des petites entreprises et du désir des pouvoirs publics d'offrir aux entrepreneurs individuels une structure permettant d'isoler et de protéger un patrimoine personnel séparé d'un patrimoine commercial.<sup>163</sup> Toutefois, la complexité des règles permettant cette séparation est telle que l'on peut s'interroger sur son pouvoir de séduction. En revanche, les règles de séparation du patrimoine de la fiducie ou du fidéicommiss sont plus simples car le patrimoine d'affectation appartient à une autre personne, le fiduciaire.<sup>164</sup>

148. Pour la fiducie, il faut toujours au moins deux personnes, c'est-à-dire un constituant et un fiduciaire. L'EIRL aurait pu être conçu par le législateur comme une fiducie dans laquelle le constituant est aussi le fiduciaire et le seul bénéficiaire. Cette fiducie ressemblerait fortement aux trusts révocables « *inter-vivos* » de droit nord-américain. Cependant, cette structure sous la forme d'un contrat de fiducie de droit français dérogerait à la règle de droit civil disposant qu'on ne conclut pas avec soi-même un contrat de fiducie ou de fidéicommiss. La fiducie et les fidéicommiss sont créés uniquement par contrat et non par acte unilatéral de déclaration d'affectation de patrimoine.

149. Un autre principe du droit des trusts est que le fiduciaire ne doit pas profiter du trust.

*b. « Le fiduciaire ne profite pas du trust »*

150. En Argentine, en Bolivie, en France et au Panama, le constituant peut être l'unique bénéficiaire de son fidéicommiss ou de sa fiducie. En revanche, les lois

---

<sup>163</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER, *ibid.*, n° 1056-22, p. 16.

bolivienne et panaméenne sur le fidéicomis disposent expressément qu'une même personne ne peut pas avoir la qualité de fiduciaire et d'unique bénéficiaire. Si cela arrive, « le fiduciaire ne peut pas recevoir les bénéfices du fidéicomis pendant que cette confusion subsiste. »<sup>165</sup>

151. Carlos Morales Guillén<sup>166</sup> affirme que l'interdiction de toute confusion fiduciaire-bénéficiaire est expliquée par le fait que la gestion temporaire du fiduciaire doit s'exercer en fonction du but du fidéicomis et non de l'intérêt du fiduciaire ;<sup>167</sup> le bénéficiaire doit pouvoir contester les actes du fiduciaire réalisés en dehors des limites fonctionnelles du contrat et demander si nécessaire sa révocation.<sup>168</sup> A la fin du fidéicomis, ce qui reste des biens doit retourner au constituant ou à ses héritiers :<sup>169</sup> ces biens ne doivent jamais bénéficier au fiduciaire.

152. De la même manière, la législation panaméenne sur le fidéicomis prévoit de façon précise que le fidéicomis prend fin en cas de confusion sur une seule personne de la qualité d'unique bénéficiaire et d'unique fiduciaire.<sup>170</sup> Seules les entités panaméennes de droit public peuvent retenir des biens propres en fidéicomis et agir en tant que fiduciaires pour la gestion des biens affectés dans un patrimoine séparé, pour le développement de leurs fins, au travers d'une déclaration selon les formalités énoncées par la loi.<sup>171</sup> En Argentine, le contrat de fidéicomis ne peut pas dispenser le fiduciaire de l'interdiction d'acquérir les biens en fidéicomis pour lui-même.<sup>172</sup> A partir de ce principe, il a été déduit que le fiduciaire ne peut pas être l'unique bénéficiaire.

153. **Cumul fiduciaire-bénéficiaire des fiducies ou fidéicomis de sûreté.**<sup>173</sup> Le principe interdisant au fiduciaire de bénéficier des biens et revenus provenant du

<sup>164</sup> Voir *infra* p. 219 sur les règles d'étanchéité du patrimoine fiduciaire.

<sup>165</sup> Article 1424 du Code de Commerce bolivien.

<sup>166</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio Concordado y anotado*, op. cit, p. 1327 point 1) et 1328 points 3 et 4.

<sup>167</sup> Articles 1410, 1414 et 1423 du Code de Commerce bolivien.

<sup>168</sup> Articles 1410, 1415 alinéa 3 et 1420 du Code de Commerce bolivien.

<sup>169</sup> Article 1422 du Code de Commerce bolivien.

<sup>170</sup> Article 33, alinéa 5, de la Loi n° 1-1984 du 5 janvier 1984 sur le fidéicomis panaméen.

<sup>171</sup> Article 1, deuxième paragraphe de la loi n° 1 du 5 janvier 1984 sur le fidéicomis.

<sup>172</sup> Article 7 de la loi argentine n° 24.441 sur le fidéicomis.

<sup>173</sup> Le fonctionnement et les applications des trusts de garantie de droit civil sont analysés dans la Section 2 du premier chapitre de la deuxième partie de cette thèse, p.

fidéicommiss ou de la fiducie qu'il gère, s'applique principalement aux fiducies et aux fidéicommiss de gestion et non à l'utilisation de ces derniers comme mécanismes de garantie ou de sûreté, pour lesquels il est accepté que le fiduciaire soit bénéficiaire.

154. En effet, pour permettre la constitution de fiducies-sûretés, la loi française prévoit que le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie.<sup>174</sup> Le fiduciaire est désigné notamment bénéficiaire lorsque le fiduciaire est créancier du constituant ; les biens sont remis en garantie entre ses mains et non entre les mains d'un tiers. C'est seulement en cas de défaillance du constituant débiteur que le patrimoine fiduciaire est remis au fiduciaire créancier qui devient bénéficiaire.

155. Au cours des débats parlementaires sur le projet de loi sur la fiducie, la question s'est posée d'interdire le cumul des qualités de fiduciaire et de bénéficiaire en cas de fiducie-gestion ou, au moins d'interdire au fiduciaire d'être le seul bénéficiaire comme le prévoit le droit anglais qui exclut la possibilité pour le trustee d'être le seul bénéficiaire du trust.<sup>175</sup> Cette option n'a pas été retenue. Le principe général « *fraus omnia corrumpit* », selon lequel, « la fraude corrompt tout »,<sup>176</sup> permet de rendre inopposable aux créanciers du fiduciaire une fiducie dont le fiduciaire se sert afin de soustraire aux voies d'action de ses créanciers personnels un patrimoine dont il est le bénéficiaire.

156. Le principe en droit des trusts selon lequel le fiduciaire ne doit pas bénéficier du trust, ne sert pas uniquement à éviter qu'il puisse soustraire aux voies d'action de ses créanciers personnels un patrimoine dont il est fiduciaire et bénéficiaire. Ce principe énonce, d'une manière générale, que le fiduciaire ne doit jamais avoir la jouissance économique des biens du trust ni recevoir ces biens à la fin du trust. Il écarte tout conflit d'intérêts entre les intérêts personnels du fiduciaire et ceux des

---

<sup>174</sup> Article 2016 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 à son article 1. JORF du 21 février 2007.

<sup>175</sup> Rapport n° 11 du Sénat de M. Henri de Richemont, *op. cit.*, p. 55.

<sup>176</sup> Sans aucun texte précis, mais pour des raisons impérieuses d'équité, la jurisprudence française a frappé d'inefficacité les actes frauduleux en invoquant cet adage, qui n'est pas d'origine romaine mais ne remonte qu'au XIXème siècle. (Voir ROLAND et BOYER, *Adages du droit français*, Hermès, t.2, p.339). La sanction de la fraude peut être la nullité du contrat, mais aussi parfois simplement l'inefficacité de la manœuvre : on prive donc seulement l'acte de l'effet frauduleusement recherché, ce qui conduit à adapter la sanction à chaque cas de figure. Par exemple, la société fictive créée par des entrepreneurs pour faire échapper à leurs créanciers l'essentiel de leurs actifs n'empêchera pas la saisie de ces actifs. (Voir Com. 2 juin 1987, Bull. civ., IV, n° 132.) De même, l'acte frauduleux dirigé contre un tiers sera déclaré inopposable à ce

bénéficiaires dans la gestion du fonds fiduciaire. C'est pourquoi le fiduciaire ne doit pas être l'unique bénéficiaire d'une fiducie-gestion ou d'un fidéicomis de gestion.

157. Le droit du fiduciaire d'être l'unique bénéficiaire de la fiducie aurait pu être restreint aux seules fiducies-sûretés, avec une rédaction dans ce sens de l'article 2016 du Code Civil français.<sup>177</sup> Même s'il n'est pas expressément disposé par la législation sur la fiducie, ce principe peut être dégagé d'une interprétation de l'article 2026 du Code Civil français qui énonce que le fiduciaire est responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il commet, dans l'exercice de sa mission. Si le fiduciaire profite des biens en fidéicomis ou en fiducie pour satisfaire ses intérêts personnels, il commet bien évidemment une faute car il transgresse la mission qui lui est confiée. Il doit répondre sur son patrimoine propre du préjudice causé au constituant.

158. Quelle que soit l'étendue de ses pouvoirs fixés dans le contrat de fiducie, le fiduciaire doit, en tout état de cause, agir dans l'intérêt de la fiducie. Le fiduciaire doit éviter tout conflit d'intérêts entre son intérêt personnel et l'intérêt de la fiducie ou des bénéficiaires de la fiducie. Le contrat de fiducie ou de fidéicomis peut aménager cette obligation en vue de permettre une gestion optimale du patrimoine fiduciaire. Par exemple, le fiduciaire faisant partie d'un groupe bancaire peut être autorisé à placer les liquidités au sein des OPCVM de ce groupe.<sup>178</sup>

159. Cependant, le fiduciaire ne peut pas se rendre adjudicataire<sup>179</sup> des biens en fidéicomis ou en fiducie ;<sup>180</sup> le contrat ou le testament ne peut pas déroger à cette interdiction. Les achats effectués par le fiduciaire pourraient être confirmés par le constituant, la nullité sanctionnant la violation de l'interdiction étant une nullité relative.<sup>181</sup> Cette interdiction n'affecte pas la faculté du fiduciaire de recueillir le

tiers. (Voir Civ. 1ère. 4 décembre 1990, Bull. Civ., I, n° 278 et Com. 10 octobre 1995, Bull. Civ., IV, n° 224.) Voir aussi A. BENABENT, *loc. cit.*, n° 163, p. 115 et 116.

<sup>177</sup> Créé par loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>178</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *ibid.*, n° 3360, p. 130.

<sup>179</sup> A l'article 1596 alinéa 6 du Code Civil français, modifié par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 17 JORF 21 février 2007, qui énonce que ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées, les fiduciaires, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire.

<sup>180</sup> Pour l'application de l'article 1596 du Code Civil, qui interdit notamment au mandataire d'acheter les biens qu'il est chargé de vendre, il a été jugé que la sanction de la violation de cette interdiction est la nullité de la vente (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 2-10-1980 : Bull. civ. I n°241) ; il s'agit d'une nullité relative qui vise à la protection des intérêts du constituant et du bénéficiaire et l'action en nullité se prescrit donc par 5 ans (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29-10-1988 : Bull. civ. I n° 341).

<sup>181</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *ibid.*, 3290. p. 128.

patrimoine fiduciaire s'il devient bénéficiaire d'un contrat de fiducie-sûreté ou d'un fidéicomis de garantie car le fiduciaire doit remettre le patrimoine fiduciaire aux bénéficiaires à l'expiration du contrat.

**160. Cumul constituant-fiduciaire-bénéficiaire dans les trusts anglo-américains.** Un constituant crée généralement un trust du modèle anglo-américain en transférant sa propriété à une société de trustees ou à deux ou plusieurs trustees personnes physiques. Contrairement aux trusts du modèle contractuel de droit civil, il est possible que le constituant retienne une partie de sa propriété et déclare qu'il est devenu trustee pour lui-même d'un ou plusieurs biens déterminés qui restent en sa possession en qualité de propriété du trust.

161. A ce titre, « il ouvre dans une banque un compte personnel dénommé « Neveu Norman Nelson Trust » et écrit à son frère que l'argent du compte et éventuellement d'autres sommes qu'il peut y ajouter, sont détenus par lui-même en trust au bénéfice de son neveu Norman, âgé d'un an, jusqu'au jour où Norman aura 25 ans ; les revenus doivent être utilisés pour l'entretien et l'éducation de Norman. Dans cet exemple, les sommes d'argent provenant du constituant sont créditées périodiquement au compte dont il a ensuite les droits de propriété légale en tant que trustee.»<sup>182</sup>

162. Le cumul des rôles de fiduciaire et de bénéficiaire est valable, sauf si l'unique fiduciaire est ou devient l'unique bénéficiaire. Dans cette situation, la propriété légale du fiduciaire et la propriété équitable du bénéficiaire fusionnent et le trust est nul ou inexistant. Pour que le trust soit valable en droit américain ou anglais, il faut la séparation des deux propriétés, légale et équitable, sur deux personnes différentes.<sup>183</sup>

163. Lorsqu'un fiduciaire est l'unique bénéficiaire dans la durée d'un trust, celui-ci n'existe pas car une même personne a la jouissance économique et la propriété formelle ; puisqu'il n'y a pas de dédoublement, la personne a la pleine propriété. C'est sûrement ce principe du droit anglo-américain des trusts qui a inspiré les

---

<sup>182</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 5 et 6.

<sup>183</sup> R. L. MENNELL, *Wills and trusts in a nutshell*, West Group, St. Paul (Minnesota), 1994, p. 209.

législations du modèle contractuel des trusts de droit civil pour interdire le cumul des qualités de fiduciaire et de bénéficiaire.<sup>184</sup>

164. Une personne peut constituer son propre trust anglo-américain dans lequel il est fiduciaire et un des bénéficiaires. Les trois personnes dans la configuration classique (constituant, fiduciaire, bénéficiaire) peuvent être réduites à deux ou même à une seule. Le constituant doit clairement séparer les biens du trust du reste de son patrimoine. Même si le constituant se nomme lui-même fiduciaire de son propre trust, il réalise un acte de disposition par lequel il change son statut légal. Le constituant peut être ainsi le fiduciaire et un des bénéficiaires.

165. En outre, lorsqu'aucun bénéficiaire n'a d'intérêt actuel et que par conséquent, il ne reçoit pas de bénéfices du trust avant la mort du constituant, une seule personne, en pratique, le constituant-fiduciaire et bénéficiaire, perçoit les bénéfices de son propre trust pendant qu'il est en vie.<sup>185</sup> Ce cumul est habituel dans les trusts révocables « *inter-vivos* » nord-américains.

166. De même qu'il est insensé de parler d'une personne qui a une relation avec elle-même ou des droits contre elle-même, un constituant « S » ne peut pas détenir des biens en trust pour lui-même seul, sinon il est intéressé dans le trust dans toutes les qualités, en tant que trustee et bénéficiaire. Dans ce cadre, « S » doit pouvoir détenir des biens en propriété au nom de « X » et « Y » ou de « S » et « Y » en trust pour « S » à vie, laisser ce qui restera aux enfants de « S » à parts égales, à moins que « S » par document de constitution ou par testament donne le capital du trust à ses enfants avec des portions différentes.<sup>186</sup>

167. Le caractère contractuel des trusts de droit civil permet au constituant de stipuler dans le contrat de fidéicommis un droit de révocation du trust.

---

<sup>184</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 32. Ces auteurs affirment qu'une majorité des législations latino-américaines interdisent le cumul dans une même personne des qualités de fiduciaire et de bénéficiaire.

<sup>185</sup> M. LUPOI, *op. cit.*, p. 2.

<sup>186</sup> D. J. HAYTON, *loc. cit.*, p. 5 et 6.

c. Droits contractuels de révocation retenus par le constituant

168. Les trusts du modèle contractuel de droit civil sont, en principe, irrévocables. Cependant, le constituant peut se réserver le droit de révocation du fidéicommiss dans le contrat. Cette révocation est résolutoire et a des effets seulement pour le futur. En effet, les législations sur le fidéicommiss argentin, bolivien et panaméen donnent au constituant le pouvoir de révoquer le fidéicommiss lorsqu'il s'est réservé expressément la faculté de révocation dans le contrat. Par contre, la loi française sur la fiducie ne reconnaît pas expressément cette faculté aux constituants.

169. La loi bolivienne énonce, parmi les droits du constituant, « ceux qu'il se réserve dans l'acte constitutif du fidéicommiss ». <sup>187</sup> En Argentine, le fidéicommiss prend fin par la révocation que peut ordonner le constituant, s'il s'est bien réservé cette faculté dans le contrat. <sup>188</sup> La révocabilité du fidéicommiss s'explique lorsque la constitution du fidéicommiss a comme origine un fait particulier que le temps a changé substantiellement. <sup>189</sup> Le droit de révocation donne la possibilité au constituant de surveiller le développement du fidéicommiss et de vérifier que les dispositions stipulées dans le contrat sont bien respectées par le fiduciaire. <sup>190</sup> La révocation n'a pas d'effet rétroactif et les actes réalisés par le fiduciaire restent valables. Lorsque le contrat de fidéicommiss est irrévocable, il peut être révoqué par accord mutuel entre le constituant et les bénéficiaires, sans préjudice des droits du fiduciaire. <sup>191</sup>

170. La loi française n'énonce pas expressément la possibilité pour le constituant de se réserver le droit de révocation dans le contrat de fiducie. Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'est pas accepté par le bénéficiaire. Après acceptation du bénéficiaire, le contrat n'est modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice. <sup>192</sup> Son droit devient alors irrévocable. Dans ce cadre, la révocation relève du seul constituant, sans consentement du fiduciaire, avant

---

<sup>187</sup> Article 1416, alinéa 1 du Code de Commerce bolivien.

<sup>188</sup> Article 25 de la loi argentine n° 24.441.

<sup>189</sup> P. MENDIETA PAZ, *op. cit.*, p. 133.

<sup>190</sup> S. RODRIGUEZ AZUERO, *Contratos Bancarios*, Biblioteca Felaban, Colombie, 1977, p. 106.

<sup>191</sup> Article 1421 alinéa 6 du Code de Commerce bolivien.

<sup>192</sup> Article 2028 du Code civil français.

l'acceptation du bénéficiaire.<sup>193</sup> Tant que le bénéficiaire n'a pas accepté, il risque de voir son droit révoqué et il peut être remplacé.<sup>194</sup>

171. L'article 2011 du Code Civil disposant que la fiducie est un contrat entre un ou plusieurs constituants, un ou plusieurs fiduciaires au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires, le constituant peut avoir intérêt à ce que les bénéficiaires soient parties au contrat de fiducie. De cette manière, les bénéficiaires acceptent les avantages provenant du contrat de fiducie mais aussi les obligations découlant du contrat.<sup>195</sup> La signature par les bénéficiaires, personnes capables de contracter et qui donnent une contrepartie pour éviter l'interdiction de l'article 2013 du même Code,<sup>196</sup> permet ainsi de donner des obligations aux bénéficiaires parties au contrat et non bénéficiaires d'une stipulation pour autrui ; le constituant peut par conséquent se réserver contractuellement des pouvoirs de révocation du contrat de fiducie, que les bénéficiaires acceptent expressément.

172. Les parties peuvent aménager, dans le contrat, les modalités de contrôle de l'action du fiduciaire. La clause de révocation permet au constituant d'avoir un meilleur contrôle de la gestion du fiduciaire, sinon le constituant dispose seulement d'une action en justice contre le fiduciaire, en cas de mauvaise exécution de sa mission. A cet effet, le constituant peut prévoir une clause de révocation de la fiducie en plus de la clause de révocation et de remplacement du fiduciaire. Cette clause de révocation du contrat de fiducie est imposée par le constituant au même titre que d'autres clauses qui limitent les pouvoirs de gestion du fiduciaire, telle que l'autorisation préalable du constituant ou du bénéficiaire désigné pour la conclusion de certains contrats ou la réalisation de certaines opérations jugées trop importantes pour être laissées à la seule initiative du fiduciaire.<sup>197</sup> Il est aujourd'hui souhaitable d'adapter l'article 2028 et de donner au constituant une faculté de révocation contractuelle.<sup>198</sup>

---

<sup>193</sup> Voir *supra* p. 51 et suiv.

<sup>194</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *ibid.*, n° 751, p. 30 et 31.

<sup>195</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 27.

<sup>196</sup> Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>197</sup> Par exemple des emprunts, hypothèques sur les immeubles fiduciaires, apports en société, vente de certains éléments de l'actif immobilisé du patrimoine fiduciaire ou des engagements excédant une somme fixée dans le contrat.

<sup>198</sup> Voir l'article 2028 du projet de loi sur la fiducie dans la conclusion de cette thèse *infra* p. 585.

173. Contrairement à la loi française et de façon identique aux deux législations sud-américaines étudiées, la législation panaméenne sur le fidéicomis et les fondations d'intérêt privé<sup>199</sup> énonce que même si ceux-ci sont en principe irrévocables, le constituant peut se réserver des pouvoirs de révocation de son fidéicomis ou de sa fondation privée dans le document de constitution.<sup>200</sup>

174. Le constituant peut mettre en place des fidéicomis et des fondations d'intérêt privé révocables et certaines règles prévues dans les lois panaméennes sur ces deux trusts de droit civil proviennent de leur caractère révocable. Par exemple, dans les fidéicomis révocables, les bénéficiaires peuvent être remplacés et de nouveaux bénéficiaires peuvent être nommés, à tout moment, par le constituant ou par une personne habilitée par lui pour effectuer les remplacements et les nominations, selon les mêmes formalités que celles de l'instrument de constitution du fidéicomis.<sup>201</sup>

175. De la même façon, les fondations d'intérêt privé sont irrévocables sauf disposition contraire dans l'acte de constitution de la fondation.<sup>202</sup> Les transferts à la fondation sont irrévocables par celui qui les a réalisés, sauf si une clause contraire le stipule expressément dans l'acte de transfert. Le fondateur peut en outre se réserver, pour lui-même ou pour d'autres personnes désignées, le droit de révoquer les membres du Conseil de la fondation et le droit de nommer et d'ajouter de nouveaux membres.<sup>203</sup> La fondation est, à ce titre, dissoute par sa révocation.<sup>204</sup> Le document de constitution de la fondation d'intérêt privé peut contenir une clause réservant au constituant le droit de modifier le document, à tout moment, lorsqu'il le considère nécessaire.<sup>205</sup>

176. Tant dans le trust du modèle anglo-américain que dans le contrat de fidéicomis ou de fiducie, le constituant perd tout droit de propriété sur les biens du trust par suite de l'opération fiduciaire. Par contre, le constituant peut garder certains pouvoirs et prérogatives. La limite de ces prérogatives est de ne pas nuire à la

---

<sup>199</sup> Loi n° 1-1984 du 5 janvier 1984 sur le fidéicomis et loi n° 25 du 12 juin 1995 sur les fondations d'intérêt privé au Panama. Voir *infra*, p. 260.

<sup>200</sup> Article 7 de la Loi n° 1-1984 du 5 janvier 1984 sur les fidéicomis.

<sup>201</sup> Articles 16 et 21 de la loi n° 1-1984 du 5 janvier 1984.

<sup>202</sup> Article 12, alinéa 2 de la loi N° 25 du 12 juin 1995 sur les fondations d'intérêt privé panaméennes.

<sup>203</sup> Article 21 de la loi n° 25 du 12 juin 1995.

<sup>204</sup> Article 25, alinéa 5 de la loi n° 25 du 12 juin 1995.

<sup>205</sup> Article 5, alinéa 8 de la loi n° 25 du 12 juin 1995.

propriété du fiduciaire sur le patrimoine du trust. Le fait que le constituant garde certains droits et prérogatives et que le trustee ait des droits pour lui-même en tant que bénéficiaire, n'est pas incompatible avec l'existence du trust.<sup>206</sup> Les trusts révocables « *inter-vivo* » de droit américain sont un bon exemple car ils sont révocables à tout moment par le constituant qui est aussi fiduciaire et bénéficiaire.

## ***II. Composante de nature obligationnelle du modèle des trusts anglo-américains***

177. La relation permanente entre le trustee et les bénéficiaires constitue le fondement de la « composante obligationnelle équitable » du trust du modèle anglo-américain de propriété et illustre la place accordée au droit des obligations dans la structure du trust anglo-américain. En effet, l'arrangement entre le constituant et les trustees dans l'acte de constitution du trust qui donne expressément aux trustees le pouvoir de se rémunérer sur le fonds du trust pour leurs services de gestion et leurs dépenses, confère des droits étendus aux bénéficiaires de demander aux trustees l'exécution de leurs obligations.

178. Même si cette relation ressemble fortement à un contrat, les bénéficiaires ne s'engagent pas de façon synallagmatique, n'ont aucune contrepartie à fournir (*consideration*) et ils ne sont pas parties à l'arrangement. La loi sur les contrats et les tiers de 1999 [Contracts (Rights of Third Parties Act) 1999] ne s'applique pas aux trusts ; elle est exclusivement applicable en matière de contrats.<sup>207</sup> Contrairement au droit commun des contrats en Common Law, une personne non encore née ou « non déterminée »<sup>208</sup> peut avoir des droits dans un trust anglo-américain en tant que bénéficiaire.<sup>209</sup>

179. Cette « composante de nature obligationnelle » permet au constituant de garder certaines prérogatives. Les Cours américaines privilégient le fait que tout désir du constituant doit être pris en compte et que celui-ci doit pouvoir tout contrôler dans le

---

<sup>206</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 6.

<sup>207</sup> Voir *supra* p. 51.

<sup>208</sup> Mais déterminable parmi les membres d'une catégorie de bénéficiaires à la discrétion du trustee, d'un tiers ou du propre constituant.

<sup>209</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 5.

trust.<sup>210</sup> Les Cours anglaises, en revanche, continuent à privilégier les droits des bénéficiaires pour qu'ils puissent contrôler leurs intérêts, sans prendre en compte l'intention du constituant. Robert Lawrence<sup>211</sup> affirme que même si, pour les praticiens anglais et ceux de certaines juridictions « *off-shore* » du Commonwealth, il n'est pas usuel de privilégier les droits du constituant, c'est précisément au travers de ce principe que le trust américain révocable « *inter-vivos* », très utilisé aujourd'hui aux Etats-Unis, trouve ses bases.

180. La « composante de nature obligationnelle » du modèle de trust anglo-américain est donc fondée sur les obligations que doit accomplir le trustee vis-à-vis des bénéficiaires. Elle permet au constituant de garder certains pouvoirs, établis dans l'acte de constitution du trust, qu'il peut exercer lui-même pendant la vie du trust. Elle met en place une relation entre le trustee et les bénéficiaires mais donne aussi des pouvoirs au constituant (A). Des évolutions du modèle anglo-américain des trusts (B) notamment des trusts révocables « *inter vivos* » aux Etats Unis et la loi écrite sur les trusts des Iles Cook donnent au constituant beaucoup de pouvoirs aux Etats Unis et des pouvoirs excessifs aux Iles Cook.

#### ***A. Relation trustee-bénéficiaires et pouvoirs du constituant***

181. La nature hybride entre obligation et propriété des trusts du modèle anglo-américain génère une relation entre les bénéficiaires et le trustee, qui est le fiduciaire vis-à-vis des bénéficiaires (a.). Outre cela, même si le constituant disparaît après le transfert de ses biens, dans un trust du modèle anglo-américain de propriété, il peut se réserver certains pouvoirs (b.).

##### ***a. Relation trustee-bénéficiaires***

182. Le trust anglo-américain est une obligation de « X » vis-à-vis de « Y » dont « Y » peut demander l'exécution. Le constituant, une fois qu'il a créé le trust, n'a

---

<sup>210</sup> R. C. LAWRENCE III, "The evolution and development of the modern trust and fiduciary investment standards in the United States", materials prepared by Robert C. Lawrence with the assistance of Sasha Grinberg. *USActive* 16579286.4, 2009, p. 5.

<sup>211</sup> R. C. LAWRENCE, *ibid.*, p. 5.

plus d'importance à la structure du trust : la scène légale est transférée au trustee et aux bénéficiaires.<sup>212</sup> En principe, il est toujours possible à un bénéficiaire majeur, s'il est attentif et bien informé, de contrôler si les trustees gèrent correctement les biens du trust. Or, le trustee a de nombreuses opportunités de tromper, voire d'escroquer les bénéficiaires car il a la propriété légale des biens en trust et c'est lui qui les gère. De plus, les bénéficiaires peuvent être des personnes âgées, incapables, des mineurs ou des personnes pas encore nées. C'est pourquoi les Cours d'*Equity* développent la notion de relation fiduciaire.

183. De ce fait, le trustee ne doit pas gérer la propriété pour son propre bénéfice ; il doit éviter tout conflit d'intérêts, agir avec prudence et éviter tout acte au détriment des bénéficiaires. L'unique profit qu'il peut recevoir provenant des biens du trust doit être autorisé par l'acte de constitution du trust ou par la loi. Ces règles ne proviennent pas d'un contrat ou d'un accord quelconque, elles sont dictées par l'équité (*equity*) et résultent d'un engagement à titre gracieux du trustee (élargi ensuite aux trustees rémunérés) qui acquiert le titre de propriété légale sur les biens du trust et tous les avantages liés, pour le bénéfice exclusif d'un autre.<sup>213</sup> Cela contraint le trustee à mener la relation fiduciaire avec la plus grande intégrité morale et éthique.<sup>214</sup>

184. David Hayton<sup>215</sup> explique qu'une obligation de trust est un genre d'obligation indépendante qui comporte des devoirs périodiques étalés durant une longue période et qui a sa propre vie, même si le trust n'a pas de personnalité morale. Les trustees sont les seules personnes qui peuvent poursuivre en justice ou être poursuivies : les fonctions de trustee sont exercées par un nouveau trustee si le premier n'exécute pas convenablement ses obligations. Lorsqu'une réparation est demandée en cas de mauvaise exécution par le trustee de ses obligations, le bénéficiaire-demandeur ne poursuit pas seul son action mais il représente les autres bénéficiaires pour demander au trustee le remboursement de la perte subie, à cause de la mauvaise exécution de ses obligations.

---

<sup>212</sup> D. WATERS, *op. cit.*, p. 11. L'auteur explique que c'était la relation trustee-bénéficiaire à laquelle pensait Lord Nottingham au XVII<sup>ème</sup> siècle lorsqu'il écrivit sa doctrine sur les trusts du modèle anglo-américain de propriété pour les Cours anglaises d'équité. Cette doctrine a été associée à la définition même du trust, conception qui vient principalement des travaux du Lord Chancelier.

<sup>213</sup> D. WATERS, *ibid.*, p. 11.

<sup>214</sup> Voir *infra* p. 240 sur les qualités morales des trustees anglo-américains.

<sup>215</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 16.

185. La nature obligationnelle des relations entre le trustee et les bénéficiaires du trust anglo-américain donne aussi des pouvoirs significatifs au constituant qui les établit dans le document de constitution du trust.

*b. Nature obligationnelle des pouvoirs du constituant*

186. Sara Godechot explique que « *le rapport d'obligation entre le trustee et le bénéficiaire est certes indéniable ; pour autant, le seul élément réellement contractuel de l'opération ne peut être constitué que par son acte créateur, consacrant le transfert des biens du constituant au trustee.* »<sup>216</sup> Le rôle du constituant dans la création du trust est fondamental même s'il est moindre pendant la vie du trust. La composante de nature obligationnelle du modèle de trust anglo-américain donne au constituant la liberté de garder certains pouvoirs dans l'instrument de constitution du trust, mais aussi de limiter la responsabilité du trustee de manière à ce qu'elle soit déclenchée seulement en cas de fraude personnelle ou d'imprudence.

187. Cette relation entre le constituant et le trustee ressemble fortement à une relation contractuelle et d'autant plus si le constituant est aussi bénéficiaire. Elle est d'avantage évidente dans les trusts révocables « *inter-vivos* » de droit nord-américain et dans les trusts internationaux des Iles Cook. C'est sur la base de cette relation que le modèle contractuel des trusts de droit civil a choisi le contrat pour mettre en place une relation entre le constituant et le fiduciaire.

188. Le document de constitution du trust anglo-américain peut aller plus loin et, de manière pratiquement contractuelle, autoriser certaines « positions ambiguës », en permettant au trustee de vendre, d'acheter ou d'effectuer toute autre opération avec les biens du trust pour son propre bénéfice et en relation avec un ou plusieurs des bénéficiaires. Si l'instrument du trust ne prévoit rien, la règle applicable par défaut est celle disposant que le trustee doit éviter tout conflit d'intérêts et accomplir ses obligations fiduciaires de façon responsable.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, thèse Paris II, L.G.D.J., 2004, n° 55 et s., p. 74.

<sup>217</sup> D. WATERS, *ibid.*, 12.

189. Dans les trusts révocables, le constituant ne disparaît pas après le transfert de ses biens pour la création d'un trust du modèle anglo-américain de propriété car il se réserve certains pouvoirs tels que la révocation du trust, la révocation et le remplacement des trustees, la suppression de certains bénéficiaires et le pouvoir d'en ajouter de nouveaux. Il peut aussi retenir le pouvoir de déterminer, à sa discrétion, les membres d'une catégorie de bénéficiaires qui recevront le capital du trust à la fin d'une période d'accumulation de 21 ans ou après le décès du bénéficiaire qui percevait les revenus du trust. Le caractère révocable des règles énoncées dans les lois panaméennes sur les fidéicomis et les fondations d'intérêt privé s'inspire de ce principe.<sup>218</sup>

190. Le constituant peut modifier ou exclure dans le document de constitution du trust anglo-américain, de façon quasiment contractuelle, toutes les règles applicables aux trusts qui ne sont pas d'ordre public. A titre d'exemple, il peut accepter qu'un trustee profite du trust à condition qu'un co-trustee indépendant l'approuve. Il peut aussi exempter le trustee de toute responsabilité pour pertes si ce dernier a agi de bonne foi.<sup>219</sup>

191. Néanmoins, si le constituant va trop loin en exemptant les trustees de leurs devoirs et responsabilités, au point que les bénéficiaires n'aient plus de droits à réclamer aux trustees, la Cour qualifie les trustees de « trustees seuls pour le constituant ou pour eux-mêmes » en tant que détenteurs de la propriété légale et équitable.<sup>220</sup> Le magistrat LJ Millet affirme : « *Lorsque les bénéficiaires n'ont pas de droits à faire valoir vis-à-vis des trustees, il n'y a pas de trust* ». <sup>221</sup>

192. La règle générale est que le trustee est responsable de toute perte ou dommage causé par son imprudence lorsqu'il exécute ses obligations ou lorsqu'il contrôle l'exécution des tâches commandées à ses agents ou délégataires. Même si la loi prévoit la protection nécessaire des bénéficiaires contre certains actes du trustee, le constituant est libre de limiter cette protection en fonction des circonstances. Dans ce

---

<sup>218</sup> Articles 16 et 21 de la loi n° 1-1984 du 5 janvier 1984 sur les fidéicomis.

<sup>219</sup> Le constituant peut demander par exemple au trustee de garder des actions détenues par le trust pour contrôler une société, et donc de ne pas diversifier les investissements du trust, même si cette détention représente 80% du patrimoine du trust.

<sup>220</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 34.

<sup>221</sup> *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241, 253.

cas, il est informé du risque et du coût de la police d'assurance que le trustee professionnel contracte et qui est payée avec les fonds du trust.

193. Le constituant peut aussi vouloir expressément que le trustee bénéficie du patrimoine du trust. Le concept de trust est flexible entre les mains de son créateur et cette flexibilité lui confère une grande partie de sa valeur.<sup>222</sup> La flexibilité résulte de la nature obligationnelle des pouvoirs du constituant qui utilise le document de constitution du trust du modèle anglo-américain de manière analogue à un contrat. Elle a amené le modèle de trust anglo-américain de propriété à évoluer aux Etats-Unis et aux Iles Cook ; en transformant la relation trustee-bénéficiaires, elle a donné davantage de droits aux constituants aux Etats Unis, mais excessifs aux Iles Cook.

### ***B. Evolutions du modèle anglo-américain des trusts***

194. Le droit nord-américain des trusts suit le précédent anglais jusqu'au début des années 1900, où de grandes divergences doctrinales entre le modèle américain et anglais des trusts se sont développées. Depuis, les Cours américaines acceptent des principes inconnus du droit anglais. En outre, certaines législations de trusts « *off-shore* » du modèle anglo-américain s'éloignent de plus en plus du modèle de trust anglais traditionnel et vont vers une forme de « contractualisation des relations entre le constituant et le fiduciaire ».

195. Le trust révocable « *inter vivos* » américain est un exemple de cette évolution (a.) ; les pouvoirs excessifs donnés au constituant par la loi des trusts des Iles Cook montrent cette « contractualisation » (b.).

#### ***a. Trust révocable « inter vivos » américain***

196. Le Code d'uniformisation des trusts (*Uniform Trusts Code UTC*)<sup>223</sup> de l'année 2000 aux Etats Unis préconise un trust révocable « *inter vivos* » qui évite la charge de

---

<sup>222</sup> D. WATERS, *ibid.*, p. 13.

<sup>223</sup> Les « *Uniform Acts* » servent de modèle pour les législations de chaque Etat des Etats-Unis car c'est la loi de chaque Etat et non la loi fédérale qui gouverne la création et la gestion des trusts, les devoirs et obligations des trustees. Il y a donc 50 législations différentes sur le trust qui ont des similarités mais aussi des différences. Ces « *Uniform Acts* » sont proposés aux Etats comme des modèles à suivre, avec un but d'harmonisation des différentes lois. Il s'agit d'une invitation non

la preuve.<sup>224</sup> Le trust révocable nord-américain est un trust entre vifs du modèle anglo-américain qui permet au constituant de révoquer et de modifier les conditions du trust à tout moment pendant sa vie, à condition que et tant qu'il garde sa capacité mentale. Le constituant peut en outre jouir des revenus et bénéfices du trust jusqu'à sa mort, moment à partir duquel les intérêts et bénéfices du trust passent à d'autres bénéficiaires. S'il le souhaite, il peut se réserver le pouvoir de désigner les bénéficiaires au cours de sa vie.

197. La clause de révocabilité « *inter-vivos* » est pour ainsi dire pratiquement « contractuelle » et ressemble à la clause contractuelle de révocation par le constituant des fidéicommiss latino-américains. Elle s'apparente aussi à la situation dans laquelle un constituant-bénéficiaire d'une fiducie<sup>225</sup> accepte sa propre fiducie-gestion conformément à l'article 2028 du Code Civil français<sup>226</sup> et peut par conséquent la révoquer à tout moment.

198. Le trusts révocable « *inter-vivos* » sert comme substitut au testament et permet au constituant de retenir l'intérêt « équitable » pendant qu'il est en vie. Contrairement au testament qui doit être présenté et soumis à preuve devant la Cour, le trust permet un transfert de propriété plus rapide, plus discret et moins cher que le testament.

199. L'utilisation massive du trust révocable « *inter vivos* » s'est étendue partout aux Etats-Unis,<sup>227</sup> grâce à la flexibilité qu'il procure au constituant, en tant que moyen de centralisation de la propriété. Il permet la gestion de la propriété pendant l'incapacité du constituant sans avoir besoin d'un tuteur ou curateur.<sup>228</sup> De cette manière, le constituant évite les coûts, les délais et la publicité de la preuve ou l'interruption du support financier à sa famille lorsqu'il décède ou devient incapable.

---

contraignante que les Etats peuvent refuser de suivre. Sinon, ils peuvent s'en inspirer pour les transposer, parfois avec des modifications importantes. Des différences substantielles existent donc entre les lois des trusts des différents Etats des Etats-Unis d'Amérique.

<sup>224</sup> D. WATERS, *ibid.*, p. 2.

<sup>225</sup> Article 2016 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>226</sup> Créé par la même Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>227</sup> Robert Lawrence explique qu'avec l'augmentation constante de la richesse et des biens sous gestion des citoyens et résidents des Etats-Unis, il y eu une croissance naturelle de la demande de trusts révocables « *inter vivos* » dans ce pays. R. C. LAWRENCE, *loc. cit.*, p. 8.

<sup>228</sup> R. C. LAWRENCE, *ibid.*, p. 5.

200. De plus, ce trust permet au constituant de sélectionner facilement la loi qui gouverne le trust car il s'agit d'un acte « entre vifs ». Il permet d'ajouter des biens provenant d'un testament et de les gérer selon les termes du trust révocable « *inter vivos* ». Il donne plus de liberté en ce qui concerne la comptabilité et les contraintes administratives qu'un trust testamentaire.

201. Un trust révocable peut être créé par document de constitution du trust (*trust deed*) ou par déclaration unilatérale de trust (*declaration*). Par le premier, un constituant transfère la propriété légale de certains de ses biens à une autre personne agissant en qualité de trustee tout en retenant le pouvoir de révoquer, d'amender ou d'altérer le trust et tout en pouvant bénéficier des revenus du trust pendant sa vie. Par la seconde, à savoir une « déclaration de trust », le constituant se déclare trustee de son propre trust, constitué à son propre bénéfice, pendant sa vie, avec la possibilité de passer le bénéfice des biens restants en trust à un autre bénéficiaire à sa mort.<sup>229</sup>

202. La déclaration de trust révocable pose la question de savoir si le constituant, qui agit aussi en qualité de trustee pour son propre trust, retient excessivement le contrôle sur le patrimoine du trust. La « doctrine de la fusion » dispose que lorsqu'un trustee est le seul bénéficiaire d'un trust, les intérêts de propriété légale et équitable fusionnent et cumulent sur une seule personne le titre absolu de propriété. Par conséquent, il n'y a plus de trust.<sup>230</sup>

203. Les Cours américaines décident qu'un trust n'existe pas si le trustee est le seul bénéficiaire car le trustee n'est obligé vis-à-vis de personne sauf envers lui-même.<sup>231</sup> Selon le Code d'uniformisation des trusts (*Uniform Trusts Code UTC*)<sup>232</sup> les Cours américaines ont appliqué la « doctrine de la fusion » de façon inappropriée en ce qui concerne les déclarations de trusts révocables.<sup>233</sup>

---

<sup>229</sup> J. DUKEMINIER, R. H. SITKOFF, J. M., LINDGREN, S. M. JOHANSON, *Wills, Trusts, and Estates*, Law School Casebook Series, Aspen Publishers, 7e éd, 2005, n° 299 et s.

<sup>230</sup> Voir le UNIFORM TRUST CODE, paragraphe 402(a)(5) et le RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS, n° 69, 2003.

<sup>231</sup> J. DUKEMINIER, R. H. SITKOFF, J. M., LINDGREN, S. M. JOHANSON, *ibid.*, n° 304.

<sup>232</sup> Compte tenu de la popularité de ce trust, la « Conférence Nationale sur l'uniformisation des droits des Etats Nord-américains » (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) a publié le « Code Uniformisé des trusts (U.T.C.) » (*Uniform Trust Code UTC*) en 2000, avec l'objectif de clarifier et compléter la loi sur les trusts de certains Etats. Voir le préambule du Code (*U.T.C Prefatory Note*).

<sup>233</sup> UNIFORM TRUST CODE (2000), paragraphe 402.

204. Selon la compilation UTC, la doctrine est uniquement applicable lorsque la totalité des intérêts des bénéficiaires, c'est-à-dire l'intérêt de bénéficiaire du trust pendant la durée de sa vie et l'intérêt de bénéficiaire de ce qui reste dans le trust après sa mort, ont comme titulaire la même personne. La « compilation » UTC présume que l'intention du constituant est d'utiliser le trust comme un testament et que le trust est ainsi révocable, sauf clause contraire.<sup>234</sup> Auparavant, le trust était présumé irrévocable en l'absence de clause contraire.<sup>235</sup>

205. La récente édition du « *Restatement of Trusts* »<sup>236</sup> renverse l'ancienne approche et adopte une présomption de révocabilité si le constituant garde un intérêt en tant que bénéficiaire.<sup>237</sup> Ce changement de tendance reflète une vaste acceptation des « trusts de cuisine » (*kitchen table trusts*)<sup>238</sup> qui sont considérés comme des trusts rédigés par des non juristes. Le Code UTC suppose que l'instrument du trust est rédigé par un non-professionnel lorsque le fait de savoir si le trust est révocable ou non, est passé sous silence ; il présume alors sa révocabilité.

206. La constitution d'un trust révocable « *inter vivos* » américain par déclaration du constituant qui devient fiduciaire et l'unique bénéficiaire pendant sa vie, pose non seulement des problèmes de conformité à la loi américaine sur les testaments (*Statute of Wills*),<sup>239</sup> mais aussi le problème de savoir si le constituant n'a pas retenu excessivement le contrôle sur les biens du trust. Etant donné que le changement dans la relation du constituant vis-à-vis de sa propriété est peu perceptible pendant sa vie, une suspicion s'installe. Elle est relative au transfert ou non de la propriété du trust en tant que bénéficiaire pendant qu'il est en vie car, de plus, il est aussi le trustee de son propre trust.

---

<sup>234</sup> Voir la Section 602 du Uniform Trust Code, paragraphe 6<sup>ème</sup>.

<sup>235</sup> R. C. LAWRENCE, *ibid.*, p. 8.

<sup>236</sup> Les « *Restatement of law* » sont rédigés et adoptés par une organisation appelée « *The American Law Institute* » et servent de modèle pour les Cours des différents Etats d'Amérique. Ces « *Restatements* » contiennent des principes juridiques généraux, mais qui ne sont pas appliqués par les Cours dans la pratique de tous les jours. Les « *Restatements* » montrent comment la loi devrait être, et non comment elle est en réalité. L'objectif pour les différentes Cours de justice des Etats est d'utiliser les « *Restatements* » pour fonder leurs décisions, produisant ainsi une meilleure uniformisation de l'interprétation judiciaire et des précédents. Ces « *Restatements* » ne sont pas contraignants pour les Cours, et ils sont subordonnés à l'autorité des précédents que les Cours doivent suivre en droit de la Common Law. Il existe des différences très importantes dans la jurisprudence des Cours de justice de chaque Etat des Etats Unis d'Amérique.

<sup>237</sup> Voir le RESTAMENT (THIRD) TRUSTS, paragraphe 63.

<sup>238</sup> Voir R. C. LAWRENCE, *ibid.*, p. 8.

<sup>239</sup> Dans un trust révocable « *inter vivos* » américain où le constituant est fiduciaire et bénéficiaire pendant sa vie, s'il n'y a pas de transfert de propriété reçu en tant que bénéficiaire avant sa mort, ou si le transfert n'est pas effectif, le trust peut être considéré comme un trust testamentaire et être annulé pour non-respect des dispositions de la loi américaine sur les testaments (*Statute of Wills*).

207. Dans ce contexte, si le trust révocable « *inter vivos* » américain présente des avantages tels que la flexibilité et la confidentialité, dans une majorité d'Etats Américains, le trust révocable n'offre aucune protection du patrimoine du constituant contre ses créanciers. Le patrimoine du trust révocable est considéré comme appartenant au patrimoine personnel du constituant par ses créanciers mais aussi par l'administration fiscale, en ce qui concerne l'impôt sur les successions et les impôts sur la propriété.<sup>240</sup>

208. La différence entre les trusts anglo-américains révocables et irrévocables a un intérêt pratique en droit fiscal français sur les trusts anglo-américains. A plusieurs reprises, le législateur français s'est intéressé à la prise en compte des effets des trusts constitués en dehors de France. L'administration fiscale cherche à résoudre l'imposition de la détention du patrimoine des trusts anglo-américains et de sa transmission de manière pragmatique en analysant, au cas par cas, les effets concrets de chaque trust anglo-américain dont elle a eu à connaître conformément aux principes dégagés par la jurisprudence.

209. Seul l'examen des actes du trust anglo-américain permet d'analyser si le bien est sorti ou non du patrimoine du constituant.<sup>241</sup> Dans le cas des trusts révocables, le principe est le même que celui appliqué par l'administration américaine aux trusts révocables « *inter vivos* », c'est-à-dire, les biens sont censés n'avoir jamais quitté le patrimoine du constituant et, à ce titre, leur taxation aux droits de mutation à titre gratuit et à l'Impôt de Solidarité sur la Fortune (IFS) se justifie.

210. Néanmoins, les incertitudes sur les modalités de taxation des trusts anglo-américains irrévocables et discrétionnaires ont amené le législateur français à concevoir un nouvel article 885 G *ter* dans le Code Général des Impôts.<sup>242</sup> Désormais, les biens ou droits placés dans un trust défini à l'article 792-0 *bis* du même Code et leurs produits capitalisés sont compris, pour leur taxation, dans le patrimoine du constituant ou dans celui du bénéficiaire. Le droit fiscal français définit le trust comme « l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un Etat autre que la

---

<sup>240</sup> R. C. LAWRENCE, *ibid.*, p. 8.

<sup>241</sup> Voir Cass. Com. 31-3-2009 n° 07.20.219.

France par un constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort », <sup>243</sup> sans distinguer expressément les caractéristiques des trusts révocables, irrévocables ou discrétionnaires. La seule exception clairement mentionnée dans la loi fiscale profite aux trusts irrévocables à but charitable. <sup>244</sup>

211. L'écart entre le trust révocable « *inter vivos* » américain et le trust anglais montre que la « composante de nature obligationnelle » du modèle anglo-américain de trusts de propriété est en constante évolution. Elle ressemble de plus en plus à un rapport contractuel entre le constituant et le trustee. Un exemple de cette relation presque contractuelle est le trust international des Iles Cook.

*b. Pouvoirs excessifs donnés au constituant aux Iles Cook*

212. Dans l'optique de privilégier les droits du constituant, certaines législations de trusts « *off-shore* » du modèle anglo-américain s'éloignent de plus en plus du modèle de trust anglais traditionnel et vont vers une forme de « contractualisation des relations entre le constituant et le fiduciaire ». <sup>245</sup> Elles dénaturent considérablement le modèle anglo-américain des trusts de propriété.

213. La contractualisation est effectuée par des lois spécifiques (*statutes*) sur les trusts dans certaines juridictions des paradis fiscaux telles que les Iles Cook. Ces lois écrites donnent au constituant des pouvoirs excessifs sur la disposition des biens du trust ou sur l'autorisation préalable de tout acte de gestion du trustee. La contractualisation a pour effet de concentrer les pouvoirs entre les mains du constituant au détriment des trustees et des bénéficiaires.

214. L'évolution du modèle de trust anglo-américain de propriété est mondiale. Des juridictions « *off-shore* » des Caraïbes, de l'Atlantique et du Pacifique du Sud, ont pris des mesures significatives ces dernières années, au travers de leurs législations, pour se permettre des écarts considérables par rapport à la théorie traditionnelle du

---

<sup>242</sup> Créé par loi n°2011-900 du 29 juillet 2011 - art. 14 (V). Voir *infra* p. 345 n° 1136.

<sup>243</sup> Article 792-0 bis du Code Général des Impôts, créé par LOI n°2011-900 du 29 juillet 2011 - art. 14 (V).

<sup>244</sup> Voir *infra* p. 341.

trust et l'adapter ainsi aux conditions modernes.<sup>246</sup> L'évolution conduit à une dénaturation du modèle des trusts anglo-américains de propriété dans certaines législations des trusts des paradis fiscaux qui, en s'éloignant du trust anglais traditionnel, vont vers une forme de « contractualisation des relations entre le constituant et le fiduciaire ».<sup>247</sup>

215. L'article 13 C de la loi sur les trusts des Iles Cook énonce qu'un trust est valide même si le constituant garde le pouvoir de modifier le document de constitution du trust à tout moment ou s'il garde le pouvoir d'acquérir des intérêts, de la propriété ou de faire tout acte de disposition sur les biens du trust, changer le fiduciaire et le protecteur, diriger le fiduciaire de quelque manière que ce soit et si en plus, il est le seul bénéficiaire du trust.<sup>248</sup>

216. Dans ce contexte, le fiduciaire devient un instrument inanimé sans pouvoir de gestion et de disposition et tous les biens qui sont apparemment placés dans le trust au nom du fiduciaire appartiennent encore et entièrement au constituant. Selon Maurizio Lupoi : « nous sommes clairement dans le domaine contractuel, même s'il est difficile de savoir de quel type de contrat on parle. »<sup>249</sup>

217. **Conclusion de la première section.** Les deux modèles de trusts ont une « composante de nature obligationnelle ». Le modèle contractuel des trusts de droit civil est fondé sur la relation contractuelle entre le constituant et le fiduciaire à laquelle s'ajoutent les bénéficiaires comme parties au contrat ou par stipulation pour autrui. La relation contractuelle donne des droits au constituant, notamment la possibilité de se réserver le droit de révocation du fidéicomis, ce qui n'est pas expressément prévu par la loi dans le cas de la fiducie française ; le mécanisme de l'article 2028 du Code Civil français n'est pas adapté aux constituants qui sont aussi bénéficiaires ni à la contrepartie que les bénéficiaires doivent donner au constituant pour ne pas tomber dans la nullité des fiducies-libéralités.

---

<sup>245</sup> M. LUPOI, *loc. cit.*, p. 264

<sup>246</sup> D. WATERS, *loc. cit.*, p. 2.

<sup>247</sup> M. LUPOI, *ibid.*, p. 264.

<sup>248</sup> Article 13 C "International Trust Amendment Act 1989", Cook Islands.

218. La « composante de nature obligationnelle » du trust du modèle anglo-américain est fondée sur la relation entre le trustee et les bénéficiaires. Néanmoins, le constituant peut rester présent pendant la vie du trust car il peut se réserver plusieurs prérogatives dans l'acte constitutif qu'il pourra exercer lui-même ou en déléguer l'exercice à un tiers. Ces droits sont notamment : les droits de révocation du trust et de nomination ou de remplacement des bénéficiaires.

219. Trois principes du droit des trusts s'appliquent aux deux modèles : « on n'a point de droits contre soi-même » (1), « le fiduciaire ne bénéficie point du trust » (2) et le constituant peut se réserver le droit de révocation du trust (3). Le premier principe empêche, dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, que le constituant et le fiduciaire soient la même personne car on ne conclut pas avec soi-même. Pourtant, en France, une seule personne affecte une partie de son patrimoine par acte unilatéral de déclaration en tant qu'entrepreneur individuel et crée un EIRL qui n'a pas la personnalité morale et qu'il gère à son propre bénéfice. Il s'agit donc d'une modalité d'affectation de patrimoine qui n'est pas une fiducie. Dans le modèle de trust anglo-américain de propriété, ce principe empêche le constituant d'être en même temps fiduciaire et unique bénéficiaire de son trust et s'oppose à ce que les propriétés « légale » et « équitable » soient fusionnées en une seule.

220. Néanmoins, la « composante de nature obligationnelle » du modèle anglo-américain des trusts de propriété évolue et donne plus de prérogatives au constituant qui peut, dans un trust révocable « *inter vivos* » américain, cumuler à lui seul les trois qualités pendant sa vie, plus le droit de révoquer ou de modifier à tout moment les conditions du trust.

221. Le deuxième principe s'applique aux deux modèles de trust étudiés car il constitue le fondement de la relation fiduciaire.<sup>250</sup> Ce principe empêche, dans le modèle contractuel de trust de droit civil, que le fiduciaire profite de sa qualité de titulaire de la propriété sur les biens du trust pour son propre bénéfice. Dans le

---

<sup>249</sup> M. LUPOI, *ibid.*, p. 264.

<sup>250</sup> Selon la Convention de la Haye relative à la loi applicable au Trust et à sa reconnaissance du premier juillet 1985, le terme « trust » fait référence à la « relation juridique » entre les parties. Le terme « relation fiduciaire » n'est pas utilisé et on ne trouve aucune référence dans la Convention à la nature fiduciaire de l'institution.

modèle de trust anglo-américain, le principe interdit à nouveau que la propriété légale et la propriété équitable se confondent sur une seule personne, sinon il n'y a plus de trust.

222. Le principe est expressément énoncé dans les lois sur les fidéicomis argentine, bolivienne et panaméenne. En France, l'article 2016 du Code Civil<sup>251</sup> en énonçant que le fiduciaire peut être l'unique bénéficiaire, dénature considérablement la relation fiduciaire dans la fiducie-gestion. Nous ne voyons pas comment un fiduciaire peut être l'unique bénéficiaire d'une fiducie-gestion. Dans cette hypothèse, il devrait être expressément disposé que le cumul fiduciaire-bénéficiaire s'applique exclusivement aux fiducies-sûretés. En effet, il est logique que le fiduciaire-créancier soit bénéficiaire uniquement en cas de défaillance du constituant-débiteur, dans les fidéicomis de garantie et dans les fiducies-sûretés.

223. Troisièmement, si le trust est en principe irrévocable, les deux modèles de trust donnent au constituant un droit de révocation du trust qu'il peut stipuler dans l'acte de constitution. La doctrine contemporaine sur les trusts s'est fondée sur ce principe pour créer le trust révocable « *inter-vivos* » américain. De même, les lois latino-américaines sur les fidéicomis étudiées se sont inspirées de la clause de révocabilité des trusts « *inter-vivos* » de droit nord-américain et donnent expressément cette possibilité aux constituants.

224. Le pouvoir de révocation n'est pas excessif car il ne dénature pas la relation fiduciaire. Il permet au constituant d'avoir un moyen contractuel redoutable en cas de non-respect du fiduciaire de ses obligations. La crainte de la doctrine latino-américaine du siècle dernier sur la révocabilité contractuelle du fidéicomis qui assimilerait le contrat de fidéicomis à un contrat de mandat est aujourd'hui totalement écartée. La faculté donnée au constituant de se réserver le droit de révocation dans le contrat de fiducie n'est pas expressément consacrée dans la loi sur la fiducie ; le bénéficiaire, qui n'est pas un tiers au contrat de fiducie, doit accepter la clause de révocation expressément.

---

<sup>251</sup> Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

225. Les deux modèles de trust ont des éléments de droit réel qu'il convient d'analyser.

## **Section 2. Eléments du droit de propriété des trusts anglo-américains et de droit civil**

226. Une distinction fondamentale entre le trust du modèle anglo-américain et le trust du modèle contractuel de droit civil est le dédoublement de la propriété en propriété légale et propriété équitable réalisé par les trusts anglo-américains, élément de droit de propriété que les trusts des pays de droit continental n'ont pas. Un des fondements du droit de propriété en droit civil continental est sa non divisibilité.

227. Ramses Owens affirme que « nous ne pouvons pas accepter, dans notre système de droit civil, une « division simultanée » de la propriété entre un « droit de disposition » (*legal ownership*) et un « droit de jouissance » (*equity ownership*) pour les bénéficiaires d'un fidéicomis, comme c'est le cas pour les bénéficiaires d'un trust anglo-américain. »<sup>252</sup> Les législations des pays de droit civil, telle que la législation panaméenne,<sup>253</sup> n'ont pas transposé dans leurs droits internes le principe du dédoublement de la propriété du droit anglo-américain (*split of ownership*). Sans dédoubler la propriété, les contrats de fiducie ou de fidéicomis stipulent une propriété temporaire du fiduciaire sur le patrimoine affecté et aucune propriété aux bénéficiaires mais des droits personnels de créance contre le fiduciaire.

228. Néanmoins, le législateur français a failli conférer un droit réel sur les actifs du patrimoine fiduciaire aux bénéficiaires de la fiducie. Selon le Sénateur Philippe Marini, l'objectif du texte était de dissocier la propriété en deux, entre une propriété qualifiée de juridique, dévolue au fiduciaire, laquelle aurait été une propriété intrinsèquement limitée afin de respecter les dispositions du contrat de fiducie et une propriété qualifiée d'économique, dévolue aux bénéficiaires de la fiducie, laquelle, toutefois, n'était pas seulement économique puisque les bénéficiaires se voyaient

---

<sup>252</sup> R. OWENS, « Breves anotaciones sobre la gestion fiduciaria mercantil internacional con propositos extraterritoriales. Experiencia Panamena », *Présentation au XV Congrès Latino-américain du Fidéicomis à Panama*, le 7 septembre 2005, Fédération Latino-américaine de banques.

<sup>253</sup> Voir la loi n° 1-1984 sur le fidéicomis panaméen, du 5 janvier 1984, aux articles 1, 14 et 25.

reconnaître un droit réel sur les biens de la fiducie.<sup>254</sup> Le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale a été renvoyé par le Conseil Constitutionnel pour de raisons purement de forme et non de fond.<sup>255</sup>

229. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au Trust et à sa reconnaissance du premier juillet 1985 énonce qu'il suffit de placer les biens sous le contrôle du trustee ; elle ne mentionne pas la « propriété légale » qu'il possède sur les biens du trust et se contente d'évoquer que les biens du trust constituent une masse distincte de son patrimoine propre.<sup>256</sup> Le concept d'un patrimoine séparé du patrimoine personnel, sans parler de propriété légale du trustee sur les biens ni de propriété équitable des bénéficiaires, a été choisi pour homologuer les trusts du modèle contractuel des pays de droit civil.

230. En Common Law, plusieurs personnes peuvent exercer des « *interests* » (des prétentions d'exercice d'un droit de propriété) sur un même objet. Le droit anglo-américain de la propriété est fondé sur un fractionnement de celle-ci. Des « *estates* » (des droits de propriété) nombreux et variés existent en Common Law et confèrent des droits plus ou moins étendus et parfois limités dans le temps ou, au contraire, ne déployant pas encore leurs effets et portant sur un même bien.

231. En droit civil continental, l'objet de la propriété est la chose elle-même. La « propriété fiduciaire » est une propriété spéciale avec certaines caractéristiques particulières qui lui confèrent la dénomination spécifique de « propriété fiduciaire ». Elle n'est pas divisée mais elle limite les pouvoirs de son titulaire. Selon le

---

<sup>254</sup> Rapport n° 442 (2008-2009) fait au nom de la Commission des finances du Sénat de M. Philippe MARINI, déposé le 27 mai 2009. Les réflexions menées ont conduit à voir dans la fiducie un instrument idoine mais imparfait. Un financement par émission de « *sukuk* » via une fiducie n'est conforme aux principes de la loi coranique que si le titulaire du « *sukuk* », donc le bénéficiaire de la fiducie, dispose d'un droit équivalent en termes économiques à un droit de propriété sur les actifs placés dans le patrimoine fiduciaire. Or la conception française de la fiducie ne reconnaît pas un tel droit au bénéficiaire de la fiducie. Le droit français actuel ne connaît pas la division anglo-saxonne entre la propriété juridique (*legal ownership*) et la propriété bénéficiaire ou économique (*beneficial ownership*). Le législateur proposait de modifier le code civil afin d'adapter la fiducie aux caractéristiques requises des « *sukuk* ». Il proposait de compléter l'article 2011 du code civil, relatif à la définition de la fiducie, afin de préciser d'une part quelles sont les obligations du fiduciaire envers le ou les bénéficiaires de la fiducie, et d'autre part, quelles sont les droits des bénéficiaires à l'égard des fiduciaires. Il serait ainsi précisé que : « *Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de la fiducie.* » Le fiduciaire bénéficierait de la propriété juridique des biens alors que le bénéficiaire jouirait de la propriété économique des mêmes biens.

<sup>255</sup> La décision du Conseil Constitutionnel français n° 2009-589 du 14 octobre 2009 énonce que « ces dispositions, qui ne présentent aucun lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, ont été adoptées selon une procédure contraire à la Constitution ; que, de lors, il y a lieu de les déclarer contraires à la constitution. »

<sup>256</sup> Point a. de l'article 2 de cette Convention.

législateur français,<sup>257</sup> le fiduciaire acquiert la propriété fiduciaire des biens, c'est-à-dire qu'il acquiert non la propriété ordinaire de l'article 544 du Code civil français (*usus, fructus, abusus*), mais une propriété d'un nouveau type, une propriété avec charge.<sup>258</sup> Le fiduciaire dispose certes des attributs juridiques de la propriété, mais ne peut exercer ce droit que dans les limites et sous les conditions posées par le contrat de fiducie en faveur des bénéficiaires. La propriété fiduciaire est donc révocable si le constituant le stipule dans le contrat car elle est aussi temporaire.

232. La propriété fiduciaire n'est pas un élément ni de richesse ni de crédit pour le fiduciaire. En revanche, elle est exclusive car le propriétaire fiduciaire évince de la chose tout autre que lui : nul autre que le fiduciaire ne peut gérer les biens qui sont entièrement soustraits à l'action du constituant ou du bénéficiaire.<sup>259</sup>

233. Grâce au dédoublement de la propriété, les bénéficiaires des trusts du modèle anglo-américain ont plus de droits en tant que propriétaires protégés par le droit de « l'*Equity* » que les bénéficiaires des trusts de droit civil. Les droits des bénéficiaires des trusts du modèle anglo-américain de propriété sont réels, en tant que propriétaires équitables (*Equitable ownership*) tandis que les droits des bénéficiaires du modèle contractuel des trusts de droit civil sont seulement personnels, c'est à dire contractuels.

234. Les bénéficiaires de la fiducie ou du fidéicommiss n'ont d'action en justice possible qu'à l'encontre du fiduciaire sans corrélation avec les actifs placés dans le patrimoine fiduciaire, actifs qui sont au demeurant réputés gérés dans l'intérêt des bénéficiaires. C'est pourquoi un projet de loi en France<sup>260</sup> prévoyait qu'en cas de défaillance du fiduciaire, les investisseurs se verraient transférer la propriété juridique des actifs, suivant les stipulations du contrat de fiducie.

---

<sup>257</sup> Rapport n° 442 (2008-2009) de la Commission des finances du Sénat du 27 mai 2009, *ibid*.

<sup>258</sup> Contre : la « théorie de Navarro Martorell » sur la propriété fiduciaire affirme au contraire que « le fiduciaire acquiert la pleine propriété ordinaire sur les biens en fidéicommiss, non seulement vis-à-vis des tiers mais aussi vis-à-vis du constituant. Les limitations relatives à l'extension des facultés du titulaire de la propriété fiduciaire, concernant par exemple sa durée, ne proviennent pas du droit réel transféré mais s'attachent au titulaire de la propriété fiduciaire en tant qu'obligations personnelles de celui-ci vis-à-vis du constituant et des bénéficiaires. Voir C. M. KIPER, S. V. LISOPRAWSKI, *Tratado de Fideicomiso*, 2e éd., Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2005, p. 153.

<sup>259</sup> M. GRIMALDI, « La propriété fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant, Journées Nationales Tome XV, Dalloz, 2011.

<sup>260</sup> Rapport n° 442 (2008-2009) de la Commission des finances du Sénat de M. Philippe MARINI du 27 mai 2009, *ibid*.

235. Le modèle contractuel de trust des pays de droit civil qui ne dédouble pas la propriété, donne des droits aux bénéficiaires énoncés dans des lois spécifiques et les droits stipulés dans le contrat. En conséquence, les bénéficiaires acquièrent un droit de créance contre le fiduciaire. Si la fiducie ou le fidéicommiss sont constitués aux fins de leur transmettre la propriété des biens, ils disposent du droit de la revendiquer.<sup>261</sup>

236. C'est la structure du droit de propriété de la Common Law qui donne des droits de propriété au trustee et aux bénéficiaires (I). Des équivalences contractuelles en droit civil à ce dédoublement de la propriété (II) peuvent être trouvées, à savoir une propriété fiduciaire temporaire sur les biens affectés au trust de droit civil et des droits personnels de créance des bénéficiaires vis-à-vis du fiduciaire.

### ***I. Droits de propriété du trustee et des bénéficiaires en Common Law***

237. La conception de la structure du droit de propriété est différente en Common Law. Le trust aboutit à séparer la gestion et le contrôle des biens de la jouissance des profits qu'ils procurent. Le trustee tient du constituant la propriété légale, c'est-à-dire le pouvoir de gérer les biens mis en trust et d'en disposer librement. Le bénéficiaire détient la propriété équitable, à savoir le pouvoir exclusif de prétendre au profit et à l'usage des biens mis en trust.<sup>262</sup>

238. Le dédoublement de la propriété détermine l'objet même du trust : transférer la propriété légale des biens au trustee, tout en conservant la propriété économique (*equitable ownership*) pour les bénéficiaires. Le trustee a, grâce au transfert du constituant, le pouvoir de gérer les biens transférés au trust jusqu'à la remise des biens aux bénéficiaires.

239. Il convient d'étudier dans un premier temps « l'ubiquité » de la propriété en droit anglais (A) et d'exposer, dans un deuxième temps, les droits des bénéficiaires qui découlent de leur « propriété équitable » (B).

---

<sup>261</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, *loc. cit.*, p. 33.

<sup>262</sup> A. ROMBOUS, "Organisation patrimoniale internationale. Une analyse de l'utilité éventuelle de certaines institutions de droit étranger dans le cadre de l'organisation successorale", in *Le droit fiscal international belge et l'évitement de l'impôt*, Edition du Jeune Barreau de Bruxelles, 1996, p. 217.

### *A. Dédoublement de la propriété en droit anglais*

240. L'élément de propriété est une caractéristique fondamentale des trusts du modèle anglo-américain de propriété. Selon Jean-Paul Béraudo,<sup>263</sup> l'explication de ce modèle de trust se trouve dans la notion anglo-américaine de la propriété et non dans le droit des personnes. Une bonne maîtrise des trusts nécessite une bonne compréhension de la propriété. Le trust anglo-américain relève du droit des biens. Pour des raisons historiques, le droit de propriété du trustee est amoindri par un droit concurrent du bénéficiaire. Le dédoublement de la propriété du droit anglais et la naissance de la propriété équitable proviennent du mécanisme des « *uses* » dont est né le trust anglo-américain.<sup>264</sup>

241. Nous allons exposer les notions juridiques sur la propriété en droit anglais (a.) et évoquer ensuite l'histoire du dédoublement de la propriété en propriété équitable (b.).

#### *a. Notions juridiques sur la propriété en droit anglais*

242. La Common Law n'a jamais été concernée par la propriété ; tout appartient à la Couronne et a toujours été sa propriété.<sup>265</sup> A l'époque féodale, le roi donne un droit de propriété sur la terre (*estate in land*), par exemple, un droit de propriété à vie (*life estate*) ou un droit de propriété à durée indéfinie (*fee simple estate*) à ses meilleurs serviteurs, avec une « tenure », c'est à dire, un régime de dépendance de la propriété (*tenures*) vis-à-vis du Roi.

243. Marie Goré<sup>266</sup> explique que pour cette raison, « *le langage des biens dans la Common Law est si différent de celui des pays de droit civil.* » Quiconque a un droit, un « *estate* », un intérêt sur la terre ne l'a pas à titre exclusif : il en jouit comme simple gestionnaire de biens dépendants d'une sorte de domaine éminent de la

---

<sup>263</sup> J. P. BERAUDO et J. M. TIRARD, *op.cit.*, p. 4, p. 37.

<sup>264</sup> J. P. BERAUDO et J. M. TIRARD, *ibid.*, p. 28 à 32, n° 6 à 11 ; D. J. HAYTON, *loc. cit.*, p. 10 à 14 ; R. C. LAWRENCE *loc. cit.*, p. 4 et 5 ; D. WATERS, *loc. cit.*, p. 9 et 10.

<sup>265</sup> D. J. HAYTON, *ibid* p. 10.

<sup>266</sup> M. GORE, « Point de vue du droit comparé » in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, LexisNexis Litec, 2009, p. 110.

Couronne. « *L'estate* » n'est pas un droit subjectif : l'individu ne dispose en réalité que d'un mode de détention dont le contenu s'apprécie en fonction de la durée plus ou moins longue de la possession. Pour les Anglais, il est possible d'envisager une multiplicité « d'intérêts successifs mais simultanés » qui contraste avec le caractère unitaire et indivisible de la propriété en droit civil.

244. Un homme peut avoir des droits de disposer, de gérer et de jouir de la terre pendant la durée de sa vie (*the state for life*) jusqu'à ce qu'il ait des descendants (*the estate in fee tail*) ou jusqu'à ce qu'il ait des héritiers, compte tenu qu'en droit des successions anglo-américain, il n'y a pas d'héritiers réservataires et le testateur peut choisir ses héritiers sans aucune limite.

245. Ces droits deviennent éternels lorsque le droit de propriété (*estate*) peut être divisé par testament ou lorsque la possibilité du droit de propriété de tomber en déshérence par manque d'héritiers disparaît (*the state in fee simple*). Les trois types de droit de propriété (*estates*) du droit de la Common Law sont devenus des « droits de propriété légale » (*legal states*), qu'il faut distinguer des « droits de propriété équitable » (*equitable estates*).<sup>267</sup>

b. *Histoire du dédoublement de la propriété en « propriété équitable »*

246. La propriété équitable a été conçue lorsqu'il devint de plus en plus fréquent qu'un chevalier allant aux Croisades s'entendait avec un ami pour lui laisser son droit de propriété sur ses terres.<sup>268</sup> Ce dernier les détenait alors « au bénéfice » (*for the use of*) du premier et jusqu'à son retour, pour sa femme et ses enfants ou s'il décédait, à l'étranger, au bénéfice de son fils aîné. Le chevalier optait pour cet arrangement car les actions en justice ne pouvaient être tentées que par un « mâle adulte » qui pouvait revendiquer un droit de propriété sur sa terre, par intrusion ou remise en cause de

---

<sup>267</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 10.

<sup>268</sup> La France a, elle aussi, participé activement aux croisades du Moyen Âge. « Celle de la Francie du Nord et de la Basse-Lorraine, conduite par Godefroi de Bouillon suit la route du Danube. La deuxième armée venant des régions du Sud de la Francie, dirigée par le comte de Toulouse, Raymond de Saint-Gilles, et le légat du pape, Adhémar de Monteil passe par la Lombardie, la Dalmatie et le Nord de la Grèce. La troisième, d'Italie méridionale, commandée par le prince normand Bohémond gagne Durazzo par mer. La quatrième, de la Francie centrale, dont les chefs sont Étienne de Blois et Robert de Normandie passe par Rome. » J. RICHARD, « Les Croisades », Encyclopaedia Universalis, 2007.

possession ou de droit de propriété. Sans ce transfert de droit de propriété, la terre restait sans défense en cas d'intrusion pendant son absence.

247. Si « l'ami » refusait de re-transférer le droit de propriété sur la terre du chevalier à son retour, il n'y avait pas de recours légal devant les Cours de Common Law car l'ami était le propriétaire aux yeux du juge.<sup>269</sup> Le chevalier pouvait alors s'adresser directement au Roi pour demander justice ; en équité (*Equity*), « l'ami » serait contraint de reconnaître le droit de propriété du chevalier et de le lui rendre.

248. Le Roi qui, en tant que « *fons et origo justitiae* », source de justice et d'équité, s'occupait de ce type d'affaires, les transféra au Chancelier, son plus proche conseiller qui était un érudit en questions ecclésiastiques, en droit romain et canonique et le mieux qualifié pour décider sur ces sujets de conscience et d'équité ; il est possible qu'il ait été influencé par la fiducie romaine et le « *fidei commissum* ». <sup>270</sup> Le Chancelier, dans sa « Cour d'équité », a développé des règles d'équité pour résoudre ces problèmes.<sup>271</sup>

249. Le Chancelier reconnaît alors le droit de propriété légale sur la terre (*legal state*), comme les Cours de Common Law mais il va au-delà, en obligeant le titulaire de la propriété légale à utiliser son droit de propriété légale au profit des bénéficiaires. En « *Equity* », uniquement les bénéficiaires profitent de la terre confiée à l'ami titulaire de la propriété légale. Ils peuvent ainsi avoir des droits de propriété équitables (*equitable estates*) qui correspondent aux différentes sortes de propriété légale (*legal estates*).

250. Le « *use* » est à l'origine un moyen de contourner l'interdiction de la division de la propriété par testament ou d'éviter l'impôt prévu à cet effet. L'interdiction de diviser la terre par testament est évitée en la transférant à un tiers, au bénéfice (*to the use*) du constituant à vie, les biens restants devant profiter aux bénéficiaires (*the uses*) désignés dans son dernier testament. Un impôt royal dénommé « *feudal incident* » est perçu au décès de chaque vassal du roi sur la transmission des terres à la descendance du « *de cujus* » surtout si, parmi les héritiers, il y a un mineur.

---

<sup>269</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 11.

<sup>270</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 11.

251. Afin d'éviter l'impôt, l'opération consiste pour le noble appelé alors « le *feoffor* ou constituant » à confier à des tiers de confiance, « les *feoffees*, les *trustees* ou fiduciaires », le titre légal de possession foncière (*legal interest*) et à ne conserver lui-même que la jouissance effective de l'immeuble (*equitable interest*) jusqu'à son décès puis à désigner ses successeurs comme propriétaires subséquents de « l'*equitable estate* ». Une fois la mort du « *feoffor*/constituant » survenue, les *feoffees*/trustees détiennent leur part de propriété (« *the estate* ») dans l'intérêt des bénéficiaires préalablement choisis par le « *de cuius* ».<sup>272</sup> Ainsi, le détenteur de la propriété légale (*legal estate*), par ce subterfuge, survit à la mort du constituant (*feoffor*) et l'impôt dû n'est pas perçu.

252. Pour garantir le paiement du « *feudal incident* » le Roi Henri VIII promulgue, en 1535, la loi dénommée « *Statute of Uses* ». En 1540, la loi anglaise sur les testaments (*The Statute of Wills*) est promulguée comme résultat d'une révolte contre Henry VIII, énonçant qu'il n'est plus interdit de diviser la terre ni de la partager entre les héritiers par testament. Selon Robert Lawrence,<sup>273</sup> la propagation du mécanisme du « *use* », très populaire à l'époque, est abrégée par cette loi. Elle combine le « titre » et le « *use* » sur un droit de propriété sur la terre (*Estate of land*), de sorte que le « *fee* » et le « *use* » sont réunis en un seul droit de propriété légale (*legal estate*), similaire au « *fee simple* » du droit de Common Law.

253. Même si le « *Statute of Uses* » empêche le mécanisme du « *use* », une exception est établie lorsque le « *feoffee* » ou fiduciaire s'oblige à gérer de façon active le patrimoine et les intérêts qui lui sont confiés. Avec le temps, ce qui est le « *use* » prend le nom de trust, comme conséquence de cette loi sur les « *uses* » (*Statute of Uses*). Promulguée avant que les premiers colons quittent l'Angleterre pour l'Amérique, elle est devenue la base de la majorité des lois des colonies américaines.<sup>274</sup>

---

<sup>271</sup> En 1615, il est établi que les ordres des Cours d'équité prévalaient sur les règles de la Common Law.

<sup>272</sup> J. THORENS, *Les traits caractéristiques de la property law anglo-américaine, le cas des Etats-Unis, droits réels, successions, trusts*, Editions Stämpfli, Bern, 1986, p. 34 ; G. MOFFAT, *Trusts Law, Text and Materials*, Butterworths Law, 2e éd., 1994, p. 24, 25.

<sup>273</sup> R. C. LAWRENCE, *loc. cit.*, p. 4-5.

<sup>274</sup> R. C. LAWRENCE, *ibid.*, p. 5.

254. L'une des différences essentielles entre le « *use* » et le « *trust* » est que le *trust* offre une protection par des moyens judiciaires contre le *feoffee-trustee* qui utilise pour son propre bénéfice les biens qui lui sont remis ou qui est négligeant dans leur gestion. De cette manière, les droits des bénéficiaires qui découlent de la « propriété équitable » sont nés.

### ***B. Droits des bénéficiaires qui découlent de la « propriété équitable ».***

255. En constituant un *trust* du modèle anglo-américain, le constituant confère une part de propriété, le « *legal interest* », au *trustee* et transmet « *l'equitable interest* » aux bénéficiaires du *trust*. Un droit de propriété (*ownership*) fait référence au titulaire qui a l'entière propriété et des droits de jouissance sur un bien ou une chose. Un « intérêt » (*interest*) signifie qu'on a une partie du droit de jouissance car une autre personne est aussi titulaire d'une partie du droit de propriété et de jouissance.

256. Les bénéficiaires jouissent de la « propriété équitable » des biens et peuvent à ce titre revendiquer leurs droits.<sup>275</sup> Ils détiennent des « droits réels et équitables » sur les biens du *trust*. Parce qu'ils sont titulaires d'un droit de propriété, ils peuvent exercer un droit de suite sur les biens du *trust* contre toute personne qui les détiendrait dans des conditions que la loi ne protège pas.

257. Les droits des bénéficiaires d'un *trust* du modèle anglo-américain comportent aussi des droits personnels d'agir en « équité » contre le *trustee* et ils peuvent contraindre celui-ci à remplir les obligations mises à sa charge par l'acte du *trust* ou par la loi.<sup>276</sup> Ainsi sont organisées les limitations de la « *legal property* » du *trustee* au bénéfice de « *l'equitable property* » des bénéficiaires. Par analogie à la propriété du fiduciaire des *trusts* de droit civil, la propriété légale du *trustee* des *trusts* anglo-

---

<sup>275</sup> PARKER AND MELLOWS, *The Modern Law of Trusts*, 8e éd., (by A. J. Oakley), Sweet & Maxwell, 2003, p. 711-720; R. PEARCE AND J. STEVENS, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 4e éd, Oxford University Press, 2006, p. 118-120, 720-723; G. THOMAS & A. HUDSON, *The Law of Trusts*, 1e éd, Oxford University Press, 2004, p. 173-199. Voir aussi l'arrêt fondateur pour le droit des bénéficiaires des *trusts* anglo-américains, dénommé « *Earl of Oxford's Case* », 1615 1 Ch. Rep.1, qui énonce qu'en cas de conflit entre la propriété légale et la propriété équitable, la seconde prévaut sur la première.

<sup>276</sup> HANBURY and MARTIN, *Modern Equity*, 17e éd., (by J. E. Martin), Sweet & Maxwell, 2005, p. 209-211; LEWIN ON TRUSTS, 18e éd, (by J. Mowbray, L. Tucker, N. Le Poidevin, E. Simpson), Sweet & Maxwell, 2007, p. 5-10; R. PEARCE AND J. STEVENS, *ibid.*, p. 100, 103-105; P. H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, 10e éd., Oxford University Press, 2005, p. 14-15; G. THOMAS & A. HUDSON, *ibid.*, p. 184-196; UNDERHILL AND HYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 17e éd., (by D. Hayton, P. Matthews, C. Mitchell), LexisNexis Butterworths, 2006, p. 4.

américains ressemble aussi à une propriété limitée ou avec charge, limitée par des droits personnels et réels des bénéficiaires stipulés dans l'acte de constitution du trust.

258. Les bénéficiaires des trusts anglo-américains ont des droits à la fois personnels et réels, à savoir exercer un droit de suite ou de contrôle des documents relatifs au trust. Outre cela, ils peuvent céder leurs droits de propriété équitable. Ils ont des droits de traçabilité et de suite (a.) et des droits d'information (b.).

a. *Droits équitables de traçabilité et de suite*

259. Un droit fondamental des bénéficiaires d'un trust du modèle anglo-américain est le droit de traçabilité des biens du trust, qui sont cédés par le trustee dans l'exercice de sa gestion, accompagné d'un droit de suite. Les bénéficiaires ont deux sortes de droits : le droit réel en *Equity* de traçabilité (*following*) pour suivre les mêmes biens qui passent d'une main à une autre et le droit de suite (*tracing*) qui permet d'identifier les nouveaux biens se substituent aux précédents.<sup>277</sup> Ce droit permet de revendiquer les biens, objets du trust, en quelques mains qu'ils se trouvent et notamment, entre les mains de tiers qui en sont devenus titulaires en violation des engagements du trustee. Les bénéficiaires disposent également d'un droit complémentaire personnel contre le trustee qui leur permet de contrôler l'exécution des obligations fiduciaires.

260. Donovan Waters explique : « pendant les siècles précédents, le droit des bénéficiaires est considéré comme un droit personnel de poursuivre le trustee pour demander qu'il accomplisse attentivement et avec diligence les obligations stipulées dans l'acte de constitution du trust et dans la loi. »<sup>278</sup> Au XVIIème siècle, le bénéficiaire d'un trust a déjà des droits équitables contre le trustee. Il peut demander à la Cour d'ordonner au trustee de réparer des dommages ou pertes occasionnées par la gestion fautive du fonds du trust. La Cour peut ainsi obliger le trustee à restituer au trust des bénéfices malhonnêtes qu'il a obtenus pour lui-même ou à son seul bénéfice. Cette action en justice fondée sur des droits personnels, contractuels et non

---

<sup>277</sup> E. H. BURN, G. J. VIRGO, *loc. cit.*, p. 896 et suiv.

réels est la seule possibilité qu'ont aujourd'hui les bénéficiaires des trusts du modèle contractuel de droit civil.

261. Au XXème siècle, même si l'existence des droits et des actions personnels des bénéficiaires est acceptée, le bénéficiaire a aussi un « droit de propriété » ou, du moins, s'il n'est pas l'unique bénéficiaire, un intérêt de propriété (*proprietary interest*). Un bénéficiaire peut donc, au nom des autres bénéficiaires, récupérer les biens perdus à cause de manœuvres frauduleuses du trustee qui les a pris pour lui-même ou d'un tiers qui a reçu les biens et qui, connaît- au sens où une personne raisonnable ne peut l'ignorer- le caractère frauduleux du transfert opéré par le trustee.

262. Le droit de suite est l'action du droit des trusts de nature réelle, proche de la « *rei vindicatio* ». Le résultat d'une action en revendication menée avec succès permet aux bénéficiaires de récupérer les biens pour le trust, par préférence aux créanciers des trustees et aux acquéreurs de mauvaise foi et ce, même si le malfaisant, trustee ou acquéreur, est insolvable.<sup>279</sup> Il est complémentaire au mécanisme de la subrogation réelle qui s'applique aux biens et droits objets du trust : en cas d'aliénation d'un bien composant le trust, les droits des bénéficiaires se reportent sur les sommes perçues par le trustee en échange.

263. La traçabilité, le droit de suite et l'action en revendication ne sont demandés, devant les juridictions de Common Law, contre les acquéreurs de la propriété fiduciaire détournée que si l'acquéreur sait ou aurait dû savoir que les manœuvres du trustee sont dolosives et que si les biens du trust peuvent encore être identifiés. Si l'acquéreur de bonne foi ne sait pas ou s'il n'a raisonnablement pas pu savoir que le trust était mal exécuté, le droit de revendication s'arrête là même si un acquéreur postérieur le sait ou a pu savoir. Cette règle sert à protéger les droits de propriété de ceux qui n'en ont pas eu connaissance.

264. Les bénéficiaires peuvent recourir à la Cour si le trustee n'accomplit pas les démarches nécessaires pour préserver les biens du trust.<sup>280</sup> La Cour permet aux

---

<sup>278</sup> D. WATERS, *article précité*, p. 4.

<sup>279</sup> D. WATERS, *ibid.*, p. 5.

<sup>280</sup> *Fletcher v Fletcher* (1844) 4 Hare 67.

bénéficiaires de poursuivre en justice un tiers au bénéfice du trust, si nécessaire au nom du trustee.<sup>281</sup> De façon alternative, les bénéficiaires peuvent poursuivre les trustees et tous ceux qui ont des obligations vis-à-vis du trust en qualité de codéfendeurs.<sup>282</sup>

265. Un autre droit fondamental des bénéficiaires et complémentaire au droit de suite est le droit d'information sur la gestion du trust.

*b. Droits d'information des bénéficiaires*

266. L'accès des bénéficiaires à l'information sur le trust est un droit fondamental qui leur permet de bien exercer leur droit de suite. L'information comporte l'accès aux documents, aux investissements et à la comptabilité du trust. Or, certains constituants ne veulent pas que les bénéficiaires connaissent la quantité et la nature des investissements du trust ou qu'ils soient en position d'interférer dans la politique d'investissements du trust. Ils peuvent souhaiter de ne pas leur dévoiler le montant du patrimoine du trust dont ils bénéficient. Les constituants qui créent des trusts « *offshore* » peuvent désirer garder confidentielles les informations financières et les restreindre à la seule connaissance des professionnels en charge de la constitution et de la gestion du trust dans la juridiction « *offshore* ». <sup>283</sup>

267. Dans cet esprit, l'arrêt « *Schmidt v. Rosewood Trust Ltd* »<sup>284</sup> a décidé que tout bénéficiaire, sans préjuger de l'importance de son intérêt de propriété sur le trust, peut chercher à avoir de l'information sur le trust et qu'il est de la seule discrétion du juge d'accepter ou non sa requête. Dans cette affaire, le demandeur voulait avoir accès à deux documents de constitution du trust dont son père avait été un des constituants. Il prétendait avoir la qualité de bénéficiaire du trust discrétionnaire en tant que représentant légal de son père. Les trustees avaient refusé en estimant que le requérant n'était pas bénéficiaire du trust car son père était seulement dans la catégorie des possibles bénéficiaires du trust discrétionnaire.

---

<sup>281</sup> *Foley v Burnell* (1783) 1 Bro. CC 247 sur une affaire d'intrusion sur les terres du trust.

<sup>282</sup> PARKER AND MELLOWS, *ibid.*, p. 717.

<sup>283</sup> D. WATERS, *ibid.*, p. 17.

<sup>284</sup> *Schmidt v. Rosewood Trust Ltd.*, [2003] 2 A.C. 709, [2003] 3 All E.R. 76.

268. Dans ce contexte, il n'avait pas le droit d'accès à l'information du trust. La Cour de première instance de l'Île de Man (*High Court*) ordonne l'accès aux documents demandés. Cette décision est infirmée en appel par le « *Staff of Government Division* ». Le demandeur interjette alors un recours devant le « *Privy Council* » qui décide lui donner accès aux documents du trust. L'arrêt énonce à la fin que l'accès n'est pas exclusivement attaché à la qualité de bénéficiaire absolu d'un trust, mais en fonction de chaque situation.<sup>285</sup>

269. Le constituant ne peut pas demander au trustee de garder l'information confidentielle et le trustee lui-même ne peut pas décider de ne pas donner suite à une demande d'information sur le trust de la part des bénéficiaires. Selon Donovan Waters, « *le droit à l'information ou le droit de demander à la Cour d'ordonner la communication de l'information sur le trust, comme l'arrêt « Schmidt » l'énonce, est une des rares règles obligatoires en droit des trusts.* »<sup>286</sup> Le droit des bénéficiaires de poursuivre le trustee pour inexécution du trust ne peut pas s'exercer correctement s'ils se voient refuser l'accès à l'information sur le trust. Par analogie, dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, dans les lois sur les fidécourmis et la fiducie, l'obligation d'information du fiduciaire aux bénéficiaires est impérative, même si les modalités sont aménageables dans le contrat.<sup>287</sup>

270. Les droits d'information et de suite des bénéficiaires en tant que propriétaires équitables dans le modèle de trust anglo-américain de propriété sont transposés et adaptés au modèle contractuel des trusts de droit civil.

## ***II. Equivalences contractuelles en droit civil au dédoublement de la propriété***

271. D'un point de vue pratique, le fidécourmis et la fiducie génèrent, comme le trust du modèle anglo-américain de propriété, une division entre la « propriété formelle » qui a comme titulaire le fiduciaire et les bénéfices qui découlent de la propriété, que l'on pourrait dénommer « propriété économique », en faveur des

---

<sup>285</sup> E.H. BURN et G. J. VIRGO, *op. cit.*, p. 743 à 746. Les opinions sont rendues par les Lords Nicholls of Birkenhead, Hope of Craighead, Hutton, Hobhouse of Woodborough et Walker of Gestingthorpe.

<sup>286</sup> D. WATERS, *ibid.*, p. 17.

<sup>287</sup> Voir *supra* p. 107 et suiv.

bénéficiaires. Ceux-ci ont le droit aux bénéfices économiques provenant du patrimoine fiduciaire.

272. Les droits des bénéficiaires des trusts du modèle contractuel de droit civil proviennent du contrat et non de leur droit de propriété sur les biens du trust. L'acte constitutif du trust de droit civil stipule les avantages, les droits et les bénéfices en faveur des bénéficiaires désignés qui peuvent exiger l'exécution du contrat et des obligations qui en découlent en leur faveur.

273. L'absolutisme de l'article 544 du Code civil français a été hérité et adopté par les Codes Civils des législations latino-américaines étudiées, aux articles 2507 et 2508 du Code Civil argentin et 105 du Code Civil bolivien. Du fait qu'en droit civil continental, la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, la propriété fiduciaire n'a pas tous les caractères que la loi attribue à la propriété de l'article 544 du Code Civil français.<sup>288</sup> C'est pourquoi on l'appelle expressément « propriété fiduciaire ».<sup>289</sup> Ces deux « propriétés », l'ordinaire et la fiduciaire, sont clairement énoncées dans le Code Civil argentin. Il existe aujourd'hui deux propriétés différentes dans le Code Civil français : celle de l'article 544 et celle de l'article 2011 du Code Civil. Cette dernière a autant de durées et de caractères (ou des charges) que des contrats de fiducie enregistrées au Registre National de fiducies. A ce titre, elle peut être comparée aux « intérêts équitables » de la Common Law.

274. Le Sénat français<sup>290</sup> proposait d'explicitier « *ce qui est déjà en germe dans l'article 2011 du Code civil* ». Selon le législateur, lorsque le fiduciaire acquiert la propriété fiduciaire des biens, il acquiert une propriété d'un nouveau genre. L'article 2011 du Code Civil français crée donc une propriété différente de celle de l'article 544 sans le mentionner expressément. La propriété fiduciaire est temporaire et

---

<sup>288</sup> Créé par Loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804.

<sup>289</sup> Contre : M. NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelone, 1950. L'auteur affirme que la propriété fiduciaire est exactement la même que celle de l'article 544 du Code Civil français mais que cette propriété représente une « charge » qui ne provient pas du droit de propriété mais s'attache au titulaire de la propriété fiduciaire en tant qu'obligation personnelle. Le fiduciaire reçoit du constituant la pleine propriété de biens transférés au fidéicommiss ou à la fiducie, mais, il s'engage contractuellement à respecter les stipulations du contrat pour atteindre le but du fidéicommiss ou de fiducie dans le cadre de sa mission.

<sup>290</sup> Rapport n° 442 (2008-2009) du 27 mai 2009, *op. cit.*

révocable car le constituant, dans l'acte de constitution, peut se réserver le droit de la révoquer.

275. Trois droits principaux pour les bénéficiaires sont prévus par les différentes législations de droit civil étudiées. Le premier droit des bénéficiaires est l'obligation du fiduciaire de gérer le fonds fiduciaire « en bon père de famille » ou « en bon homme d'affaires ». Toutes les obligations et devoirs du fiduciaire constituent corrélativement des droits pour les bénéficiaires. Comme dans le modèle des trusts anglo-américains de propriété,<sup>291</sup> les droits des bénéficiaires des trusts de droit civil sont étroitement liés à la responsabilité du fiduciaire.

276. Le deuxième droit est le droit à l'information des bénéficiaires sur la gestion, les comptes et les résultats du trust de droit civil. Le troisième droit des bénéficiaires est le droit de suite et de revendication des biens sortis indûment du patrimoine du trust. Etant donné que le fiduciaire est l'unique propriétaire du patrimoine fiduciaire pendant la durée du fidéicommis ou de la fiducie, la défense des biens du fidéicommis ou de la fiducie ne peut pas être exercée par les bénéficiaires en leur nom propre mais en subrogation des droits du fiduciaire.<sup>292</sup>

277. Nous allons étudier les attributs de la propriété fiduciaire en droit civil (A) et ensuite analyser les droits des bénéficiaires et la responsabilité du fiduciaire dans les fidéicommis ou dans la fiducie (B) car les deux sont interdépendants.

### ***A. Propriété fiduciaire en droit civil***

278. La propriété fiduciaire est une modalité particulière du droit de propriété.<sup>293</sup> Le fidéicommis ou la fiducie implique une structure spéciale du droit de propriété qui suppose un transfert de la propriété au fiduciaire ; le transfert doit être enregistré dans un registre public ;<sup>294</sup> il produit des effets devant les tiers et rend le fiduciaire propriétaire des biens qui sont transférés dans le fidéicommis ou la fiducie. Cette

---

<sup>291</sup> D. J. HAYTON, *loc. cit.*, p. 164.

<sup>292</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *op. cit.*, p. 28.

<sup>293</sup> C. MORALES GUILLEN, *Código de Comercio Concordado y anotado, op. cit.*, p. 1327.

<sup>294</sup> Au « registre des droit réels » en Bolivie, en fonction des dispositions énoncées aux articles 1538 et 1566 du Code Civil bolivien et l'article 1411 du Code de Commerce ; au service des impôts du siège du fiduciaire en France, selon les articles 2019 et 2020 du Code Civil et au registre national des fiducies.

propriété a des caractéristiques spéciales et le fiduciaire n'a ni la libre disposition ni la jouissance des biens en fidéicommiss ou fiducie car sa propriété temporaire est soumise aux conditions stipulées dans l'acte de constitution.

279. La propriété fiduciaire s'exerce en fonction du but du fidéicommiss et non dans l'intérêt du fiduciaire.<sup>295</sup> Le bénéfice économique est destiné exclusivement aux bénéficiaires.<sup>296</sup> Ceux-ci peuvent contester les actes du fiduciaire réalisés en dehors des stipulations du contrat de fidéicommiss ou de fiducie et demander sa révocation.<sup>297</sup> De plus, la propriété fiduciaire est temporaire car, à la fin du fidéicommiss ou de la fiducie, les biens sont transférés, soit aux bénéficiaires ou à leurs héritiers, soit au constituant ou à ses héritiers,<sup>298</sup> mais jamais au fiduciaire.<sup>299</sup>

280. Il convient d'analyser le transfert de la pleine propriété fiduciaire en droit civil (a.) le « domaine fiduciaire imparfait » du droit argentin (b.) et de donner une définition de la propriété fiduciaire anglo-américaine par analogie (c.).

a. Transfert de la pleine propriété fiduciaire

281. L'exécution de la fiducie ou du fidéicommiss suppose la réalisation d'un transfert de biens, droits, ou sûretés du constituant dans le patrimoine fiduciaire.<sup>300</sup> Jean-Philippe Dom<sup>301</sup> affirme que le législateur français délaisse la notion de transfert puisqu'il n'est question de propriété nulle part dans la loi sur la fiducie. Selon lui, la nature de ce « transfert » est des plus ambiguës, car une partie de la doctrine française a pu s'interroger sur l'existence même d'un transfert de propriété.

282. L'auteur met en doute le transfert de propriété entre le constituant et le fiduciaire en droit français, en affirmant que « *la réglementation peut laisser penser que le transfert définitif de propriété n'a lieu d'être qu'au dénouement de la fiducie si le bénéficiaire n'est pas le constituant.* »<sup>302</sup> Néanmoins, aujourd'hui, la majorité de la

---

<sup>295</sup> Articles 1410, 1414 et 1423 du Code de Commerce bolivien.

<sup>296</sup> Articles 1415, alinéa 2 du Code de Commerce bolivien.

<sup>297</sup> Articles 1415, alinéa 3 et 1420 du Code de Commerce bolivien.

<sup>298</sup> Articles 1422 du Code de Commerce bolivien.

<sup>299</sup> Suivant les dispositions des articles 1423 et 1424 du Code de Commerce bolivien.

<sup>300</sup> Article 2011 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>301</sup> J. Ph. DOM « La fiducie-gestion et le contrat de société. Eléments de comparaison », *Revue des sociétés* 2007, p. 481.

<sup>302</sup> J. Ph. DOM, *ibid.*

doctrine française considère que l'article 2011 du Code Civil opère un véritable transfert de propriété,<sup>303</sup> même si cette propriété est différente de la propriété ordinaire.

283. Concernant la propriété du fiduciaire, Jean-Philippe Dom<sup>304</sup> cite R. Libchaber, qui estime « *qu'il appartiendra à la jurisprudence de sortir de l'indécision en analysant strictement les droits du fiduciaire, pour les classer dans les catégories du droit français.* » Le même auteur cite G. Blanluet et J.-P. Le Gall, pour qui, les biens seraient « *hébergés par le fiduciaire, dans une subdivision de son patrimoine* ». Or, le patrimoine fiduciaire est séparé de celui du fiduciaire. Il s'agit d'un patrimoine indépendant et non d'une subdivision. Il n'est pas hébergé : la législation bolivienne l'appelle « *patrimoine autonome* ».

284. La notion de propriété fiduciaire est liée à la conception du patrimoine d'affectation. Le contrat de fiducie ou de fidéicommis débouche sur la constitution d'un patrimoine fiduciaire qui est une masse isolée des autres biens du fiduciaire, avec un actif et un passif propres, dont le fiduciaire est titulaire. Le fiduciaire est à la tête d'au moins deux patrimoines, son patrimoine propre et un ou plusieurs patrimoines fiduciaires.<sup>305</sup> Le patrimoine fiduciaire est hors d'atteinte des créanciers personnels du fiduciaire. La doctrine le définit comme un patrimoine séparé. Seuls les créanciers dont la créance est née à l'occasion de la gestion du patrimoine peuvent saisir les actifs.

285. Le transfert juridique du droit de propriété du constituant au fiduciaire est effectif : le constituant transfère la pleine propriété fiduciaire. Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer de pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins de démontrer que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.<sup>306</sup> Le fiduciaire agit comme propriétaire pour le compte de la fiducie.<sup>307</sup>

---

<sup>303</sup> Voir par exemple J. M. MOULIN, *Le droit de l'ingénierie financière*, 3e éd., Gualino, Lextenso, Paris, 2009, p. 175.

<sup>304</sup> J. Ph. DOM, *ibid.*

<sup>305</sup> Cl. WITZ, « Les caractères distinctifs de la fiducie », *loc. cit.*, p. 72.

<sup>306</sup> Article 2023 du Code Civil français, créé par loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>307</sup> Article 2021 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007

286. La qualité du fiduciaire en tant que « titulaire de la propriété fiduciaire » est confortée par des mesures de publicité.<sup>308</sup> Lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire et qu'il agit en cette qualité.<sup>309</sup> Une autre conséquence de l'existence du patrimoine fiduciaire est comptable : les droits transférés sont comptabilisés dans le patrimoine affecté. Le « transfert fiduciaire » est comptabilisé.

287. La fiducie et le fidéicomis réalisent un transfert d'une propriété distincte de « l'absolutisme » de l'article 544 du Code civil français,<sup>310</sup> conception française de la propriété qui a été exportée aux pays de droit civil, notamment latino-américains. Le patrimoine fiduciaire est un patrimoine d'affectation : le fiduciaire reçoit la propriété fiduciaire et ne peut user de ses prérogatives que dans le seul but de réaliser la fiducie ou le fidéicomis. Il ne reçoit pas la propriété ordinaire.

288. Ceci distingue le patrimoine d'affectation fiduciaire du patrimoine d'affectation créé par le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) où l'absolutisme du droit de propriété existe nonobstant une affectation légale ou contractuelle. Sous réserve de l'accomplissement des mesures de publicité prévues par la loi,<sup>311</sup> une même personne peut se constituer autant de patrimoines d'affectation qu'elle exerce d'activités distinctes. Le patrimoine d'affectation est individualisé de telle sorte qu'à l'égard de ses créanciers, la responsabilité de l'intéressé reste limitée à la valeur de ce patrimoine d'affectation.

289. Jean-Philippe Dom<sup>312</sup> explique : « *L'affectation des biens, dans le contrat de société, se traduit par le principe de spécialité de la personne morale. Ce principe n'enlève rien à l'absolutisme du droit de propriété exercé par la société. Le principe est le même en matière de fondation d'intérêt public.* » La société ou la fondation reçoivent la propriété ordinaire (article 544) et non la propriété fiduciaire (article 2011) des biens transférés à la personne morale. En cas d'apport « en propriété »,

---

<sup>308</sup> Articles 2019, 2020 et 2021 du Code Civil français, créés par Loi n°2007-211 du 19 février 2007.

<sup>309</sup> Article 2021, 2<sup>nd</sup>e paragraphe du Code Civil français, créés par Loi n°2007-211 du 19 février 2007.

<sup>310</sup> Rapport n° 442 (2008-2009) précédemment cité, voir *supra* p. 79.

<sup>311</sup> Loi n°2010-658 du 15 juin 2010.

<sup>312</sup> J. Ph. DOM, *ibid.*, p. 481.

même si l'article 1843-3 du code civil<sup>313</sup> ne s'attache qu'aux effets de cet apport, l'existence du transfert de propriété à la personne morale est indéniable. Le droit des sûretés ainsi que le droit des procédures collectives en ont tiré toutes les conséquences.

290. La réforme du Code Civil français permettant l'introduction de la fiducie a pu être réalisée aisément, même si la consécration d'un patrimoine fiduciaire au sein d'un patrimoine général porte atteinte au principe de l'unicité du patrimoine. Ce principe connaît de plus en plus d'exceptions en droit français, de sorte que la réforme française ne va nullement à contrecourant du droit contemporain.<sup>314</sup> L'absolutisme de l'article 544 du Code Civil français n'est plus qu'un mythe car le droit contemporain des biens s'adapte aux évolutions et aux besoins de notre époque.<sup>315</sup>

291. Contrairement à la loi bolivienne, française ou panaméenne, la loi argentine donne expressément une définition de la propriété fiduciaire.

*b. Propriété « fiduciaire imparfaite » de droit argentin*

292. Parmi les législations étudiées, seule l'Argentine consacre un chapitre de son Code Civil à la définition de la propriété fiduciaire en tant que « domaine imparfait ». La loi argentine n° 24 441 du 9 janvier 1995 introduit la notion de « domaine fiduciaire »<sup>316</sup> qui était déjà implicite dans la terminologie du Code Civil argentin.<sup>317</sup> La loi sur le fidéicomis modifie profondément cette figure en droit interne.<sup>318</sup> L'article 2662 du Code Civil argentin modifié par la loi 24 441 dispose que le domaine fiduciaire est celui qui est acquis au travers d'un fidéicomis constitué par

---

<sup>313</sup> Modifié par Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 123 JORF 16 mai 2001.

<sup>314</sup> Cl. WITZ, *ibid.*, p. 72.

<sup>315</sup> V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2005. L'auteur affirme que le droit des biens, malgré une opinion répandue, n'est pas un droit rigide qui s'opposerait à tout modelage, il est plutôt malléable, et « *tel un roseau, ne souffre pas d'une brise de modernisation.* »

<sup>316</sup> Le législateur argentin utilise le terme « domaine fiduciaire » comme synonyme de « propriété fiduciaire ». Monsieur Dalmacio Velez Sarsfield, le père du Code Civil argentin de 1869, utilisa de la même manière le terme « domaine », de façon large, lui conférant exactement les mêmes caractéristiques que celles de « la propriété ».

<sup>317</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 273.

<sup>318</sup> Les auteurs DiploTTi, Gutierrez et Malumian expliquent que l'opération fiduciaire décrite par l'ancien article 2662 du Code Civil, dans sa genèse, était insuffisante pour protéger les biens en fidéicomis et pour garantir le respect du but fiduciaire du contrat, surtout en ce qui concernait l'action individuelle ou collective des créanciers du fiduciaire, ce qui rendait le système inutilisable dans le commerce. A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *ibid.*, p. 19.

contrat ou par testament ; il ne dure que jusqu'à l'extinction du fidéicommiss ; les biens doivent être ensuite transférés à qui de droit selon le contrat, le testament ou la loi.

293. Une propriété fiduciaire est constituée sur les biens en fidéicommiss, en fonction des dispositions du septième titre du Code Civil argentin intitulé « du domaine imparfait ». <sup>319</sup> Le fiduciaire a un droit réel de domaine imparfait sur l'immeuble en fidéicommiss. Le domaine est imparfait car il ne s'agit pas de la pleine propriété ; le fiduciaire n'a pas droit aux fruits (*ius fruendi*) et peut, en outre, être privé du « *ius abutendi* » ; <sup>320</sup> il n'a pas non plus de droit de propriété perpétuel car son droit est conditionné à la durée du fidéicommiss <sup>321</sup> ou à sa révocation.

294. Maurizio Lupoi <sup>322</sup> considère que la législation argentine est un bon exemple d'abandon des incertitudes qui entouraient jadis le fidéicommiss. Elle est aussi la confirmation législative des positions des auteurs les plus progressistes des doctrines argentine et internationale sur le fidéicommiss. Selon l'auteur, l'ancienne législation argentine disposait que le constituant « destine » ou « affecte », ce qui a une connotation de « propriété d'affectation ». Elle a évolué vers l'utilisation du mot « rend » ou « remet » qui montre un peu plus clairement un transfert pour finalement, utiliser la phrase « le constituant transmet la propriété » et identifier, de cette façon, la propriété fiduciaire au caractère fondamental du transfert. <sup>323</sup>

295. L'article 1 de la loi 24 441 sur le fidéicommiss est explicite. Elle énonce clairement qu'il y a fidéicommiss lorsqu'une personne « *transmet la propriété fiduciaire* » des biens à une autre. L'article 1409 du Code de Commerce bolivien et l'article 2011 du Code Civil français énoncent un « transfert » des biens du constituant au fiduciaire, en utilisant le mot en espagnol « *transmite* » en Bolivie. En revanche, les articles n'énoncent expressément ni « un transfert de propriété » ni un transfert fiduciaire, c'est-à-dire, différent de la propriété ordinaire. Le mot « transmet

---

<sup>319</sup> Il s'agit du VIIème titre du IIIème Livre du Code Civil argentin, cité aussi à l'article 11 de la loi 24 441 sur le fidéicommiss.

<sup>320</sup> Ce droit comprend celui d'user de la chose, d'en remettre l'usage à une personne, le droit de la modifier, de la détruire ou d'en disposer.

<sup>321</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *ibid.*, p. 53-54.

<sup>322</sup> M. LUPOI, *loc. cit.*, p. 274.

<sup>323</sup> M. LUPOI, *ibid.*, p. 274. L'auteur dans son ouvrage utilise le mot en espagnol « *tramita* » (s'occupe) bien que le mot correct consacré dans la loi argentine 21 441 à son article premier est « *transmite* », qui veut dire « transmet ». ou « transfère ».

» doit donc s'interpréter comme un « transfert de la propriété fiduciaire » du constituant au fiduciaire.

296. Par analogie, le modèle anglo-américain des trusts de propriété a sa propre définition de la propriété fiduciaire.

*c. Propriété fiduciaire anglo-américaine par analogie*

297. Dans le modèle des trusts anglo-américains, lorsqu'une personne a un intérêt équitable dans un trust exprès, le propriétaire (légal fiduciaire) des biens ou une personne qui réclame auprès du propriétaire, autre qu'un acheteur de bonne foi, qui n'est pas informé de l'intérêt équitable, détient ces biens pour « donner effet » à l'intérêt équitable dans ce trust.<sup>324</sup> David Hayton<sup>325</sup> affirme « *qu'il détient ces biens, comme s'il s'agissait d'un domaine assujetti à des servitudes* ».

298. Malgré le caractère incontestable de la double propriété sur le même bien de celui qui a l'intérêt équitable et du propriétaire légal, la propriété légale du fiduciaire ressemble, par analogie au droit civil, à une propriété avec charge : il est propriétaire pour « donner effet » à l'intérêt équitable comme s'il s'agissait d'une propriété avec charge ; son domaine est imparfait car il est fiduciaire. Le propriétaire légal doit prendre en compte l'intérêt équitable provenant du trust qui « pèse » sur cette propriété et qui lui impose certaines responsabilités.

299. Contrairement au droit civil, la Common Law donne un privilège aux « propriétaires équitables » sur les créanciers du propriétaire légal en cas de faillite et les bénéficiaires ont un intérêt équitable contraignant non seulement pour le trustee mais aussi à l'égard de ses héritiers. Lorsqu'une personne sait qu'elle est trustee, elle est responsable personnellement vis-à-vis des bénéficiaires pour la valeur des biens en trust et pour tout ce qu'elle réalise ou pas avec les biens. Cette obligation s'ajoute à ses devoirs, en tant que propriétaire fiduciaire, de détenir et gérer les biens au profit exclusif des bénéficiaires.<sup>326</sup> Etant donné que la responsabilité est lourde, dans le

---

<sup>324</sup> Westdeutsche Landesbank v Islington LBC [1996] A.C. 669 au 706-707.

<sup>325</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 23.

<sup>326</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 24.

modèle contractuel des trusts de droit civil, il faut que le fiduciaire accepte expressément « la charge fiduciaire » et s'oblige par écrit.

300. Dans les trusts de droit civil, le transfert de propriété au fiduciaire au profit des bénéficiaires leur donne des droits contractuels. Ceux-ci sont liés à la responsabilité du fiduciaire.

### ***B. Droits des bénéficiaires et responsabilité du fiduciaire en droit civil***

301. En l'absence de droits réels sur les biens du trust, les bénéficiaires d'un trust de droit civil du modèle contractuel ont tous les droits stipulés contractuellement en leur faveur dans l'acte de constitution. Ils peuvent exiger l'exécution de toutes les obligations stipulées dans l'acte.

302. Les bénéficiaires ont droit à une bonne gestion du trust de droit civil par le fiduciaire qui, corrélativement, engage sa responsabilité en cas de mauvaise exécution de sa mission (a.). Ils ont des droits d'information sur la gestion du trust de droit civil (b.) et un droit de revendication des biens sortis indûment du patrimoine fiduciaire (c.).

#### ***a. Droit à une bonne gestion et responsabilité fiduciaire***

303. En Argentine, le fiduciaire doit accomplir les obligations imposées par la loi et par la convention de fidéicommis, avec la prudence et la diligence d'un « bon homme d'affaires » qui agit sur la base de la confiance qui lui est donnée.<sup>327</sup> Le contrat de fidéicommis ne doit pas limiter la responsabilité du fiduciaire et de ses subordonnés, en cas de faute ou de dol, ou les dispenser de l'interdiction d'acquérir pour eux-mêmes les biens du fidéicommis.

304. Le juge peut autoriser le constituant et les bénéficiaires à initier des actions en justice pour remplacer le fiduciaire si celui-ci ne réalise pas toutes les actions

---

<sup>327</sup> Article 6 de la loi argentine n° 24.441 sur le fidéicommis.

nécessaires à la protection des biens du fidéicommiss.<sup>328</sup> En outre, l'acte de constitution du fidéicommiss peut stipuler que le fiduciaire doit obtenir l'accord du bénéficiaire préalablement à toute cession ou autre opération avec les biens du fidéicommiss.<sup>329</sup> Les droits des bénéficiaires peuvent être transmis par acte entre vifs ou à cause de mort, sauf disposition contraire stipulée dans le contrat de fidéicommiss.<sup>330</sup>

305. La loi bolivienne oblige le fiduciaire à réaliser avec diligence les actes nécessaires pour accomplir le but du fidéicommiss. Le fiduciaire doit agir pour procurer le meilleur rendement économique aux bénéficiaires, suivant les consignes stipulées pour la gestion du fonds fiduciaire dans l'acte de constitution.<sup>331</sup> La responsabilité du fiduciaire se mesure autour de la notion de gestion d'un « bon père de famille ». Elle est appréciée « *in abstracto* ».

306. Selon Carlos Morales Guillén, la législation bolivienne s'est inspirée de la législation mexicaine pour mettre en place la notion de gestion « en bon père de famille ». L'appréciation « *in abstracto* » est en relation avec un type idéal de gestion, nette de toute faute qu'un bon père de famille ne commettrait pas. C'est le même niveau de responsabilité que celui demandé aux mandataires.<sup>332</sup> De plus, à la demande du bénéficiaire, le fiduciaire peut être révoqué de ses fonctions par un juge compétent lorsqu'on prouve qu'il a agi de façon dolosive ou avec grave négligence dans le cadre de ses fonctions. Il peut être aussi révoqué lorsqu'il refuse la vérification de l'inventaire des biens du fidéicommiss, de l'actif et du passif et des résultats de la gestion ou lorsqu'il refuse de donner les garanties stipulées dans l'acte de constitution.<sup>333</sup>

---

<sup>328</sup> Article 18 de la loi n° 24.441.

<sup>329</sup> Article 17 de la loi n° 24.441.

<sup>330</sup> Article 2 paragraphe 4 de la loi 24.441.

<sup>331</sup> Article 1414 alinéa 3 du Code de Commerce bolivien.

<sup>332</sup> Selon l'article 815, I du Code Civil bolivien et de l'article 1427 du Code de commerce. C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado, ibid.*, p. 1333 et 1334.

<sup>333</sup> Article 1420 du Code de Commerce bolivien. Il est peu probable qu'une Banque accepte de donner des garanties telles que celles demandées par cet article. Le type de garantie n'est pas spécifié et on ne sait pas si elle doit être réelle ou personnelle, celle-ci devant être une garantie bancaire, suivant les dispositions de l'article 1447 du Code de Commerce bolivien. A ce titre, les commissions pour la garantie augmenteront inévitablement le montant de la rémunération de la banque fiduciaire.

307. En France, le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes commises dans l'exercice de sa mission.<sup>334</sup> En l'absence de précision sur la nature et le régime de sa responsabilité, il convient d'appliquer le droit commun. A l'égard du constituant, la responsabilité du fiduciaire est contractuelle et la faute résulte de l'inexécution du contrat, selon les dispositions de l'article 1147 du Code Civil français.<sup>335</sup> Il est probable que les juges apprécieront la faute du fiduciaire comme celle du mandataire en lui conférant, par exemple, une responsabilité atténuée en cas de fiducie assumée à titre gratuit.

308. Le tiers bénéficiaire, s'il accepte la fiducie, dispose d'une action directe contre le fiduciaire qui lui permet d'exiger l'exécution du contrat et de demander réparation du préjudice que lui cause toute inexécution. Si le bénéficiaire n'a pas accepté la fiducie, il peut toujours mettre en jeu la responsabilité délictuelle du fiduciaire.<sup>336</sup> Si le fiduciaire manque à ses devoirs, met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou s'il est l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, les bénéficiaires peuvent demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter son remplacement.<sup>337</sup> La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte le dessaisissement du fiduciaire et le transfert des biens à son remplaçant.

309. Le fiduciaire panaméen est responsable des pertes ou dommages causés au patrimoine du fidéicomis, en cas de mauvaise exécution de ses obligations. Il doit gérer le patrimoine en fidéicomis « en bon père de famille ».<sup>338</sup> L'acte du fidéicomis peut stipuler des limitations à sa responsabilité, sans l'exempter en cas de dol ou grave négligence. Le fiduciaire doit présenter les garanties exigées aux personnes autorisées à exercer les fonctions de fiduciaire. Il n'est pas obligé de donner une caution spéciale pour la bonne gestion du fidéicomis, sauf si l'acte de constitution le stipule.<sup>339</sup> Le fiduciaire peut être révoqué par voie judiciaire, à la demande des bénéficiaires, lorsque ses intérêts sont incompatibles avec les intérêts

---

<sup>334</sup> Article 2026 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>335</sup> Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

<sup>336</sup> Selon les dispositions des articles 1382 et suivants du Code Civil français.

<sup>337</sup> Article 2027 du Code Civil français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V). Cet article s'applique en l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de remplacement du fiduciaire.

<sup>338</sup> Article 27 de la loi panaméenne sur le fidéicomis n°1-1984 du 5 janvier 1984.

<sup>339</sup> Article 29 de cette même loi n°1-1984.

des bénéficiaires.<sup>340</sup> La révocation est demandée par un représentant du Ministère public lorsqu'il s'agit de bénéficiaires mineurs ou incapables.

310. La responsabilité du fiduciaire concerne aussi le droit d'information des bénéficiaires de sa gestion.

*b. Droits d'information sur la gestion fiduciaire*

311. Les bénéficiaires des trusts de droit civil ont un droit d'information sur la gestion du fiduciaire. Il s'agit d'une obligation accessoire et complémentaire à l'obligation essentielle de bonne gestion et d'accomplissement de la mission fiduciaire avec diligence et loyauté.<sup>341</sup> Elle est fixée par la loi mais susceptible d'être aménagée par les parties dans ses modalités. Le contrat ne peut pas décharger le fiduciaire de l'obligation de rendre des comptes, à la demande du bénéficiaire, en conformité avec les provisions contractuelles. Dans tous les cas, en Argentine, le fiduciaire doit rendre compte aux bénéficiaires au moins une fois par an<sup>342</sup> et en Bolivie, tous les six mois et à la fin du fidéicomis.<sup>343</sup>

312. En France, le fiduciaire rend compte de sa mission aux bénéficiaires et au tiers protecteur<sup>344</sup> à leur demande, selon la périodicité et les conditions fixées par le contrat de fiducie,<sup>345</sup> en vue de la surveillance de l'exécution du contrat.<sup>346</sup> Le législateur<sup>347</sup> a préféré que l'information ne soit donnée par le fiduciaire qu'à la demande des bénéficiaires. Selon le Sénat, il serait contraignant et coûteux d'imposer au fiduciaire une information périodique lorsqu'un nombre important de bénéficiaires est désigné, par exemple, tous les actionnaires d'une société qui ont constitué la fiducie à leur profit. La loi laisse aux parties le soin de déterminer librement les modalités concrètes de l'information. Selon Philippe Delebecque,<sup>348</sup> il est probable

---

<sup>340</sup> Article 30 alinéa 1 de la loi n°1-1984.

<sup>341</sup> Ph. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant, Journées Nationales Tome XV, Dalloz, 2011, p. 32.

<sup>342</sup> Article 7 de la loi argentine n° 24.441 sur le fidéicomis.

<sup>343</sup> Article 1414 alinéa 6 du Code de Commerce bolivien.

<sup>344</sup> Désigné conformément aux dispositions de l'article 2017 du Code Civil, modifié par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 2.

<sup>345</sup> Article 2022, troisième paragraphe du Code Civil français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>346</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *ibid.*, n° 3380, p. 132.

<sup>347</sup> Rapport n° 11 du Sénat fait par M. Henri de Richemont, *loc. cit.*, p. 60.

<sup>348</sup> Ph. DELEBECQUE, *ibid.*, p. 33.

que la jurisprudence renforce le contenu des obligations du fiduciaire en lui imposant, en sa qualité de professionnel, un devoir de conseil, sinon de mise en garde.

313. Comme dans les autres pays de droit civil, le fiduciaire panaméen et le Conseil de la fondation d'intérêt privé informent les bénéficiaires et le constituant de la situation patrimoniale du fidéicommiss ou de la fondation. Ils rendent compte de leur gestion aux bénéficiaires au moins une fois par an et à la fin du fidéicommiss, dans les conditions établies dans l'instrument de constitution du fidéicommiss ou dans l'acte de la fondation et ses règlements.<sup>349</sup>

314. La loi panaméenne est la seule à prévoir expressément un « *quitus de gestion* » au fiduciaire et au Conseil de la fondation privée s'il n'y a pas d'observation sur le compte rendu de la gestion dans un délai de 90 jours.<sup>350</sup> Dans ce cas, les comptes sont approuvés et ils ne sont plus responsables vis-à-vis des bénéficiaires présents ou futurs et vis-à-vis du constituant pour les actes réalisés pendant la période déterminée. Cette approbation n'enlève pas leur responsabilité pour les dommages causés pour dol ou négligence, dans la gestion du fidéicommiss<sup>351</sup> ou de la fondation.

### c. Droits des bénéficiaires de revendication des biens

315. Un droit fondamental des bénéficiaires d'un trust du modèle anglo-américain est le droit de « traçabilité » (*tracing*) des biens du trust cédés par le trustee dans l'exercice de sa gestion, accompagné d'un droit de suite. Les bénéficiaires des trusts de droit civil ont un droit de suite et de revendication des biens similaire à celui de leurs homologues anglo-américains. Pourtant, Donovan Waters<sup>352</sup> explique que, lors des sessions à la Haye de la Convention sur les Trusts, les juridictions de droit civil n'ont pas accepté les actions de traçabilité et de droit de suite données par la Common Law aux bénéficiaires.

316. L'auteur considère que la possibilité d'une action personnelle est tellement inhérente aux systèmes de droit civil que, lorsqu'il faut appliquer la traçabilité et le

---

<sup>349</sup> Article 18, point 3 de la loi panaméenne n° 25 du 12 juin 1995 sur les fondations d'intérêt privé.

<sup>350</sup> Article 20 de la loi n° 25 du 12 juin 1995 sur les fondations d'intérêt privé.

<sup>351</sup> Article 28 de la loi panaméenne sur le fidéicommiss n°1-1984.

droit de suite, chaque pays de droit civil ayant ratifié la Convention doit pouvoir s'écarter de cette dernière pour appliquer son propre droit interne ou appliquer ses propres règles de conflits de lois. C'est pourquoi, le texte de la Convention prévoit clairement l'exclusion de ce droit de suite (*tracing*), sauf si l'Etat ratifiant est prêt à accepter sa reconnaissance ; l'article 2 ne se réfère pas à la propriété des bénéficiaires des pays de Common Law.

317. Les actions judiciaires de dédommagement sont différentes entre les deux modèles de trusts étudiés. Le trust du modèle anglo-américain de propriété donne une priorité aux demandes des bénéficiaires contre les créanciers d'un trustee qui a agi de façon dolosive ou contre un tiers de mauvaise foi qui détient des biens appartenant au patrimoine du trust.<sup>353</sup> Le modèle contractuel des trusts de droit civil donne aux bénéficiaires la possibilité de revendiquer les biens que le fiduciaire a cédés en dehors des compétences qui lui ont été expressément conférées dans l'acte de constitution de la fiducie ou du fidéicommiss, en subrogation des droits du fiduciaire. Il en est de même dans le cas où le fiduciaire a réalisé des cessions ou d'autres opérations outrepassant ses compétences, de façon dolosive ou de mauvaise foi.

318. La question est de savoir si les bénéficiaires ont un droit de suite, avec une réparation en nature si les biens qui devaient leur revenir sont cédés à un tiers, à côté du droit d'obtenir une condamnation à des dommages et intérêts. Supposons que le fiduciaire aliène un bien qui devait revenir aux bénéficiaires. Philippe Delebecque<sup>354</sup> explique que ceux-ci peuvent préférer une sanction en nature à une sanction par équivalent. Ils ne peuvent pas, en principe, exercer un droit de suite contre le tiers acquéreur, mais ils pourront se prévaloir de la jurisprudence en matière de droit de préférence favorable aux sanctions en nature et obtenir une substitution dans les droits du tiers acquéreur. Le fiduciaire, dans ses relations avec les tiers, dispose des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que le tiers avait connaissance de la limitation de ses pouvoirs. Les tiers ne sont donc exposés à une sanction que si leur mauvaise foi est prouvée.

---

<sup>352</sup> D. WATERS, *op. cit.*, p. 5.

<sup>353</sup> D. WATERS, *ibid.*, p. 7.

<sup>354</sup> Ph. DELEBECQUE, *ibid.*, p. 29 et suiv.

319. Claude Witz<sup>355</sup> affirme que « *le constituant ou les tiers bénéficiaires ont des droits qui ne se limitent plus à des simples droits de créance puisqu'ils peuvent revendiquer les biens entre les mains des créanciers personnels du fiduciaire.* » Cependant, étant donné que le fiduciaire est l'unique propriétaire du patrimoine fiduciaire pendant la durée du fidéicomis ou de la fiducie, les bénéficiaires sont seulement créanciers d'une obligation de donner et la défense des biens du fidéicomis n'est pas exercée par les bénéficiaires en leur nom propre mais par subrogation des droits du fiduciaire.<sup>356</sup>

320. Carlos Morales Guillén explique que l'action en revendication proposée aux bénéficiaires n'est pas une action en revendication propre<sup>357</sup> car elle est donnée à celui qui n'est pas propriétaire, c'est-à-dire le bénéficiaire, contre celui qui peut l'être, pour obtenir la restitution des biens, non pas pour lui-même mais pour le patrimoine d'affectation géré par un troisième, le fiduciaire.<sup>358</sup> Même avec cette particularité, les effets de l'action sont indiscutables car les biens sont récupérés et retournent au patrimoine d'affectation du fidéicomis.<sup>359</sup>

321. Le fiduciaire qui détourne un élément mobilier de l'actif du patrimoine fiduciaire s'expose aux peines sanctionnant l'abus de confiance.<sup>360</sup> Les bénéficiaires peuvent prendre des mesures conservatoires si la gestion du fiduciaire met en péril la conservation du patrimoine fiduciaire. Par exemple, ils peuvent exercer une action possessoire ou mettre un locataire en demeure de payer les loyers dus.<sup>361</sup>

322. Le droit des bénéficiaires de revendication des biens sortis indûment du patrimoine du trust de droit civil n'est pas expressément énoncé dans la loi n° 24.441 sur le fidéicomis ni dans les articles 2011 et suivants du Code Civil français sur la fiducie. La législation bolivienne est la seule, parmi les législations étudiées, à

---

<sup>355</sup> Cl. WITZ, « Les caractères distinctifs de la fiducie », *loc. cit.*, p. 72.

<sup>356</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 28.

<sup>357</sup> Au sens de l'article 1453 du Code Civil bolivien, qui dispose que « le propriétaire qui a perdu la possession d'une chose peut la revendiquer de celui qui la possède ou la tient ».

<sup>358</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado, op. cit.*, p. 1335.

<sup>359</sup> En fonction des dispositions de l'article 1410 du Code de Commerce bolivien.

<sup>360</sup> Constitue un abus de confiance le fait pour une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou des biens qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé, (article 314-1 du Code Pénal français). Si le fiduciaire est une personne morale, l'abus de confiance est sanctionné d'une amende de 12 500 000 euros (articles 314-1 et 131-38 alinéa 1 du même Code).

<sup>361</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.*, n° 3750, p. 141.

prévoir expressément le droit des bénéficiaires de revendiquer les biens<sup>362</sup> et une liste de droits complémentaires :

1. Exiger du fiduciaire l'exécution des obligations stipulées dans le contrat, et, si nécessaire, déclencher la responsabilité du fiduciaire en cas de non-respect ou d'inexécution de ses obligations.
2. Poursuivre la revendication des biens en fidéicommiss pour les réintégrer au patrimoine du fidéicommiss lorsqu'ils ont été cédés indûment.
3. Contester et demander l'annulation des actes du fiduciaire pendant les cinq années à compter du jour de la prise de connaissance de l'acte ayant conduit à l'action en annulation.<sup>363</sup>
4. Demander au juge compétent, pour juste motif, le remplacement du fiduciaire et la nomination d'un administrateur intérimaire.<sup>364</sup>

**323. Conclusion du premier chapitre.** Le modèle anglo-américain des trusts de propriété donne au trustee la propriété légale et aux bénéficiaires la propriété « équitable » sur les biens du trust. Ce modèle confère aux bénéficiaires, en tant que propriétaires protégés par le droit de l'*Equity*, des droits d'information sur la gestion du fonds fiduciaire et un droit de suite et de revendication des biens du trust qui sont sortis indûment du patrimoine fiduciaire. Le modèle contractuel des trusts de droit civil donne une propriété temporaire différente de l'ordinaire au fiduciaire et des droits personnels et non réels aux bénéficiaires sur les biens du trust de droit civil.

**324.** C'est de cette manière que les pays de droit civil trouvent une équivalence au dédoublement de la propriété de trusts du modèle anglo-américain sans donner au fiduciaire et aux bénéficiaires des droits de propriété concurrents et simultanés sur un même bien. Cependant, un projet de loi en France<sup>365</sup> conférait un droit réel sur les actifs du patrimoine fiduciaire aux bénéficiaires de la fiducie en dissociant la propriété juridique du fiduciaire, limitée par les dispositions du contrat de fiducie, de

---

<sup>362</sup> A l'article 1415 du Code de Commerce bolivien.

<sup>363</sup> Ce délai pour demander l'annulation est un délai de caducité suivant les règles de l'article 1514 du Code Civil bolivien.

<sup>364</sup> Cette requête s'effectue dans une action sommaire préventive (en référé). Les justes motifs pour déclencher le remplacement du fiduciaire sont énoncés à l'article 1420 du Code de Commerce. L'administration intérimaire du fidéicommiss peut être réalisée seulement par une banque, car seules ces dernières peuvent être fiduciaires en Bolivie (article 1409 du Code de Commerce). En cas d'impossibilité de remplacement temporaire par manque d'une institution fiduciaire qui l'accepte, le fidéicommiss prend fin (article 1421, alinéa 8 du même Code).

<sup>365</sup> Rapport n° 442 du Sénat précédemment cité.

la propriété économique des bénéficiaires, reconnue expressément par le projet de loi comme un droit réel sur les biens du patrimoine fiduciaire.

325. Il est devenu courant de porter atteinte au principe absolutiste de l'article 544 du Code Civil français. La question est de savoir si le droit civil continental opérera un jour pour donner la propriété d'un même bien à plusieurs titulaires, fiduciaires et bénéficiaires, de façon simultanée et concurrente. Les premiers ont une propriété fiduciaire avec charge et les seconds ont des droits réels sur les biens du trust de droit civil selon une durée et les conditions décrites dans l'acte de constitution. Il ne s'agit ni d'une copropriété ni d'une indivision mais de droits de propriété, provenant d'un fidéicommiss ou d'une fiducie, cumulés sur un seul bien qui ressemblent aux intérêts équitables des bénéficiaires anglo-américains.

326. Pour l'instant et afin d'obtenir contractuellement un résultat équivalent au dédoublement anglo-américain de la propriété, le droit civil établit un « transfert total de propriété » du constituant au fiduciaire et garantit les droits des bénéficiaires contractuellement. Le fiduciaire doit informer régulièrement les bénéficiaires sur les comptes et sur sa gestion et respecter le principe fondamental en droit des trusts selon lequel le fiduciaire ne tire pas bénéfice de la fiducie ou du fidéicommiss.

327. Les bénéficiaires des trusts du modèle contractuel de droit civil ont une action en revendication des biens cédés de façon frauduleuse par le fiduciaire ou en dehors de ses compétences définies dans l'acte de constitution du fidéicommiss ou de la fiducie. La revendication s'exerce au nom du fiduciaire et en subrogation de ses droits de propriété ; les biens récupérés doivent retourner au patrimoine de la fiducie ou du fidéicommiss. A l'image de la législation bolivienne sur le fidéicommiss, il serait préférable que le droit de revendication des biens du trust de droit civil en possession de tiers soit énoncé expressément dans la loi en faveur des bénéficiaires.

328. En plus des trusts entre vifs, les deux modèles de trusts peuvent être constitués à cause de mort par testament.

## CHAPITRE II. Trusts anglo-américains et de droit civil à cause de mort

« *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* ». <sup>366</sup>

Modestino. Digesto, lei 1, titre 1, livre 28.

329. Les trusts testamentaires du modèle anglo-américain de propriété et les fidéicommiss testamentaires du modèle contractuel de droit civil appartiennent à la catégorie des trusts exprès car ils sont volontairement créés par le constituant au moyen d'un testament.

330. Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, les trusts constitués pour gérer les successions, sans testament, sont plutôt l'exception. Les successions par testament sont la généralité. Lorsqu'une personne décède sans testament, les personnes qui prennent des lettres d'administration de la succession du « *de cujus* » gèrent le patrimoine en trust. Il s'agit d'un « *statutory trust* » ou un trust « non-exprès » créé par la loi. <sup>367</sup> Elles ont le pouvoir de vendre, de payer les dettes et de distribuer ce qui reste aux héritiers suivant les règles de la succession « *ab-intestat* ».

331. Une grande partie des trusts du modèle anglo-américain sont des trusts testamentaires et leur usage est amplement répandu. La succession testamentaire est généralisée dans les pays de Common Law grâce à l'ample liberté des testateurs qui n'ont pas de réserves héréditaires obligatoires à respecter. En revanche, les fidéicommiss testamentaires sont rarement constitués et la coutume, dans les pays de droit civil, est de privilégier la succession « *ab-intestat* », en raison des réserves héréditaires disposées par la loi.

332. Dans le modèle anglo-américain de trusts, les testaments contiennent les dispositions des dernières volontés du testateur qui mettent en place un trust. David

---

<sup>366</sup> « Le testament est la juste expression de notre volonté par rapport à ce que chacun veut que l'on fasse après sa mort ». Modestino. Digesto, lei 1, titre 1, livre 28.

Hayton explique que « *l'idée de l'approche de la mort et la prise de conscience de sa propre mortalité mènent souvent à la création d'un trust. En outre, des considérations fiscales encouragent le constituant à disposer de sa propriété et à déterminer le genre de trust à créer pour préserver le patrimoine familial des griffes de l'administration fiscale et de la non-prévoyance des bénéficiaires prodigues.* »<sup>368</sup>

333. Les systèmes de droit civil, en Amérique Latine, argentin ou bolivien ont mis en place des trusts testamentaires de droit civil. Ceux-ci respectent les contraintes du droit continental qui n'existent pas en Common Law ni en droit panaméen, notamment les réserves héréditaires et leurs articulations avec le droit des successions. Dans ce contexte, les trusts testamentaires de droit civil bolivien et argentin ont atteint un stade de faible développement, tant dans leurs législations que dans l'usage quotidien de cet outil par les praticiens.

334. Emma Carozzi considère que le droit argentin ne s'occupe pas des fidéicommiss testamentaires. L'auteur affirme qu'« *après avoir développé largement dans le texte de loi le fidéicommis par acte entre vifs, le législateur argentin a ajouté à la fin un bref article énonçant qu'il pouvait se constituer aussi par testament.* »<sup>369</sup> En effet, les fidéicommiss testamentaires latino-américains ont été mis en place dans le cadre des régimes successoraux qui sont d'ordre public. Ils ont donc eu du mal à s'adapter au droit civil des successions.

335. A ce titre, pour que le fidéicommis constitué par testament soit valable, certains principes doivent être respectés et ne peuvent pas être modifiés par la volonté du « *de cuius* ». Deux principes organisent les fidéicommiss testamentaires : les réserves héréditaires et l'interdiction des « substitutions fidéicommissaires ».

336. En droit civil continental, les libéralités par fidéicommis testamentaire doivent respecter strictement les réserves. Néanmoins, au Panama, les réserves héréditaires n'existent pas. Grâce à cette liberté, la législation panaméenne permet la transmission

---

<sup>367</sup> Selon la loi anglaise sur l'administration de la propriété de 1925 (*Administration of Estates Act*).

<sup>368</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 49.

<sup>369</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 736.

intergénérationnelle du patrimoine et assure un résultat équivalent à celui des trusts testamentaires anglo-américains.

337. En France, une fiducie ne peut, à peine de nullité, ni être constituée par testament,<sup>370</sup> ni être réalisée dans une intention libérale.<sup>371</sup> Le législateur a souhaité, dans un premier temps, une fiducie interdite de toute libéralité. La fiducie permet de transmettre un patrimoine à condition que le bénéficiaire apporte une contrepartie ; est interdite la fiducie qui a pour finalité le transfert à titre gratuit des biens affectés à un ou plusieurs bénéficiaires, personnes physiques ou morales, au terme d'une durée déterminée.

338. Le fidéicommis testamentaire (*fideicommissum*) a ses origines à Rome et est étroitement lié au testament. En droit romain, on entend, par fidéicommis, l'héritage ou une partie de celui-ci que le testateur prie de transmettre à un autre.<sup>372</sup> Les trusts testamentaires de droit civil ont été influencés par le « *fideicommissum* » romain et par les substitutions fidéicommissaires romaines, transposés à l'Ancien droit français et exportés par la suite aux législations latino-américaines. Les trusts testamentaires du modèle anglo-américain proviennent des « *uses* » qui se sont développés par la suite dans le cadre du droit de l'«*Equity* ».

339. Les « substitutions fidéicommissaires » permettaient à un testateur de contourner les règles sur les incapacités de donner, de recevoir et de fausser l'ordre successoral. Les substitutions par fidéicommis sont interdites dans le Code Civil français et latino-américains. Nonobstant, des résidus des substitutions ordinaires et fidéicommissaires sont encore présents dans les législations contemporaines des pays de droit civil. Celles-ci ont consolidé le caractère explicite des fiducies et des fidéicommis et interdit les fidéicommis ou les fiducies secrets, contrairement aux trusts anglo-américains qui peuvent être secrets ou semi-secrets.

340. L'attachement aux réserves héréditaires, dans les pays de droit civil, ne permet pas la désignation successive de bénéficiaires d'un fidéicommis qui se substituent par la mort. Cette opération est interdite car elle est contraire aux droits des réservataires

---

<sup>370</sup> Article 2012 du Code Civil français, modifié par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 1.

<sup>371</sup> Article 2013 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

et jadis synonyme de substitutions fidéicommissaires. En revanche, les trusts testamentaires anglo-américains permettent de transmettre des biens pendant plusieurs générations successives de bénéficiaires, limitées à la durée d'une vie plus 21 ans.

341. Il convient d'étudier, dans un premier temps, les origines des trusts testamentaires anglo-américains et de droit civil (section 1), et d'analyser, dans un deuxième temps, leurs différences (section 2).

### **Section 1. Sources historiques des trusts testamentaires anglo-américains et de droit civil**

342. Le fidéicommiss romain et le « *use* » anglais constituent les sources historiques des deux modèles de trusts testamentaires. Le trust anglais issu du « *use* » a souvent été caractérisé par le fait qu'une personne était à la fois propriétaire d'une chose et débitrice d'obligations concernant cette même chose. Cette notion de personne, à la fois propriétaire et débitrice d'une obligation, n'était pas inconnue du droit romain, grâce à l'institution du fidéicommiss. Cependant, selon François Barrière,<sup>373</sup> il n'est pas possible « *d'admettre une origine romaine du « use » et du trust* » du modèle anglo-américain.

343. A Rome, la plupart des donations à cause de mort prenait la forme d'un transfert fiduciaire, soit entre le donateur et le donataire, soit grâce à l'intervention d'un tiers. Dans ce dernier cas, la libéralité était accordée à un tiers digne de confiance qui administrait les biens jusqu'au jour convenu où il les transférait au légataire gratifié.

344. La gestion d'un bien provenant d'une donation à cause de mort n'est pas sans rappeler le transfert d'un domaine, en Angleterre, à un homme de confiance par le chevalier qui partait en croisade. Dans un premier temps, l'homme de confiance gérait le domaine, puis, lorsqu'il était avéré que le chevalier ne rejoindrait plus sa terre de départ, il le remettait aux héritiers désignés par le constituant. De la même

---

<sup>372</sup> G. MEDINA, *loc. cit.*, p. 2.

<sup>373</sup> F. BARRIERE, *op. cit.*, p. 92.

manière, l'épouse pouvait transférer un domaine agricole à son mari, à charge pour lui de le remettre, à une certaine date, à leur fils commun.<sup>374</sup>

345. La rigidité du droit à une époque donnée a entraîné l'apparition du fidéicommiss romain ainsi que du « *use* ». Tant le fidéicommiss romain que le « *use* » n'obligeaient qu'en conscience à l'origine. Puis, une sanction juridictionnelle fut accordée aux deux, par le préteur dans un cas et par les « Cours d'*Equity* » dans l'autre.<sup>375</sup>

346. A Rome, en cas de violation de leurs devoirs par les propriétaires ou les héritiers fiduciaires, les bénéficiaires lésés s'adressaient à l'empereur car ils ne pouvaient pas obtenir réparation devant les juridictions ordinaires. L'empereur confia aux « consuls » le soin de juger ces affaires où les faits contredisaient le droit. L'évolution vers un ordre juridictionnel s'achève avec la création des préteurs fidéicommissaires.

347. De la même manière, en Angleterre, les bénéficiaires, les « *cestuis que use* », dont les prérogatives avaient été méconnues, ont été amenés à demander justice au Chancelier. Jean Paul Béraudo explique que « *ce Conseiller ecclésiastique et juridique du souverain a accepté de sonder les reins et les cœurs pour que le droit ne triomphe pas à l'encontre de l'équité.* »<sup>376</sup> Il a donné naissance à une juridiction nouvelle et à un droit nouveau. La première survit dans la « *Chancery Division* » de la « *High Court* » de Londres. Le droit nouveau est « *l'Equity* » dont la coexistence avec la Common Law caractérise le droit anglais.

348. L'objet du fidéicommiss romain et du « *use* » anglais est d'échapper aux restrictions existantes. Les deux sont centrés sur un intermédiaire de confiance, qui n'est pas soumis aux restrictions affectant les bénéficiaires et qui permet de les contourner. Dans les deux cas, le moyen pour arriver à la fin est un transfert temporaire de propriété, grevé d'une obligation dont l'intermédiaire est débiteur ; l'obligation permet d'affecter la propriété à une fin particulière en faveur d'un tiers

---

<sup>374</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *loc. cit.*, p. 65.

<sup>375</sup> F. BARRIERE, *ibid.*, p. 93.

<sup>376</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *ibidem*, p. 64.

bénéficiaire.<sup>377</sup> Le fidéicommiss romain et le « *use* » anglais, sources des deux modèles de trusts testamentaires, sont donc similaires.

349. Le « *fideicommissum* », transposé à l'ancien droit français, donna les substitutions fidéicommissaires, aujourd'hui interdites.<sup>378</sup> Cette interdiction ajoutée aux réserves héréditaires limite depuis les transmissions intergénérationnelles par testament à une seule génération. Par contre, les « *uses* » ont évolué vers le trust du modèle anglo-américain avec le droit de « *l'Equity* » en Angleterre, source des transmissions intergénérationnelles de patrimoine par testament.

350. Il convient d'analyser l'évolution historique des fidéicommiss testamentaires de droit civil (I) et de décrire le « *use* » anglais, à l'origine du trust anglo-américain en droit de *l'Equity* (II).

### ***I. Evolution historique des fidéicommiss testamentaires de droit civil***

351. Les caractéristiques des fidéicommiss testamentaires de droit civil, telles que l'obligation des héritiers d'honorer les legs, le respect des réserves héréditaires, les institutions et les substitutions d'héritiers, trouvent leurs origines à Rome et dans le fidéicommiss romain. Dans l'ancien droit romain, la liberté de tester était absolue, ce qui est le cas aujourd'hui en Common Law et au Panama. En revanche, dans les systèmes de droit civil bolivien ou argentin, les réserves héréditaires restreignent considérablement la liberté des testateurs, faisant tomber la pratique de tester en désuétude.

352. Conformément aux « douze tables », à Rome, il n'y avait pas de réserves héréditaires. Le « *pater familias* », chef absolu de la famille, avait non seulement le droit de vie et de mort sur ses enfants mais aussi de disposer de ses biens après sa mort. Les droits des réservataires apparaissent comme une prolongation de l'obligation alimentaire. L'Empereur Justinien octroie aux enfants des droits qu'ils n'avaient pas auparavant et fixe les réserves héréditaires à un tiers des biens du père. En particulier, il crée « l'institution d'héritier » qui oblige à attribuer aux

---

<sup>377</sup> F. BARRIERE, *ibid.*, p. 93.

<sup>378</sup> G. CABANELLAS, *op. cit.*, p. 370; C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado, loc. cit.*, p. 1325 ; P. MENDIETA PAZ, *op. cit.*, p. 114, 115.

résevataires une portion de la réserve par voie d'institution des héritiers ; le testateur disposait du reste de son patrimoine après sa mort par d'autres moyens, tel le legs.

353. L'institution d'héritier est une expression du droit romain pour qualifier, en droit civil contemporain, la désignation par testament d'un successeur à titre universel ou d'un légataire, assimilé à un héritier d'une libéralité singulière.<sup>379</sup> Dans le droit civil moderne, l'institution d'héritier est une disposition de plus, comme n'importe quelle autre disposition contenue dans le testament, sans la prééminence sacramentelle du droit romain. Pour ce dernier, la désignation d'héritier était la « *caput testamenti* », c'est-à-dire, l'acte principal et l'essence même de la dernière volonté du testateur dont dépendait la validité même du testament.<sup>380</sup>

354. L'institution d'héritier est une notion qui implique l'idée même de testament car elle ne s'exerce que par testament et non par un autre acte juridique. Or, aujourd'hui, il peut manquer l'institution des héritiers dans un testament de droit civil qui se limite à instituer un ou plusieurs legs ou à constituer un fidéicomis testamentaire avec les biens de la quotité disponible. Dans ce cas, toutes les clauses testamentaires conformes à la loi sont exécutées ; pour le reste, les héritiers réservataires sont appelés (*ab-intestat*). A défaut de ces derniers, l'héritage est déferé à l'Etat.

355. En revanche, en Common Law, étant donné qu'il n'y a pas d'héritiers réservataires, l'institution des héritiers par testament prend toute sa signification juridique et patrimoniale car seule la volonté du testateur décide incontestablement qui sera institué comme héritier et bénéficiera à ce titre de l'héritage. En droit civil, les héritiers sont « désignés » par la loi et non par le testateur. Ils sont directement saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt.<sup>381</sup> L'institution d'héritier par le testateur n'existe en réalité qu'en faveur des légataires. Ils reçoivent les biens légués des héritiers réservataires qui ont accepté la succession.<sup>382</sup>

---

<sup>379</sup> Article 1154 du Code Civil bolivien.

<sup>380</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil Concordado y anotado*, op. cit., p. 1475.

<sup>381</sup> Article 724 du Code Civil français, modifié par Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 - art. 18 JORF 4 décembre 2001 en vigueur le 1er juillet 2002.

<sup>382</sup> En France, l'héritier universel ou à titre universel qui accepte la succession n'est tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif successoral net des dettes. Article 785 du Code Civil français, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 1 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

356. Les caractéristiques des fidéicommiss testamentaires de droit civil trouvent leurs origines dans le fidéicommiss romain (A) ; celui-ci est étroitement lié à l'institution et à la substitution d'héritiers (B).

### *A. Fidéicommiss romain*

357. Dans l'ancien droit romain, les donations par testament, pour être valables, devaient être réalisées « en forme de loi », c'est-à-dire en termes impératifs. La loi des « Douze tables » énonçait que la volonté du testateur fit loi (*Uti legassit, ità jus esto*). C'est pour cette raison que les donations testamentaires prennent le nom de legs (*Legata*). Leopold August Warnkönig<sup>383</sup> décrit les différentes formulations des legs, en quatre classes : « *per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, et per præceptionem* » Ils étaient réalisés au début en termes dépréciatifs et soumis à la bonne foi (*fideicommissum*) (a.). Ils sont devenus contraignants et se sont formalisés par un droit des legs (b.).

#### *a. Formules appliquées aux legs en droit romain*

358. Les formules des legs du droit romain sont fondées sur l'obligation des héritiers, au début laissée à leur bonne foi, d'honorer les legs décidés par le testateur en faveur des bénéficiaires. Leopold August Warnkönig<sup>384</sup> affirme que par le legs « *per vindicationem* », le testateur ordonnait que la chose donnée au légataire lui appartienne « *ex jure quiritium* »<sup>385</sup> et le domaine lui était dévolu à l'instant du décès du testateur. Quand le testateur ordonnait à l'héritier de permettre au légataire de prendre quelque chose de la succession et d'en devenir le maître, c'était un legs « *sinendi modo* ». Dans le legs romain « *per damnationem* », l'héritier était tenu d'exécuter ou de donner quelque chose. Lorsque l'héritier était obligé de faire lui-même quelque chose, le legs était dit « *per præceptionem* ».

---

<sup>383</sup> L. A. WARNKÖNIG, *Éléments de droit romain privé: précédés d'une Introduction à la jurisprudence universelle et à l'étude du droit romain*, publié en 1827, Imprimerie de G. Doyen. Copie de l'exemplaire de la Bibliothèque cantonale et universitaire de Lausanne, p. 322.

<sup>384</sup> L. A. WARNKÖNIG, *op. cit.*, p.323.

359. Aujourd'hui, le légataire universel qui ne se trouve pas en présence d'héritiers à réserve est saisi de plein droit des biens qui lui sont dévolus (*per vindicationem*). Le légataire qui se trouve en présence d'héritiers à réserve, doit leur demander la délivrance des biens après avoir obtenu une ordonnance d'envoi en possession (*sinendi modo*). Les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs sont personnellement tenus de l'acquitter (*per præceptionem*), chacun au prorata de la part dont ils profitent dans la succession (*per damnationem*). Ils sont tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs.<sup>386</sup>

360. A Rome, vers la fin de la République, il était d'usage d'effectuer des donations en termes « déprécatifs »<sup>387</sup>, à savoir, de façon non contraignante. Lorsqu'un citoyen était sur le point de mourir, il priait son héritier, soit dans son testament, soit dans une lettre ou dans ses codicilles de délivrer à une personne désignée un objet spécial ou même une partie de sa succession. Cela se pratiquait surtout lorsqu'on voulait léguer une chose à un étranger (légataire) ou à toute autre personne qui ne pouvait pas la recevoir par testament. L'héritier n'était pas obligé de remplir l'ordre ainsi soumis à sa bonne foi (*fideicommissum*).

361. Dès le temps des premiers empereurs, il est admis que la volonté des mourants manifestée de cette manière devait être accomplie et bientôt, les constitutions des princes accordèrent au légataire le droit de poursuivre l'héritier pour la délivrance du legs, non pas devant le préteur ordinaire mais devant un préteur créé pour connaître exclusivement des fidéicommissis, à savoir le préteur fidéicommissaire. Ce magistrat décidait, en équité (*ex æquo et bono*), si l'héritier devait fournir ou non le legs.<sup>388</sup>

362. La transgression des obligations du propriétaire ou de l'héritier a amené les bénéficiaires lésés à recourir à l'empereur car ils ne pouvaient pas obtenir gain de

---

<sup>385</sup> Le « *Dominium ex jure Quiritium* » est la propriété d'après le droit romain avec le domaine quiritaire, domaine accessible aux seuls citoyens romains (*dominium ex jure Quiritium*), par opposition au domaine accessible à tous (*dominium ex jure gentium*).

<sup>386</sup> Article 1017 du Code Civil français, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>387</sup> Du latin « *deprecatio* ». Dans la rhétorique romaine, la dépréciation est une figure oratoire exprimant une supplication. Une formule dépréciative est à ce titre « en forme de prière ».

cause devant les juridictions ordinaires. L'intervention impériale leur fut favorable : l'empereur confia aux consuls le soin de juger les affaires où les faits contredisaient le droit. L'évolution vers un ordre juridictionnel s'achève lorsque l'Empereur Claude crée deux préteurs fidéicommissaires.

*b. Droit des legs soumis à la bonne foi (fideicommissum)*

363. Plusieurs lois et « *sénatus-consultes* » restreignirent l'usage excessif des legs tandis que les travaux des jurisconsultes déterminaient, d'une manière plus exacte, le droit des fidéicommiss et des codicilles et en étendaient les applications. Ils introduisent ce principe : « *le fidéicommissaire à qui l'héritage a été légué, en tout ou en partie, prend, dans certains cas, la place de l'héritier aussitôt après la restitution de l'héritage* ». Le fidéicommiss permettait donc les substitutions en vue de gratifier des personnes incapables de recevoir des legs d'un romain. Le testateur chargeait un légataire capable de remettre un bien à une personne, tel un pérégrin, qui ne pouvait pas être légataire.<sup>389</sup>

364. Les paroles solennelles usitées dans les legs étaient tombées en désuétude; Justinien s'engagea à ne plus admettre de distinctions entre les fidéicommiss et les legs. Il simplifia le droit de léguer en général, par l'abolition des anciens modes. Il voulait que, par la volonté du testateur exprimée de quelque manière, les donations, quelle qu'en soit la formule, soient exécutées. A l'avenir, les legs et les fidéicommiss étaient soumis aux mêmes principes ; parmi les règles qui les régissaient autrefois individuellement, celles qui étaient reconnues les plus favorables leur étaient appliquées indistinctement.

365. Le testateur pouvait laisser, au légataire ou au fidéicommissaire, un objet particulier de sa succession ; il pouvait aussi prier son héritier de lui en remettre la totalité ou une partie. Dans le premier cas, le légataire ne succédait qu'à l'objet déterminé et le legs était appelé « *fideicommissum singulare* ». Dans le second cas, de

---

<sup>388</sup> L. A. WARNKÖNIG, *ibid.*, p. 323.

<sup>389</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *op. cit.*, p. 66.

suite après la restitution de la succession, le légataire devenait héritier : ce fidéicommiss s'appelait universel (*fideicommissum universale*). On donnait ainsi au fidéicommiss particulier le nom de legs ; celui de fidéicommiss étant consacré au fidéicommiss universel.<sup>390</sup>

366. Le fidéicommiss est étroitement lié à l'institution et à la substitution d'héritiers.

### ***B. Institution et substitution d'héritier***

367. Les héritiers sont appelés « institués » ou « substitués » ; institués, s'ils le sont en premier et substitués, s'ils le sont en deuxième ou troisième position.<sup>391</sup> Le substitut au substitut est donc substitut de l'institué.<sup>392</sup> L'institué héritier par testament peut être remplacé par un autre institué en cas d'invalidité de la première institution, par mort de l'institué, impossibilité d'accepter l'héritage, renonciation ou non-respect des conditions ou charges.

368. La répugnance absolue, à Rome, vis-à-vis de la succession « *ab-intestat* » est la cause des substitutions. Le fait que l'institution d'héritier pouvait être entravée par l'impossibilité juridique ou pratique que rencontrait l'héritier à recevoir l'héritage, ajouté au besoin absolu de mourir « testé », donne naissance à la coutume de désigner plusieurs héritiers consécutifs pour qu'à défaut du premier, le deuxième soit appelé à la succession et, à défaut de celui-ci, le troisième et ainsi de suite. C'est pourquoi la substitution est aussi ancienne que l'institution d'héritier.

369. La substitution, ordinaire ou vulgaire, est valable<sup>393</sup> contrairement à la substitution fidéicommissaire qui est interdite.<sup>394</sup> Le substitut peut être un sujet conçu, pas encore né. En France,<sup>395</sup> pour succéder, il faut exister à l'instant de

---

<sup>390</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *ibid.*, p. 324- 325.

<sup>391</sup> « *Heredes aut instituti discuntur aut substituti ; instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio.* » Modestino, Digesto. Loi I. Titre 6, Livre 28.

<sup>392</sup> « *Substitutus substituto est substitutus instituto* ».

<sup>393</sup> En France, la disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, la succession ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne le recueillerait pas, est valable et elle n'est pas regardée comme une substitution. Article 898 du Code Civil, modifié par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 10.

<sup>394</sup> Article 896 du Code Civil français, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - arts. 9 et 10 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>395</sup> Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « en l'absence de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats » CEDH 8 juill.

l'ouverture de la succession ou il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.<sup>396</sup> Néanmoins, la donation ou le testament n'a un effet qu'autant l'enfant est né viable.<sup>397</sup>

370. En Bolivie, le substitut peut être aussi un sujet qui n'existe pas encore, c'est-à-dire, pas encore conçu. Les enfants, qui n'ont pas été encore conçus, d'une personne déterminée vivante à la mort du testateur, peuvent être institués successeurs.<sup>398</sup> Cependant, il faut qu'ils existent, soient nés ou soient conçus<sup>399</sup> au moment de l'ouverture de la succession pour avoir la capacité de succéder.<sup>400</sup> Est présumé conçu à l'instant de l'ouverture de la succession celui qui est né vivant dans les 300 jours après la mort du « *de cuius* ». Pour reprendre la formule de Michel Gobert, « *l'embryon est un être humain, sans être encore une personne humaine.* »<sup>401</sup> Graciela Medina et Horacio Maderna considèrent que le fidéicommissaire doit être un instrument de protection des plus démunis, parmi lesquels se trouvent les mineurs, les majeurs protégés et les personnes qui vont naître, conçues dans ou en dehors du sein maternel (fécondation *in vitro*).<sup>402</sup>

371. La substitution ordinaire n'est pas une disposition avec une vie propre et indépendante. Elle est ajoutée et devient accessoire à l'institution d'héritier. La substitution suit ainsi l'institution et prend vie grâce à elle. La dénomination de substitution indirecte ou fidéicommissaire provient du fait que le destinataire du bénéfice était un incapable qui ne pouvait pas être institué directement et recevait les biens de celui qui avait été institué comme héritier.<sup>403</sup> Malgré l'expression, les

2004, req. n° 53924/00, D. 2004, 1979, D. 2004, 2535, obs. I. Berro Lefevre ; CEDH 10 avr. 2007 : D. 2008, 1443, obs. J-Chr. Galloux.

<sup>396</sup> Article 725 du Code Civil français, modifié par Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 - art. 19 JORF 4 décembre 2001 en vigueur le 1er juillet 2002.

<sup>397</sup> Article 906 du Code Civil français, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>398</sup> Article 1008 paragraphe III du Code Civil bolivien.

<sup>399</sup> « *Nasciturus pro iam nato habetur, si de eius commodo agitur* » (Celui qui va naître peut être tenu pour né lorsque ceci est à son bénéfice.)

<sup>400</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil Concordado y anotado, ibid.*, p. 1308.

<sup>401</sup> M. GOBERT, « Le principe de sauvegarde de la dignité humaine. Rapport de synthèse », in *La dignité de la personne humaine*, sous la direction de M.-L. PAVIA et Th. REVET, Economica, 1999, n° 16, p. 171.

<sup>402</sup> G. MEDINA, H. MADERNA ETCHEGARAY, « El fideicomiso testamentario en el proyecto del Codigo Civil de 1999 y en las XVII jornadas nacionales », su relacion con la legitima y la proteccion de incapaces y de los concebidos dentro y fuera del seno materno », *JA*, 1999-III-1068.

<sup>403</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado, loc. cit.*, p. 1494 et 1495.

substitutions fidéicommissaires ne sont pas des substitutions mais des obligations de restituer ou de transmettre un bien, généralement au décès du légataire grevé.<sup>404</sup>

372. Les substitutions fidéicommissaires présentes dans l'ancien droit français (a.) ont été transposées et ensuite prohibées en Argentine et en Bolivie (b.).

a. Substitutions fidéicommissaires de l'ancien droit français

373. Guillermo Borda affirme que « *parmi toutes les substitutions interdites, la fidéicommissaire est celle qui revêt le plus d'importance historique en droit comparé.* »<sup>405</sup> Elle est née avec le droit romain comme un moyen de contourner les incapacités d'hériter par testament. Cependant, elle évolua vers un nouveau rôle économique, afin d'empêcher que l'héritier dispose des biens qu'on lui donnait, l'obliger à les conserver et les rendre après sa mort à une autre personne nommée par le constituant.

374. L'application du fidéicommiss connaît une grande fortune dans l'Ancien droit français,<sup>406</sup> pendant l'Ancien Régime ou l'Époque moderne, comprenant la fin de la Renaissance jusqu'à la Révolution française (XVIe - XVIIIe siècle). Le terme fidéicommiss désignait une disposition testamentaire par laquelle le stipulant transmettait tout son patrimoine, ou une quote-part de son patrimoine, ou un bien déterminé, à un bénéficiaire apparent, en le chargeant de retransmettre les biens à une tierce personne désignée dans l'acte.

375. Le domaine d'élection du fidéicommiss était les substitutions fidéicommissaires, qui étaient licites et formaient même une des assises de la société d'Ancien Régime. Le testateur transmettait sa fortune à un légataire, le plus souvent son fils aîné, à charge pour celui-ci de la transmettre à son tour. La substitution fidéicommissaire produisait effet au décès du premier gratifié et s'étendait sur plusieurs générations.<sup>407</sup>

---

<sup>404</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *ibid.*, p. 66.

<sup>405</sup> G. A. BORDA, *Manual de sucesiones*, 12e éd., Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 386.

<sup>406</sup> Dans l'Ancien Droit, le nord de la France appliquait un droit coutumier tandis que le sud un droit romain.

<sup>407</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *ibid.*, p. 67.

376. Avec le temps, le fidéicommiss a eu comme conséquence l'immobilisation des biens et a permis que la fortune reste dans les mains d'une même famille pendant des générations. Les substitutions fidéicommissaires rendaient les biens inaliénables entre les mains des fidéicommissaires sur plusieurs générations successives et conservaient ainsi la puissance des familles féodales.<sup>408</sup> L'institution du fidéicommiss et de la « primogéniture »<sup>409</sup> ont permis, pendant tout le Moyen Âge, que les patrimoines des grandes familles ne se divisent pas. Par la suite, les abus sont identifiés au régime féodal.<sup>410</sup>

377. La Révolution française les interdit pour garantir l'égalité des enfants devant la loi et éviter le système féodal de transmission et l'immobilisation des patrimoines. Les substitutions fidéicommissaires sont donc prohibées par une loi du 14 novembre 1792 et par décret du 25 octobre de la même année. Ce décret qui imposait un régime successoral rétroactif causa des préjudices importants. La fiducie-transmission par testament de l'ancien droit français,<sup>411</sup> sous la forme des substitutions fidéicommissaires, est volontairement oubliée par les rédacteurs du Code Civil, pour des raisons idéologiques et économiques.

378. Depuis, la doctrine française considère le terme fidéicommiss comme synonyme de substitution interdite.<sup>412</sup> Elle entend, par fidéicommiss, la disposition simulée, prise en apparence au profit de quelqu'un mais avec l'intention secrète de passer le bénéfice à une autre personne qui n'est pas nommée dans l'acte. Il s'agit des fidéicommiss tacites ou secrets, donc illicites. Le testateur contournait les règles sur les incapacités de donner et de recevoir, faussait l'ordre successoral ou éliminait d'une succession une personne bénéficiaire d'une réserve héréditaire.<sup>413</sup>

---

<sup>408</sup> C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, *op. cit.*, n° 44, p. 42.

<sup>409</sup> Du latin « *primo* », (premier) et « *genitura* », de « *gignere* », (engendrer). Ce terme désigne l'antériorité de naissance et les droits qui en découlent, en particulier en matière de succession. C'était la norme dans le système féodal au cours du Moyen Âge : l'aîné héritait de la totalité des terres afin d'éviter un morcellement du domaine, qui entraînerait lui-même un affaiblissement du pouvoir de la lignée.

<sup>410</sup> G. MEDINA, *op. cit.*, p. 2.

<sup>411</sup> Pour des raisons historiques, l'ancien droit, qui a pu redonner vie au fidéicommiss romain n'a pas ressuscité la fiducie. La cause en est que les légistes du XII<sup>ème</sup> siècle ont travaillé sur les compilations de Justinien. Or, celles-ci sont silencieuses sur la fiducie puisqu'elle était tombée en désuétude. En revanche, le fidéicommiss y est abondamment commenté. Le fidéicommiss de l'ancien droit est mieux connu des juristes et même de la littérature classique. La fiducie romaine n'a pas survécu aux compilations romaines de l'Antiquité tardive. En effet, à Rome, « les ventes auxquelles des actes fiduciaires pouvaient être adjoints requéraient des formalités solennelles trop lourdes. Ces actes n'ont pas résisté à la naissance des contrats modernes tels que le prêt, le gage ou l'hypothèque et c'est pourquoi les compilations de Justinien ne mentionnent plus l'existence de la fiducie. J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *op. cit.*, p. 66.

<sup>412</sup> Voir G. CORNU, *op. cit.*

<sup>413</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *ibid.*, p. 66.

379. L'interdiction des substitutions fidéicommissaires a été transposée dans plusieurs législations des pays latino-américains.

*b. Substitutions fidéicommissaires sud-américaines*

380. Historiquement, la méfiance des pays de droit civil vis-à-vis des trusts testamentaires provient du droit romain et de l'Ancien droit français qui permettaient à une personne, qui voulait faire hériter un incapable, de nommer un tiers de confiance qui s'engageait à rendre ultérieurement ces biens à un bénéficiaire désigné par le constituant. De cette manière, elle substituait un capable à un incapable pour succéder et transmettre l'héritage.<sup>414</sup> C'est pourquoi le Code Civil Français de 1804, dans son article 896, interdit les substitutions fidéicommissaires.<sup>415</sup>

381. L'interdiction a été exportée vers plusieurs législations des pays latino-américains ; les législations argentine et bolivienne interdisent les substitutions fidéicommissaires réalisées par fidéicommissaire. Carlos Morales Guillén explique que « *le Code Civil Bolivien de 1831, en son article 503, a repris l'exemple du Code Civil Français de cette époque.* »<sup>416</sup>

382. L'article 896 du Code civil français,<sup>417</sup> dans sa version ancienne,<sup>418</sup> disposait emphatiquement que « les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire est chargé de conserver et de rendre à un tiers est nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire. » Aujourd'hui, cet article énonce que « la disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi. » Depuis la réforme de 2006, le texte nouveau ouvre plus largement la porte aux substitutions, notamment parce qu'il remplace une nullité de principe par une simple absence d'effet.<sup>419</sup>

---

<sup>414</sup> G. CABANELLAS, *loc. cit.*, p. 370.

<sup>415</sup> G. CABANELLAS, *ibid.*, p. 370

<sup>416</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil Concordado y anotado, op. cit.*, p. 1244.

<sup>417</sup> Créé par loi 1803-05-03 promulguée le 13 mai 1803.

<sup>418</sup> Cette avant dernière version a été en vigueur du 11 mai 1849 au 1 janvier 2007.

<sup>419</sup> D. GUEVEL, *Droit des successions et des libéralités*, L.G.D.J., 2009, p. 129.

383. Le législateur argentin suit le « Code Napoléon » et prohibe les substitutions fidéicommissaires pour éviter l'immobilisation des patrimoines. Dalmacio Velez Sarsfield, le père du Code Civil argentin, considérait le fidéicommissaire comme une entrave au développement de l'économie et générateur d'une immobilité stérile en privant le mouvement qui donne vie aux intérêts économiques.<sup>420</sup> Graciela Medina<sup>421</sup> affirme : « *Velez interdit les substitutions fidéicommissaires en prenant en compte les antécédents romains et français.* » En revanche, lorsque le législateur, en 1995, légifère sur le fidéicommissaire, il ne prend pas en compte ces antécédents car il ne cherche pas les mêmes fins.

384. Le droit espagnol et le droit romain énoncent six substitutions, dont cinq sont interdites par la loi argentine et trois par la loi bolivienne. La substitution ordinaire ou vulgaire est la seule valable dans les législations argentine et bolivienne. La substitution ordinaire est simple lorsque un seul substitut est désigné (*singuli singulis*) ; elle est multiple, lorsque plusieurs substitués substituent à l'institué unique (*plures uni*), ou une seule personne substituée à plusieurs institués (*pluribus unus*), ou plusieurs personnes substituent à plusieurs institués (*plures pluribus*). La substitution peut être aussi réciproque lorsque la substitution est disposée entre plusieurs cohéritiers.<sup>422</sup>

385. Le Code Civil bolivien considère **la substitution de pupille** valable lorsque le père effectue son testament et le testament de son fils impubère. A cette occasion, le père nomme un héritier également pour son fils, au cas où il décéderait avant l'âge de la puberté. Le testateur peut désigner des substitués à l'incapable de tester concernant les biens testamentaires qu'il reçoit, pour le cas où ce dernier décède dans l'incapacité de tester.<sup>423</sup> L'article ne s'applique pas aux biens de la part réservataire.

386. Carlos Morales Guillén<sup>424</sup> explique qu'il s'agit de la « substitution pupillaire » entre les Romains, énoncée par le Livre 2, 16ème titre de l'Institut. Le père de famille, après avoir institué un héritier pour lui-même, instituait aussi dans son propre testament un héritier pour son fils impubère et encore soumis à la « *patria potestas* ».

---

<sup>420</sup> Code Civil Argentin, 15e éd., AbeledoPerrot. 2009, note à l'article 3724.

<sup>421</sup> G. MEDINA, *article précité*, p. 3.

<sup>422</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil Concordado y anotado, ibid.*, p. 1491.

<sup>423</sup> Article 1169 du Code Civil bolivien.

<sup>424</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil Concordado y anotado, ibid.*, note à l'article 1169, p. 1493.

Le but était que le fils ne décède pas « pupillus », avant d’avoir atteint l’âge qui lui donne la capacité de tester. La finalité de ce genre de substitution était, selon ses antécédents historiques, de protéger les intérêts des personnes qui n’avaient pas la capacité de disposer par testament. L’auteur explique que ni le Code français ni le Code italien ne prévoient ce genre de substitution. En revanche, les articles 775 et 777 du Code Civil espagnol énoncent une disposition similaire.

387. **La substitution exemplaire**, valable dans le Code Civil bolivien, est une disposition par laquelle les parents rédigent le testament de leurs enfants pubères, déments ou imbéciles au cas où ceux-ci décèdent sans avoir récupéré la raison. Elle est un cas exceptionnel de testament pour descendants incapables.<sup>425</sup> Les ascendants peuvent rédiger un testament pour les descendants incapables de tester au cas où ils décèderaient dans une telle incapacité, sans héritiers réservataires ni légataires. La substitution exemplaire est appelée ainsi car elle a été introduite à l’exemple de la substitution pupillaire.<sup>426</sup> Elle a lieu lorsqu’un ascendant, après avoir institué un héritier pour lui-même, en nomme également un pour le descendant qui serait en état de démence et qui décèderait sans avoir récupéré la raison.

388. A l’origine, elle était un privilège concédé par l’empereur romain et Justinien l’autorisa comme mesure générale. Tout ce qui est reproché à la substitution pupillaire et son incompatibilité avec les principes juridiques modernes du droit des successions sont applicables à la substitution exemplaire. C’est pourquoi la substitution exemplaire a disparu de tous les Codes modernes.<sup>427</sup>

389. Une note à l’article 3724A du Code Civil argentin,<sup>428</sup> explique qu’à l’exception de la substitution vulgaire, le Code Civil argentin a aboli toutes les autres substitutions. **La substitution réciproque** est réalisée entre tous les héritiers institués ; par son biais, on appelle les uns en absence des autres, en tant que substitution vulgaire, pupillaire ou exemplaire. **La substitution compendieuse** comprend à la fois une substitution vulgaire et une substitution fidéicommissaire. Elle est considérée comme vulgaire ou comme fidéicommissaire lorsqu’elle se présente comme telle. **La substitution fidéicommissaire** nomme un deuxième héritier à

---

<sup>425</sup> Article 1171 du Code Civil bolivien.

<sup>426</sup> Article 1169 du Code Civil bolivien.

<sup>427</sup> C. MORALES GUILLEN, *Código Civil concordado y anotado*, *ibid.*, note à l’article 1171, p. 1496 et 1497.

l'héritier institué, avec la charge de conserver les biens qui, à sa mort, doivent passer au substitué.

390. La fidéicommissaire, « *qui est la principale et l'unique substitution que les auteurs français appellent substitution* », <sup>429</sup> impose à l'héritier la charge particulière de restituer à sa mort les biens à l'héritier institué. Elle établit ainsi un ordre de succession dans les familles. Cette substitution est un obstacle au développement de la richesse et à l'amélioration des affaires léguées par le testateur. Elle a, croyait-on, un avantage, à savoir la conservation des biens mais crée en fait une immobilité stérile au lieu du mouvement qui donne vie aux intérêts économiques. La substitution vulgaire n'a pas ces inconvénients car il s'agit simplement d'une deuxième institution en cas de non réalisation de la première. Elle ne transgresse pas l'ordre des successions ; elle ne rend pas la propriété inerte et le droit de propriété n'est pas en suspens.

391. Comme le *fideicommissum* romain, les « *uses* », prédécesseurs du trust anglo-américain, ont été la source historique des transmissions intergénérationnelles de patrimoine.

## **II. Evolution historique des « Uses » et du droit de l' « Equity »**

392. Les trusts, le patrimoine et les intérêts des trusts étaient à l'origine connus dans les juridictions ecclésiastiques d'Angleterre. Jusqu'au passage au « *statute of uses* » et aux développements postérieurs en équité après l'approbation de la loi, le « *use* » et le trust étaient pratiquement identiques. A ce titre, l'histoire des « *uses* » est l'histoire des « trusts ». Les antécédents des trusts peuvent être trouvés dans d'autres systèmes légaux et dans la jurisprudence ecclésiastique. <sup>430</sup>

393. Dans l'affaire *Caldwell v Hill*, <sup>431</sup> le magistrat explique que les trusts, déjà connus dans des pays islamiques dans les années 1200 après JC, en conformité avec

---

<sup>428</sup> Code Civil Argentin, *loc. cit.*, p. 481.

<sup>429</sup> Code Civil Argentin, *ibid.*, p. 481.

<sup>430</sup> *McDonogh v Murdoch*, 56 US 367, 14 L Ed 732, qui traite le fidéicommiss romain et le « *fidéi commissa* » prévu dans le Code de la Louisiane, en droit espagnol et en droit français.

<sup>431</sup> *Caldwell v Hill*, 179 Ga 417, 176 SE 381, 98 ALR 1124.

l'idée romaine, ont leurs origines dans des doctrines religieuses. Les institutions romaines et leurs équivalents (*l'usus romain, l'usufructus, le fidei commissum ou le bonorum possessio*) sont analogues aux « uses » et aux « trusts ». <sup>432</sup> Cependant, une majorité de juristes et de professeurs de droit reconnaît que le trust du modèle anglo-américain de propriété, avec la séparation de la propriété en plusieurs parts, légales et équitables et des Cours spécialisées pour traiter ces sujets, est, dans ses causes, objets, principes, règles, qualifications et exceptions entièrement anglais et américain. <sup>433</sup>

394. Depuis ses origines, le droit de l'*Equity* permet la transmission du patrimoine par la désignation de plusieurs générations d'héritiers qui se substituent par la mort. Les premières transmissions intergénérationnelles de patrimoine de structure triangulaire se sont réalisées au travers des « uses » en Angleterre. Depuis le début, l'objectif des opérations fiduciaires a toujours été la détention des biens par une personne de confiance au bénéfice d'un tiers bénéficiaire pour leur transmission intergénérationnelle postérieure. L'objectif demeure inchangé pour les trusts du modèle anglo-américain de propriété dont l'essence même est la gestion, la protection et la transmission intergénérationnelle du patrimoine.

395. En revanche, en droit civil, le fait qu'une personne reçoive des biens avec l'obligation de les transmettre ensuite à une autre, est considéré comme une substitution et traditionnellement prohibé. Or, par exception, des procédés de transmission intergénérationnelle de la propriété qui étaient considérés jadis comme des substitutions, ont été validés par le législateur et par le juge français, tels que le *legs de residuo* <sup>434</sup> et en général toutes les libéralités graduelles et résiduelles.

396. Le droit de l'*Equity* (A) permet au constituant d'un trust testamentaire anglo-américain de transmettre sa propriété sur plusieurs générations d'héritiers (B).

---

<sup>432</sup> J. AMES, « The Origin of Uses & Trusts », 21, *Harvard Law Review*, 261, 1908.

<sup>433</sup> *McDonogh v Murdoch*, 56 US 367, 14 L Ed 732,

<sup>434</sup> Article 1049 du Code Civil français, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - arts. 9 et 20 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

## A. *Droit de l'Equity*

397. Le droit anglais est divisé en deux grands groupes de normes élaborées par les juges, la « *Common Law* » et l' « *Equity* ». <sup>435</sup> Lord Millet explique que les grands systèmes de droit sont doubles : le droit romain avec son droit civil et son droit prétorien, le droit juif avec sa loi écrite et orale et le droit anglais avec son droit de la *Common Law* et son droit de l'*Equity*. Un des corps de normes donne la certitude, l'autre la flexibilité et l'adaptabilité nécessaires pour que la justice soit rendue. Le droit anglais a ces deux composants depuis l'époque médiévale. <sup>436</sup> La contribution la plus importante du droit de l'*Equity* est le trust anglo-américain.

398. Nous allons étudier la naissance du droit de l'*Equity* et sa fusion avec la *Common Law* (a.) et ensuite analyser ses contributions au droit anglais (b.).

### a. *Naissance du droit de l'Equity et fusion avec la Common Law*

399. A l'époque médiévale, les normes établies par les juges en *Common Law* se développèrent rapidement. Des principes légaux, dont certains sont valables aujourd'hui, commencèrent à se mettre en place. Cependant, l'attitude générale des juges était stricte et inflexible. Même s'il y avait un peu de place pour la créativité judiciaire, les juges interprétaient les lois de façon rigide et les développaient au travers de l'élaboration de règles encore plus compliquées. <sup>437</sup> Les demandes présentées par les justiciables devaient être conformes à des catégories préétablies, sinon elles n'étaient pas considérées valides. Néanmoins, lorsqu'elles n'étaient pas acceptées ou lorsque le plaignant n'obtenait pas réparation, il s'adressait au Chancelier qui jugeait en conscience.

400. La Cour du Chancelier, une Cour d'*Equity*, traitait les demandes. Le Chancelier, érudit en droit romain, influencé par la fiducie et le fidéicommiss romains, décidait en « conscience et en équité. » Les principes développés et appliqués par la

---

<sup>435</sup> HANBURY and MARTIN, *op. cit.*, p. 3-73; LEWIN ON TRUSTS, *loc. cit.*, p. 3-15; PARKER AND MELLOWS, *op. cit.*, p. 1-12; R. PEARCE AND J. STEVENS, *loc. cit.*, p. 3-31; P. H. PETTIT, *loc. cit.*, p. 1-23; G. THOMAS & A. HUDSON, *op. cit.*, p. 13-23; UNDERHILL AND HAYTON, *op. cit.*, p. 2-6 49-65.

<sup>436</sup> J. BAKER, *Introduction to legal history*, 4e éd., 2002, p. 97-116.

<sup>437</sup> E. H BURN, G. J. VIRGO, *loc. cit.*, p. 4.

Cour ont constitué le droit de l'*Equity*.<sup>438</sup> Le but de ce corps de loi était d'atténuer la rigidité de l'application de la loi par les juges de Common Law.<sup>439</sup>

401. Avant le XVIIème siècle, le droit de l'équité était flou et discrétionnaire. L'*Equity* pouvait être aussi large ou étroite que la conscience du Chancelier. « Ce qu'on appelle un pied était en réalité le pied du Chancelier ! » Ce corps de droit est devenu plus systématique. Ensuite, les juridictions de Common Law et d'Equité ont été fusionnées par les lois sur la judicature (*Judicature Acts*) de 1873 et 1875. La fusion était seulement administrative. Désormais, les Cours peuvent appliquer des règles provenant de la Common Law et de l'*Equity*, mais les deux corps de lois n'ont pas fusionné en un seul. Il est reconnu qu'en cas de conflit entre les règles de la Common Law et de l'*Equity*, ces dernières prévalent.<sup>440</sup> Le droit de l'*Equity* a aidé dans plusieurs domaines du droit ; sa contribution la plus importante est le trust du modèle anglo-américain de propriété.

*b. Contributions du droit de l'Equity au droit anglais*

402. Le trust du modèle anglo-américain est la plus importante contribution du droit de l'*Equity* au droit anglais. Le point crucial de la théorie des trusts est qu'une personne détient la propriété au bénéfice d'une autre. Ainsi est né le dédoublement de la propriété. Pour le droit de la Common Law, le titulaire légal de la propriété est le trustee. Mais le droit de l'*Equity* permet que le propriétaire légal détienne la propriété non pas pour son propre bénéfice mais pour le bénéfice d'un tiers. Le but du droit de l'équité est d'avantager et de protéger tous les bénéficiaires sur plusieurs générations.

403. Grâce à l'*Equity*, la notion de relation fiduciaire a été reconnue et régulée. Un fiduciaire est une personne qui est en relation de confiance avec une autre qui est considérée comme la personne principale. Le fiduciaire est tenu d'être loyal vis-à-vis du principal et de maintenir un comportement exemplaire dans la gestion des intérêts du principal.

---

<sup>438</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 11.

<sup>439</sup> Earl of Oxford's Case (1615) 1 Ch. Rep 1 précédemment cité.

<sup>440</sup> Section 25 de la loi sur la judicature (*Judicature Act*) de 1873.

404. Le droit de l'*Equity* a contribué à améliorer plusieurs domaines du droit. Le droit commercial moderne et notamment le droit des sociétés sont profondément influencés par l'*Equity*, notamment en ce qui concerne l'identification des droits et le développement de « mesures judiciaires équitables ». Il s'agit, par exemple, d'ordres de performance spécifique, pour obliger le défendeur à exécuter ses obligations contractuelles, ou des injonctions de faire ou de ne pas faire, pour empêcher le défendeur de continuer à aggraver le dommage. Le droit de l'équité intervient aussi pour rééquilibrer des contrats ou lorsqu'une partie a influencé une autre pour signer un contrat désavantageux ou pour obtenir une donation.

405. Au XIX<sup>ème</sup> siècle, le droit de l'*Equity* concernait principalement les successions, les impôts et taxes et les dettes. Aujourd'hui, il a changé. S'il a été constitué sur des anciens précédents, ses principes ont été améliorés dans d'autres domaines du droit et dans d'autres affaires différentes des disputes successorales.

406. Le droit de l'*Equity*, au travers les trusts du modèle anglo-américain, permet la transmission intergénérationnelle du patrimoine que la crainte des substitutions fidéicommissaires a interrompue en droit civil.

### ***B. Transmission du patrimoine sur plusieurs générations***

407. Les premières formes de transmission intergénérationnelle de la propriété du modèle anglo-américain apparaissent avec le « *use* ». <sup>441</sup> Les « *uses* » sur la terre, c'est-à-dire la détention d'un terrain au profit d'une autre personne étaient fréquents. Que se passait-il alors quand la terre était transférée à deux personnes pour la détenir à leur bénéfice et ensuite au bénéfice d'une tierce personne ?

408. Un « *use* » après un autre « *use* » (*a use upon a use*) était créé (a.) sans incertitude quant à l'intention et quant aux biens du second trust (b.).

---

<sup>441</sup> Voir le point sur les fondements historiques du dédoublement de la propriété au premier chapitre de cette thèse, *supra* p. 88.

a. Un « use » après un autre « use » (a use upon a use)

409. Lorsque la terre était transférée à « A » et « B » pour être détenue au bénéfice de « A » et « B » et ensuite au bénéfice de « X », au début, le premier « use » était exécuté et le deuxième était nul car « répugnant » vis-à-vis du premier « use ». De cette manière, « A » et « B » étaient propriétaires légaux et bénéficiaires.

410. Plus tard, le deuxième « use » fut accepté, de façon exceptionnelle, afin de prévenir la fraude perpétrée par « A » et « B » ou de remédier à ce genre de situations. Il est devenu ensuite une pratique généralisée car l'impôt « *feudal incident* » avait perdu toute sa signification économique. Le « use » qui entra en vigueur était connu comme le « trust », différent du « use exécuté ». La formule utilisée était alors « Pour le « use » de « A » et « B » et leurs héritiers et en trust pour « X » à vie, ce qui restera pour son fils aîné et les héritiers de son corps ».

411. Par une décision de 1557, une règle énonçait qu'un « use » après un autre « use » (*a use upon a use*), déclaré nul par la Chancellerie, ne pouvait pas être exécuté par la loi du « *statute of uses* ». La stricte construction intellectuelle conçue par la loi préconisait une distinction entre les « uses » acceptés et légalement exécutés et les « uses » qui ne tombaient pas dans le champ d'application de cette loi. Ces derniers ne pouvaient pas par conséquent être exécutés. Or, un siècle après la promulgation de la loi du « *statute of uses* », la Chancellerie fit un revirement de sa jurisprudence et décida qu'un « use » après un autre « use » pouvait être exécuté.

412. L'intérêt équitable de propriété de « X » était exécuté devant la Cour du Chancelier, non seulement contre le trustee ou le donataire d'un trustee, mais comme un intérêt de propriété valable et opposable à toute personne autre qu'un acheteur de bonne foi qui n'était pas informé. De cette manière, la transmission intergénérationnelle du patrimoine à plus d'une génération est validée par le droit de l'*Equity*.

413. Les Cours de Common Law étaient réticentes à changer leurs décisions à cause des précédents jurisprudentiels (*stare decisis*) et la nécessité de stabilité des titres légaux de propriété. Il était difficile d'admettre qu'un « use » après un autre « use »

puisse être exécutable. Le résultat était un nombre croissant d'affaires en *Equity* relatives à ces « trusts passifs », différents des affaires des « uses passifs » avant la loi sur le « *statute of uses* ».

414. Les trusts passifs, créés d'un « use » dans un autre « use », sont aujourd'hui valides s'ils n'ont pas été abolis par la loi ou par la Common Law d'une juridiction spécifique. Sinon, les trusts passifs peuvent être exécutés et considérés comme de la propriété (*legal estates*).<sup>442</sup>

415. La question de l'incertitude quant à l'intention et aux biens du second trust se posait jadis.

*b. Incertitude quant à l'intention et aux biens du second trust*

416. Le constituant « S » doit pouvoir détenir des biens en propriété au nom de « X » et « Y » ou de « S » et « Y » en trust pour « S » à vie et laisser ce qui reste aux enfants de « S » à parts égales, à moins que « S », par document de constitution ou par testament, donne le capital du trust à ses enfants avec des portions différentes.<sup>443</sup> « S » effectue donc une transmission intergénérationnelle de son patrimoine à ses enfants. Il a le choix entre la distribution à parts égales ou la modification des parts. Un testateur du modèle contractuel peut constituer un fidéicommissaire similaire uniquement avec la quotité disponible.

417. Un testateur anglo-américain stipule un trust dans son testament avec l'intention de laisser le solde de son patrimoine en trust à « X », qui devra passer ce qui reste à sa mort à « Y ». Ce trust est comparable à une libéralité résiduelle de droit français, alors que de façon totalement incohérente la fiducie-libéralité est interdite. Il peut être considéré comme une substitution fidéicommissaire en Argentine et en Bolivie car « X » détient et transmet des biens à « Y » si les réserves héréditaires ne sont pas respectées.

418. En Common Law, il est valide de laisser le patrimoine résiduel à « X ». Il est de pratique courante de laisser le patrimoine à un bénéficiaire déterminé, après avoir

---

<sup>442</sup> *Croxall v Shererd*, 72 US 268, 18, L Ed 572; *Strimpfler v Roberts*, 18 Pa 283; *Ramsay v Marsh*, 13 SCL 252.

honoré les legs et donations et après avoir payé les dettes et dépenses. Il suffit que le patrimoine net du résidu soit bien décrit et qu'il soit précisé que c'est après paiement des dettes, dépenses et autres coûts. L'obligation de « X » de passer à « Y » ce qui reste de la propriété que « X » a reçu, peut conduire à penser qu'il n'y a pas de trust puisqu'il y a incertitude quant aux biens mis en trust et sur l'intention de créer le trust. Il faut interpréter cette situation dans le sens que « X » prend un intérêt viager dans le trust et que « Y » prendra ce qui reste de façon absolue.

419. Lorsque le constituant et « X » discutent des conditions du trust, le premier, dans son testament, ne laisse pas sa propriété au deuxième, mais voudrait que « X » dans son testament donne ce qui reste à « Y ». Le droit de l'*Equity* permet de surmonter les difficultés techniques. Il évite que « X » dénature l'intention du constituant et prive ce dernier et « Y » de ses droits.<sup>444</sup> Il y a une obligation suspendue et flottante pendant la vie de « X » qui s'applique sur sa propriété et qui à sa mort, se concrétise dans un trust. Pendant sa vie « X » ne peut pas contourner les accords conclus avec le constituant en effectuant des donations, directes ou au travers de trusts. L'obligation équitable et fiduciaire de « X » donne à « Y » le droit équitable de restreindre, revendiquer et récupérer les biens de la donation détenus dans le trust.<sup>445</sup>

420. **Conclusion de la première section.** Les premières transmissions intergénérationnelles de patrimoine de structure triangulaire se sont réalisées au travers des fidéicommiss à Rome et des « *uses* » en Angleterre. La comparaison historique des origines des trusts testamentaires des deux modèles montre que, depuis le début, l'objectif des opérations fiduciaires a toujours été la détention des biens par une personne de confiance au bénéfice d'un tiers bénéficiaire en vue de leur transmission intergénérationnelle postérieure. Les similitudes entre les « *uses* » et le fidéicommis romain sont indéniables à leurs origines. Néanmoins, leurs évolutions les ont écartés considérablement. Les premiers sont devenus le trust anglo-américain, un outil de transmission intergénérationnelle de patrimoine ; les seconds ont muté vers les substitutions fidéicommissaires pour être ensuite interdits.

---

<sup>443</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 5 et 6.

<sup>444</sup> Re Cleaver [1981] 1 W.L.R. 939 at 1023-1024 ; Healey v Brown [2002] W.T.L.R. 849.

421. L'objectif reste inchangé pour les trusts du modèle anglo-américain de propriété dont l'essence même est la transmission intergénérationnelle du patrimoine par l'institution d'héritiers bénéficiaires des trusts testamentaires. En revanche, nous doutons fortement que l'objectif des trusts de droit civil soit le même : les réserves héréditaires enlèvent toute utilité à l'institution et à la substitution d'héritiers au travers de trusts testamentaires de droit civil.

422. La tendance est de cantonner les trusts de droit civil à leur utilisation « entre vifs », notamment en droit commercial et en droit des sociétés. F. Weiser<sup>446</sup> affirme que, sous l'influence de la doctrine américaine, les juristes de droit civil continental ne se sont pas intéressés à « l'entité métaphysique » du trust anglo-américain, mais plutôt à la pratique moderne nord-américaine des trusts exclusivement en droit financier et en droit des affaires, et en particulier aux « *corporate trusts* ».

423. La transmission intergénérationnelle de la propriété avec un trust de droit civil est limitée. Lorsque des disposants souhaitent opérer un « ricochet » en droit civil, de façon qu'une personne reçoive des biens avec l'obligation de les transmettre ensuite à une autre, ce qu'on appelle une « substitution », ils sont confrontés à l'interdiction traditionnelle de ce type d'opérations en droit civil.<sup>447</sup>

424. Pour établir un tel montage, il faut soit interdire au premier bénéficiaire d'aliéner les biens, soit suspendre l'attribution pendant la durée de la vie de celui-ci. Si l'on interdit l'aliénation, on se heurte au principe selon lequel une inaliénabilité doit rester temporaire ;<sup>448</sup> les clauses d'inaliénabilité sont expressément déclarées nulles par le Code Civil argentin.<sup>449</sup> Si l'on suspend l'attribution des biens, les biens restent un temps inappropriés et la désignation du bénéficiaire est laissée au libre arbitre d'un tiers ; c'est le cas d'un legs avec faculté d'élire en France<sup>450</sup> et il n'est pas valide.<sup>451</sup>

---

<sup>445</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 87

<sup>446</sup> F. WEISER, *op. cit.*, p. 13.

<sup>447</sup> D. GUEVEL, *ibid.*, p. 128.

<sup>448</sup> Article 900-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code Civil français.

<sup>449</sup> à son article 3732.

<sup>450</sup> Cass. Civ. 12 août 1863 : DP 1863 I 356, S. 1863 I 446 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup> 8 novembre 2005: D. 2005, 2902.

<sup>451</sup> D. GUEVEL, *ibid.*, p. 128.

425. Un tel montage à l'aide d'un fidéicommissaire est valide en Argentine et en Bolivie s'il respecte les réserves héréditaires et l'interdiction des substitutions fidéicommissaires. En France, les libéralités graduelles et résiduelles sont considérées comme des modalités contemporaines de substitutions.<sup>452</sup> Elles transmettent la propriété d'une génération à une autre et sont parfaitement valides. Malgré l'acceptation par le législateur de ce mécanisme de libéralité et l'assouplissement de l'article 896 du Code civil français, les fiducies créées avec une intention libérale sont nulles, alors qu'elles sont pratiquement identiques aux libéralités graduelles et résiduelles.<sup>453</sup> Le législateur français contemporain a-t-il encore le souvenir présent à l'esprit des ravages des substitutions fidéicommissaires dans l'Ancien régime ?

426. Il convient d'analyser les différences entre les trusts testamentaires contemporains des deux modèles.

## **Section 2. Différences entre trusts testamentaires anglo-américains et de droit civil**

427. Les trusts testamentaires se sont développés principalement dans les systèmes juridiques qui reconnaissent une ample liberté de disposition par testament ; c'est le cas des systèmes anglo-américains et de la République de Panama, juridiction de droit civil latino-américaine d'exception. Dans les systèmes de droit civil continental, les réserves héréditaires sont élevées. Aida Kemelmajer de Carlucci affirme que « *l'existence des fidéicommissaires présente un risque pour l'intégrité du droit civil des successions* ». <sup>454</sup>

428. Contrairement à la tradition des trusts testamentaires anglo-américains, en droit civil, la volonté de l'homme ne gouverne pas la transmission de ses biens après sa mort car elle est obligée de respecter le droit des réservataires que la loi définit comme successeurs. L'unique domaine où la volonté peut s'exprimer « *post mortem* »

---

<sup>452</sup> D. GUEVEL, *ibid.*, p. 129.

<sup>453</sup> Voir *infra* p. 552 et suiv. sur les donations graduelles et résiduelles avec charge fiduciaire.

<sup>454</sup> A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, « El fideicomiso sucesorio y la legitima en algunas decisiones jurisprudenciales », *J. A.*, 1999-III-1052.

est la quotité disponible qui est restreinte, infime, insignifiante, négligeable, lorsque l'on est en présence de descendants, ascendants et conjoint du testateur.<sup>455</sup>

429. Lorsque le testateur excède la quotité disponible par les dispositions d'un fidéicommiss, il n'est pas possible, dans le système actuel, de légitimer ou tenter de justifier, pour quelque raison que ce soit, une atteinte ou une méconnaissance des réserves héréditaires, ou de justifier que les réservataires sont ignorés ou obligés d'attendre l'accomplissement de la condition ou le terme du fidéicommiss testamentaire. Tant qu'il existe un système de réserves héréditaires élevées dans nos Codes Civils, l'utilité du fidéicommiss testamentaire restera marginale.<sup>456</sup>

430. Les trusts testamentaires anglo-américains et de droit civil sont créés par testament. Celui-ci est un acte écrit, soumis à certaines formalités énoncées par la loi et essentiellement révocable, par lequel un personne dispose de tout ou partie de ses biens pour le temps où elle n'existera plus. Le testament en tant que disposition des dernières volontés est une création du droit romain qui lui a donné ses formes fondamentales originaires.<sup>457</sup>

431. Certaines dispositions entre vifs, dans les deux modèles de trust, anglo-américain et de droit civil, peuvent avoir des effets pendant la vie du constituant mais aussi après sa mort. Des trusts entre vifs du modèle anglo-américain sont considérés comme des substituts du testament et soumis à des règles spécifiques de validité.<sup>458</sup> Pour qu'un trust testamentaire du modèle anglo-américain soit considéré comme valide, il doit respecter les formalités testamentaires<sup>459</sup> ainsi que les règles de durée et d'accumulation des biens et revenus.<sup>460</sup> Les trusts testamentaires anglo-américains permettent l'accumulation du capital et des revenus en les mettant à l'abri et leur transmission comme partie du patrimoine familial de génération en génération. Ces deux caractéristiques nous rappellent leurs origines et constituent l'essence même du modèle des trusts anglo-américains de propriété.

---

<sup>455</sup> N. LLOVERAS, « Fideicomiso testamentario : La voluntad dispone ? » *J. A.*, 1999-III-1059 et 1060.

<sup>456</sup> G. MEDINA, *op. cit.*

<sup>457</sup> C. MORALES GUILLEN, *Código Civil Concordado y anotado, op.cit.* p. 1427. Note à l'article 1112.

<sup>458</sup> C'est le cas par exemple des trusts révocables « *inter vivos* » nord-américains. Voir *supra* p. 71.

<sup>459</sup> Prévues en Angleterre dans le « *Wills Act* » (loi anglaise sur les testaments) de 1837.

<sup>460</sup> Prévues par la loi anglaise contre les perpétuités et les accumulations de 1964 (*Perpetuities and Accumulations Act*).

432. De même, la constitution d'un fidéicommiss testamentaire est valable si elle respecte les principes du droit des successions disposés dans les Codes Civils bolivien, argentin et panaméen qui limitent dans les deux premiers pays la durée des fidéicommiss à 30 ans<sup>461</sup> et interdisent les fidéicommiss secrets et les substitutions fidéicommissaires. En revanche, il n'y a pas de limite de durée aux trusts panaméens. Il n'est pas interdit non plus de transmettre la propriété par fidéicommiss à un deuxième bénéficiaire à la mort du premier dans ce pays. Le Panama a supprimé les réserves héréditaires pour permettre la libre transmission de patrimoine dans le cadre de sa politique d'imposition fiscale zéro, ce que lui vaut sa réputation de paradis fiscal. Grâce à cela, les trusts panaméens obtiennent des résultats équivalents à ceux des trusts anglo-américain, notamment de transmission de patrimoine.

433. Il convient d'exposer les trusts anglo-américains à cause de mort (I) et de les comparer aux trusts testamentaires de droit civil (II).

### ***I. Trusts testamentaires anglo-américains***

434. La différence principale entre les trusts testamentaires anglo-américains et leurs homologues de droit civil est que les premiers peuvent être secrets et semi-secrets. Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, il existe différentes façons et méthodes de prévoir des dispositions testamentaires sans forcément les décrire dans le testament. Les méthodes de création de trusts testamentaires secrets et semi-secrets nous rappellent les origines du trust anglo-américain de l'Angleterre médiévale et la naissance du droit d'*Equity*. Le droit de l'équité (*Equity*) empêche, autant que possible, qu'une loi soit utilisée comme un moyen de cacher une fraude. La doctrine sur les trusts secrets s'est développée dans cet esprit et des règles se sont établies pour chaque situation.<sup>462</sup>

435. De manière semblable aux substitutions fidéicommissaires romaines ou de l'ancien droit français, dans un trust anglo-américain entièrement secret selon les termes du testament, la donation est destinée à un légataire. Or, le légataire promet

---

<sup>461</sup> Sauf pour les fidéicommiss constitués en faveur des bénéficiaires incapables en Argentine ou au bénéfice des institutions d'intérêt général en Bolivie, ces fidéicommiss pouvant durer pendant toute la vie des bénéficiaires.

<sup>462</sup> *Mccormick v Grogan* (1869) LR 4 HL 82 à 88, 89, 97. Voir aussi *Thynn v Thynn* (1684) 1 Vern 296 ; *Crook v Brooking* (1688) 2 Vern 50 par Lord Jeffreys LC; *Drakeford v Wilks* (1747) 3 Atk 539. Voir plus récemment *Re Snowden* [1979] Ch 528, par Megarry V-C.

oralement qu'il détient certains biens donnés par testament en trust pour une autre personne bénéficiaire.

436. Dans cette situation, le risque de fraude est important car il peut arriver que le légataire, de façon frauduleuse, obtienne un bénéfice pour lui-même.<sup>463</sup> La même difficulté se présente dans un trust semi-secret, lorsque la donation est réservée à un légataire dans un trust « dans les conditions que je ferai savoir ou que je déclarerai ». Le légataire prend, dans ce cas, les biens en qualité de fiduciaire et ne peut pas garder les biens pour lui-même.<sup>464</sup>

437. En effet, un testateur peut prévoir une disposition par testament considérée comme un legs, alors qu'en réalité c'est un trust qui doit être détenu et géré par le légataire-fiduciaire au bénéfice d'un tiers. Cela constituait souvent un moyen de donner des biens à une maîtresse ou à un enfant illégitime, sans devenir nécessairement public par inclusion dans le testament. Le testateur donne le legs à un ami de confiance. Il espère que son ami respectera sa parole en détenant et gérant en trust les biens du legs comme convenu en faveur des bénéficiaires.

438. E. H. Burn et G. J. Virgo<sup>465</sup> donnent un exemple : une testatrice âgée n'arrive pas à se décider sur ses intentions en ce qui concerne ses biens meubles et d'autres bibelots. Elle laisse donc les biens à son avocat qui est chargé d'exécuter les dispositions de sa cliente en fonction de ses instructions orales ultérieures. Ce trust ne respecte pas les formalités de la loi sur les testaments de 1837 (*Wills Act*). Le légataire avocat peut être tenté de garder les biens. Cependant, l'équité ne va pas permettre qu'une loi soit utilisée comme instrument de fraude. Lorsque l'intention de créer le trust est communiquée au légataire avant la mort du testateur, le trust doit

---

<sup>463</sup> Un problème similaire arrive lorsque la terre ou d'autres biens immobiliers sont transférés au travers un acte "*inter vivos*" à un donataire dans un trust oral au bénéfice d'un tiers, sans respecter donc les dispositions de la section 53 (1) (b) la loi anglaise sur la propriété de 1925 (*Law of Property Act*). Dans ce cas, pour prévenir la fraude, un « *constructive trust* » (trust établi par la loi) sera constitué ayant comme trustee le légataire au bénéfice du tiers bénéficiaire désigné, en application du principe énonçant que l'équité ne permet pas qu'une loi soit utilisée comme instrument de fraude. *Taylor v Salmon* (1838) 4 My & Cr 134; *Davis v Otty* (n°2) (1865) 35 Beav 208; *Rochevoucauld v Boustead* [1897] 1 Ch. 196; *Bannister v Bannister* [1948] 2 All ER 133; *Re Nichols* [1974] 1 WLR 296 à 301.

<sup>464</sup> E.H. BURN, G. J. VIRGO, *loc. cit.*, p. 127.

<sup>465</sup> E.H. BURN, G. J. VIRGO, *ibid.*, p. 131.

être exécuté en faveur des bénéficiaires désignés.<sup>466</sup> Sinon, le légataire est contraint de détenir les biens dans un « trust présumé » (*resulting trust*).<sup>467</sup>

439. Pour qu'un trust testamentaire du modèle anglo-américain, secret ou non, soit valide, il doit respecter certaines formalités testamentaires ainsi que les « règles des perpétuités », qui limitent la durée et l'accumulation des biens et revenus du trust.

440. Il convient, dans un premier temps, d'approfondir notre étude sur les formalités et le caractère secret des trusts testamentaires (A) et de traiter, dans un second temps, des règles de durée des trusts et de l'accumulation des biens et revenus (B).

#### **A. Formalités et caractère secret des trusts testamentaires**

441. Les trusts testamentaires sont soumis à certaines règles d'*Equity* dont le respect de la légalité.<sup>468</sup> Les droits qu'ils confèrent aux bénéficiaires doivent être licites d'autant plus que la Common Law ne connaît pas le principe des réserves héréditaires et que les testateurs-constituants d'un trust testamentaire jouissent dès lors d'une grande liberté. L'information du trustee quant à sa mission et à l'objet du trust doit être donnée avant ou après le testament, pendant que le testateur est encore vivant.<sup>469</sup> Les termes du trust testamentaire doivent être acceptés par le trustee. Toutefois, contrairement aux fiduciaires des trusts testamentaires de droit civil qui doivent accepter expressément, le silence du trustee vaut consentement.

442. Les trusts testamentaires « secrets » sont, par principe, nuls en droit civil. La loi bolivienne les interdit expressément.<sup>470</sup> En revanche, la jurisprudence anglaise admet l'ensemble du régime de preuve applicable aux trusts anglo-américains

---

<sup>466</sup> Le même principe s'applique lorsque un legs existant n'est pas révoqué : *Chamberlaine v Chamberlaine* (1678) Freem Ch 34 ; *Moss v Cooper* (1861) 1 John & H 352 ; ou lors d'une succession « *ab intestat* » si le « *de cuius* » avait déjà choisi son héritier mais n'était pas arrivé à faire son testament : *Stickland v Aldridge* (1804) 9 Ves 516 ; ou lorsque un légataire a l'intention de disposer de sa propriété à sa mort d'une manière particulière : *Ottaway v Norman* [1972] Ch 698.

<sup>467</sup> Pour une explication des « *resulting trusts* », voir *infra* p. 181 sur les trusts non-express anglo-américains.

<sup>468</sup> Voir E. H. BURN, G. J. VIRGO, *op. cit.*, p. 131; HANBURY and MARTIN, *loc. cit.*, p. 153-169; LEWIN ON TRUSTS, *op. cit.*, p. 75-82; PARKER AND MELLOWS, *loc. cit.*, p. 114-134; R. PEARCE AND J. STEVENS, *loc. cit.*, p. 211-233; P. H. PETTIT, *loc. cit.*, p. 127-135; G. THOMAS & A. HUDSON, *op. cit.*, p. 895-904; UNDERHILL AND HYTON, *op. cit.*, p. 317-328;

<sup>469</sup> *Moss v. Cooper*, 1861, 4 L.T. 790.

<sup>470</sup> Article 1413 du Code de Commerce.

ordinaires, notamment les témoignages, pour prouver l'existence d'un trust testamentaire, dans le cas où il est secret. David Hayton conseille aux constituants de prendre la précaution de remettre aux bénéficiaires une copie du document de constitution du trust « signé par le légataire-trustee », établissant l'existence du trust secret.<sup>471</sup>

443. Des formalités générales de constitution doivent être respectées (a.), également lorsqu'il s'agit de trusts testamentaires secrets ou semi-secrets (b.) ; les trusts entre vifs peuvent produire des effets « *post mortem* » (c).

a. Formalités générales des trusts testamentaires

444. La 9<sup>ème</sup> section de la loi anglaise sur les testaments de 1837 (*Wills Act*) énumère les formalités à accomplir pour qu'une disposition testamentaire soit valide. Il est important d'accomplir de façon stricte les formalités du testament car, en cas de problème, le testateur ne peut plus être consulté.<sup>472</sup> Elles réduisent les probabilités de trouver des erreurs ou des dispositions viciées de nullité.<sup>473</sup>

445. Un testament, pour être valide, doit être rédigé par écrit, signé par le testateur ou par une personne en sa présence et sous sa direction. La signature du testateur montre son intention de donner effet à son testament. Le testament doit être signé ou la signature doit être reconnue en présence d'au moins deux témoins, tous présents en même temps. Chaque témoin doit signer le testament ou reconnaître sa signature en présence du testateur et non nécessairement en présence des autres témoins. Aucune autre forme d'attestation ne sera nécessaire.<sup>474</sup>

446. Les trusts testamentaires ne sont fréquemment connus qu'au décès du constituant. Ils sont généralement créés par testament écrit mais ils peuvent être aussi oraux car, en principe, aucune formalité n'est requise. Or, ce régime formel libéral ne

---

<sup>471</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 58.

<sup>472</sup> E. H. BURN, G. J. VIRGO, *loc. cit.*, p. 127.

<sup>473</sup> HANBURY and MARTIN, *op. cit.*, p. 94; LEWIN ON TRUSTS, *op. cit.*, p. 74-82; PARKER AND MELLOWS, *loc. cit.*, p. 97; R. PEARCE AND J. STEVENS, *loc. cit.*, p. 198-199; P.H. PETTIT, *op. cit.*, p. 96-97; G. THOMAS & A. HUDSON, *loc. cit.*, p. 127-128; UNDERHILL AND HAYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, *loc. cit.*, p. 305.

<sup>474</sup> Modification faite par la section 17 de la loi anglaise sur l'administration de justice de 1982 (*Administration of Justice Act*). 22<sup>ème</sup> rapport du Comité de réforme de cette loi (*Law Reform Committee*) (Cmnd 7902), Part II.

s'applique qu'au trust et non pas à l'acte préalable par lequel les biens ont été transférés au trustee, à savoir le testament, qui doit être impérativement rédigé par écrit. En outre, pour des raisons de preuve, il vaut mieux que l'instrument de constitution d'un trust portant sur des immeubles soit écrit.

447. Les trusts testamentaires du modèle anglo-américain bénéficient d'une jurisprudence favorable concernant leur validité, dans le sens qu'il est toujours dommageable de réduire à néant la volonté du défunt pour des motifs formels. Dans une décision de la Chambre des Lords anglaise<sup>475</sup> Lord Colonsay explique que « *l'acte n'oblige pas à mettre en exécution le projet du testateur. Il oblige seulement à exprimer le projet ou l'intention du testateur et à donner à d'autres personnes le pouvoir et les instructions pour mettre en œuvre ses intentions* ».

448. Il peut arriver que certaines dispositions testamentaires ne soient pas conformes aux dispositions de la loi anglaise sur les testaments de 1837 (*Wills Act*).<sup>476</sup> Par exemple, l'intention du testateur est évidente mais il manque une formalité au testament, ou un seul témoin est présent, ou les deux témoins ont bien attesté le testament mais pas en présence du testateur. Il peut s'agir d'un « trust inachevé » (*executory trust*)<sup>477</sup> rédigé par testament dont le contenu se rapproche plus d'un mémorandum que d'un trust formalisé ; les termes utilisés ou les omissions ne permettent pas une mise en œuvre effective du trust. La jurisprudence pose la règle que l'intention du défunt prévaut sur la lettre du testament.<sup>478</sup> Les défauts peuvent être acceptés et validés, au cas par cas, par les juges anglais.

449. Les trusts testamentaires secrets respectent certaines formalités.

---

<sup>475</sup> Sackville-West v. Viscount Holmesdale, 1870, L. R.

<sup>476</sup> HANBURY and MARTIN, *op. cit.*, p. 149-169; LEWIN ON TRUSTS, *loc. cit.*, p. 74-75; PARKER AND MELLOWS, *op. cit.*, p. 114-134; R. PEARCE AND J. STEVENS, *loc. cit.*, p. 211-233; P. H. PETTIT, *loc. cit.*, p. 127-135; G. THOMAS & A. HUDSON, *loc. cit.*, p. 895-904; UNDERHILL AND HAYTON, *op. cit.*, p. 316-328.

<sup>477</sup> En fonction des procédures constitutives, on oppose les trusts inachevés (*executory trusts*) aux trusts opérationnels (*executed trusts*). Cette distinction concerne exclusivement les trusts exprès.

<sup>478</sup> Blackburn v. Stables, 1814, 2 V. & B. 367; I.R.C. v. Raphaet 1935, A.C. 96.

b. Formalités des trusts secrets et semi-secrets

450. Dans un arrêt de principe,<sup>479</sup> le juge Peter Gibson LJ identifie les caractères essentiels d'un trust secret absolu : 1) l'intention du testateur de créer un trust doit satisfaire le test des certitudes ;<sup>480</sup> 2) le constituant doit informer le légataire de son intention de créer un trust ; 3) le légataire doit accepter sa mission ; son acceptation peut être tacite. Selon la décision du juge Brightman J.,<sup>481</sup> « *c'est un élément essentiel que le testateur oblige le légataire en faveur du bénéficiaire désigné. Cela est évident lorsque le constituant utilise des termes impératifs qui sont différents du langage précatif.* »<sup>482</sup>

451. Dans une autre affaire,<sup>483</sup> un legs était destiné à l'avocat du testateur annonçant qu'il détenait les biens du legs en trust. Or, il n'avait été informé des conditions du trust qu'après la mort du testateur. Parmi les papiers du testateur, une lettre avait été trouvée qui spécifiait que le restant des biens devait être transféré à un trust au bénéfice d'une demoiselle avec laquelle le testateur n'était pas marié. L'avocat voulait accomplir les volontés de son client. Le juge Kay J. décida que l'avocat détenait les biens en qualité de trustee d'un trust présumé (*resulting trust*) au bénéfice du plus proche parent du « *de cuius* » et non au bénéfice de la demoiselle.

452. Le juge explique que « *l'essence de toutes ces décisions est que le légataire accepte un trust spécifique qui devient ensuite contraignant pour lui et susceptible de fraude s'il ne l'exécutait pas* ». L'avocat n'a pas pu accepter correctement sa mission car il a découvert les conditions du trust après la mort du « *de cuius* ». Le défendeur est donc le trustee des biens pour le plus proche des parents du testateur. Néanmoins, le juge « *espère que les trustees vont entendre la demande de cette demoiselle avec générosité.* »<sup>484</sup>

---

<sup>479</sup> Kasperbauer v Griffith (2000) 1 WTLR 333.

<sup>480</sup> C'est-à-dire un langage impératif, une « certitude quant au sujet du trust », à savoir que les biens du trust soient déterminés ou déterminables et la « certitude quant à l'objet du trust », c'est-à-dire, que les bénéficiaires puissent être déterminés ou déterminables. Pour une analyse des règles sur les certitudes voir le titre II de cette première partie, *infra* p. 185.

<sup>481</sup> Ottaway v Norman [1972] Ch 698, 711, précédemment cité.

<sup>482</sup> Kasperbauer v Griffith (2000) 1 WTLR 333 précédemment cité. Propos exprimés par le même juge Peter Gibson LJ. Ce principe a été une fois de plus confirmé par le juge Nourse LJ dans l'arrêt Margulies v Margulies (1999-2000) 2 ITEL 641. Voir aussi Brown v Pouran [1995] 1 NZLR 352 ; [1996] Conv 302 (C.E.F. Rickett).

<sup>483</sup> Re Boyes (1884) 26 Ch D 531.

453. La remise d'une lettre scellée pendant la vie du testateur est une notification suffisante pourvu qu'elle soit officielle, qu'elle contienne les conditions d'un trust et que celui-ci soit accepté comme tel. Lord Wright MR explique que « *c'est comme un bateau qui navigue sous des ordres scellés ; il navigue sous ordres, mais les conditions exactes ne seront connues du capitaine que plus tard.* »<sup>485</sup> L'enveloppe scellée n'est usuellement pas ouverte avant le décès du constituant. Dans ce contexte, si la clause d'un testament fait allusion à « ma lettre en date du... » celle-ci est traitée comme faisant partie du testament. La charge de la preuve pèsera donc sur le testament et sur la lettre. En droit civil, les lettres, même si elles sont explicites quant à la dispositions des biens, ne sont pas considérées comme des testaments.<sup>486</sup>

454. Lorsqu'un bénéficiaire désigné dans la lettre agit aussi en qualité de témoin du testament, la loi anglaise sur les testaments<sup>487</sup> lui interdit de recevoir des bénéfices du trust semi-secret consignés dans la lettre, car celle-ci est considérée comme faisant partie du testament. En revanche, un bénéficiaire d'un trust secret est considéré comme acquérant le bénéfice du trust ailleurs que dans le testament. Il n'est donc pas important que le bénéficiaire soit aussi témoin du testament. Selon David Hayton, « *il n'est pas satisfaisant que les dispositions de la loi sur les testaments (Wills Act) puissent être si facilement évitées.* »<sup>488</sup>

455. La jurisprudence exige que le trustee accepte ses fonctions pour le trust.<sup>489</sup> La preuve est libre pour établir les conditions d'un trust semi-secret lorsqu'il est communiqué avant ou simultanément à la rédaction du testament.<sup>490</sup> Les déclarations orales d'un trustee informé par le testateur de façon plus complète sont un mode de preuve validé par la Chambre des Lords.<sup>491</sup>

456. David Hayton<sup>492</sup> donne un exemple d'un trust secret valide suivi d'un trust semi-secret. Un homme assure les besoins de sa maîtresse et de son enfant illégitime

<sup>484</sup> Re Boyes (1884) 26 Ch D 531 précédemment cité.

<sup>485</sup> Re Keen [1937] Ch 236 à 242.

<sup>486</sup> Article 3648 du Code Civil argentin.

<sup>487</sup> Section 15 de la loi anglaise sur les testaments de 1837 (Wills Act).

<sup>488</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 57.

<sup>489</sup> Re Keen, [1937] Ch. 326 précédemment cité; Bateman's Will Trusts, 1970, 3 All E. R. 817.

<sup>490</sup> Re Huxtable, 1942, 2 ch. 793.

<sup>491</sup> Blackwell v. Blackwell, 1929, A.C. 318.

<sup>492</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 57-58.

en secret de son vivant. Après sa mort, pour garder sa vie privée confidentielle, le « *de cuius* », que nous appellerons « T » donne dans son testament 150.000 livres à « B » de façon absolue, après avoir obtenu le consentement de « B » en secret, dont 100.000 livres en trust pour Joy Rider (la maîtresse) à vie et pour son fils Sébastien (l'enfant illégitime) de façon absolue.

457. En outre, il lègue à Sébastien ce qui restera des 50.000 livres plus les intérêts qui se capitaliseront dans un compte bancaire (que « B » doit ouvrir), une fois que « B » a utilisé une quantité raisonnable d'argent du compte pour satisfaire ses propres besoins, pendant la durée de sa vie. Dans cet exemple de David Hayton, le premier trust est un trust secret valide d'une valeur de 100.000 livres, dont Joy et Sébastien peuvent réclamer l'exécution.<sup>493</sup> Le second est un trust semi-secret,<sup>494</sup> où « B » est le propriétaire absolu mais sujet à des obligations fiduciaires et le trust se met seulement en place à la mort de « B » pour ce qui reste des 50.000 livres dans le compte courant ouvert à cet effet.

458. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, cet exemple décrit parfaitement une substitution fidéicommissaire dans laquelle « T » effectue un legs à « B », en secret, au bénéfice de sa maîtresse et de son enfant illégitime, qui ne sont pas réservataires, sans dévoiler l'opération à sa famille (ses héritiers de sang). En outre, après avoir bénéficié du legs avec sa mère pendant leur vie, à la mort de « B », sujet à des obligations fiduciaires, l'enfant illégitime se substitue au légataire pour recevoir ce qui reste du legs. Dans l'exemple, « B » dévient le bénéficiaire absolu mais seulement « apparent » du testament de « T » (*secret trusts*) et il détient les biens en qualité de trustee, nommé dans le testament, sans révéler les conditions du trust (*half secret trusts*).

459. Les trusts secrets sont interdits dans les pays de droit civil car ils doivent être exprès. Il est de ce fait interdit que le constituant effectue un legs à une personne de confiance en occultant son intention de constituer un trust de droit civil au bénéfice de quelqu'un qu'il préfère ne pas mentionner. Les législateurs de droit civil ont voulu écarter toute ressemblance du fidéicommiss testamentaire et de la fiducie avec la

---

<sup>493</sup> Suivant la jurisprudence *Ottaway v Norman* [1972] Ch. 698; *Kasperbauer v Griffith* [2000] 1 WTLR 333 précédemment cités.

simulation. Le fait pour des contractants de rédiger deux actes, l'un contredisant l'autre, ou y ajoutant, ou y apportant des dispositions qui sont destinées à ne pas être dévoilées aux tiers ne peut pas être effectué dans le cadre d'un fidéicommissaire ou d'une fiducie. Le premier constitue une convention apparente dite aussi « acte simulé », tandis que le second est un acte secret. La simulation n'est pas en soi une cause de nullité sauf si elle a pour but de réaliser une fraude aux lois d'ordre public. De même, les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers.<sup>495</sup>

460. F. Weiser<sup>496</sup> considère que les praticiens du droit civil s'écartent de la notion anglo-américaine du trust, de sa nature et de son histoire, lorsqu'ils classent les trusts en « ostensibles » et « secrets ». L'auteur explique que les trusts secrets, que les avocats de droit continental évoquent la plupart du temps pour les rejeter à cause de leur objet, ne se réduisent pas aux seuls cas où un bénéficiaire d'un trust testamentaire se trouve investi de cette qualité grâce à un trust non dévoilé dans un testament. Ils correspondent plutôt à la « notion »<sup>497</sup> par laquelle un trustee ne déclare pas agir en tant que tel ou lorsqu'il n'a pas, avec lui, un document de constitution du trust contenant une description de ses droits et obligations dans ses relations avec les tiers.

461. Selon F. Weiser, la façon des juristes de droit civil de concevoir le rôle du trustee s'approche dangereusement de la « représentation directe » (*disclosed agency*) ce qui, pour la doctrine de droit civil, constitue la façon la plus classique, voire l'unique façon concevable « d'agir pour un autre » mais dont la notion du trust est totalement éloignée.

462. L'objet du rejet des trusts secrets anglo-américains, s'il y en a un, par les juristes de droit civil provient plus de l'histoire des substitutions fidéicommissaires que du pouvoir de représentation du fiduciaire stipulée par écrit dans un acte ostensible. L'utilisation abusive des substitutions fidéicommissaires pour détourner

---

<sup>494</sup> David Hayton les appelle aussi « des trusts flottants » (*floating trusts*) et cite comme jurisprudence l'affaire *Healey v Brown* [2002] W.T.L.R. 849. D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 57.

<sup>495</sup> Article 1321 du Code Civil français (modifié par loi n°2000-230 du 13 mars 2000 - art. 1 JORF 14 mars 2000).

<sup>496</sup> F. WEISER, *op.cit.*, p. 13.

<sup>497</sup> Par le mot « notion », l'auteur fait référence à une « conception » de droit civil.

les biens de la succession, à Rome et dans l'ancien droit français, a marqué indubitablement le droit continental contemporain. Dans le droit de la Common Law où il n'y a pas d'héritiers réservataires, les trusts secrets ou semi-secrets sont parfaitement acceptables. En revanche, en droit civil, les trusts secrets sont prohibés car ils sont considérés comme proches de la simulation ou des substitutions. Le meilleur exemple est énoncé à l'article 1413 du Code de Commerce bolivien, dans lequel, sont interdits simultanément les fidéicommiss secrets (alinéa 1), les fidéicommiss par lesquels le bénéfice est concédé à plusieurs personnes qui successivement se substituent par la mort de la précédente (alinéa 2) et les fidéicommiss perpétuels (alinéa 3).

463. Il est commun dans le modèle des trusts anglo-américains de propriété de créer de trusts « *inter vivos* » avec des effets « *post mortem* ».

c. Trusts « *inter vivos* » avec effets « *post mortem* »

464. Certaines dispositions de constitution des trusts du modèle anglo-américain ont lieu entre vifs, avec l'objectif de produire des effets pendant la vie du constituant mais aussi après sa mort. David Hayton<sup>498</sup> explique que, pour éviter la preuve et la publicité, un constituant « S » transfère son argent et son portefeuille d'actions dans un compte bancaire joint avec sa femme « W », de telle sorte que « W », à la mort de « S », bénéficie de ce qui reste.<sup>499</sup>

465. En outre, « S » peut créer un trust « *inter vivos* », à effet immédiat avec ses autres biens, en les transférant à des trustees dont il peut lui-même faire partie. Les trustees gèrent le trust en faveur de « S », c'est-à-dire lui-même, pendant la durée de sa vie, en laissant le solde à sa mort à « W » ou à toute autre personne qu'il a désigné en notifiant par écrit aux trustees. « S » peut se réserver, pendant la durée de sa vie, le pouvoir de révoquer le trust, totalement ou partiellement ou le pouvoir de transférer des biens du trust à toute autre personne, y compris à lui-même. « W » a un intérêt révocable sur ce qui restera des biens du trust. De même, en droit civil, « S » peut constituer un fidéicommiss révocable entre vifs, au bénéfice de son épouse « W ». Le

---

<sup>498</sup> D. J. HAYTON, *loc. cit.*, p. 58-59.

<sup>499</sup> Aroso v Coutts & Co [2001] W.T.L.R. 797.

décès du constituant n'affecte pas l'existence du fidéicommiss, sauf si sa mort est prévue dans le contrat comme cause d'extinction.<sup>500</sup> Les héritiers devront attendre la fin du fidéicommiss pour recevoir la propriété des biens.<sup>501</sup>

466. Si les trustees détiennent les biens du trust anglo-américain exclusivement à l'ordre et discrétion de « S » et si en plus ils doivent lui donner la totalité du capital et des revenus, sans prendre en compte le solde qui doit passer à « W » à la mort de « S », ce trust est un « *bare trust* » pour « S »,<sup>502</sup> combiné à une disposition testamentaire en faveur de « W ». A ce titre, « W » doit accomplir les dispositions de la loi sur les testaments (*Wills Act*) de 1837.<sup>503</sup>

467. L'éloignement dans le temps de la jouissance effective par les bénéficiaires de leurs droits et l'accumulation des biens et revenus du trust sont encadrées en Common Law par des règles spécifiques « contre les perpétuités ».

### ***B. Durée et accumulation des trusts anglo-américains***

468. Tous les systèmes de droit regardent d'un mauvais œil les transactions qui empêchent l'aliénation de la propriété. La raison principale est de préserver la vie sociale et économique de la rigidité ; c'est le cas des règles anglaises contre les perpétuités (*rules against perpetuities*), de l'article 900-1 du Code Civil français<sup>504</sup> ou de la nullité de l'article 3732 du Code Civil argentin des clauses disposant l'inaliénabilité de tout ou d'une partie d'un héritage. La propriété doit pouvoir être aliénée et les biens doivent rester des « *res in commercio* ».

469. Pour éviter la perpétuation du trust anglo-américain et l'accumulation excessive du capital et des revenus du fonds fiduciaire, il existe des règles contre les perpétuités : l'éloignement dans le temps de l'attribution aux bénéficiaires de la jouissance effective de leurs droits est restreint. L'accumulation du capital et

---

<sup>500</sup> Article 1421 alinéa 3 du Code de Commerce bolivien ; article 25 alinéa c) de la loi argentine n° 24.441 sur le fidéicommiss ; article 33 alinéa 6 de la loi n° 1-1984 du 5 janvier 1984 sur le fidéicommiss panaméen. Voir *supra* p. 44.

<sup>501</sup> G. MEDINA, *article précité*.

<sup>502</sup> Dans un « *bare trust* », le trustee détient la propriété du trust en tant que simple dépositaire. Il n'a pas l'obligation de gérer la propriété au profit des bénéficiaires avec des intérêts de propriété successifs. Le trustee peut donc leur transférer la propriété ou la tenir à l'ordre du bénéficiaire absolu ou des bénéficiaires majeurs et capables.

<sup>503</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 58-59.

<sup>504</sup> Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

l'attribution des bénéficiaires sont limités dans le temps. Ces règles sont applicables aux trusts de personnes.<sup>505</sup> D'autres règles contre l'inaliénabilité, autrefois connues comme les règles contre les trusts à but déterminé (*purpose trusts*) d'une durée excessive, limitent la durée des trusts à but non-charitable.<sup>506</sup>

470. Des règles contre les perpétuités (a.), la règle d'« attendons à voir » (*wait and see rule*) pour éviter les nullités (b.) et la règle d'accumulation et d'inaliénabilité (c.) sont établies.

a. Règles anglo-américaines contre les perpétuités

471. La jurisprudence anglaise interdit les trusts perpétuels. Le législateur anglais est intervenu en promulguant la « loi sur les perpétuités et les accumulations » de 1964 (*Perpetuities and Accumulations Act*).<sup>507</sup> Pour qu'un trust soit valide, selon la règle contre l'éloignement excessif de la jouissance effective par les bénéficiaires de leurs droits, un trust doit pouvoir investir les bénéficiaires et notamment ceux de la deuxième génération de leurs droits pendant « la période de perpétuité » (*perpetuity period*).

472. La période de perpétuité, qui est la période légale de validité du trust, est mesurée par rapport à une vie humaine qui sert de référence, habituellement celle du premier bénéficiaire, plus 21 ans à partir de sa mort pour investir le deuxième bénéficiaire résiduel. Le point de départ du délai de 21 ans peut ainsi être reporté au jour du décès d'une personne désignée, en vie au jour de la création du trust. A ce titre, le trust dure aussi longtemps que la vie d'une personne au moment de sa création, plus la période de 21 ans. Le délai court à partir du jour où le trust devient effectif, c'est-à-dire lorsqu'il entre en activité. Le transfert des biens peut être antérieur à l'acte créateur, ce qui est le cas pour les trusts testamentaires.

473. A titre d'exemple, un constituant qui transfère des biens au bénéfice d'une personne, sa vie durant, puis le solde aux enfants de celle-ci qui auront franchi l'âge

---

<sup>505</sup> C'est-à-dire des trusts qui ont des bénéficiaires personnes physiques ou morales.

<sup>506</sup> Une analyse de ce trust est effectué dans le chapitre consacré au Panama, le point II de la section 2, *infra* p. 294 et suiv.

<sup>507</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 104-108 ; E. H. BURN, G. J. VIRGO, *loc. cit.*, p. 110; HANBURY and MARTIN, *op. cit.*, p. 373-374; LEWIN ON TRUSTS, *loc. cit.*, p. 136-165; PARKER AND MELLOWS, *loc. cit.*, p. 238-255; R. PEARCE AND J.

de 20 ans, établit un trust dont la durée sera la vie du premier bénéficiaire plus 21 ans. Dans ce cas, les conditions du trust respectent le délai maximum de durée permis par la loi et le trust est valable.

474. Un mode alternatif de calcul prévu par le droit anglais repose sur une période « forfaitaire » de validité du trust de 80 ans à compter du jour où le trust devient effectif.<sup>508</sup> S'il ne ressort pas de l'acte constitutif du trust qu'une vie humaine sert de référence et si le constituant reste silencieux sur la période forfaitaire de 80 ans, un délai de 21 ans s'applique.<sup>509</sup> Ce délai court à partir de la déclaration du trust. Une Commission de loi en Angleterre recommande que la règle contre les perpétuités soit remplacée par une période légale de perpétuité de 125 ans avec le bénéfice de la « *wait and see rule* ». <sup>510</sup>

475. La « *wait and see rule* » permet « d'attendre et voir » si les bénéficiaires potentiels seront ou non investis dans la période légale de validité.

b. Règle « d'attendons à voir » (*wait and see rule*)

476. Lorsque plusieurs bénéficiaires se succèdent dans le temps, il faut, en principe, pour que le trust soit valable, que, dès sa constitution, il soit certain que les bénéficiaires potentiels seront investis de leurs droits avant l'expiration de la durée autorisée pour le trust, à savoir la durée d'une vie humaine plus 21 ans. Cependant, la nullité du trust n'intervient que si les bénéficiaires potentiels sont effectivement investis après l'expiration de la durée autorisée. S'il y a une incertitude sur le fait que les bénéficiaires potentiels sont investis dans la durée autorisée, la « *wait and see rule* » s'applique et « on attend à voir ». Si les bénéficiaires potentiels sont investis pendant la durée autorisée, le trust produit ses effets. Dans le cas contraire, le trust prend fin. Le trust n'est nul que lorsqu'il est certain que les bénéficiaires seront investis de leurs droits en dehors de la période de perpétuité.<sup>511</sup>

STEVENS, *loc. cit.*, p. 404-405; P. H. PETTIT, *op. cit.*, p. 217-218, 247-248; G. THOMAS & A. HUDSON, *loc. cit.*, p. 204-252; UNDERHILL AND HAYTON, *op. cit.*, p. 280-285;

<sup>508</sup> Section 1 de la loi anglaise sur les perpétuités et les accumulations de 1964 (*Perpetuities and Accumulations Act*).

<sup>509</sup> Section 3 (4) (b) de la même loi (*Perpetuities and Accumulations Act*) de 1964.

<sup>510</sup> Law Com No. 251, 1998, paragraphe 1.15.

<sup>511</sup> Section 3 (*Perpetuities and Accumulations Act*).

477. L'accumulation du capital et des revenus, leur non distribution dans les trusts de personnes et l'inaliénabilité des biens du trust à but déterminé non-charitable sont limitées dans le temps.

c. Règles d'accumulation et d'inaliénabilité

478. Dans le passé, la période légale d'accumulation était la même que celle de la validité du trust anglo-américain. L'accumulation pouvait s'étaler pendant plus d'un siècle. L'importance des sommes cumulées, grâce à la longue période de validité, a amené le législateur anglais à revoir ces règles, à plusieurs reprises.<sup>512</sup>

479. Des limites temporelles sont énoncées par la loi. Le constituant qui souhaite l'accumulation peut choisir entre la vie du constituant, un délai de 21 ans à compter du décès du constituant testateur, la période de minorité de toute personne vivante ou conçue à la mort du constituant ou la minorité de toute personne qui aurait droit aux revenus du trust. Lorsque le bénéficiaire est un mineur, l'accumulation ne peut pas porter sur les sommes nécessaires à l'entretien et à l'éducation de celui-ci.<sup>513</sup> Un amendement<sup>514</sup> spécifie les limites de la période dans laquelle l'accumulation de revenu provenant d'un trust est aussi valable : (a) une période de 21 ans à compter de la date où la disposition est prise, et (b) la période de minorité ou des minorités de toute personne existante à la date où la disposition est prise.

480. Le constituant confère aux trustees un pouvoir « de trust » ou un pouvoir « simple » pour accumuler les revenus pendant la période légale d'accumulation par capitalisation ; de cette manière, les revenus font partie du capital du fonds fiduciaire pendant toute la durée où le pouvoir est exercé et tant que les revenus ne sont pas distribués aux bénéficiaires. Si les trustees ont un « pouvoir de trust » pour accumuler les revenus, ils sont impérativement capitalisés pendant la période légale ; si les

---

<sup>512</sup> Au travers la « *Thellusson Act* » de 1800, appelée aussi « *l'Accumulation Act* », la « *Law of Property Act* » de 1925 et la « *Perpetuities and Accumulations Act* » de 1964.

<sup>513</sup> Section 31 du « *Trustee Act* » de 1925.

<sup>514</sup> *Amendment of s. 164 of Law of Property Act 1925.*

trustees ont un pouvoir « simple » de distribution des revenus aux bénéficiaires, ils peuvent ne pas l'exercer effectivement.<sup>515</sup>

481. Les règles contre l'inaliénabilité affectent aussi la durée d'un trust à but non-charitable (*non-charitable purpose trust*).<sup>516</sup> Celui-ci sera nul si le capital du trust non-charitable est retenu pour une période supérieure à la période de perpétuité énoncée par le droit de la Common Law.<sup>517</sup> Il ne doit pas stipuler que le revenu sera utilisé pour une période supérieure. La règle de « *wait and see* » ne s'applique pas au principe d'inaliénabilité concernant les trusts à but déterminé non-charitable. Le principe interdisant l'inaliénabilité s'applique au début pour rendre nul un trust qui aurait été créé à son encontre. La règle contre la durée excessive et contre l'inaliénabilité n'est pas applicable aux trusts à but charitable car l'intérêt général veut que les trusts charitables durent indéfiniment.<sup>518</sup>

482. Il convient d'analyser la structure et le fonctionnement des trusts testamentaires de droit civil.

## II. *Trusts testamentaires de droit civil*

483. Jorge Hayzus<sup>519</sup> se demande pourquoi le fidéicomis testamentaire a été introduit dans une société qui ne le réclame pas. Le fidéicomis constitué par testament ne s'est pas développé, en Argentine ou en Bolivie, à cause de la faible proportion des biens disponibles à être affectée par le testateur, sans aller à l'encontre des proportions obligatoires déterminées par la loi au bénéfice des héritiers réservataires.<sup>520</sup> Le constituant d'un fidéicomis ne peut disposer par testament que de la portion des biens à sa libre disposition, à savoir la « quotité disponible ».<sup>521</sup>

484. Le fidéicomis testamentaire du modèle contractuel de droit civil n'est pas un acte unilatéral car il n'y a pas de propriété fiduciaire tant que le fiduciaire ou son

---

<sup>515</sup> Voir la deuxième partie de la thèse consacrée aux techniques fiduciaires discrétionnaires des trusts anglo-américains, *infra* p. 329.

<sup>516</sup> Ce trust n'est pas constitué pour le service des intérêts d'une personne bénéficiaire mais à une fin non-charitable que le trustee devra poursuivre. Il est analysé dans le chapitre consacré au Panama, au point II de la section 2, *infra* p. 294 et suiv.

<sup>517</sup> HANBURY and MARTIN, *loc. cit.*, p. 387. Voir aussi *Re Lipinski's Will Trusts* [1976] Ch 235.

<sup>518</sup> Voir les fidéicomis charitables boliviens *infra* p. 347 et les fonds de dotation de droit français, p. 344.

<sup>519</sup> J. R. HAYZUS, *op. cit.*, p. 81.

<sup>520</sup> Article 1065 du Code Civil bolivien.

remplaçant désigné par le juge n'a pas accepté le fidéicommiss et reçu les biens transférés. La bilatéralité est toujours présente. S'il n'y a pas d'acceptation du fiduciaire, il n'y a pas de fidéicommiss. Claudio Kiper et Silvio Lisoprawski affirment que l'acceptation peut être tacite car, une fois le fidéicommiss accepté par le fiduciaire, le testament est un acte constitutif valide d'un fidéicommiss et par conséquent, il est auto-suffisant.<sup>522</sup>

485. Il n'est pas besoin d'un contrat postérieur entre les organes de la succession et le fiduciaire ou son remplaçant. Mario Carregal affirme que le fiduciaire n'est nommé qu'à la mort du « *de cuius* ». <sup>523</sup> Selon Dolores Loyarte,<sup>524</sup> lorsque le fiduciaire prévu à l'origine n'accepte pas sa fonction, il faut suivre les dispositions énoncées dans la clause fiduciaire du testament pour procéder à son remplacement. A défaut de consignes pour nommer un nouveau fiduciaire, la tâche peut être accomplie par le juge.

486. En cas d'impossibilité de constitution du fidéicommiss à cause de la non-acceptation du fiduciaire et lorsque les droits des bénéficiaires ont été soumis à une condition résolutoire qui se réalise, les biens ne peuvent pas retourner au patrimoine du constituant car celui-ci est décédé. Dans ce cas, s'il n'y a pas un substitut au fiduciaire désigné par le constituant ou des règles pour sa nomination, il faut résilier le fidéicommiss et revenir au jour où l'obligation est née, à savoir à la mort du constituant et soumettre les biens en fidéicommiss aux règles de droit commun des successions. S'il n'y a pas d'héritiers connus, la succession est déclarée vacante.

487. Le fiduciaire reçoit l'héritage ou les biens affectés qui seront gérés dans le but déterminé par le constituant. Une fois expiré le délai ou la condition auquel la propriété fiduciaire est subordonnée, les biens peuvent être transférés aux bénéficiaires, c'est-à-dire, à l'héritier ou au légataire.

---

<sup>521</sup> Le deuxième paragraphe de l'article 1155 du Code Civil bolivien porte sur cette limitation et l'article 3605 du Code Civil argentin sur la quotité disponible.

<sup>522</sup> C. M. KIPER, S. V. LISOPRAWSKI, *op. cit.*, p. 512.

<sup>523</sup> M. A. CARREGAL, *op. cit.*, p. 151.

<sup>524</sup> D. LOYARTE, « Fideicomiso testamentario : Instrumento eficaz para la proteccionde los « concebidos » dentro o fuera del seno materno », *JA*, 1999-III-1065.

488. Les trusts « *mortis causa* » de droit civil doivent respecter certaines formalités (A). Ils doivent composer avec des éléments extérieurs à leur structure : l'interdiction de toute libéralité en France et des substitutions fidéicommissaires en Argentine et en Bolivie (B). Le Panama est une exception.

#### A. Formalités des trusts testamentaires

489. Les fidéicommiss bolivien et argentin peuvent être constitués « *mortis causa* » par testament,<sup>525</sup> suivant les règles et selon une des formes prévues par les codes civils de ces deux pays ;<sup>526</sup> ce n'est pas le cas, pour le moment, de la fiducie française. Par acte révocable de dernière volonté, une personne capable peut déclarer des obligations ou disposer de ses biens et droits en tout ou en partie, dans le cadre de ce qui est permis par la loi, pour que son acte ait des effets après sa mort. La partie dont elle n'a pas disposé est soumise aux règles de la succession légale, c'est-à-dire aux règles de la succession « *ab-intestat* », s'il y a lieu.<sup>527</sup> Les testaments peuvent, en outre, contenir des dispositions à caractère non patrimonial.<sup>528</sup> Le testateur peut disposer de ses biens, soit en qualité d'héritage, soit en qualité de legs.<sup>529</sup>

490. Les lois argentine, bolivienne et française prévoient une réserve au profit des descendants et, en l'absence de descendants, au profit des ascendants afin d'éviter qu'en gratifiant une ou plusieurs personnes n'ayant pas la qualité d'héritiers

---

<sup>525</sup> Article 1411 du Code de Commerce bolivien.

<sup>526</sup> Les trois formes de testament en Argentine sont le testament olographe, le testament par acte public et le testament fermé (articles 3622 du Code Civil argentin). Le premier doit être par écrit, daté et signé (article 3639 du même Code). Le testament olographe doit être un acte séparé d'autres écrits et livres que le testateur a l'habitude d'écrire dans le cadre de ses affaires. Le testament par acte public doit être réalisé devant notaire et trois témoins résidents du lieu de sa constitution (article 3654). Le testateur peut dicter le testament au notaire ou le lui rendre déjà écrit, ou juste lui donner les dispositions qu'il doit contenir pour que le notaire le rédige dans la forme habituelle (Article 3656). Le testament fermé doit être signé par le testateur, le pli qui le contient doit être donné à un notaire en présence de 5 témoins résidents du lieu, en exprimant que le contenu du pli est un testament. Le notaire prend acte sur l'enveloppe et elle est signée par le testateur et tous les témoins, au moins trois (article 3666). En Bolivie, les testaments sont solennels ou spéciaux. Les premiers sont ceux qui remplissent les formalités exigées par la loi et les testaments spéciaux sont ceux pour lesquels il n'y a pas de formalités spécifiques. Il suffit que la volonté du testateur soit expresse dans les cas déterminés par la loi. Les testaments solennels peuvent être ouverts ou fermés (article 1126 du Code Civil bolivien). Les testaments fermés sont rédigés sur du papier commun. Le testateur, après avoir signé et cacheté l'enveloppe, devra personnellement l'amener chez le notaire devant trois témoins voisins du lieu en exprimant de vive voix que le pli contient son testament. Le notaire en prendra acte sur l'enveloppe et la signera avec le testateur et les témoins (article 1127 du même Code). Le testament ouvert se fait par écrit ou oralement devant notaire et des témoins ou seulement devant ces derniers. Le testateur doit manifester expressément qu'il s'agit de ses dernières volontés, en présence des témoins (article 1131). Parmi les testaments spéciaux, le testament olographe est réservé aux militaires, policiers, soldats, personnel civil au service de l'Etat bolivien, missionnaires, explorateurs, chercheurs et scientifiques qui travaillent dans des endroits éloignés. Ces derniers peuvent rédiger leurs testaments sur leurs calepins ou sur une simple feuille de papier. Ils doivent être présentés pendant les 30 jours à partir de leurs retours à un endroit où ils peuvent accomplir les formalités ordinaires de rédaction des testaments ( article 1141).

<sup>527</sup> Article 1112 du Code Civil bolivien.

<sup>528</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil Concordado y anotado*, loc. cit., p. 1427. Voir la note à l'article 1112.

résevataires, le « *de cujus* » ne déshérite sa famille par le biais d'un testament et la laisse dans le besoin. En revanche, la loi du Panama comme le droit de la Common Law ne reconnaissent pas les réserves héréditaires. Le constituant peut disposer par testament de la totalité de ses biens au profit des bénéficiaires de son choix, qu'il soit son enfant héritier ou non, qu'il soit né ou pas encore.

491. Il convient d'analyser le contenu de la clause fiduciaire du testament (a) le respect des réserves héréditaires (b) et les exceptions du droit panaméen des successions (c.).

a. Rédaction de la clause fiduciaire du testament

492. Les mentions obligatoires que doivent contenir, « à minima »<sup>530</sup> les fidéicommiss entre vifs sont applicables à la clause fiduciaire du testament des fidéicommiss testamentaires argentins et boliviens :

- a) L'individualisation des biens, objet de la clause fiduciaire du testament. Lorsqu'une telle individualisation n'est pas possible au moment de la rédaction du testament par le « *de cujus* », il faut que soit consignée une description des caractéristiques des biens qui permette leur détermination au moment du décès.<sup>531</sup>
- b) La détermination du moyen par lequel d'autres biens seront ajoutés au fidéicommiss ; étant donné que le constituant n'est plus en vie, seuls des nouveaux constituants peuvent ajouter des nouveaux biens au fidéicommiss.
- c) Le délai ou la condition auquel le domaine fiduciaire est assujetti : celui-ci ne peut pas durer plus de trente (30) ans à compter de sa constitution, sauf si le bénéficiaire est un incapable en Argentine; dans ce cas, il peut durer jusqu'à sa mort ou jusqu'à la cessation de son incapacité. La durée maximum de 30 ans ne s'applique pas en Bolivie aux fidéicommiss à but charitable.
- d) Le destin des biens à la fin du fidéicommiss car ils ne peuvent plus retourner dans le patrimoine du constituant.

---

<sup>529</sup> Article 1113 du Code Civil bolivien.

<sup>530</sup> Article 3 et 4 de la loi argentine n° 24.441 sur le fidéicommiss.

<sup>531</sup> Voir *infra* p. 194, n° 612.

e) Les droits et obligations du fiduciaire et la procédure de sa substitution, s'il cesse ses fonctions car l'absence du constituant laisse le fiduciaire seul avec les bénéficiaires.

493. Un problème spécifique aux fidéicomis testamentaires est l'impossibilité du retour des biens au constituant, en cas de non acceptation ou de non existence du fiduciaire, car le constituant est décédé. Les droits et obligations du fiduciaire et la procédure pour sa substitution doivent être prévus dans le testament. En cas de silence du document, de non acceptation ou d'inexistence du fiduciaire, un nouveau fiduciaire doit être nommé par le juge, à la demande d'un des bénéficiaires.<sup>532</sup> Le fiduciaire nommé par le juge doit être une entité financière ou une société spécialement autorisée par la « Commission Nationale des Valeurs » de l'Argentine à agir en qualité de fiduciaire. En Bolivie, le fiduciaire remplaçant est un établissement bancaire.

494. Certains principes du droit argentin et bolivien des successions énoncés dans les Codes Civils respectifs doivent être respectés et s'articuler avec le fidéicomis testamentaire. Parmi ces principes, il faut notamment respecter les suivants :

1. Les réserves héréditaires établies par les articles 3591 et suivants et 1059 et suivants.
2. Des incapacités à recevoir par testament énoncées aux articles 3736 à 3740, 3664 et 3686 en Argentine et 1122 à 1124 en Bolivie.
3. La dévolution des réserves héréditaires libres de charges énoncée à l'article 3598 et à l'article 1066.
4. L'interdiction des substitutions fidéicommissaires prévue par les articles 3723 et 3724 en Argentine et par l'article 1170 en Bolivie.
5. L'interdiction des clauses d'inaliénabilité de l'article 3732 et de l'article 1066.
6. Le principe selon lequel les successions s'ouvrent et l'héritage se transmet par la mort du « *de cuius* », disposé à l'article 3282 et à l'article 1000.

495. Par ailleurs, les questions se posent de savoir si le bénéficiaire est successeur du constituant ou du fiduciaire et de déterminer à qui appliquer les incapacités de

---

<sup>532</sup> Selon l'article 10 et 19 de la loi argentine n° 24.441 sur le fidéicomis et l'article 1412 du Code de Commerce bolivien.

donner ou de recevoir par testament. Graciela Medina<sup>533</sup> affirme que « *le bénéficiaire est successeur du constituant testateur et en aucun cas du fiduciaire.* » Milenka Villca Pozo<sup>534</sup> estime au contraire que le fiduciaire est le successeur du constituant-testateur. Néanmoins, ce même auteur explique que la loi bolivienne ne dit rien sur la capacité du fiduciaire à recevoir par testament du constituant-testateur d'autant plus que seules les banques peuvent être fiduciaires en Bolivie et qu'elles n'ont aucun lien de parenté avec le constituant.

496. La capacité du bénéficiaire à recevoir l'héritage provient de sa relation avec le constituant et non de celle qu'il a avec le fiduciaire. Etant donné que le bénéficiaire est un héritier « *mortis causa* » du constituant, après l'ouverture de la succession, il peut transmettre ses droits à ses propres héritiers, sauf accord contraire.<sup>535</sup> Une fois que le fidéicomis arrive à son terme, le fiduciaire a l'obligation de transférer la propriété des biens du fidéicomis aux bénéficiaires ou à leurs héritiers.<sup>536</sup> A ce titre, les bénéficiaires transfèrent leurs droits à leurs propres héritiers, même s'ils décèdent avant le terme établi.<sup>537</sup>

497. Eduardo Zanoni<sup>538</sup> considère que le bénéficiaire n'est pas un successeur du constituant. Il explique que, dans les fidéicomis testamentaires, il existe une stipulation en faveur d'un tiers bénéficiaire et le transfert final des biens en fidéicomis à celui-ci fait partie de la stipulation pour autrui. Le bénéficiaire final n'est pas un successeur du constituant testateur mais un acquéreur du fiduciaire : celui-ci s'est obligé personnellement à transmettre les biens qu'il a reçus en tant que propriétaire fiduciaire.

498. Or, s'il est vrai que le bénéficiaire ne reçoit pas la propriété directement du testateur mais du fiduciaire, le légataire reçoit la chose de l'héritier et il peut être considéré comme un successeur à titre particulier du testateur.<sup>539</sup> En outre, si le bénéficiaire est un simple acquéreur du fiduciaire, on ne peut pas appliquer aux

---

<sup>533</sup> G. MEDINA, *ibid.*, p. 5.

<sup>534</sup> M. VILLCA POZO, « El fideicomiso en Bolivia », in *El fideicomiso en Latinoamérica, Integración jurídico-financiera*, 1<sup>e</sup> éd., Marcial Pons Argentine, 2010, p. 39-40.

<sup>535</sup> Article 2 de la loi argentine n° 24 441 sur les fidéicomis.

<sup>536</sup> Article 26 de la loi argentine sur les fidéicomis no. 24 441. Le fiduciaire donne aux bénéficiaires les instruments de propriété et aide les nouveaux propriétaires à l'enregistrement.

<sup>537</sup> G. MEDINA, *ibid.*, p. 6 à 8.

<sup>538</sup> E. ZANNONI, « Eficacia de los fideicomisos mortis causa », *Revista de Derecho privado y comunitario*, T. 8., p. 205.

<sup>539</sup> G. MEDINA, *idem.* p. 7.

bénéficiaires les règles des incapacités pour recevoir par testament et, de cette façon, on va à l'encontre du régime des incapacités testamentaires.<sup>540</sup>

499. La clause fiduciaire du testament doit respecter les réserves du droit des successions.

*b. Respect des réserves héréditaires dans les pays de droit civil*

500. Le montant de la réserve est une fraction de la valeur de l'ensemble des biens laissés par le défunt au moment de son décès que le testament, avec une clause fiduciaire, doit respecter. Les droits légitimes de succession des enfants sont évalués dans les Codes Civils argentin et bolivien à quatre cinquième du patrimoine du géniteur, soit 80% du patrimoine du « *de cujus* » auquel ont droit les descendants. Les 20% restants constituent la quotité disponible que le testateur peut destiner à des libéralités, par donation ou par legs, directement ou au travers un fidéicomis.

501. Si le défunt n'a pas de descendants mais seulement des ascendants, leurs droits légitimes à hériter équivalent aux deux tiers du patrimoine de l'héritage. La règle des deux tiers est valable pour l'époux en Bolivie ; elle est de 50% en Argentine, s'il n'y a pas de descendants ni des ascendants du conjoint défunt. Ces règles sont d'ordre public.<sup>541</sup>

502. La valeur de ces mêmes biens, lorsqu'elle excède la réserve, constitue la quotité disponible dont le constituant testateur peut disposer à son gré par testament avec une clause fiduciaire. Pour le règlement de sa succession, le testateur constituant d'un fidéicomis a ainsi une liberté limitée par les dispositions légales du droit des

---

<sup>540</sup> Peuvent recevoir par testament tous ceux qui ne sont pas déclarés par la loi incapables d'hériter (article 3733 du Code Civil argentin) ou indignes de succéder (articles 3291 à 3296 du même Code). Les personnes incapables d'hériter et de recevoir des legs sont, par exemple, le notaire ou les témoins qui ont agi en leurs qualités respectives pour le testament (articles 3734 à 3740).

<sup>541</sup> Sixième chapitre "des héritiers légaux" (réservataires), première section « des droits légitimes et de la quotité disponible » articles 1059, 1060 et 1061 du Code Civil bolivien. Voir aussi le 4<sup>ème</sup> livre, « des droits réels et personnels » « dispositions communes », première section « de la transmission des droits par la mort des personnes à qui ces derniers appartenaient », titre X « de la quotité disponible des héritiers réservataires », articles 3591 à 3595 du Code Civil argentin.

successions qui le contraignent à laisser « aux plus proches de ses parents »<sup>542</sup> une part de ses biens de la réserve héréditaire, « libre de charges ».

503. Il peut arriver que le constituant n'ait pas d'héritiers réservataires et qu'il puisse disposer librement de la totalité de sa succession par testament. Dans ce cas, le testateur peut constituer un fidéicommiss sur la totalité de sa succession au bénéfice d'une personne physique qui n'est pas normalement appelée ou une personne morale de droit économique telle qu'une association, une fondation ou toute autre institution d'intérêt général ou à but philanthropique. Le testateur peut aussi attribuer à un de ses héritiers légaux le bénéfice de sa quotité disponible. S'il constitue un fidéicommiss testamentaire en passant outre aux droits des héritiers à réserve, la part des personnes gratifiées au mépris du droit d'un héritier réservataire sera réduite par un jugement.

504. Un héritier réservataire ne peut pas être contraint à recevoir une propriété fiduciaire qui impliquerait de soumettre sa réserve à une condition ou charge. Le testateur ne peut imposer aucune charge ou condition aux réserves héréditaires.<sup>543</sup> La réserve héréditaire n'est pas respectée si l'on retarde dans le temps la jouissance des biens successoraux.<sup>544</sup> Un fidéicommiss qui se constitue au bénéfice d'un héritier réservataire ne peut pas limiter ou conditionner l'accès de ce dernier à l'héritage. Dans le cas contraire, l'acte sera annulé par un juge pour non-respect des règles d'ordre public du droit des successions.<sup>545</sup>

505. En France, la Cour de Cassation a imposé le respect des réserves héréditaires en faveur des bénéficiaires et ayants droits d'un trust révocable « *inter vivos* » américain. Le « *de cuius* » de nationalité américaine était domicilié en France, au moment de son décès. A ce titre, les règles successorales françaises sont appliquées. Dans cet arrêt,<sup>546</sup> en 1953, Madame Zieseniss, veuve, constitue un trust révocable de droit Nord-américain dont elle était l'unique bénéficiaire pendant sa vie. Ses deux

---

<sup>542</sup> Historiquement, le mot « héritier » est réservé aux personnes visées par l'article 731 du Code civil français, en raison de ce que leur droit est fondé sur l'appartenance familiale. Pour les désigner, on utilisait jadis l'expression « héritiers du sang », qui les distinguait des personnes étrangères à la famille qui tenaient leur droit d'un legs.

<sup>543</sup> Article 3 598 du Code Civil argentin. S'il le fait, en droit argentin elles sont réputées non écrites. De la même manière, le Code Civil français dispose à son article 912 que la réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution « libre de charges » à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent.

<sup>544</sup> G. MEDINA, *op. cit.*, p. 9.

<sup>545</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 738.

fil, Christian et Charles Zieseniss, ainsi que leur descendance devenaient bénéficiaires après sa mort. Après le décès de son fils Christian en 1962, la constituante, Madame Zieseniss, usant de son pouvoir de révocation, exclut de la catégorie des bénéficiaires ses deux petites-filles, filles de Christian. Puis, elle accorde des donations d'œuvres d'art à son fils Charles, l'année de la mort de son frère et en 1964. Par testament du 9 octobre 1963, elle désigne Charles légataire de la quotité disponible.

506. Au moment du décès de sa mère, Charles qui a reçu des œuvres d'art par donation entre vifs, est bénéficiaire du trust révocable « *inter vivos* » constitué en 1953, avec des valeurs mobilières ayant appartenu à sa mère et il est légataire en plus de la quotité disponible. Il a de ce fait reçu plus des deux tiers de la fortune de sa mère, plus que la somme de sa réserve d'un tiers et de la quotité disponible. Or, le droit français des successions prévoit une réserve héréditaire en présence de deux enfants d'un tiers pour chacun d'entre eux, la quotité disponible s'élevant au tiers restant. Il était en conséquence équitable de procéder à une réduction.

507. L'article 923 du Code Civil français<sup>547</sup> dispose qu'il n'y a lieu à réduire les donations entre vifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires (legs) ; lorsqu'il y a lieu à cette réduction, elle commence par la dernière donation, en remontant des dernières aux plus anciennes. Jean Paul Béraudo<sup>548</sup> pose la question de la place du trust anglo-américain étant donné que le Code Civil ne connaît que les legs et les donations. Le Tribunal de Paris en 1990, puis la Cour d'Appel de Paris le 28 septembre 1993 analysent le trust anglo-américain dans le cadre de cette qualification binaire et le qualifient de legs, alors qu'il s'agit d'un trust entre vifs, constitué pendant que Mme Zieseniss est en vie et qu'elle se réserve le droit de révocation pendant sa vie.

508. Pour cette raison, la cour de Cassation annule l'arrêt de la Cour d'appel. Elle considère que le trust a réalisé une donation indirecte par l'intermédiaire du trustee. Or, selon la Cour, le trust a pris effet au moment du décès de la donatrice et non à la

---

<sup>546</sup> Aff. Zieseniss, n° 423 P, JCP ed. G n° 22, 22647.

<sup>547</sup> Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 et 11 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>548</sup> J. P. BERAUDO, « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française », *loc. cit.*, p. 142-144.

date de constitution par la réunion de tous ses éléments. Le trust est qualifié de donation indirecte car c'est le trustee qui a remis les biens reçus au titre de la donation. Sa réduction intervient après celle du legs et avant les donations de 1962 et 1964.

509. Pour éviter des problèmes de reconnaissance des dispositions « *mortis causa* » effectués dans des pays qui n'ont pas de portions obligatoires, la République de Panama a opté pour une législation d'exception, sans réserves héréditaires.

c. Exception panaméenne

510. Les fondations d'intérêt privé et les fidécumms panaméens servent à planifier des successions internationales.<sup>549</sup> Contrairement aux autres législations de droit civil étudiées, le Panama, lors de l'adoption de son Code Civil en 1916, introduit le principe propre au droit anglo-américain selon lequel il n'existe pas d'héritiers réservataires : le défunt est libre de disposer de ses biens par testament.

511. Selon Ivan Pierre Julia Alonso,<sup>550</sup> en matière de successions internationales, « *le droit panaméen adopte une approche territoriale et dualiste conduisant à une scission du patrimoine du défunt entre plusieurs masses successorales distinctes : d'une part, celle soumise au droit panaméen, et d'autre part, celle soumise aux droits étrangers.* » Le principe du droit panaméen est que les biens situés au Panama sont soumis au droit panaméen (*lex rei sitae*), quelque soit leur nature et quelque soit la nationalité ou le dernier domicile du défunt. Le droit panaméen n'établit pas de distinction entre biens meubles et immeubles en matière successorale.<sup>551</sup>

512. Les successions de droit étranger ont des effets au Panama sauf si elles sont en conflit avec des droits reconnus par la loi panaméenne. Le règlement d'une succession « *ab intestat* » ou testamentaire réalisée à l'étranger par un notaire n'a qu'une valeur de preuve dans le procès que doivent introduire les héritiers devant le

---

<sup>549</sup> Voir le chapitre 2 du deuxième titre de cette première partie dédié à l'étude des fondations d'intérêt privé et des fidécumms panaméens, *infra* p. 259.

<sup>550</sup> I. P. JULIA ALONSO, « Les successions internationales et le droit panaméen », *L'observatoire du droit panaméen*. Document mis à jour le 1er mai 2009, p. 1.

<sup>551</sup> Articles 6 et 631 du Code Civil de Panama.

juge civil panaméen afin d'obtenir l'attribution de biens situés au Panama. Le règlement des successions « *ab intestat* » et l'exécution des testaments sont dénoués au Panama par un procès civil. Comme en droit des successions bolivien, ce sont les juges et non pas les notaires qui octroient les biens aux héritiers par une décision de justice.<sup>552</sup> Pour que l'exequatur soit reconnu à une succession étrangère, il faut qu'elle ait été réglée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée.<sup>553</sup>

513. Etant donné que l'objet même des fondations d'intérêt privé est la planification des successions internationales, il n'y a pas d'ouverture de succession au Panama.<sup>554</sup> Les successions et les donations « *inter-vivos* » ne sont pas taxées. La loi régissant les fondations d'intérêt privé<sup>555</sup> prévoit que l'existence de dispositions légales en matière successorale dans le domicile du fondateur ou dans celui des bénéficiaires n'est pas opposable à la fondation. Les dispositions de droit étranger ne portent pas atteinte et n'empêchent pas la réalisation des objectifs de la fondation prévus dans l'acte constitutif et dans ses règlements. L'ordre de succession « *ab intestat* » de droit panaméen privilégie les enfants qui partagent le patrimoine en parties égales et les petits-enfants qui héritent par représentation. Le conjoint survivant hérite lui aussi d'une part. Le « *de cuius* » n'est obligé d'assurer que les obligations alimentaires envers les enfants mineurs ou ceux qui poursuivent des études. Il n'y a pas de réduction des donations en droit panaméen.<sup>556</sup>

514. La loi panaméenne n'a pas les restrictions des autres législations de droit civil.

### ***B. Interdictions dans les trusts de droit civil à cause de mort***

515. Deux interdictions, dans le modèle contractuel des trusts testamentaires de droit civil, n'ont pas de sens aujourd'hui : l'interdiction de toute libéralité par fiducie

---

<sup>552</sup> Une exception a été posée récemment par le Code bancaire adoptée en 2008. L'article 219 de ce Code réaffirme le principe selon lequel les comptes bancaires auprès des banques sous licence nationale ou internationale au Panama sont soumis au droit panaméen quelle que soit la nationalité des déposants et leur résidence. L'article autorise le titulaire à désigner auprès de la banque quels seront les bénéficiaires en cas de décès, ce qui permet à la banque de remettre les fonds aux bénéficiaires désignés sans qu'ils aient à s'adresser aux tribunaux locaux.

<sup>553</sup> La requête se fera devant la Quatrième Chambre des Affaires Générales de la Cour Suprême de Panama qui examinera l'existence d'un traité international applicable.

<sup>554</sup> I. P. JULIA ALONSO, *ibid.*, p. 2.

<sup>555</sup> Article 14 de loi n° 25 sur les fondations d'intérêt privé du 12 de juin 1995.

et l'interdiction symbolique des substitutions par fidéicommiss. En France, une fiducie ne peut, à peine de nullité, ni être constituée par testament, ni être réalisée dans une intention libérale.

516. Cette prohibition met en cause l'essence même du trust car le but de toute opération fiduciaire est la transmission à terme et à titre gratuit des biens du constituant aux bénéficiaires. Ce but devrait être le même pour le trust de droit civil français. La méfiance du législateur à l'égard de la fiducie libéralité et testamentaire est infondée ; il est simple de contrôler la fraude au regard du droit des successions et des libéralités et d'éviter la dissimulation et l'évasion fiscale grâce au Registre national des fiducies.<sup>557</sup> D'autres mécanismes de libéralités graduelles et résiduelles, octroyées par contrat et similaires à une fiducie sont valides en droit français.

517. L'interdiction des substitutions fidéicommissaires présente un intérêt purement académique aujourd'hui car la figure du fidéicommiss contemporain par testament sert à garantir que l'héritier institué ou le légataire profite pleinement des biens qu'il reçoit du testateur.<sup>558</sup> Néanmoins, elle est encore expresse dans les Codes civils bolivien et argentin.

518. Les libéralités par fiducie (a.) et les substitutions par fidéicommiss (b) sont interdites, l'exception est, une fois de plus, le droit panaméen (c.).

a. Interdiction de toute libéralité par fiducie

519. La fiducie est établie par la loi ou par contrat.<sup>559</sup> Elle ne peut donc pas être établie par testament. Outre cela, le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. La nullité est d'ordre public.<sup>560</sup> Paradoxalement, le droit français accepte un acte juridique réalisé dans une disposition testamentaire ou entre vifs dans laquelle une personne transfère au profit

<sup>556</sup> Selon les articles 778 du Code Civil et 388 du Code de la Famille panaméen.

<sup>557</sup> Voir la proposition en conclusion de cette thèse de rédaction des articles 2013 et 2020 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 584 et suiv.

<sup>558</sup> M. A. CARREGAL, *op. cit.*, p. 152.

<sup>559</sup> Article 2012 du Code Civil français Modifié par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 1.

<sup>560</sup> Article 2013 du Code Civil Français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

d'une autre, dit le légataire, des droits et/ou des biens dépendants de son patrimoine en pleine propriété, en nue-propriété ou en usufruit.

520. En outre, la libéralité peut être accordée avec charge ; elle consiste en l'obligation d'exécuter une prestation que le bénéficiaire s'engage à accomplir en acceptant la libéralité. Par exemple, un père veuf lègue l'usufruit d'un bien immobilier à un membre de sa famille ou à un de ses amis, à charge d'accepter d'être le tuteur de son enfant mineur et de s'engager à en assurer l'éducation et l'entretien.

521. Cette situation est proche d'une libéralité au travers d'une fiducie si le législateur supprime l'interdiction des fiducies-libéralités. Le père veuf constituant, qui n'a pas confiance en un membre de sa famille ou un ami pour léguer l'usufruit de son bien immobilier, devrait pouvoir transférer la propriété fiduciaire de son bien, dans une fiducie-gestion, à son avocat ou à son gestionnaire de patrimoine, à charge pour celui-ci de chercher un tuteur à son enfant mineur et d'assurer la gestion du bien pour financer l'éducation et l'entretien de l'enfant.

522. Dans une « fiducie-transmission », le fiduciaire est tenu de remettre le patrimoine à un bénéficiaire désigné, dans un certain délai. Pour que le contrat de fiducie soit valable, le bénéficiaire de la fiducie, lorsqu'il n'est pas le constituant lui-même, doit justifier d'une contrepartie équivalente à la valeur des biens qui lui sont transmis par le fiduciaire au terme du contrat. La contrepartie peut être de toute nature. Il peut s'agir du versement d'une somme d'argent ou simplement d'une prestation de services, à condition que celle-ci ne soit pas considérée comme déséquilibrée au regard de l'avantage procuré par le contrat de fiducie au bénéficiaire. Si l'intention libérale au profit du bénéficiaire est manifeste, malgré son interdiction, les actifs transférés sont soumis aux droits de donation selon le tarif applicable entre personnes non parentes, autrement dit, au taux de 60 %.

523. Selon le député Xavier de Roux, afin au pallier le manque évident de la fiducie testamentaire en droit français, « *le législateur a prévu de nombreuses techniques pour retrouver certains avantages de la fiducie constituée par testament* ». Pourtant, il aurait pu simplement ne pas interdire les fiducies-libéralités.<sup>561</sup> Le rapport de la

---

<sup>561</sup> Voir le dernier chapitre de la deuxième partie de cette thèse sur un projet de fiducie testamentaire en France, *infra* p. 554.

Commission cite à cet égard des mécanismes proches de la fiducie, tels que les donations partages, les donations ou legs de résidence, l'usufruit successif, les donations sans condition suspensive, les rentes viagères et les libéralités graduelles et résiduelles.<sup>562</sup> Tout récemment, les fonds de dotation<sup>563</sup> permettent aussi de retrouver certains avantages de la fiducie-libéralité constituée par contrat ou par testament à des fins philanthropiques.

524. L'interdiction de la fiducie-libéralité n'est donc pas justifiée. L'interdiction des substitutions par fidéicommiss testamentaire est aujourd'hui symbolique et un exemple d'une interdiction inutile.

*b. Interdiction des substitutions fidéicommissaires*

525. Les Codes Civils argentin et bolivien interdisent encore expressément la substitution d'héritiers par fidéicommiss. Il s'agit d'une disposition symbolique car, de toute façon, le fidéicommiss testamentaire est nul s'il ne respecte pas les réserves héréditaires. Pour des raisons historiques, les substitutions fidéicommissaires sont assimilées au non-respect de l'ordre successoral ou à l'institution par fidéicommiss d'un héritier pour son héritier. La loi bolivienne énonce de façon redondante et inutile que « sont nulles les institutions fidéicommissaires quelle que soit leur forme. Les héritiers réservataires sont appelés à la succession même s'il y a une clause fidéicommissaire ».<sup>564</sup> Le Code Civil argentin<sup>565</sup> prévoit que « n'ont aucune valeur les dispositions du testateur qui appellent un tiers pour tout ou une partie de ce qui reste de l'héritage, au décès de l'héritier institué, et celles qui déclarent non cessibles tout ou une partie de l'héritage ».

526. Les lois et la doctrine boliviennes et argentines réitèrent abondamment cette interdiction, alors que le respect des réserves héréditaires est d'ordre public : « le droit de nommer un héritier ne donne pas le droit de nommer un successeur à celui-ci. Il est interdit de prévoir dans le testament un héritier en continuation d'un autre ». « Est interdit l'héritage par fidéicommiss qui prévoit qu'un héritier, après avoir hérité

---

<sup>562</sup> Rapport n° 3655 de M. Xavier de ROUX, *loc. cit.*

<sup>563</sup> Créés par la Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (JO du 5 août 2008), aux articles 140 et 141.

<sup>564</sup> Article 1170 du Code Civil bolivien.

<sup>565</sup> Aux articles 3723 et 3732.

et profité de l'héritage, ait à sa mort un nouvel héritier par substitution successive ; même s'il y a une clause dans ce sens dans l'acte de fidéicommiss, les héritiers réservataires recueillent les biens affectés par la clause. »<sup>566</sup> Il faudrait supprimer aussi, en Bolivie, les dispositions désuètes du Code Civil par lesquelles le testateur peut désigner un substitut pour l'incapable et les biens qu'il lui laisse par testament, au cas où l'incapable décède sans hériter.<sup>567</sup>

527. Il n'y a pas de confusion possible entre le fidéicommiss (ou la fiducie) testamentaire contemporain et les substitutions fidéicommissaires du droit romain ou de l'ancien droit français, dans lesquelles le bénéficiaire incapable recevait les biens du fidéicommiss testamentaire à la mort du fiduciaire, institué héritier à sa place. Les fidéicommiss contemporains constitués par testament ne transfèrent pas la propriété des biens du fidéicommiss à la mort du fiduciaire, mais à l'arrivée du terme ou à l'accomplissement d'une condition. Si le fiduciaire décède pendant la durée de ses fonctions, il faut simplement nommer un nouveau.<sup>568</sup> En droit des trusts, « un trust ne disparaît pas faute de trustee. »<sup>569</sup>

528. La clause fiduciaire du testament nomme le fiduciaire pour que, à la mort du « *de cuius* », il reçoive les biens de l'héritage destinés à l'accomplissement d'un but prévu. Le but consiste à transférer au bénéficiaire désigné, héritier ou légataire, les biens mis en fidéicommiss, à l'arrivée du terme ou de la condition.

529. Les substitutions légales dites ordinaires ou « vulgaires » ne posent pas de problème car substituer c'est nommer un ou plusieurs héritiers pour qu'ils reçoivent l'héritage en remplacement du substitué.<sup>570</sup> Les règles sur la substitution d'héritiers sont applicables aux légataires.<sup>571</sup> Elles sont tombées en désuétude et leur usage est rare. Il n'est pas fréquent que le substitué décède avant le testateur, ou renonce, ou ne puisse pas accepter l'héritage. S'il n'accomplit pas les conditions requises, les règles du droit commun des successions sont appliquées systématiquement.<sup>572</sup>

---

<sup>566</sup> Article 1170 du Code Civil bolivien.

<sup>567</sup> L'article 1169 du Code Civil bolivien.

<sup>568</sup> J. R. HAYZUS, *op. cit.*, p. 57.

<sup>569</sup> Voir une décision de la jurisprudence anglaise Cf. Re France, 1939, Ch. 700.

<sup>570</sup> Article 1168 du Code Civil bolivien, au quatrième livre « des successions pour cause de mort », troisième titre « des successions testamentaires » septième chapitre « de la substitution d'héritier ».

<sup>571</sup> Article 3731 du Code Civil argentin.

<sup>572</sup> Article 3724 du Code Civil argentin.

530. Etant donné qu'au Panama les réserves héréditaires n'existent pas, la question des substitutions fidéicommissaires ne se pose pas.

*c. Exceptions du droit panaméen*

531. Au Panama, la logique est différente. La loi sur les fidéicommiss est plus adaptée au droit contemporain des trusts. L'instrument de constitution doit contenir la désignation des bénéficiaires substitués, s'il y en a.<sup>573</sup> Le constituant nomme des substitués aux bénéficiaires, qu'ils soient successifs ou non.<sup>574</sup> Les substitutions se réalisent ainsi dans le cadre des trusts révocables et discrétionnaires dans lesquels le constituant prévoit des catégories de bénéficiaires potentiels. Il n'est donc pas interdit de substituer successivement des bénéficiaires d'un fidéicommiss ou d'une fondation d'intérêt privé, sans limite de temps. La désignation d'un ou plusieurs bénéficiaires non-existants ou d'une catégorie de bénéficiaires déterminables produit des effets lorsqu'un ou plusieurs d'entre eux arrive à exister ou à être déterminé et nommé pendant la durée de vie du fidéicommiss.<sup>575</sup>

532. De la même manière, dans les fondations d'intérêt privé, le fondateur peut stipuler toutes les substitutions successives des bénéficiaires qui lui semblent pertinentes, sans limite de temps.<sup>576</sup> C'est « l'organe de fiscalisation », à savoir une sorte de Conseil de surveillance, qui est habilité par l'acte de constitution et les règlements à exclure des bénéficiaires de la fondation privée et à pouvoir en ajouter des nouveaux. De cette manière, les trusts testamentaires de droit civil panaméens<sup>577</sup> obtiennent un résultat comparable à celui des trusts testamentaires anglo-américains dans la transmission intergénérationnelle de patrimoine par succession.

533. Pour avoir des effets après la mort du constituant, le fidéicommiss peut être constitué par testament.<sup>578</sup> Il peut néanmoins être constitué par instrument privé (sous seing privé), sans respecter les formalités du testament, lorsque le fiduciaire est une

---

<sup>573</sup> Article 9 alinéa 2 de la loi n° 1-1984.

<sup>574</sup> Article 16 de la loi n° 1-1984 sur le fidéicommiss.

<sup>575</sup> Article 18 de la loi n° 1-1984.

<sup>576</sup> Article 24 alinéa 9 de la loi n° 25 du 12 juin 1995 sur les fondations d'intérêt privé panaméennes.

<sup>577</sup> Voir le chapitre 2 du deuxième titre de cette première partie sur le fonctionnement des fondations d'intérêt privé et des fidéicommiss panaméens, *infra* p. 259.

<sup>578</sup> Article 10 de la loi n° 1-1984 du 5 janvier 1984 sur le fidéicommiss panaméen.

personne autorisée à exercer la gestion de fidéicommiss à titre professionnel dans ce pays. De même, les fondations privées sont constituées pour produire des effets à partir du moment de leur création ou à la mort de leur fondateur-constituant.<sup>579</sup> Si la fondation privée est créée, par document public ou privé, pour produire effet après la mort de son fondateur, il n'est pas nécessaire d'accomplir les formalités prévues pour les testaments.

**534. Conclusion du deuxième chapitre.** En raison du régime des réserves héréditaires et de la faible quotité disponible, les trusts testamentaires de droit civil ont peu d'utilité pratique. Les trusts testamentaires du modèle anglo-américain trouvent par contre toute leur logique dans un système où la liberté de disposer après la mort est absolue. Il a suffi de supprimer les réserves héréditaires, comme au Panama, pour que les trusts de droit civil « *mortis causa* » puissent atteindre un résultat équivalent à celui des trusts testamentaires du modèle anglo-américain.

**535.** La Convention de la Haye sur les Trust du 1 juillet 1985 prévoit que « *la relation juridique doit pouvoir être créée par acte entre vifs ou à cause de mort.* » L'objectif des trusts entre vifs et testamentaires est de transmettre la propriété à titre gratuit à terme aux bénéficiaires. Mais, la fiducie française n'accepte ni leur constitution par testament ni la transmission à titre gratuit de la propriété aux bénéficiaires. Les trusts testamentaires de droit civil respectent les parts des héritiers réservataires. La Cour de Cassation en France reconnaît la validité d'un trust anglo-américain et assure le respect du principe des réserves du droit des successions français parmi les bénéficiaires et ayant droits de ce trust.

**536.** Comme pour un trust testamentaire du modèle anglo-américain, le constituant d'un trust testamentaire de droit civil institue dans son testament un ou plusieurs héritiers et/ou légataires bénéficiaires des biens de sa succession sans dépasser la quotité disponible. Les incapacités à recevoir par testament s'appliquent aux bénéficiaires. Il nomme un fiduciaire qui sera obligé, s'il l'accepte, de gérer les biens au profit des bénéficiaires et selon les termes stipulés dans le testament.

---

<sup>579</sup> Article 4 de la loi n° 25 du 12 juin 1995 sur les fondations d'intérêt privé panaméennes.

*CONCLUSION TITRE I*

537. Nous avons déterminé les structures des deux modèles des trusts, c'est-à-dire la composante obligationnelle qui lie le trustee aux bénéficiaires du modèle anglo-américain des trusts de propriété et la structure contractuelle entre le constituant et le fiduciaire à laquelle s'ajoutent les bénéficiaires par stipulation pour autrui dans les trusts de droit civil. Les structures des deux modèles sont différentes : les uns, les trusts de modèle anglo-américain, créés par acte unilatéral, dédoublent la propriété entre le trustee et les bénéficiaires. Les autres, les trusts du modèle contractuel de droit civil, créés par contrat, ne dédoublent pas la propriété et transfèrent au fiduciaire une propriété fiduciaire différente de la propriété ordinaire. Les bénéficiaires n'ont pas de droits réels mais des droits personnels sur les biens du fidéicommiss ou de la fiducie.

538. Les trusts testamentaires du modèle anglo-américain ont comme objectif, depuis leur origine, d'être un outil de transmission intergénérationnelle du patrimoine. Ils ne connaissent pas les contraintes des réserves héréditaires ou les substitutions fidéicommissaires. Ce n'est pas le cas des trusts du modèle contractuel de droit civil. Ils se limitent à la transmission à une seule génération de bénéficiaires de la seule quotité disponible du testateur, en raison de réserves héréditaires élevées. L'interdiction traditionnelle et symbolique des substitutions par fidéicommiss est encore présente dans les législations contemporaines de droit civil. Les réserves héréditaires sont un élément extérieur à la structure et au fonctionnement des trusts testamentaires de droit civil. Les résultats obtenus par les fidéicommiss testamentaires panaméens sont identiques à ceux obtenus par les trusts testamentaires anglo-américains, car les trusts testamentaires des deux modèles fonctionnent de manière similaire (constitution par testament et gestion des biens par un fiduciaire au bénéfice des héritiers ou légataires).

539. Les deux modèles de trusts entre vifs et testamentaires, anglo-américains et de droit civil, sont structurellement différents. Nous allons analyser et comparer les régimes juridiques des deux modèles et démontrer que, malgré leurs différences de structure, ils fonctionnent de manière comparable.

## TITRE II. FONCTIONNEMENT DES TRUSTS EXPRES

540. Le cadre et les conditions dans lesquels les « trusts exprès » des deux modèles se mettent en place et fonctionnent, sont définis au moment de leur constitution. Le patrimoine du trust est géré par la suite, dans les deux modèles de trusts, comme un « fonds fiduciaire » (*trust fund*), séparé des biens personnels du fiduciaire.<sup>580</sup> Les opérations fiduciaires fonctionnent de manière identique grâce à deux éléments que les deux modèles de trust ont en commun : un transfert de biens ayant une finalité déterminée et la création du patrimoine fiduciaire.

541. Dans les deux modèles de trust, le constituant transfère la propriété des biens au fiduciaire.<sup>581</sup> Les éléments de l'actif et du passif transférés dans le cadre de l'opération fiduciaire forment le fonds fiduciaire (*trust fund*), qui, en droit civil, est un patrimoine d'affectation.<sup>582</sup> Le fonds fiduciaire est composé de biens meubles, immeubles et de droits. Les biens, objet du trust, sont séparés et ne font pas partie de la garantie générale à l'égard des créanciers du fiduciaire. Ils garantissent seulement les obligations qui découlent du trust.

542. Le fonctionnement des trusts des deux modèles est semblable seulement entre « trusts exprès » créés par la volonté explicite du constituant car la caractéristique des trusts « non-exprès » anglo-américains est précisément l'absence de volonté du constituant. En effet, contrairement aux trusts de droit civil, les trusts du modèle anglo-américain sont créés par la volonté expresse du constituant (trusts exprès) mais l'intention de celui-ci peut être aussi implicite ou présumée (trusts non-exprès).

543. Les trusts du modèle contractuel de droit civil sont exclusivement des « trusts exprès »<sup>583</sup> : l'intention, la volonté et le consentement de créer une fiducie ou un fidéicommiss sont expressément consignés. Les fidéicommiss ou fiducies implicites ou présumés ne sont pas reconnus par la loi et par conséquent n'existent pas. Ils étaient

---

<sup>580</sup> Article 1410 du Code de commerce bolivien ; article 14 de de la loi argentine n° 24.441 ; article 2025 du Code Civil français; article 15 de la loi n° 1 au Panama.

<sup>581</sup> A l'article 2011 du Code Civil , créé par loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>582</sup> Article 12 de la loi 2007-211 du 19 février 2007.

<sup>583</sup> J. A. TEJADA MORA, « Adaptation du trust et des fondations d'intérêt privé du Panama au service de l'Amérique Latine », *présentation au VII Congrès Latino-américain du Fidéicommiss à Cancun (Mexique) en octobre 1997.*

acceptés jadis au Panama, avant la promulgation en 1984 de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicomis.<sup>584</sup>

544. Lorsque les trusts du modèle anglo-américain sont créés de façon expresse, aucune formalité substantielle n'est nécessaire ; le transfert des biens est prouvé librement aussi bien par des témoignages oraux que par des écrits.<sup>585</sup> La Cour est satisfaite dès lors qu'une déclaration irrévocable du trust est exprimée.<sup>586</sup> Les trusts du modèle anglo-américain de propriété respectent des règles jurisprudentielles de validité sur les « certitudes ». L'intention de créer un trust, le caractère déterminable des biens et des bénéficiaires doivent être « certains » et sont soumis au contrôle du juge en cas de doute. Il n'y a pas de registre de trusts exprès privés du modèle anglo-américain de propriété, sauf pour les trusts exprès publics ou charitables.<sup>587</sup>

545. Le droit civil écrit énumère dans la loi les formalités à accomplir pour qu'un trust du modèle contractuel soit valide. Les tribunaux de droit civil considèrent que toute fiducie ou fidéicomis est par principe valide, effectif et légalement constitué lorsque les éléments formels et les mentions obligatoires décrits dans la loi ont été respectés au moment de sa constitution.<sup>588</sup> La propriété fiduciaire est enregistrée selon la nature des biens. En France, il est aussi nécessaire d'enregistrer le contrat de fiducie et ses avenants au Registre national des fiducies. Au Panama, les fondations d'intérêt privé sont aussi soumises à registre. L'enregistrement leur donne la personnalité morale.

546. Les spécificités du fonctionnement des trusts de la République de Panama proviennent de sa qualité de « centre financier et corporatif *off-shore* »<sup>589</sup> ou « paradis fiscal », caractérisé par son niveau nul d'imposition. En tant que centre « *offshore* », le Panama offre des services de gestion du patrimoine, des successions, de planification fiscale, de protection d'actifs et garantit le secret bancaire absolu. Les secrets fiduciaires et bancaires sont spécifiques au fonctionnement des trusts des

---

<sup>584</sup> Loi du 5 janvier 1984 ( *Gaceta Oficial N°19.971 du 10 janvier 1984* ).

<sup>585</sup> Justice Neville dans *Re Cozens*, 1913, 2 Ch. 478.

<sup>586</sup> *Paul v. Constance*, 1977, 1, All E.R. 195.

<sup>587</sup> D. J. HAYTON, *loc. cit.*, p. 16. Ce registre sert principalement à des fins fiscales pour délivrer les crédits d'impôts. Le nombre total de trusts de charité enregistrés au premier trimestre 2010 est de 180.714. Source : Charity Commission Website <http://www.charity-commission.gov.uk>.

<sup>588</sup> RAMSES OWENS, MOSSACK FONSECA & Co. /Mossfon Trust Corporation, "Panama", in *Trust & Trustees*, 2007, Vol. 13, N° 8, Oxford University Press, London, p. 481.

<sup>589</sup> R. OWENS, « Breves anotaciones sobre la gestion fiduciaria mercantil... » *article précité*.

paradis fiscaux. Selon Juan A. Tejada Mora, « *la meilleure protection dont bénéficie le trust panaméen est sa rigoureuse confidentialité.* »<sup>590</sup>

547. Les règles de registre, au Panama, sont particulières : à l'exception des immeubles localisés sur le territoire panaméen, il n'existe pas de registre public des biens immeubles étrangers consignés dans les actes de fidéicommiss.<sup>591</sup> Le notaire qui authentifie les signatures, ne conserve aucune copie du document de constitution du fidéicommiss et ne tient aucun registre des parties dont les signatures ont été authentifiées.<sup>592</sup>

548. Le Panama est l'unique pays d'Amérique Latine qui compte une législation sur les fondations d'intérêt privé pour accompagner le fidéicommiss. Les fondations, privées ou familiales, ont été créées, dans des juridictions mixtes telles que Jersey ou le Lichtenstein, comme moyen alternatif aux trusts du modèle anglo-américain de propriété en cherchant à produire les mêmes effets pour la protection et la transmission d'actifs. Les fondations d'intérêt privé panaméennes sont des trusts appartenant au modèle contractuel de droit civil. La transmission intergénérationnelle et la protection de patrimoine obtenues avec des trusts panaméens donnent un résultat équivalent à celui des trusts du modèle anglo-américain de propriété.

549. Les normes de droit international privé panaméen, confirmées par la jurisprudence de ce pays, sont fondées sur la doctrine de « l'autonomie de la volonté » et sur le « régime de la libre disposition des biens ». Elles ne reconnaissent pas les lois du domicile du constituant étranger d'un trust au Panama, lorsque celles-ci feraient échouer le but pour lequel le trust panaméen a été constitué. La loi prévoit une période courte de prescription de 3 ans pour demander la nullité des transferts en trust, le transfert de celui-ci vers d'autres juridictions et des règles d'élection de la loi applicable au trust.

550. Il convient d'étudier, dans un premier temps, le régime juridique des trusts du modèle anglo-américain comparé à celui des trusts de droit civil et d'analyser ensuite

---

<sup>590</sup> J. A. TEJADA MORA, *ibid.*, p. 8.

<sup>591</sup> R. OWENS, *ibid.*, p.6

<sup>592</sup> J. A. TEJADA MORA, *idem.*, p. 8.

les spécificités du régime des fidéicomis et des fondations d'intérêt privé au Panama.

CHAPITRE 1. Régime juridique général des trusts anglo-américains et de droit civil

CHAPITRE 2. Spécificités des trusts de droit civil au Panama

## CHAPITRE I. Régime juridique général des trusts anglo-américains et de droit civil

551. La constitution d'un trust exprès privé du modèle anglo-américain implique que des biens ou des droits soient transférés par le constituant à une personne qui devient le trustee. Une fois ce transfert réalisé, le trust proprement dit peut être constitué. Le constituant d'un trust anglo-américain doit accomplir les formalités nécessaires à la création d'un trust valide. Il doit par exemple rédiger un document écrit (*trust deed*) lorsqu'il s'agit de transférer des terrains qui n'ont pas encore été enregistrés, ou un formulaire de transfert pour les terrains enregistrés, ou lorsqu'il veut disposer d'un intérêt équitable ; mais surtout, l'intention du constituant de créer un trust du modèle anglo-américain de propriété doit être certaine, par rapport à toute autre relation juridique ou obligation morale.

552. Sa validité dépend par la suite de l'accomplissement de trois principes (*certainties*) : la certitude de créer un trust et non pas une institution voisine, la certitude relative aux biens mis en trust (en droit anglais « le sujet du trust ») et la certitude concernant les bénéficiaires (l'objet du trust).<sup>593</sup> Le trust doit être opératoire, susceptible d'être contrôlé par un juge et conforme aux règles sur les perpétuités concernant la durée des trusts.<sup>594</sup> Les Cours de Common Law décident si un trust est valable en fonction de ces trois règles de « certitude ».<sup>595</sup>

553. Dans les systèmes de droit civil continental, les conditions de validité du fidéicomis ou de la fiducie sont décrites dans la loi ; des mentions obligatoires sont prévues et doivent être insérées dans le contrat ou le testament. La volonté de créer un trust de droit civil doit être expresse et consignée dans un contrat écrit ou dans la clause fiduciaire d'un testament. Parmi les mentions obligatoires, le modèle contractuel des trusts de droit civil exige que l'identité des parties soit consignée. Les bénéficiaires de la stipulation pour autrui doivent aussi être déterminés ou au moins déterminables.

---

<sup>593</sup> Knight v. Knight, 1840, 3 Beav. 148.

<sup>594</sup> Voir *supra* p. 151.

<sup>595</sup> D. WATERS, *loc. cit.*, p.8.

554. Les trusts de droit civil sont constitués avec des biens de toute nature, présents ou futurs. Le constituant ou un tiers peut transférer de nouveaux biens à la fiducie ou au fidéicommiss, après sa création, avec l'acceptation du fiduciaire. Le transfert des droits de propriété du constituant au fiduciaire est une condition *sine qua non* des trusts anglo-américains et des trusts de droit civil. Selon Maurizio Lupoi,<sup>596</sup> dans le cas où il s'agit d'un type de propriété sujet à registre, le transfert des trusts de droit civil se réalise dans les mêmes conditions qu'une vente. Le transfert doit être accompagné de l'enregistrement déterminé par la loi correspondant à chaque bien. L'auteur affirme que « *les systèmes de droit civil ne distinguent pas l'acte de création de l'acte de transfert, comme en droit anglo-américain.* »

555. Les règles de capacité applicables aux parties qui interviennent dans les trusts anglo-américains et de droit civil, exigent que le constituant soit une personne physique ou morale capable. Les bénéficiaires peuvent être des personnes qui n'existent pas encore lors de la constitution du trust anglo-américain ou du fidéicommiss, des mineurs ou des majeurs incapables protégés. Les bénéficiaires des fidéicommiss doivent avoir la capacité de recevoir par donation ou par testament. Etant donné que la fiducie est constituée uniquement par contrat, les bénéficiaires doivent avoir la capacité à contracter, suivant les dispositions prévues à l'article 1123 du Code Civil français. En outre, la loi française interdit expressément aux fiduciaires la gestion de biens des mineurs.<sup>597</sup>

556. En principe, la qualité de fiduciaire devrait être ouverte à toute personne physique ou morale ; c'est le cas des trusts anglo-américains et des fidéicommiss argentins et panaméens. Toutefois, en Bolivie et en France, la loi limite à certaines personnes l'exercice des fonctions de fiduciaire : aux banques, en Bolivie, ou aux institutions financières et aux membres de la profession d'avocat, en France.

557. La gestion des biens du trust au bénéfice des mineurs ou des incapables est totalement banalisée dans les pays de Common Law : le trust est un mode courant de gestion des biens du mineur et un instrument privilégié d'organisation des relations

---

<sup>596</sup> M. LUPOI, *loc. cit.*, p. 304.

<sup>597</sup> Article 408-1 du Code Civil français, créé par loi n°2008-776 du 4 août 2008.

patrimoniales de la famille. Les trustees peuvent cumuler les fonctions de tuteur et de trustee, car les trustees sont aussi des tuteurs. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, la cogestion du tuteur et du fiduciaire est nécessaire.

558. Il convient de comparer, dans un premier temps, la constitution et le fonctionnement des trusts des deux modèles, anglo-américain et de droit civil (Section 1) et d'examiner, ensuite, la capacité des parties intervenant aux trusts (section 2).

### **Section 1. Constitution et fonctionnement des trusts exprès**

559. Les trusts exprès des deux modèles doivent respecter les conditions de forme et accomplir les formalités nécessaires à la création des trusts anglo-américains et de droit civil. La validité du contenu du trust, dans le modèle des trusts anglo-américains, résulte de l'application des règles sur les certitudes ; elle résulte, dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, du respect des mentions expressément énoncées dans la loi. Le fonctionnement des trusts exprès des deux modèles est fondé sur deux éléments communs propres aux trusts anglo-américains et aux trusts de droit civil étudiés : le transfert effectif de la propriété fiduciaire du constituant au fiduciaire et la séparation du patrimoine fiduciaire du patrimoine personnel du fiduciaire.

560. Nous analyserons les trusts exprès des deux modèles (I) et, ensuite, nous étudierons le fonctionnement du « fonds fiduciaire » (II).

#### ***I. Les trusts exprès des deux modèles***

561. Les trusts du modèle contractuel de droit civil sont exclusivement des trusts exprès, c'est-à-dire, créés par la volonté des parties, le constituant et le fiduciaire. La « volonté implicite » n'est pas reconnue par la loi. En outre, la fiducie ou les fidécourmis ne peuvent pas être imposés ou mis en place par le juge. Notamment, en cas de litige, le juge ne saurait les imposer à des parties, par exemple à la place d'un

séquestre judiciaire.<sup>598</sup> En revanche, les trusts anglo-américains peuvent être des trusts « non exprès », c'est-à-dire, des trusts dans lesquels la volonté du constituant est implicite ou présumée, ou imposés par le juge.

562. Les trusts exprès sont une catégorie créée par la Convention de la Haye (A) ; chaque modèle de trust exprès a ses propres règles de validité (B)

### A. *Catégorie des trusts volontaires (exprès)*

563. Contrairement aux trusts du modèle contractuel de droit civil, les trusts du modèle anglo-américain de propriété ne sont pas nécessairement constitués de façon volontaire. A ce titre, les trusts volontaires ne sont pas l'unique catégorie de trusts anglo-américains. Selon Maurizio Lupoi, les trusts exprès ou créés volontairement sont une catégorie légale inventée par les auteurs de la Convention de la Haye sur les trusts, inconnue du droit anglo-américain. Il affirme que le point commun entre les trusts non-exprès (*implied, resulting, constructive trusts*) est l'absence de constituant.<sup>599</sup>

564. Il convient d'étudier la forme et les formalités des trusts exprès des deux modèles (a.) et de réaliser une brève analyse des trusts non-exprès anglo-américains (b.).

#### a. Forme et formalités des trusts exprès

565. Les trusts exprès du modèle anglo-américain de propriété sont créés expressément et intentionnellement par le constituant. Pour créer un trust exprès, il faut accomplir deux formalités.<sup>600</sup> Les premières formalités concernent la déclaration du trust et, une fois le trust déclaré, la disposition des intérêts équitables. La deuxième formalité concerne la constitution du trust, par laquelle les trustees sont

---

<sup>598</sup> Selon le Cabinet Lefebvre, il résulte de l'article 2012 du Code Civil français que la fiducie ne peut pas être mise en place par le juge. EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.*, n° 130, p. 14.

<sup>599</sup>M. LUPOI, *loc. cit.*

<sup>600</sup> HANBURY and MARTIN, *op. cit.*, p. 79-94; LEWIN ON TRUSTS, *loc. cit.*, p. 39-47; PARKER AND MELLOWS, *op. cit.*, p. 96-114; R. PEARCE AND J. STEVENS, *loc. cit.*, p. 195-210; P. H. PETTIT, *loc. cit.*, p. 85-97; G. THOMAS & A. HUDSON, *op. cit.*, p. 126-133; UNDERHILL AND HYTON, *op. cit.*, p. 287-305 – 314--316.

investis de la propriété légale. Lorsque le constituant déclare l'existence de son trust, aucun document écrit n'est nécessaire en ce qui concerne les « trusts purement personnels » (*pure personalty trusts*).<sup>601</sup>

566. Seuls les trusts sur des droits de propriété et les intérêts concernant la terre (« *trusts of land* » et « *interests in land* ») doivent être prouvés par écrit. Selon la loi sur la propriété de 1925,<sup>602</sup> une déclaration de trust qui concerne des terrains ou les intérêts sur des terrains doit être constatée soit par document écrit et signé par une personne capable de déclarer un trust, soit par testament suivant les règles applicables à ces derniers. Le non-respect de cette disposition rend le trust inexécutable.<sup>603</sup> Dans des situations spécifiques, le non-respect est sanctionné par la mise en place d'un trust non-exprès (*constructive trusts*).<sup>604</sup>

567. De même, toute disposition d'un intérêt équitable ou d'un trust en vigueur au moment du transfert doit être réalisé par écrit, signé par la personne à l'origine de l'acte de disposition,<sup>605</sup> ou par son mandant dûment autorisé par écrit ou dans son testament. Le non-respect de cette disposition rend l'acte de transfert nul.<sup>606</sup> Pour que cette règle soit applicable,<sup>607</sup> l'exigence principale est qu'il y ait un intérêt équitable ou un trust qui subsiste et qui soit en vigueur au moment de l'acte de disposition.<sup>608</sup> L'exigence d'un écrit ne s'applique donc pas à la déclaration d'un trust qui crée un intérêt équitable. L'interprétation de l'application de cette disposition est diverse. Il faut voir si un écrit est nécessaire au cas par cas, en fonction de l'intérêt concerné et si celui-ci était déjà créé au moment de la disposition.

568. Le contrat de mise en place d'un trust du modèle contractuel de droit civil doit nécessairement être constaté par écrit car la loi prescrit l'insertion de certaines

---

<sup>601</sup> Re Kayford Ltd [1975] 1 WLR 279; Paul v Constance [1977] 1 WLR 527.

<sup>602</sup> Law of property Act 1925, paragraphe 53. (1) (b).

<sup>603</sup> Gardner v Rowe (1828) 5 Russ 258. Cette disposition ne s'applique pas aux « *trusts of land* » provenant d'une copropriété. Voir Roy v Roy [1996] 1 FLR 541.

<sup>604</sup> Par exemple, lorsque des terrains sont transférés « *inter vivos* » à un donataire dans un trust oral au bénéfice d'un tiers, sans respecter les dispositions de la section 53(1) (b) de la « *Law of property Act 1925* », un « *constructive trust* » est mis en place pour prévenir la fraude, en fonction d'un principe fondamental : l'*Equity* ne permet pas qu'une loi soit utilisée comme instrument de fraude. Ottaway v Norman [1972] Ch 698; Bannister v Bannister [1948] 2 All ER 133; Oughtred v IRC [1960] AC 206; Hodgson v Marks [1971] Ch 892; Binions v Evans [1972] Ch 359;

<sup>605</sup> Re Danish Bacon Co Ltd Staff Pension Fund Trusts [1971] 1 WLR 248.

<sup>606</sup> HANBURY and MARTIN, *loc. cit.*, p. 82.

<sup>607</sup> Section 53 (1) (c) de la « *Law of Property Act* ».

<sup>608</sup> Kinane v Mackie-Conteh [2005] EWCA Civ 45;

mentions obligatoires qui ne peuvent être constatées que par acte écrit. Le contrat est effectué sur support papier ou électronique.<sup>609</sup> Un écrit est requis en vue d'assurer la validité du contrat ; tout avenant au contrat de fiducie ou de fidéicomis doit être aussi établi par écrit. La loi française prévoit que si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure donne lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions. La sanction de l'absence d'écrit est la nullité, excepté en Argentine.

569. En droit argentin, selon Adrian Diplotti, Pablo Gutierrez et Nicolas Malumian<sup>610</sup> le fidéicomis est un contrat formel non solennel ; même si la loi exige une forme pour le contrat, celle-ci n'est pas une condition essentielle à l'existence du contrat, sauf exceptions prévues dans la loi. Les exceptions sont nombreuses. Par exemple, lors d'un contrat de fidéicomis conclu avec un consommateur, l'exigence de l'article 4 de la loi 24.441 sur le fidéicomis concernant le contenu du contrat et l'esprit de la loi 24.240 sur la protection des consommateurs écartent toute autre forme qui ne soit pas par écrit.

570. En effet, étant donné que l'article 4 énonce que le contrat contient des mentions obligatoires en ce qui concerne les biens, la durée, les droits et obligations des parties, il est évident qu'il doit être conclu par écrit ; la forme orale est écartée.<sup>611</sup> Le contrat est solennel, en France<sup>612</sup> ou en Bolivie, car l'écrit est requis « *ad validitatem* » ou, du moins, « formel non solennel », selon les termes de la doctrine argentine. Il est authentique ou sous seing privé.

571. En Bolivie, tous les fidéicomis entre vifs sont constatés par écriture publique enregistrée selon la nature des biens.<sup>613</sup> L'interdiction de l'article 1413 du Code de Commerce bolivien concernant les fidéicomis secrets et la lourde formalité de l'acte authentique montrent l'intention des législateurs boliviens de vouloir des fidéicomis exprès, écrits et enregistrés devant notaire.

---

<sup>609</sup> En France, selon l'article 1108-1 du Code Civil français.

<sup>610</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 130-131.

<sup>611</sup> G. ITURBIDE, « *El contrato de fideicomiso en el marco de los negocios fiduciarios* », *JA*, 1998-III-815.

<sup>612</sup> F. BARRIERE, « La fiducie. Commentaire de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 », (Deuxième partie), *Chroniques 144, Bull. Joly Sociétés*, mai 2007, n° 16, p. 440.

<sup>613</sup> Article 1411 du Code de Commerce bolivien.

572. En Argentine, les règles concernant le « Registre de la Propriété immeuble » exigent que, pour être consigné dans ce registre, tout document ait la forme d'écriture publique. Lorsque, parmi les biens transférés au fidéicomis, figurent des biens immeubles, le transfert de propriété doit être constaté par acte authentique en vue de procéder aux formalités de publicité foncière.<sup>614</sup> En outre, si l'opération sous-jacente au fidéicomis est une donation, il faut appliquer les formes « *ad solemnitatem* » propres aux donations.<sup>615</sup>

573. En France, lorsqu'un bien dépend de la communauté existant entre des époux ou si un bien indivis est transféré dans le patrimoine fiduciaire, le contrat de fiducie est établi par acte notarié, à peine de nullité.<sup>616</sup> La formalité est motivée par le souci d'informer les constituants quant aux conséquences de la fiducie lorsque la communauté ou l'indivision prend fin avant son terme.<sup>617</sup> Si la fiducie est un acte surveillé, son contrôle justifie sa soumission au formalisme notarié en toute hypothèse, comme en Bolivie, et non pas seulement lorsque les biens font l'objet d'une appropriation plurielle. Nathalie Peterka<sup>618</sup> se demande pourquoi la conclusion d'un contrat de fiducie par un époux en curatelle sur un élément de son patrimoine personnel est réalisée par un acte sous seing privé, alors que cet acte est notarié dès lors qu'il porte sur un bien indivis, même si le constituant est une personne morale.

574. F. Weiser affirme que les trusts du modèle anglo-américain, lorsqu'ils veulent produire les effets souhaités, vont à l'encontre des principes de publicité énoncés par les lois municipales continentales. Selon lui, les trusts anglo-américains accepteraient mal un système rigide de registre.<sup>619</sup> Pourtant, la publicité et le registre des biens transférés à la fiducie ou au fidéicomis sont des éléments caractéristiques des trusts de droit civil, quand il s'agit de biens immeubles et de biens meubles sujets à registre. Le caractère fiduciaire du patrimoine prend effet envers les tiers au moment de l'accomplissement des formalités de registre et publicité, selon la nature des biens. Lorsqu'il s'agit des biens sujets à registre, le transfert fiduciaire de la propriété est enregistré au nom du fiduciaire.

---

<sup>614</sup> Pour l'Argentine voir le Décret 55-22 du 4-1-1955 art. 28.

<sup>615</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *op. cit.*, p. 130-131.

<sup>616</sup> Article 2012 alinéa 2 du Code Civil français, modifié par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 1.

<sup>617</sup> Rapport au président de la République sur l'ordonnance du 30 janvier 2009 : J.O. n° 26 du 31 janvier 2009.

<sup>618</sup> N. PETERKA, « Le droit des incapacités à l'épreuve du contrat de fiducie », in *La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant, Journées Nationales Tome XV, Dalloz, 2011, p. 17-18.

<sup>619</sup> F. WEISER, *op. cit.*, p. 8.

575. En France, l'enregistrement des actes de transmission de droits résultant du contrat de fiducie est obligatoire, à peine de nullité de l'acte et intervient dans un délai d'un mois à compter de la date de signature.<sup>620</sup> Les parties désignent qui, du constituant ou du fiduciaire, procède à cette formalité. Le plus souvent, elle est effectuée par le fiduciaire, au service des impôts de son siège ou au service des impôts des non-résidents s'il n'est pas domicilié en France. La formalité fusionnée par un seul et même acte assure l'exercice des formalités de l'enregistrement et de la publicité foncière.<sup>621</sup>

576. En droit civil, le registre peut servir au contrôle et non à la publicité. Un registre national des fiducies est prévu à cette fin.<sup>622</sup> Il est une spécificité à la législation française sur la fiducie et les législations argentine ou bolivienne ne le prévoient pas. La finalité est la centralisation des informations relatives au contrat de fiducie pour faciliter les contrôles et la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Il recense l'ensemble des contrats de fiducie soumis au droit français et ses avenants. Il n'est accessible qu'aux autorités judiciaires, à l'administration fiscale et aux autorités chargées de la lutte anti-blanchiment.<sup>623</sup> L'inscription d'un contrat de fiducie au fichier est sans effet sur l'opposabilité du contrat aux tiers, qui sont informés des transferts fiduciaires à l'occasion des mesures de publicité normalement applicables en cas de mutation.<sup>624</sup>

577. Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, même si toutes les formalités sont accomplies pour la création d'un trust exprès, la volonté de créer un trust n'est pas seulement expresse mais peut être implicite ou présumée.

---

<sup>620</sup> Article 2019 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007, dans les conditions prévues par les articles 647 (modifié par Décret n°2011-645 du 9 juin 2011 - art. 1) et 657 du Code général des impôts.

<sup>621</sup> Rapport n° 11 du Sénat fait par M. Henri de Richemont, *loc. cit.*

<sup>622</sup> A l'article 2020 du Code Civil français créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007. Il a été institué par un décret en Conseil d'Etat du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé des données à caractère personnel.

<sup>623</sup> Il n'est consultable que par les juges d'instruction, le procureur, les autorités de douane, Tracfin et l'OPJ.

<sup>624</sup> Voir aussi l'article 223 VH du Code Général des Impôts français (créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 6 JORF 21 février 2007 ; ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 10).

b. Trusts non-exprès anglo-américains

578. Les trusts du modèle anglo-américain de propriété, créés par le constituant, sont souvent mais non nécessairement conformes à son intention. Dans ce cas, sa volonté est implicite plutôt qu'expresse. Même si un langage technique et clair est utilisé dans un document qui veut créer un trust anglo-américain, le droit de *l'Equity* regarde la substance et non la forme. La Cour peut décider que la vraie nature de la relation n'est pas un trust mais seulement une « charge équitable » si la propriété a été simplement séparée pour être mise en garantie d'une créance en faveur d'une des parties ; peu importe que l'intention de créer un trust soit expressément consignée dans le document. De même, lorsqu'un constituant personne physique révèle son intention de créer un trust en mentionnant son souhait de mettre en place une relation fiduciaire, le trust créé est valide, même si le constituant a utilisé un langage informel.<sup>625</sup>

579. On peut présumer que l'intention d'un constituant est de créer un trust pour lui-même lorsqu'il crée un trust exprès qui échoue, car il n'était pas opératoire. Dans ce cas, les trustees détiendront la propriété du constituant en trust à son bénéfice. De même, l'intention présumée est implicite lorsqu'un acheteur paie pour acquérir des biens qui sont reçus par une autre personne. Cette personne sera présumée détenir ces biens en trust au bénéfice de l'acheteur (*implied trust*).<sup>626</sup>

580. Les trusts implicites du modèle anglo-américain résultent d'un acte du constituant. Un trust implicite est créé lorsque « A » opère un transfert volontaire d'argent ou de titres à « B », ou lorsqu'il paie totalement ou partiellement l'achat d'une propriété au nom de « B » ou ayant comme propriétaires « A » et « B ». Il existe une présomption que « A » ne voulait pas accomplir une donation ou un prêt. Il est présumé que cette propriété est détenue en trust au bénéfice exclusif de « A », en tant qu'unique fournisseur des fonds. Dans le cas d'un achat conjoint de « A » et « B », le trust est créé à leur bénéfice et ils auront des parts proportionnelles à leurs

---

<sup>625</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 75.

<sup>626</sup> E.H. BURN, G. J. VIRGO, *loc.cit.*, p. 11.

contributions. Cette présomption peut être écartée par la preuve de l'intention de « A » de réaliser une donation, un prêt, voire un acompte de fonds.<sup>627</sup>

581. Les trusts anglo-américains peuvent être aussi le résultat de l'application de la loi, automatiquement ou par les tribunaux. Par exemple, un « *resulting trust* » est créé lorsque « A » transfère sa propriété à « B » dans un trust exprès mais ce trust n'épuise pas la totalité de l'intérêt équitable. Lorsque « A » transfère sa propriété à « B » en trust au bénéfice de « C » à vie, ou en trust pour le bénéfice de tout membre présent ou futur de l'association « Club C », après la mort de « C » ou la dissolution du « Club C », « B » détiendra en trust au bénéfice de « A ». Cette présomption peut être écartée en prouvant que « A » avait abandonné tout intérêt équitable sur la propriété du trust. Cette propriété en « *bona vacancia* » passera alors à la Couronne sauf si l'intention de « A » était de la donner aux membres du Club au moment de sa dissolution comme faisant partie des actifs du Club.<sup>628</sup>

582. Les trusts « non exprès » anglo-américains sont constitués, en application de la loi, dans des circonstances très diverses, telles que la prévention de la fraude (*constructive trusts*). Ils sont imposés par la loi, même si le contenu de certains « *constructive trusts* » dépend principalement de l'intention des parties.<sup>629</sup> Le défendeur qui nie ce qui est convenu, est forcé d'exécuter ce qui a été convenu.<sup>630</sup> En général, la loi reconnaît les « *institutional constructive trusts* » comme une réponse à des circonstances précises : garantir des droits reconnus, remédier à des conduites frauduleuses, dolosives ou à la mauvaise foi, voire comme une réponse à l'enrichissement sans cause.

583. Les trusts anglo-américains peuvent donc être créés par le constituant, sans déclaration expresse (*implied trusts*), ou correspondre à des situations spécifiques décrites dans les règles d'*Equity* (*constructive trusts*), ou être des trusts de dévolution dénommés aussi résiduels (*resulting trusts*). Ces derniers sont mis en place pour accomplir la « vraie volonté » du constituant. Une distinction entre les « *resulting*

---

<sup>627</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 17. Voir aussi *Nelson v Nelson* (1995) 184 C.L.R. 538.

<sup>628</sup> *Westdeutsche Landesbank v Islington LBC* [1996] AC 669 at 708; *Re Bucks Constabulary Fund* [1979] 1 W.L.R. 936. D. J. HAYTON, *idem.*, p. 17-18.

<sup>629</sup> Par exemple dans les trusts testamentaires secrets, les « *constructive trusts* » d'intention commune, ou les « *constructive trusts* » résultant de l'exécution spécifique d'un contrat de vente.

*trusts* » automatiques et présumés est à souligner. Les « *resulting trusts* » automatiques sont sujets à preuve pour démontrer que l'intention du constituant était différente. Lorsque cette preuve ne peut pas être produite, il s'agit alors de trusts implicites (*implied trusts*).

584. Sous le terme de « *resulting trust* », une large variété d'affaires et de décisions a fondé un principe qui sert de dénominateur commun : selon les règles d'*Equity*, un trust non-exprès « résulte » et est mis en place lorsque le constituant retient un intérêt équitable qu'il n'aurait pas autrement, sur des biens qui sont ou qui deviendront partie du patrimoine du trust.<sup>631</sup> La limite entre les « *implied* », « *resulting* » et « *constructive* » trusts est donc subtile.

585. Ces trusts sont encore différents des trusts énoncés expressément par la loi (*statutory trusts*), dans des circonstances telles que, par exemple, les successions *ab-intestat*. En effet, lorsqu'une personne décède sans laisser de testament, un trust, prévu par la loi, est mis en place sur le patrimoine du « *de cuius* » et le trustee, nommé par la Cour, a la responsabilité de partager ce qui reste après le paiement des dettes entre les héritiers. De la même manière, un trust « *ex lege* » prévu par la loi (*statutory trust*) est mis en place lorsqu'il y a des biens appartenant à deux époux en indivision.<sup>632</sup>

586. Les trusts du modèle contractuel de droit civil, constitués par contrat ou par testament, doivent être expressément créés. Ils ne sont reconnus sur le plan juridique qu'à partir du moment où les parties ont entendu s'engager expressément dans une telle opération. En conséquence, pour produire les effets reconnus par la loi, l'acte juridique doit expressément et formellement apparaître comme créant un fidéicommis ou une fiducie.

587. Le juge, éventuellement saisi d'un contentieux relatif à un transfert de biens ou de droits, n'a pas la possibilité de requalifier l'acte juridique en cause en fiducie en de fidéicommis, en l'absence de volonté expresse en ce sens des parties. Il n'y a pas

---

<sup>630</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 20.

<sup>631</sup> Westdeutsche Landesbank v Islington LBC [1996], *op. cit.*, chapitre 2 paragraphe 3.e.

de fiducie ou de fidéicommiss tacite et ceux-ci ne se présument pas. Conformément au droit commun des obligations, le consentement du constituant et du fiduciaire doit être exempt de tout vice, à savoir dol, violence ou erreur. En plus de la volonté expresse et de l'intention de créer un trust exprès, il convient de respecter certaines règles de validité.

### ***B. Règles de validité des trusts des deux modèles***

588. Un trust du modèle anglo-américain de propriété n'est valide que si l'intention du constituant de créer un trust, les biens objet du trust et les bénéficiaires pour les trusts exprès privés, sont certains.<sup>632</sup> Des décisions judiciaires célèbres ont dégagé plusieurs principes pour déterminer, au cas par cas, si dans un trust anglo-américain les trois certitudes ont été satisfaites. Un trust de droit civil est « *ipso jure* » valide s'il respecte les mentions obligatoires énoncées dans la loi. Il suffit que l'intention de constituer une fiducie ou un fidéicommiss soit expressément consignée dans l'acte de constitution et que les mentions obligatoires soient insérées dans le contrat ou le testament.

589. La certitude d'un trust anglo-américain dépend de la précision du langage utilisé dans le document de constitution. Les problèmes d'incertitude sont évités grâce à une rédaction minutieuse. Il n'existe pas de mentions obligatoires à suivre pour que le trust soit valide. Face à l'insécurité juridique potentielle des trusts anglo-américains, des mécanismes de résolution des incertitudes éventuelles sont prévus et donnent aux trustees le pouvoir de résoudre toute incertitude. L'application des règles de certitude est nécessaire d'un point de vue pratique car, s'il y a une incertitude concernant un trust, les trustees ne pourraient pas gérer le trust. La Cour ne pourrait pas l'administrer elle-même non plus.

---

<sup>632</sup> Selon la loi dénommée "Administration of Estates Act 1925, schedule 33, Intestates' Estates Act 1952"; voir aussi le "Trusts of land and appointment of Trustees Act 1996", schedules 2 et 5.

<sup>633</sup> HANBURY and MARTIN, *op. cit.*, p. 94-116; LEWIN ON TRUSTS, *loc. cit.*, p. 83-102; PARKER AND MELLOWS, *loc. cit.*, p. 46-74; R. PEARCE AND J. STEVENS, *op. cit.*, p. 160-168; P. H. PETTIT, *loc. cit.*, p. 44-56; J. THOMAS & A. HUDSON, *op. cit.*, 55-123; UNDERHILL AND HYTON, *loc. cit.*, p. 97-139.

590. Lorsqu'il est nécessaire de déterminer si un trust anglo-américain est invalide pour incertitude, le contrôle par le juge des règles sur les certitudes entre en opération. En droit civil, les mentions obligatoires doivent être respectées à la création du trust, pour qu'il soit valide et opérationnel.

591. Les trois certitudes sont souvent liées. Des problèmes d'incertitude propres aux trusts anglo-américains n'existent pas en droit civil. Par exemple, il a été reconnu que l'incertitude sur les biens transférés (*uncertainty in the subject of the gift*), lors d'une donation pour créer un trust secret testamentaire, met en doute l'intention du testateur et laisse à penser qu'il n'a pas eu l'intention d'exprimer sa confiance à celui qui reçoit les biens en premier, si le « *de cuius* » n'a pas utilisé un langage impératif.<sup>634</sup> D'autres problèmes d'incertitude propres aux trusts anglo-américains se posent fréquemment, tels que l'intention de créer un trust simulé ou l'incertitude quant aux bénéficiaires des trusts avec des pouvoirs discrétionnaires.

592. La validité des trusts du modèle anglo-américain dépend de l'accomplissement de trois principes (*certainties*) (a.) ; la validité des trusts de droit civil relève des mentions obligatoires énoncées dans la loi (b.).

a. *Principes de validité (certainties) des trusts anglo-américains*

593. **La certitude de créer un trust.** En droit civil, l'intention ou la volonté de créer une fiducie ou un fidéicommiss est expresse. En Common Law, la certitude sur l'intention de créer un trust anglo-américain se déduit de l'acte qu'une personne physique ou morale capable accomplit quant à des biens préalablement transférés dans des conditions régulières. L'acte peut être un écrit, signé ou non, ou être un comportement. Des décisions de jurisprudence anglo-américaine montrent qu'une conduite ou un comportement peut être créateur de trusts. Dans ce cas, il s'agit plutôt de trusts non-exprès. La principale difficulté relève du droit de la preuve.<sup>635</sup>

---

<sup>634</sup> *Mussoorie Bank v Raynor* (1882) 7 App Cas 321 à 331, propos exprimés par Sir Arthur Hobhouse ; *Re Adams and the Kensington Vestry* (1884) 27 Ch D 394.

<sup>635</sup> *Paul v. Constance*, 1977, 1 All E.R. 195.

594. La certitude quant à l'intention de créer un trust implique de prouver que le créateur du trust, le constituant ou le testateur, veut imposer une obligation légale à Monsieur « X » de détenir et de gérer la propriété au bénéfice de Monsieur « Y ». Toute autre chose qu'une obligation légale contraignante n'est pas suffisante. L'intention de créer une autre obligation contractuelle, par exemple, un mandat (*agency*), ne constitue pas une volonté de créer un trust.<sup>636</sup>

595. En droit civil, la volonté du constituant est expressément consignée dans l'acte de constitution du fidéicommiss ou de la fiducie. En Common Law, le juge interprète le contenu du document pour savoir si le constituant désire créer un trust. Les principes généraux régissant la certitude de l'intention sont expliqués dans une affaire célèbre :<sup>637</sup> M. Gilbert, le « *de cuius* », avait dit à son avocat, Me. Gold : « S'il m'arrive quelque chose, tu devras gérer la situation. Tu sais quoi faire. Prend soin de Carol (sa maitresse) et des enfants ». Le juge Carnwath J., en analysant si ces mots manifestaient clairement la volonté de créer un trust, décida : « Il y a une ambigüité potentielle dans le langage utilisé qui ne précise pas les termes du trust, mais l'intention générale est claire ».

596. Le juge explique que l'intention est de donner une aide à Carol pour prendre soin d'elle-même et de ses deux enfants. Juridiquement, il est possible d'interpréter cette aide de plusieurs façons : un transfert en trust au bénéfice des trois conjointement, une donation seulement à Carol, avec l'idée qu'elle l'utilise pour elle-même et pour ses enfants (ceci n'étant pas légalement exécutable), ou, comme le demande Me Gold, un transfert en trust par donation à Carol, au bénéfice d'elle-même et de ses enfants. Il serait regrettable que la difficulté de distinguer entre ces trois possibilités ait comme résultat de ne pas prendre en compte la « vraie intention » de Gilbert, le « *de cuius* ». Le juge confirme donc que la volonté du défunt était de confier à son avocat les biens en qualité de trustee au bénéfice de Carol et de ses enfants, même s'il n'utilise pas expressément le terme « trust ».

597. L'analyse de l'intention de créer un trust soulève un problème spécifique aux trusts anglo-américains qui n'existe pas en droit civil. En Common Law, il convient

---

<sup>636</sup> D. WATERS, *op cit.*, p. 9.

<sup>637</sup> Gold v Hill [1999] 1 FLR 54.

de déterminer si l'intention du constituant est de créer un « vrai trust » ou un faux, dénommé « *sham trust* » ou « *pretence* ». <sup>638</sup> Ces « trusts simulés » sont aussi appelés « *de alter ego structures* ». <sup>639</sup> Le problème de ces trusts est le défaut de leur critère essentiel (*failure of essential criteria*).

598. La jurisprudence anglo-américaine a établi le principe suivant : un constituant ne transfère pas la propriété juridique d'un bien à un trust s'il garde le contrôle, la disposition et la gestion des biens transférés au trust. Les tribunaux considèrent que le constituant-bénéficiaire est la même personne que le trust. En droit civil, il n'existe pas de jurisprudence des tribunaux qui déclare un fidéicommiss ou une fiducie « faux » ou simulé. Néanmoins, les trusts de droit civil peuvent être annulés s'ils ont été créés en fraude des créanciers du constituant, <sup>640</sup> avec ou sans la complicité du fiduciaire. <sup>641</sup>

599. La création des trusts anglo-américains simulés (*sham*) est souvent facilitée par le cumul des qualités de constituant et de fiduciaire sur la même personne, interdit en droit civil. Dans une affaire de jurisprudence anglo-américaine, <sup>642</sup> les demandeurs avaient obtenu une injonction du juge contre l'intérêt de propriété sur la maison matrimoniale du défendeur, M Wyatt. Ce dernier alléguait qu'il avait réalisé préalablement une déclaration pour constituer un trust sur la maison au bénéfice de son épouse et de ses filles. Les demandeurs considéraient que cette opération était fausse (*a sham*) et par conséquent nulle.

600. Selon le juge David Young QC, « lorsqu'il exécuta sa déclaration de trust, M Wyatt n'avait pas l'intention de transférer son intérêt sur sa maison, qui à l'époque était son unique bien immobilier, en faveur de ses enfants. La déclaration de trust

---

<sup>638</sup> *Shalson v Russo* [2005] Ch. 281; *A v A (St George Trustees Ltd) Intervening* [2007] EWHC 99 (Fam). Voir aussi *WT Ramsay Ltd v IRC* [1982] AC 300 dans laquelle la "House of Lords" qualifia certaines transactions comme fausses (*sham*) car elles avaient comme but l'évasion fiscale. Dans cette affaire, le magistrat Lord Wilberforce définit les « faux trusts » (*sham transactions*) comme « des opérations qui disent être une chose mais qui se révèlent comme étant quelque chose de différent. Voir aussi *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786, 902 (Diplock LJ); *Hitch v Stone (Inspector of taxes)* [2001] EWCA Civ 63, [2001] STC 214.

<sup>639</sup> Voir le dernier chapitre de cette première partie consacré au Panama sur les « sham » trusts, *infra* p. 285.

<sup>640</sup> Voir *infra* p. 293.

<sup>641</sup> Dans une autre affaire célèbre, *Shalson v Russo* [2003] EWHC 1637 (Ch), [2005] Ch 281, le magistrat J. Rimer décida que le constituant, mais aussi le trustee, doivent avoir eu la volonté de créer un trust simulé (*sham*). Voir aussi *Chase Manhattan Equities Ltd v Goodman* [1991] BCLC 897 ; *Grupo Torras SA v Al Sabah* [2004] WTLR 1 (Deputy Bailiff of Royal Court of Jersey). Voir *supra* p. 58 sur le principe général « *fraus omnia corrumpit* » (la fraude corrompt tout) appliqué aux fiduciaires qui sont aussi bénéficiaires en France.

<sup>642</sup> *Midland Bank plc. v Wyatt* [1997] 1 BCLC 242.

était réalisée avec l'unique intention de mettre le bien à l'abri dans un endroit sûr en prévision de vaches maigres. »

601. Le juge explique que, selon l'affirmation de M Wyatt, la constitution de ce trust avait pour but de protéger sa famille des risques commerciaux à long terme de son entreprise. Le juge considéra que cette déclaration de trust n'était pas ce qu'elle prétendait être mais juste une simulation (*pretence*) ou « *sham* » (faux trust). Le magistrat décida que la déclaration de trust de Mr Wyatt était nulle et inexécutable.

602. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil où l'intention ou la volonté de créer un trust est expresse, les fiducies ou les fidéicommiss fictifs (*sham trusts*) n'existent pas. De plus, l'impossibilité pour une personne de cumuler les rôles de constituant et de fiduciaire permet de restreindre la fraude aux droits des créanciers du constituant, qui peut être tenté de mettre à l'abri des poursuites une partie de ses actifs.<sup>643</sup> Ramses Owens<sup>644</sup> affirme que le modèle de trusts anglo-américain de propriété a statistiquement plus de trusts déclarés nuls que le droit civil, qui n'en a pratiquement aucun. Le modèle contractuel des trusts de droit civil est donc plus sûr.<sup>645</sup>

603. Par des méthodes différentes, les deux modèles exigent la déterminabilité des biens du trust.

604. **La certitude relative aux biens mis en trust (le sujet du trust).** La certitude quant aux biens du trust (« *certainty of subject matter* » ou « *certainty of property* ») consiste à connaître avec certitude les biens sur lesquels porte le trust et les droits de chaque bénéficiaire sur ces biens. La description de la propriété de chaque bénéficiaire est importante puisque les intérêts de propriété des bénéficiaires, c'est-à-dire, les droits qu'ils ont sur les biens en trust, peuvent être soumis à des pouvoirs discrétionnaires ou à des clauses conditionnelles.

605. Il est possible de créer un trust sur tous les types de biens. La déclaration de trust est valable si les biens du trust sont identifiés avec certitude. Dans l'affaire

---

<sup>643</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.*, n° 780, p. 31.

<sup>644</sup> R. OWENS, *op. cit.*, p. 13.

Swift v Dairywise Farms Ltd,<sup>646</sup> il a été décidé que les « quotas de lait » qui donnaient aux titulaires un droit d'exemption d'un impôt, pouvaient être l'objet d'un trust (*the subject matter*).

606. Pour motiver sa décision, le juge J. Jacobs utilisa la définition large de la propriété, énoncée à la section 436 de la loi dénommée « *Insolvency Act* » (loi sur les faillites) de 1986 : « La propriété inclue l'argent, des biens, des droits,<sup>647</sup> de la terre et toute description d'une propriété ou d'un domaine. La propriété inclue aussi des obligations et la description des intérêts de propriété des bénéficiaires, qu'ils soient présents ou futurs, déjà exercés par les bénéficiaires, ou des intérêts de propriété des bénéficiaires conditionnés à l'exercice des pouvoirs discrétionnaires du trustee.

607. Un problème spécifique d'incertitude quant à la déterminabilité des biens des trusts anglo-américains, qui n'existe pas en droit civil, se présente lorsque le constituant crée un trust dont il se nomme lui-même trustee, cumul interdit en droit civil et n'identifie pas clairement les biens ou les sommes sur lesquels porte le trust. Le risque d'incertitude est important surtout s'il retient pour lui-même certains biens de nature identique à ceux qui seront transférés en trust.<sup>648</sup> Selon David Hayton,<sup>649</sup> il n'est pas suffisant de dire « *je détiens en trust 15 des 30 caisses de bouteilles de Château Lafitte de 1982 dans ma cave en trust au bénéfice de « X »*. Si les 15 caisses ne sont pas marquées pour montrer qu'elles sont détenues en trust au bénéfice de « X », il n'y a pas d'obligation et elles ne peuvent guère être considérées comme étant transférées au trust. »

608. L'auteur explique que « X » doit pouvoir identifier quelle propriété est détenue en trust à son bénéfice, afin d'avoir un regard sur les ventes ou s'opposer à certaines cessions, lorsque les cessions ne respectent pas les conditions fixées dans l'acte de constitution du trust.<sup>650</sup> Si le constituant avait dit : « je détiens mes 30 caisses en trust pour moi-même et pour « X » comme codétenteurs bénéficiaires en commun, à parts

---

<sup>645</sup> Voir le chapitre 2 de ce même titre consacré au Panama, section 2, titre 1, sous-titre A sur les « *sham trusts* » en droit civil, *infra* p. 285 et suiv.

<sup>646</sup> [2000] 1 WLR 1177; [2000] All ER Rev 247 (P.J. Clarke).

<sup>647</sup> Don King Productions Inc. V Warren [2000] Ch 291.

<sup>648</sup> Hunter v Moss [1994] 1. W.L.R. 452.

<sup>649</sup> D. J. HAYTON, *loc. cit.*, p. 84-86.

<sup>650</sup> Re London Wine Co (Shippers) Limited [1986] P.C.C. 121 ; Re Stapylton Fletcher Ltd [1994] 1 W.L.R. 1181.

égales », toute cession se réalisera au bénéfice des deux et il y aura violation des termes du trust si le constituant réclame pour lui-même plus de la moitié.

609. Le même principe s'applique lorsqu'un constituant dit « je détiens 1.000 livres des 2.000 sur mon compte en trust pour « X », ou je détiens 500 de mes 1.000 actions in BF Ltd en trust pour « X ». Si les 1.000 livres ou les 500 actions ne sont pas séparées du reste des livres ou des autres actions, il n'est pas possible d'identifier précisément la propriété détenue en trust.<sup>651</sup> La certitude quant à « la propriété » du trust signifie qu'une Cour soit en mesure de déterminer avec précision les biens et les droits qui ont été mis en trust.<sup>652</sup>

610. Comme pour les fidéicommiss testamentaires, se pose le problème des transferts à titre universel à la mort du constituant et de l'identification des biens d'un trust testamentaire anglo-américain au bénéfice des héritiers à la mort du « *de cuius* ». La jurisprudence anglo-américaine se montre flexible quant à l'incertitude des biens des trusts testamentaires par rapport aux trusts « *inter vivos* ». Jean-Paul Béraudo explique qu'étant donné que « *le trust testamentaire s'apparente à une donation universelle ou à titre universel de droit français, parfois le constituant n'identifie pas avec suffisamment de précision les biens sur lesquels le trust devra porter* ». <sup>653</sup>

611. En Common Law, à sa mort, le donateur-constituant est automatiquement dessaisi du titre de propriété de tous ses biens et il n'est plus nécessaire de savoir de quels biens il reste propriétaire. En revanche, de son vivant, un constituant-donateur ne se défait de ses droits de propriété sur certains biens que s'il fait tout ce qui est nécessaire pour identifier ces biens sur lesquels il crée un nouvel intérêt équitable en faveur du bénéficiaire-donataire et abandonne en même temps ses droits de propriété sur ces biens. Une personne peut donner par testament 50 de ses 100 barres d'or au bénéfice de « X ». Pendant sa vie, il ne peut pas se déclarer lui-même trustee des 50 de ses 100 biens s'il n'identifie pas précisément ces biens. <sup>654</sup>

612. En droit civil, un testateur peut, en principe, constituer un fidéicommis testamentaire sur l'universalité de sa succession. Néanmoins, pour être valable, le

---

<sup>651</sup> Re Goldcorp Exchange Ltd [1995] 1 A.C. 74.

<sup>652</sup> D. WATERS, *loc. cit.*, p.9.

<sup>653</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *op. cit.*, p. 119.

testateur constituant doit individualiser les biens objet du fidéicomis ou décrire les caractéristiques que doivent réunir les biens. Le fidéicomis doit se constituer sur des biens déterminés,<sup>655</sup> ce qui, en principe, exclut sa constitution sur l'universalité ou sur une partie non définie d'un patrimoine.

613. Lorsque l'individualisation des biens n'est pas possible à la date de la célébration du fidéicomis, la doctrine est divisée sur les caractéristiques de la description des biens. Eduardo Pettigiani affirme qu'il est possible de constituer un fidéicomis sur l'universalité d'une succession car la loi argentine prévoit que les biens ne doivent pas être nécessairement identifiés à la date de la signature du fidéicomis. Il suffit que les biens soient déterminables.<sup>656</sup> En revanche, selon Graciela Medina, un fidéicomis sur l'universalité du patrimoine du constituant serait nul.<sup>657</sup> Une telle situation produirait une insécurité juridique car il ne serait pas possible de déterminer le patrimoine d'affectation du fidéicomis, d'autant plus que la loi argentine exige l'individualisation des biens.<sup>658</sup> Pourtant, lorsque les biens sont déterminables au moment du transfert grâce à une description qui permet un inventaire, une universalité peut être transférée en fidéicomis.

614. **La certitude concernant les bénéficiaires (l'objet du trust).** La description des bénéficiaires doit être suffisante pour permettre à la Cour de savoir qui est nommé bénéficiaire.<sup>659</sup> Il faut que les bénéficiaires du trust soient reconnaissables avec certitude (*certainty of objects*). Dans les trusts simples anglo-américains et de droit civil, les bénéficiaires sont consignés dans l'acte de constitution. Si les bénéficiaires sont futurs ou à déterminer, les règles pour savoir qui sera bénéficiaire et dans quelle proportion doivent être clairement décrites dans l'acte de constitution.

615. Les règles des certitudes appliquées aux trusts discrétionnaires permettent de laisser incertains les membres de la catégorie de bénéficiaires du trust et leurs parts. Néanmoins, il est nécessaire qu'il y ait une certitude sur les biens du trust qui

---

<sup>654</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 85 ; Re Harvard Securities [1997] 2 B.C.L.C. 369.

<sup>655</sup> Article 4 alinéa a) de la loi argentine n° 24 441 sur les fidéicomis.

<sup>656</sup> E. PETTIGIANI, "La legitima del heredero menor de edad frente al fideicomiso constituido por testamento", *JA* 1999-III-1082.

<sup>657</sup> G. MEDINA, *op. cit.*, p. 9.

<sup>658</sup> G. MEDINA, H. MADERNA ETCHEGARAY, *op. cit.* p. 4.

pourront être distribués, que la catégorie des bénéficiaires potentiels soit suffisamment certaine et les pouvoirs discrétionnaires de sélection soient bien attribués à une ou plusieurs personnes. S'il n'y a pas de prévision concernant l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, la disposition est nulle pour incertitude.<sup>660</sup>

616. Si le transfert des biens en trust a lieu au profit de bénéficiaires déterminés dont la qualification est assujettie à la réalisation d'une condition, des problèmes d'incertitude se posent.<sup>661</sup> Dans ce cas, la Cour peut interpréter favorablement, dans la mesure du possible, le langage du document et résoudre toute ambiguïté qui empêche l'exécution du trust.

617. Les trusts simples et discrétionnaires du modèle anglo-américain rencontrent des problèmes de déterminabilité des bénéficiaires principalement dans l'exécution des « pouvoirs de trust » et des « pouvoirs simples » de sélection des bénéficiaires. Cette technique de gestion fiduciaire, caractéristique des trusts anglo-américains, est peu utilisée en droit civil. Dans les « pouvoirs discrétionnaires de trust » anglo-américains, les trustees sont tenus d'exercer leurs « pouvoirs de trust » au profit de bénéficiaires qu'ils choisissent parmi une catégorie de bénéficiaires potentiels. Dans le cas d'un « pouvoir discrétionnaire simple », le titulaire du droit choisit d'exercer ou non la prérogative qu'il détient. Il n'y a pas de bénéficiaires identifiables avant l'exercice du pouvoir simple.<sup>662</sup>

618. Les auteurs E. H. Burn et G. J. Virgo<sup>663</sup> expliquent qu'un « pouvoir de trust », même s'il est discrétionnaire, est impératif tandis qu'un « pouvoir simple » est complètement discrétionnaire. Un trustee doit accomplir ses devoirs vis-à-vis du « trust » et exercer correctement les « pouvoirs de trust » qu'il gère. Par contre, un « pouvoir » lorsqu'il est détenu en tant que « pouvoir fiduciaire ou simple », peut être exercé ou non, à la discrétion de celui qui détient le pouvoir.

---

<sup>659</sup> D. WATERS, *loc. cit.*, p. 9.

<sup>660</sup> Sprange v Barnard (1789) 2 Bro CC 585.

<sup>661</sup> Re Allen, [1953] Ch 810; Re Tuck's Settlement Trusts [1978] Ch 49; Re Barlow's Will Trusts [1979] 1 WLR 278. En ce qui concerne les incertitudes liées à des « conditions ultérieures à l'attribution de la qualité de bénéficiaire », voir Clayton v Ramsden [1943] AC 320 ; Blythwayt v Baron Cawley [1976] AC 397 ; Re Jones [1953] Ch 125. Pour une explication des clauses conditionnelles, voir le point I. du premier chapitre de la seconde partie *infra*, p. 314 et suiv.

<sup>662</sup> Voir *infra* p. 328.

<sup>663</sup> E. H. BURN ET G. J. VIRGO, *op. cit.*, 2008. p. 43.

619. Avant l'arrêt *McPhail v Doulton*,<sup>664</sup> le principe de certitude quant aux bénéficiaires disposait une règle pour les « pouvoirs discrétionnaires de trust » et une autre règle pour les « pouvoirs discrétionnaires simples ». Depuis cet arrêt, le test de validité concernant la certitude est le même pour les deux. L'arrêt applique le test qui avait été appliqué aux « pouvoirs simples » dans l'affaire *Re Gulbenkian's Settlements* aux « pouvoirs discrétionnaires de trust ».

620. L'arrêt *Gulbenkian's Settlements*<sup>665</sup> disposait que le principe de certitude quant aux bénéficiaires pour les « pouvoirs simples » est respecté lorsqu'il est possible de déterminer si chaque personne individuelle est ou n'est pas membre d'une catégorie de bénéficiaires (*is or is not test*), sans qu'il soit nécessaire d'établir une liste exhaustive de tous les candidats potentiels. Cet arrêt suit la formulation de la règle établie dans l'arrêt *Re Gestetner Settlement*,<sup>666</sup> que le juge J. Harman avait mise en place dans les termes suivants : « Le principe de certitude quant aux bénéficiaires est respecté lorsque chaque postulant est un membre d'une catégorie déterminée ».

621. La règle pour les « pouvoirs de trust », avant l'arrêt *McPhail v Doulton*, était plus stricte. Dans l'affaire *IRC v Broadway Cottages Trust*,<sup>667</sup> un « pouvoir de trust » était nul pour incertitude s'il n'était pas possible, au moment où le trust entrait en opération, d'énumérer une liste complète de tous les bénéficiaires potentiels (*complete list test*). Cette règle assurait la distribution si les trustees, qui n'avaient pas respecté leurs devoirs, n'étaient pas arrivés à faire une sélection.

622. La méthode de distribution était la division égale entre les membres de la catégorie de bénéficiaires, en application du principe qu'« Egalité est Équité » (*Equality is Equity*). La division à parts égales était réalisable si on pouvait savoir combien de parts il devait y avoir.<sup>668</sup> Seulement, le problème de la détermination de la division des biens entre les bénéficiaires lorsque les trustees échouaient dans la sélection est artificiel car les cas où les trustees refusent de sélectionner les bénéficiaires ne se sont jamais présentés. En revanche, les cas où les trustees

---

<sup>664</sup> [1971] AC 424

<sup>665</sup> [1970] AC 508.

<sup>666</sup> [1953] Ch 672 au point 688.

<sup>667</sup> [1955] Ch 20.

<sup>668</sup> *Burrough v Philcox* (1840) 5 My & Cr 72.

demandent à la Cour si la sélection qu'ils ont réalisée est valable sont fréquents. En outre, la division à parts égales serait absurde dans les trusts modernes, qui sont complexes et n'ont plus comme bénéficiaires de simples membres d'une famille comme c'était le cas des trusts familiaux anciens.

623. Les règles sur la certitude quant aux bénéficiaires ne s'appliquent pas aux trusts exprès publics ou de charité anglo-américains. Pour ces derniers, l'unique règle est que le trust soit exclusivement à but charitable. Il n'est donc pas nécessaire d'identifier qui seront les bénéficiaires des œuvres de charité du trust charitable. En revanche, les règles sur les certitudes s'appliquent aux trusts non charitables à but déterminé (*non-charitable purpose trusts*) même s'ils ont des bénéficiaires indirects personnes physiques ou morales ; le but non-charitable du trust anglo-américain doit être certain.<sup>669</sup> La sélection du but non-charitable effectuée par le constituant doit être bien décrite pour passer le test de certitude et afin que la Cour juge si le trust n'est pas un trust charitable.<sup>670</sup>

624. La jurisprudence anglo-américaine exige que le trust soit opératoire, c'est-à-dire, qu'il puisse être mis en œuvre pratiquement et qu'une juridiction assure son contrôle. Cette exigence est liée à la condition de certitude des bénéficiaires puisqu'un trust ne peut être mis en œuvre que s'il existe un bénéficiaire susceptible d'agir en justice pour obliger le trustee à se conformer à sa mission.<sup>671</sup>

625. Les mentions obligatoires des trusts de droit civil garantissent leur validité « *ipso facto* ».

#### b. Mentions obligatoires des trusts de droit civil

626. Le droit civil écrit énumère les formalités à accomplir et rend peu probable qu'un trust de droit civil soit déclaré nul ou invalide. L'intention de créer une fiducie ou un fidéicommis est expresse. Une mention obligatoire de la loi panaméenne à insérer dans l'acte de fidéicommis est une déclaration expresse de la volonté de

---

<sup>669</sup> Re Astor's Settlement Trusts [1952] Ch 534.

<sup>670</sup> D. WATERS, *op. cit.*, p.9.

constituer un fidéicommiss.<sup>672</sup> Les biens et les bénéficiaires de la fiducie ou du fidéicommiss ou les conditions de leur détermination sont obligatoirement consignés dans l'acte de constitution ou ses avenants. Selon Ramses Owens, les trusts du modèle anglo-américain sont plus fréquemment déclarés nuls ou invalides. L'auteur affirme que le droit civil énonce le contenu minimum d'un fidéicommiss et les formalités à suivre pour être valide. En revanche, les trusts du modèle anglo-américain n'ont pas de législation ou de jurisprudence qui détermine le contenu minimum de leur validité.<sup>673</sup>

627. Les tribunaux de droit civil considèrent les trusts du modèle contractuel de droit civil par principe valides, effectifs et légalement constitués lorsque les éléments formels décrits dans la loi ont été respectés.<sup>674</sup> Il n'y a pas de précédent ou de jurisprudence dans lequel un fidéicommiss ou une fiducie ait été déclaré nul car fictif ou « simulé ».<sup>675</sup> Il y a d'avantage d'incertitude en ce qui concerne les conditions de création et de validité des trusts du modèle anglo-américain de propriété puisqu'ils n'ont pas de mentions obligatoires à respecter.<sup>676</sup>

628. Lorsque le constituant respecte les mentions obligatoires énumérées dans la loi au moment de la rédaction du contrat ou du testament, le trust de droit civil est automatiquement valable.<sup>677</sup> Est nul tout fidéicommiss ou fiducie sans objet ni cause, ou si l'un des deux, objet ou cause, est illicite. La totalité de l'acte de constitution ne sera pas remise en question si une ou plusieurs clauses de l'acte s'avèrent nulles, à moins que son accomplissement ne soit rendu impossible.<sup>678</sup>

629. Le contrat de fiducie ou de fidéicommiss doit consigner l'identité des constituants, des fiduciaires et des bénéficiaires, ou à défaut les règles permettant la

<sup>671</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *op. cit.*, p. 119.

<sup>672</sup> Article 9, alinéa 4 de la loi panaméenne n° 1 de 1984.

<sup>673</sup> R. OWENS, *op. cit.*, p. 12.

<sup>674</sup> RAMSES OWENS, MOSSACK FONSECA & Co. /MOSSFON TRUST CORPORATION, *article précité*, p. 481.

<sup>675</sup> RAMSES OWENS, MOSSACK FONSECA & Co. /MOSSFON TRUST CORPORATION, *idem.*, p. 482.

<sup>676</sup> R. OWENS, *ibid.*, p. 13.

<sup>677</sup> Article 2018 du Code Civil français, modifié par loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V). 677 ; article 9 de la loi panaméenne n° 1 de 1984 ; articles 2 et 4 de la loi argentine n° 24.441 sur les fidéicommiss.

<sup>678</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 625.

désignation de ces derniers.<sup>679</sup> La loi autorise les parties à stipuler en faveur de bénéficiaires qui seront déterminés après la conclusion du contrat de fiducie ou de fidéicomis.<sup>680</sup> Toutefois, pour éviter la constitution de trusts de droit civil dits « en trou noir », dans lesquels les bénéficiaires sont inconnus, il convient que les critères pour déterminer les bénéficiaires soient précisément définis dans le contrat.

*630.* L'instrument de création du fidéicomis doit contenir la désignation des substitués des bénéficiaires, s'ils ont été nommés.<sup>681</sup> Les fidéicomis dans lesquels le bénéfice est concédé à diverses personnes qui successivement se substituent à la mort de la personne précédente sont prohibés en Bolivie<sup>682</sup> et parfaitement valides au Panama.<sup>683</sup> La loi panaméenne prévoit la mise en place de catégories de bénéficiaires potentiels ou déterminables dans les trusts discrétionnaires<sup>684</sup> et le remplacement des bénéficiaires par le constituant ou par un tiers, dans les trusts révocables.<sup>685</sup>

*631.* L'instrument de constitution du trust de droit civil doit individualiser les biens, droits et sûretés, objet du fidéicomis ou de la fiducie,<sup>686</sup> décrire la portion de patrimoine transféré<sup>687</sup> ou les caractéristiques que doivent réunir les biens. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables. Il prévoit comment d'autres biens peuvent être ajoutés au patrimoine du fidéicomis,<sup>688</sup> par le constituant ou par un tiers, avec l'acceptation du fiduciaire.<sup>689</sup> L'acte doit, en outre, consigner le destin des biens à la fin du fidéicomis.<sup>690</sup>

*632.* Sont aussi consignés, dans l'acte, la désignation du ou des fiduciaires, de leurs substitués,<sup>691</sup> leur mission, l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition,<sup>692</sup> leurs droits et leurs obligations,<sup>693</sup> les prohibitions et les limitations

---

<sup>679</sup> Article 2018 du Code Civil français, alinéas 3°, 4° et 5° ; article 9, alinéa 1 de la loi panaméenne n° 1 de 1984.

<sup>680</sup> Article 2 de la loi argentine n° 24.441 sur les fidéicomis.

<sup>681</sup> Deuxième paragraphe de l'article 2 de la loi argentine n° 24.441 sur les fidéicomis ; article 9, alinéa 2 de la loi panaméenne n° 1 de 1984.

<sup>682</sup> Article 1413 du Code de Commerce bolivien.

<sup>683</sup> Article 16 de la loi panaméenne n° 1 de 1984.

<sup>684</sup> Article 18 de la loi panaméenne n° 1 de 1984.

<sup>685</sup> Article 16 de la loi n° 1 de 1984.

<sup>686</sup> Article 2018 du Code Civil français, alinéa 1° ; articles 4 a) de la loi argentine n° 24.441 sur les fidéicomis.

<sup>687</sup> Article 9, alinéa 3 de la loi panaméenne n° 1 de 1984.

<sup>688</sup> Articles 4 b) de la loi argentine n° 24.441.

<sup>689</sup> Article 2 de la loi panaméenne n° 1 de 1984.

<sup>690</sup> Articles 4 d) de la loi argentine n° 24.441.

<sup>691</sup> Article 9, alinéa 2 de la loi panaméenne n° 1 de 1984.

<sup>692</sup> Article 2018 du Code Civil français, alinéa 6°.

<sup>693</sup> Article 9, alinéa 2 de la loi panaméenne n° 1 de 1984.

imposées aux fiduciaires dans l'exercice de leurs fonctions<sup>694</sup> et les modalités de leur substitution.<sup>695</sup> Au Panama, les règles de cumul, de distribution ou de disposition des biens, revenus et produits provenant des biens du fidéicomis doivent être indiquées.<sup>696</sup>

633. La durée du transfert, le terme ou la condition stipulés doivent être mentionnés.<sup>697</sup> En Argentine, si la durée maximale de transfert de 30 ans est dépassée,<sup>698</sup> elle sera réduite à la durée légale, sans être une cause de nullité du fidéicomis. En Bolivie, sont interdits les fidéicomis dont la durée excède 30 ans, sauf si le bénéficiaire est une institution d'assistance scientifique, culturelle ou technique à fin non lucrative.<sup>699</sup> Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité, la durée du transfert, qui ne peut excéder 99 ans à compter de la signature du contrat.<sup>700</sup> Au Panama, il n'est pas nécessaire de mentionner la durée du fidéicomis.<sup>701</sup> En principe, elle peut être illimitée. En revanche, le document de constitution de la fondation d'intérêt privé doit mentionner sa durée.<sup>702</sup>

634. La loi panaméenne exige des mentions obligatoires concernant le caractère international des trusts de ce pays, telles que la désignation d'un avocat comme agent résidant dans la République de Panama qui valide l'acte constitutif du fidéicomis, le domicile du fidéicomis au Panama et une déclaration expresse que le fidéicomis est constitué selon les lois panaméennes.

635. Des mentions du droit commun des contrats telles que le lieu et la date de constitution sont obligatoires dans les juridictions de droit civil. La partie consacrée au fidéicomis du Code de Commerce bolivien détermine le contenu du contrat de fidéicomis sous la forme d'une description des droits et des obligations du constituant, du fiduciaire et des bénéficiaires et énumère les fidéicomis qui ne sont pas valides.

---

<sup>694</sup> Article 9, alinéa 6 de la loi panaméenne n° 1 de 1984.

<sup>695</sup> Articles 4 e) de la loi argentine n° 24.441.

<sup>696</sup> Article 9, alinéa 7 de la loi panaméenne n° 1 de 1984.

<sup>697</sup> Articles 4 c) de la loi argentine n° 24.441.

<sup>698</sup> A l'exception des fidéicomis constitués en faveur d'incapables, ou en cas d'investissements pour les bois cultivés dans des fonds forestiers (*Inversiones para bosques cultivados*) énoncées à l'article 30 de la loi n° 25.080 (B.O. 19/1/99) qui permet de déroger la limitation temporaire de l'article 4 c) de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin.

<sup>699</sup> Article 1413 alinéa 3) du Code de Commerce bolivien.

<sup>700</sup> Article 2018 du Code Civil français, alinéa 2°.

<sup>701</sup> Article 9 de la loi panaméenne n° 1 de 1984.

636. Des mentions spécifiques à la fiducie-sûreté sont requises ; ce n'est pas le cas des fidéicommiss constitués à titre de garantie. Une mention de « la dette garantie », effectuée à peine de nullité, révèle un principe de spécialité quant à la créance garantie ; il peut s'agir d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, pourvu qu'elles soient déterminables ; il est prudent d'en mentionner le fait générateur en matière immobilière. En outre, une estimation de la valeur du meuble ou de l'immeuble transférés dans le patrimoine fiduciaire est exigée, qui double l'exigence d'une désignation des biens transférés résultant des dispositions établies déjà à l'article 2018 alinéa 1 du Code Civil français.

637. Les trusts anglo-américains et de droit civil mettent en place un « patrimoine fiduciaire », séparé des biens du fiduciaire, qui est géré sous la forme d'un « fonds fiduciaire » (*trust fund*).

## **II. « Fonds fiduciaire » des deux modèles**

638. La séparation entre le patrimoine du trust et le patrimoine du fiduciaire qui gère le trust est fondamentale et apparaît dans les deux modèles de trusts. Elle est un élément de fonctionnement commun aux trusts anglo-américains et de droit civil. Un autre élément de fonctionnement commun aux trusts des deux modèles est le transfert de la propriété des biens du patrimoine de l'une des parties (le constituant) au patrimoine géré par un trustee ou fiduciaire.

639. Les biens transférés par le constituant n'entrent pas dans le patrimoine personnel du trustee ou fiduciaire. Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, ils constituent une masse indépendante, seulement disponible au profit des bénéficiaires. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, ils forment un patrimoine d'affectation. Puisqu'en droit civil l'enregistrement de la propriété est nécessaire, ce patrimoine d'affectation est enregistré au nom du fiduciaire, avec la mention « propriété en fiducie ou en fidéicommiss ». Donovan Waters affirme que le

---

<sup>702</sup> Article 5 alinéa 9 de la loi n° 25 sur les fondations d'intérêt privé.

modèle contractuel des trusts de droit civil conçoit le patrimoine fiduciaire (d'affectation) comme la manière du trustee de posséder les biens du trust.<sup>703</sup>

640. Le principe du transfert des biens à un patrimoine séparé de celui du constituant n'est pas modifié si le constituant ou le protecteur gardent certaines prérogatives sur le trust. Les trusts des deux modèles sont en principe irrévocables, excepté si une clause contraire est établie, de manière expresse, dans l'acte de constitution. Ils sont présumés « irrévocables » et « discrétionnaires ».<sup>704</sup> Un trust est discrétionnaire lorsque le trustee a le contrôle effectif du trust. Le fiduciaire a tous les droits inhérents à la propriété de ce patrimoine en trust mais il doit respecter les objectifs stipulés dans l'acte de constitution et les devoirs et obligations fiduciaires que lui impose la loi. Il gère et dispose librement des biens du fonds fiduciaire selon les conditions décrites dans le document de constitution.

641. Dans les deux modèles de trusts, le patrimoine fiduciaire est insaisissable par les créanciers du fiduciaire et du constituant, sauf en cas de fraude, ou par les créanciers des bénéficiaires. Le patrimoine répond uniquement des obligations découlant de la gestion du trust.

642. Il convient d'expliquer le transfert des biens créant le patrimoine fiduciaire jusqu'à son extinction (A) et d'analyser ensuite son étanchéité (B).

#### ***A. Transfert des biens et patrimoine fiduciaire***

643. Le transfert de la propriété des biens du constituant au fiduciaire entraîne, dans les deux modèles de trusts, la constitution d'un patrimoine fiduciaire, isolé des autres biens du fiduciaire, avec un actif et un passif propres, et dont le fiduciaire est titulaire car il a la « propriété légale fiduciaire ». Le fiduciaire est à la tête d'au moins deux patrimoines, son patrimoine propre et un ou plusieurs patrimoines fiduciaires.

644. La fin du trust entraîne le transfert du patrimoine fiduciaire aux bénéficiaires, du moins si l'exécution du trust n'a pas épuisé les biens et droits transmis par le

---

<sup>703</sup> D. WATERS, *op. cit.*, p. 6.

<sup>704</sup> Articles 7 et 25 de la loi N° 1 sur le fidéicomis panaméen.

constituant au fiduciaire. Les causes d'extinction des trusts des deux modèles sont diverses. Certaines produisent des controverses : le décès du constituant pour les fiducies-gestion du modèle contractuel des trusts de droit civil et la demande de tous les bénéficiaires majeurs de mettre fin au trust, selon la jurisprudence *Saunders v. Vautier*, qui n'est pas acceptée aux Etats Unis dans le modèle anglo-américain de trust.

645. Il convient de traiter, dans les deux modèles de trusts anglo-américains et de droit civil, le fonctionnement du fonds fiduciaire (a.), et d'expliquer les différentes modalités quant à la fin des trusts des deux modèles (b.)

a. Fonctionnement du « fonds fiduciaire »

646. **Création du fonds fiduciaire.** La loi impose une seule obligation à la charge du constituant : le transfert des biens dans le patrimoine fiduciaire. Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, les biens meubles sont valablement transférés par leur livraison, par l'acceptation d'une donation ou par un engagement unilatéral irrévocable. Dès que le titre incorporant les droits ou intérêts a été remis au destinataire, le transfert est achevé.<sup>705</sup>

647. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, le contrat peut aménager les modalités du transfert et mettre à la charge du constituant d'autres obligations. L'acte de constitution doit transférer la propriété des biens au fiduciaire, faute de quoi celui-ci n'est pas qualifié de fiducie ou de fidéicommiss. Si le contrat ne contient aucune disposition sur cette question, le constituant a une obligation de délivrance dès la conclusion du contrat de constitution du trust de droit civil. Le fiduciaire dispose alors, par l'effet du contrat, d'une action en revendication contre le constituant.

648. La procédure d'agrément, énoncée dans la loi ou les statuts, doit être respectée lorsque le constituant remet au fiduciaire des droits sociaux dont la

---

<sup>705</sup> Re Rose 1952, Ch. 449 et *Mascall v. Mascall*, 1984, 49 P.& C.R. 119.

transmission est soumise à ce préalable.<sup>706</sup> Le transfert des parts, dans le cadre d'une fiducie ou d'un fidéicomis, constitue une cession dans la mesure où il a pour conséquence d'entraîner une modification de la répartition des parts sociales.<sup>707</sup> Il en est de même lorsque l'obligation d'agrèer un nouvel associé est imposée par une clause des statuts de la société émettrice.

**649. Usage et jouissance des biens par les bénéficiaires.** Dans les deux modèles de trusts, la mise à disposition des biens du trust et les modalités de jouissance de ces biens immeubles ou meubles par les bénéficiaires sont habituellement consignées dans le testament ou autre acte de constitution. Les biens transmis au trust peuvent donc rester en la possession, l'usage et la jouissance des bénéficiaires ou du constituant s'il est aussi bénéficiaire. Le constituant a tout intérêt à aménager soigneusement les modalités selon lesquelles les biens sont mis à la disposition des bénéficiaires. En principe, aucune autre convention de mise à disposition entre le fiduciaire et les bénéficiaires n'est nécessaire.

**650.** La loi autorise, en France, la mise à disposition des biens de la fiducie au profit du constituant,<sup>708</sup> sans spécifier que le constituant doit être aussi bénéficiaire pour pouvoir alors en user et en jouir. Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, une convention à cette fin est conclue. Elle peut être soumise ou non aux dispositions réglementant la location-gérance<sup>709</sup> ou le bail commercial.<sup>710</sup>

**651.** Le Cabinet Lefebvre<sup>711</sup> conseille « *d'avoir recours à des contrats nommés (location, prêt à usage), qui permettent l'application des règles supplétives applicables à la convention retenue* ». Le constituant est alors non seulement bénéficiaire mais aussi locataire ou emprunteur des biens de la fiducie. Cette mesure

---

<sup>706</sup> La loi prévoit en France une procédure d'agrément pour la cession des parts de sociétés en nom collectif (SNC), disposé à l'article L.221-13 du code de Commerce, des sociétés en commandite simple, à l'article L.228-8 du même Code, et des sociétés civiles, à l'article 1861 du Code Civil.

<sup>707</sup> En France, cette règle est aussi applicable aux donations (CA Bordeaux 4-1-1961 : Rev. Sociétés 1961, p. 65), les échanges ou les apports isolés (Cass. Com. 21-1-1970 : JCP G 1970 II n° 16541 note B. Oppetit), ainsi que la communauté des biens entre époux (CA Rouen 27-11-1986 : Gaz. Pal. 1987 p. 335 note APS).

<sup>708</sup> Article 2018-1 du code Civil français, créé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>709</sup> Article L.144-1 et suivants du Code de Commerce.

<sup>710</sup> Article 145-1 et suivants du même Code.

<sup>711</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *loc. cit.*, n° 3312, p. 129.

est habituelle en cas de fiducie-sûreté portant sur des biens nécessaires à l'activité du constituant<sup>712</sup> pour sauvegarder son entreprise en cas de procédure collective.<sup>713</sup> Sinon, elle est totalement inutile dans le cadre d'une fiducie-gestion.

652. Aucune définition légale de la mise à disposition n'existe, notamment lorsque la fiducie porte sur des droits sociaux. Si, dans le cadre d'une telle mise à disposition le constituant peut recueillir les dividendes des actions ou parts sociales, ce qui paraît logique puisque le constituant est taxé sur ces revenus, la question est plus délicate pour le droit de vote.<sup>714</sup> Comme le droit de vote est attaché à la qualité d'associé, il n'est pas évident de permettre au constituant de l'exercer directement. Il ne peut logiquement pas exercer les droits de vote lui-même mais obligatoirement à travers le fiduciaire, en se réservant, dans le contrat de fiducie-gestion, la possibilité de lui donner des consignes de vote.<sup>715</sup>

653. **Recours des créanciers au fonds fiduciaire.** Dans le modèle anglo-américain des trusts, lorsque les obligations des trustees résultent de la gestion courante et autorisée du trust, les trustees ont un droit d'indemnité en relation équitable et directe avec les biens du trust. Ce droit permet au trustee de payer les dépenses avec les biens du trust ou d'être remboursé s'il les paie sur son patrimoine personnel, à condition que l'état des comptes entre les trustees et les bénéficiaires donne un résultat positif en faveur du trustee qui lui permet de s'indemniser. Le bilan doit tenir compte des pertes dues à des inexécutions ou à des mauvaises exécutions du trust (*breaches of trust*).

654. La règle est que si le trustee paie à partir de son patrimoine, il a droit au remboursement des dépenses qu'il encourt dans la gestion du trust. De ce fait, les créanciers dont la créance est née de la gestion des biens en trust ne peuvent pas saisir directement les actifs du trust. Ils ont un recours indirect, par voie de subrogation, si le trustee a lui-même une créance en remboursement ou en indemnisation, ce qui lui permet de se désintéresser sur les actifs. Le recours n'existe que si le créancier se met à la place du trustee (*steps into the shoes of the trustee*).

---

<sup>712</sup> La loi française envisage elle-même à plusieurs reprises cette hypothèse aux articles 2018-1 du Code Civil français et L.622-13, VI, L.622-23-1, L.624-16, L.631-14, alinéa 4, L.641-11-1, VI et L.642-7, alinéa 5 du Code de Commerce.

<sup>713</sup> Voir *infra* p. 365 sur les trusts de garantie de droit civil

<sup>714</sup> S. LEROND, « La Fiducie-gestion dans un cadre patrimonial », 27/03/2009, © CMS Bureau Francis Lefebvre 2011.

655. Le recours en subrogation suscite des difficultés pratiques. Etant donné que les créanciers se mettent à la place du trustee par subrogation, leurs droits sont exactement ceux du trustee. Ils doivent démontrer que leurs créances proviennent de la gestion courante et autorisée du trust et que l'état des comptes entre le trustee et les bénéficiaires donne un bilan positif permettant de couvrir les dettes.<sup>716</sup> Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, le fiduciaire paie directement avec les biens de la fiducie ou du fidéicomis les détenteurs de créances nées de la gestion courante et autorisée du fidéicomis ou de la fiducie. Les créanciers n'ont pas besoin de subroger au fiduciaire pour être payés.

656. **Gestion courante du fonds fiduciaire.** Le patrimoine fiduciaire transmis par le constituant au moment de la conclusion du trust a naturellement vocation à subir des évolutions durant l'exécution du trust anglo-américain, de la fiducie ou du fidéicomis. Les biens et droits transférés produiront des fruits et revenus et le fiduciaire peut être conduit à engager des dépenses. Le constituant a intérêt à préciser dans l'acte de constitution la destination des fruits et revenus des biens et des droits transférés.

657. Il peut, par exemple, prévoir qu'ils seront capitalisés et employés à l'accroissement de l'actif par l'achat des nouveaux biens ou droits, ou préférer les distribuer aux bénéficiaires désignés au fur et à mesure de leur perception. Si l'acte de constitution est muet sur cette question, le fiduciaire est libre d'en disposer dans les limites de la mission qui lui a été confiée et des pouvoirs dont il dispose. Dans les trusts de droit civil, le registre des biens consigne expressément le caractère fiduciaire de la propriété.<sup>717</sup> Les actes de vente ou d'acquisition sont constatés dans les registres correspondants.<sup>718</sup>

---

<sup>715</sup> Voir le deuxième titre de la seconde partie de cette thèse sur les spécificités de la fiducie en France, *infra* p. 463-464.

<sup>716</sup> D. J. HAYTON, *loc. cit.*, p. 32. Voir *Mersey Docks & Harbour Board Trustees v Gibb* (1866) LR 1 HL 93 ; *Re Christian Brothers of Ireland in Canda* (2000) 184 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 445, 3 I.T.E.L.R. 34.

<sup>717</sup> Article 1 du décret argentin n° 780/95.

<sup>718</sup> Articles 13 et 14 de la loi argentine n° 24.441 sur les fidéicomis.

658. Le fonds fiduciaire comprend des éléments d'actif et de passif.<sup>719</sup> Le fiduciaire établit des comptes annuels au titre de chaque trust qu'il gère, comportant un bilan, un compte de résultat et une annexe. Les exigences légales relatives à l'information comptable applicables aux trusts sont celles utilisées en matière des sociétés et plus largement concernent les obligations comptables applicables à tous les commerçants.<sup>720</sup>

659. Pour que les biens transférés au trust de droit civil soient incorporés à la comptabilité du trust, il faut que la cession des biens du constituant au fidéicomis ou à la fiducie soit traitée comme une « vente » dans la comptabilité du constituant.<sup>721</sup> Par la suite, toutes les opérations réalisées postérieurement au transfert de constitution du trust de droit civil et qui résultent de la gestion et de l'accomplissement de la mission du fiduciaire, sont enregistrées dans la comptabilité du fidéicomis ou de la fiducie, conformément à la nature de l'affectation du patrimoine et constatent les variations quantitatives et qualitatives du patrimoine fiduciaire.

660. **Responsabilité des trustees vis-à-vis du fonds fiduciaire.** Dans le modèle des trusts anglo-américains de propriété, les trustees sont responsables personnellement, conjointement et totalement, sur la totalité de leurs patrimoines personnels des dettes et des obligations contractuelles. Ils sont responsables aussi des obligations délictuelles et quasi-délictuelles et des impôts résultant de leurs actes ou omissions en tant que trustees.<sup>722</sup> Mais, il peut être stipulé qu'ils ne sont pas responsables personnellement : leur responsabilité est limitée exclusivement à tout recours dirigé contre les biens du trust ou lorsque la loi le dispose ainsi.<sup>723</sup>

661. Les trustees ne sont pas mandataires des bénéficiaires (*beneficiaries' agents*). A ce titre, les bénéficiaires ne sont pas responsables vis-à-vis des créanciers du trust.

---

<sup>719</sup> Arrêté du 11 décembre 2008 portant homologation des règlements n° 2008-01, n° 2008-02, n° 2008-03, n°2008-04, n° 2008-05 et n° 2008-06 du Comité de la réglementation comptable en France.

<sup>720</sup> Articles 36 à 65 du Code de Commerce bolivien, avec les spécificités décrites à l'article 48 du même Code concernant la comptabilité des banques et au Décret n° 15196 du 20 décembre 1977 pour les sociétés par actions ; articles 43 à 67 du Code de Commerce Argentin, article 63 de la Loi des sociétés commerciales, articles 61 à 66 de la loi argentine n° 19.550, modifiée par la loi 22.903 ; articles L. 123-12 à L. 123-15 du code de commerce français.

<sup>721</sup> En Argentine, le transfert effectif du contrôle des biens en fidéicomis doit pouvoir être vérifié, suivant les dispositions du rapport N° 28 C.E.C. – C.P.C.E.C.F. d'août 1997. (*Informe n° 28 de la Comision de Estudios sobre la Contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Economicas de la Capital Federal*)

<sup>722</sup> X v A [2000] 1 All E.R. 490.

<sup>723</sup> Par exemple dans la loi des impôts sur les successions de 1984, section 204, (*Inheritance Tax Act*).

Lorsque les bénéficiaires sont en pleine capacité et collectivement titulaires de la totalité de la propriété sur les biens du trust, les trustees ont un droit personnel d'indemnité contre eux ;<sup>724</sup> ce droit peut être exercé par les créanciers par voie de subrogation.

662. Les trustees charitables sont obligés de recourir aux fonds du trust, publics et charitables, pour dédommager les victimes de quasi-délits. Ceci arrive lorsque les membres de l'organisation publique ou les employés, appliquant de façon erronée le but charitable ou d'intérêt public, déclenchent leur responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Avec le Trustee Act 2000, les trustees sont désormais libres d'assurer les biens contre tous les risques. Ce pouvoir était restreint dans l'ancienne loi de 1925. Les trustees passifs (*bare trustees*) doivent demander l'avis des bénéficiaires pour contracter des assurances.

663. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, le contrat ne peut pas dispenser le fiduciaire, ses subordonnés ou agents des fautes dolosives ou par grave négligence qu'ils pourraient commettre. La règle générale est de ne pas dispenser de la faute dolosive, à savoir l'intention ou la volonté de nuire, mais de limiter la responsabilité du fiduciaire en cas de négligence, c'est-à-dire, manque de diligence ou de compétence.

664. En Argentine, il existe un niveau de haute responsabilité du fiduciaire ;<sup>725</sup> il est responsable si le dommage est le résultat de sa négligence, c'est-à-dire, en cas de légèreté ou d'ignorance des choses qu'il aurait dû connaître, ou de son comportement dolosif, avec intention de nuire. La responsabilité objective du fiduciaire<sup>726</sup> est limitée à la valeur du bien en fidéicomis, dont le risque ou le vice est la cause du dommage et lorsque le fiduciaire n'a pas pu raisonnablement s'assurer.<sup>727</sup> Il existe une grande controverse de la doctrine argentine sur la portée de l'obligation « raisonnable » du fiduciaire de prendre une police d'assurance.<sup>728</sup>

---

<sup>724</sup> Balkin v Peck (1998) 1 I.T.E.L.R.717, (1998) 43 N.S.W.L.R. 766.

<sup>725</sup> Article 7 de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin.

<sup>726</sup> Enoncée à l'article 1113 du Code Civil argentin.

<sup>727</sup> Article 14 de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin.

<sup>728</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *op. cit.*, p. 148 et 149.

665. En Bolivie, la responsabilité du fiduciaire se mesure autour de la notion de gestion en « bon père de famille », c'est-à-dire, une gestion nette de toute faute qu'un bon père de famille ne commettrait pas. C'est le même niveau de responsabilité que celle demandée aux mandataires.<sup>729</sup> Pour la doctrine bolivienne,<sup>730</sup> le fiduciaire a tout intérêt à stipuler dans l'acte de constitution la faculté de contracter des polices d'assurance car l'article 1414 2) du Code de Commerce bolivien dispose que le fiduciaire ne peut assurer les biens du fidéicomis que s'il en a été stipulé ainsi dans l'acte de constitution.

666. En France, seul le patrimoine personnel du fiduciaire répond de ses fautes de gestion car le fiduciaire est responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.<sup>731</sup> Le fiduciaire engage sa responsabilité en termes d'obligation de moyens et ne bénéficie d'aucune immunité, puisqu'il doit répondre de ses fautes et du manquement à ses propres obligations intégralement sur son patrimoine propre. Comme le fiduciaire, le mandataire<sup>732</sup> répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. La responsabilité est appliquée moins rigoureusement au mandat à titre gratuit qu'au mandat rémunéré, même si on imagine mal un fiduciaire agissant à titre gratuit.<sup>733</sup>

667. La source principale de responsabilité du fiduciaire se trouve dans l'inexécution de la mission qu'il a acceptée, dans le cadre du contrat de fiducie-gestion ou de fiducie-sûreté conclu avec le constituant.<sup>734</sup> Philippe Delebecque<sup>735</sup> se demande s'il faut transposer la jurisprudence reconnaissant la validité des clauses d'exonération, sous réserve du dol et de la faute lourde du débiteur, et valoriser la validité de telles clauses pour la fiducie. Il est possible de s'inspirer de la jurisprudence rendue en matière de mandat qui présume la responsabilité du mandataire en cas d'inexécution de sa mission et qui subordonne cette responsabilité à la preuve d'une faute en cas de mauvaise exécution.

---

<sup>729</sup> Articles 815, I du Code Civil bolivien et 1427 du Code de commerce. C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado, loc., cit.*, p. 1333 et 1334.

<sup>730</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado, ibid.*, p. 1334.

<sup>731</sup> Article 2026 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>732</sup> Article 1992 du Code Civil français, créé par Loi 1804-03-10 promulguée le 20 mars 1804.

<sup>733</sup> Ph. DELEBECQUE, *op.cit.*, p. 29 et suiv.

<sup>734</sup> P. BERGER, « La responsabilité de l'avocat fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant, Journées Nationales Tome XV, Dalloz, 2011, p.42.

<sup>735</sup> Ph. DELEBECQUE, *ibid.*, p. 29 et suiv.

668. En effet, lorsque la responsabilité du fiduciaire est recherchée, son avocat invitera le juge à constater que la simple inexécution des obligations que le contrat met à la charge du fiduciaire ne l'oblige pas à réparation. Il faut encore que cette inexécution soit fautive. Celle-ci ne peut pas être établie par le seul résultat manqué. Le constituant et les bénéficiaires devront prouver la transgression des termes du contrat. Selon Jean Paul Béraudo,<sup>736</sup> en l'état actuel du droit où les termes « faute » et « négligence » sont régulièrement associés en une sorte de stéréotype juridique, l'absence de la négligence induit l'analyse que le législateur a envisagé la seule faute délibérée. Nous sommes loin, même à l'opposé, des « *fiduciary duties* » imposés par l'*Equity* au trustee anglo-américain.

669. La responsabilité contractuelle et sa prescription peuvent être aménagées par les parties. Cette responsabilité peut être limitée ou plafonnée mais difficilement exclue. On peut donc imaginer des clauses prévoyant que le fiduciaire n'engage sa responsabilité que devant telle ou telle faute et qu'il ne répond que de tel dommage à l'exclusion de tel autre.<sup>737</sup> Selon Pierre Berger,<sup>738</sup> il est peu opérationnel de qualifier l'obligation du fiduciaire d'obligation de moyens ; certes, l'affirmation est juste et il appartient à celui qui met la responsabilité civile du fiduciaire en cause de prouver la faute de ce dernier, mais il sera de bonne technique contractuelle d'éviter le risque de voir le juge se livrer à une appréciation abstraite de la faute en l'absence de critères précis quant au contenu de l'obligation et donc de son inexécution. L'appréciation de la responsabilité du fiduciaire s'effectuera par la confrontation entre la réalité des faits, le contenu et la définition de la mission.

670. A l'égard des tiers, la responsabilité du fiduciaire est délictuelle et ne peut pas être aménagée par le contrat de fiducie.<sup>739</sup> Pour la jurisprudence contemporaine, toute faute contractuelle est en même temps, à l'égard des tiers, une faute délictuelle, les tiers étant les plus souvent les créanciers. Les créances délictuelles ou quasi-délictuelles ne peuvent pas être poursuivies sur le patrimoine de la fiducie, même si la

---

<sup>736</sup> J. P. BERAUDO, « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie... », *op. cit.*, p. 135-136.

<sup>737</sup> Ph. DELEBECQUE, *ibid.*, p. 29 et suiv.

<sup>738</sup> P. BERGER, *ibid.*, p. 42.

<sup>739</sup> Article 1382 du Code Civil français.

faute du fiduciaire les ayant générées est commise pendant la gestion de ce patrimoine : seul le patrimoine du fiduciaire répond de ses fautes.<sup>740</sup>

671. De la même manière, au Panama, le fiduciaire est responsable des pertes ou de la détérioration des biens du fidéicomis s'il ne porte pas l'attention d'un bon père de famille dans l'exécution de celui-ci. L'instrument de constitution du fidéicomis peut fixer des limitations à la responsabilité du fiduciaire mais ne peut pas l'exempter de sa responsabilité en cas de grave négligence ou de comportement dolosif.<sup>741</sup>

672. Pour écarter complètement son patrimoine propre des poursuites des tiers avec lesquels le fiduciaire contracte au bénéfice du fidéicomis ou de la fiducie, le fiduciaire a intérêt à préciser dans tous les actes qu'il agit « *ès qualités* ». Tous ses actes sont conclus en sa qualité de fiduciaire et dans le cadre de sa mission de gestion et de conservation du patrimoine fiduciaire.<sup>742</sup> Il se réserve ainsi une présomption de fait que le créancier a la charge de combattre pour établir que l'acte est étranger à son patrimoine personnel.

673. La gestion du fonds fiduciaire prend fin à l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition.

#### *b. Fin des trusts anglo-américains et de droit civil*

674. Les trusts du modèle anglo-américain de propriété et les trusts du modèle contractuel de droit civil prennent fin de plein droit à la survenance du terme ou à l'accomplissement de la condition.<sup>743</sup> La durée du transfert des biens et droits du constituant au fiduciaire, le terme ou la condition, sont stipulés dans l'acte de constitution.<sup>744</sup>

---

<sup>740</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *loc. cit.*, n° 3617, p. 138.

<sup>741</sup> Article 27 de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicomis.

<sup>742</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *op. cit.*, p. 156.

<sup>743</sup> Selon les articles 25 a) de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin, article 1421 1) et 2) du Code de Commerce bolivien, article 2029 du Code Civil français et les articles 6 et 33 6) de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicomis.

<sup>744</sup> Selon les articles 4 c) de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin, article 1413 3) du Code de Commerce bolivien, article 2018 2° du Code Civil français, à peine de nullité.

675. Les trusts de droit civil prennent fin à la réalisation du but poursuivi,<sup>745</sup> une fois qu'ils ont épuisé leur objet, même s'ils ne sont pas encore arrivés à leur terme. Ils prennent fin aussi en cas d'impossibilité de réalisation du contrat de fiducie ou de fidéicommiss.<sup>746</sup> La résiliation judiciaire du contrat, pour inexécution par une partie de ses obligations, est toujours possible, en application du droit civil des contrats.<sup>747</sup> En matière de stipulation pour autrui, la Cour de Cassation française a jugé que, même si le bénéficiaire a accepté la stipulation, le promettant peut lui opposer l'exception tirée de l'inexécution du contrat principal.<sup>748</sup>

676. Le trust de droit civil prend fin lorsque la totalité des bénéficiaires renoncent ou décèdent,<sup>749</sup> sans avoir des substitués, ou pour toute autre cause prévue dans le contrat<sup>750</sup> dont le décès du constituant.<sup>751</sup> En France, le décès du constituant met fin aux fiducies-gestion<sup>752</sup> et non lorsque la propriété est cédée à titre de garantie en vertu d'un contrat de fiducie-sûreté.<sup>753</sup> La révocation par le constituant de la fiducie<sup>754</sup> ou du fidéicommiss dans les fidéicommiss révocables met aussi fin au trust.<sup>755</sup> Par un principe du droit des trusts, la confusion des qualités de fiduciaire et de bénéficiaire en une seule personne met fin au fidéicommiss,<sup>756</sup> s'il ne s'agit pas d'un fidéicommiss à titre de garantie.<sup>757</sup>

677. La disparition du fiduciaire, c'est-à-dire sa dissolution ou sa liquidation judiciaire, met fin au fidéicommiss bolivien,<sup>758</sup> dans le cas extrême d'impossibilité de substitution du fiduciaire par absence d'une autre banque fiduciaire.<sup>759</sup> En France, si le fiduciaire est avocat, la fiducie prend fin en cas d'interdiction temporaire, de

---

<sup>745</sup> Article 1421 5) du Code de Commerce bolivien, article 2029 du Code Civil français.

<sup>746</sup> Article 1421 5) du Code de Commerce bolivien les articles 6 et 33 1) et 2) de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicommiss.

<sup>747</sup> Suivant les dispositions de l'article 1184 du Code Civil français.

<sup>748</sup> Cass. 1ère civ. 29.11.1994 n° 1617 : RJDA 4/95 n° 396.

<sup>749</sup> Article 1421 3) du Code de Commerce bolivien, par décès des bénéficiaires. Article 2029 du Code Civil français, si tous les bénéficiaires renoncent. Article 33 3) de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicommiss, par renonciation des bénéficiaires ou leur décès.

<sup>750</sup> Selon les articles 25 c) de la loi 24.441 sur le fidéicommiss argentin et 33 6) de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicommiss.

<sup>751</sup> Article 1421 3) du Code de Commerce bolivien.

<sup>752</sup> Article 2029 du Code Civil français. Articles 2372-1, al. 2 et 2488-1, al. 2.

<sup>753</sup> Articles 2372-1, al. 2 et 2488-1, al. 2.

<sup>754</sup> Article 2028 du Code Civil français.

<sup>755</sup> Selon les articles 25 b) de la loi 24.441 sur le fidéicommiss argentin, article 1421 7) du Code de Commerce bolivien et de l'article 7 de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicommiss.

<sup>756</sup> Voir dans la première partie de cette thèse le chapitre I, première section, I, B, b. « Le fiduciaire ne profite point du trust », *supra* p. 60.

<sup>757</sup> Voir *supra* p. 57 et suiv.

<sup>758</sup> Article 1421 4) du Code de Commerce bolivien.

<sup>759</sup> Article 1421 8) du Code de Commerce bolivien.

radiation ou d'omission du tableau, sauf stipulations du contrat prévoyant les conditions dans lesquelles le contrat se poursuit.<sup>760</sup>

678. Un principe du droit des trusts est que la disparition du fiduciaire ne met pas fin au trust : le fiduciaire doit être remplacé, suivant la procédure énoncée dans l'acte de constitution, dans la loi ou par le juge. Le mécanisme de substitution du fiduciaire doit être prévu dans l'acte de constitution,<sup>761</sup> sinon son remplacement est confié par la loi au juge.<sup>762</sup>

679. Le « Trustee Act 1925 »<sup>763</sup> prévoit que lorsqu'un trustee, l'original ou un substitué, nommé par la Cour ou d'une autre manière, décède, ou reste en dehors du Royaume-Uni pendant plus de 12 mois, ou veut renoncer à ses devoirs dans le trust ou à ses pouvoirs fiduciaires, ou devient incapable, un nouveau trustee est nommé. La nomination est effectuée par la personne qui a le pouvoir de le nommer dans l'acte de constitution, ou par les autres trustees qui restent ou par leurs représentants légaux. Cette règle s'applique aussi en cas de dissolution de la personne morale qui a la qualité de trustee. Le principe garantit la continuité du trust et l'accomplissement du but pour lequel le constituant l'a créé.

680. L'article 22 de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicomis énonce qu'en cas de décès, incapacité, révocation ou démission du fiduciaire, sans avoir de substitut, le juge compétent pourra nommer un substitut à la demande du fiduciaire, du constituant, ou à défaut de ce dernier, à la demande des bénéficiaires ou du Ministère Public si les bénéficiaires sont des mineurs ou des incapables, et ordonnera le transfert des biens du fidéicomis au nouveau fiduciaire remplaçant nommé. La demande devra être formulée dans un délai de 3 ans à compter de la disparition du fiduciaire. Après ce délai et sans demande de remplacement, le fidéicomis prend fin automatiquement.

681. La décision des bénéficiaires peut, sous certaines conditions, mettre fin de façon anticipée au trust. La législation sur le fidéicomis bolivien énonce expressément que le fidéicomis peut prendre fin par accord mutuel entre le

---

<sup>760</sup> Article 2029 du Code Civil français.

<sup>761</sup> Articles 4 e) de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin

<sup>762</sup> Articles 10 de la loi 24.441.

constituant et les bénéficiaires.<sup>764</sup> Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, il existe une différence entre les droits des trusts en Angleterre et aux Etats-Unis quant à la modification et la fin des trusts irrévocables. Lorsque le but pour lequel le constituant a constitué le trust n'est plus valable et lorsque les bénéficiaires de façon unanime acceptent un tel changement, le trust prend fin en Angleterre.

682. La jurisprudence *Saunders v. Vautier*<sup>765</sup> permet aux bénéficiaires de mettre fin au trust lorsque tous les intéressés sont investis de la totalité des droits de propriété équitable sur les biens du trust. Il faut que les bénéficiaires le demandent à l'unanimité. Par contre, aux Etats-Unis, les lois américaines sur les trusts privilégient la volonté du constituant plutôt que celle des bénéficiaires.<sup>766</sup> Mais, comme en Bolivie, une tendance moderne énoncée dans le « *Restatement (Third) of Trusts* » américain permet aux bénéficiaires de demander à l'unanimité la fin du trust ou la modification des conditions de celui-ci avec l'accord du constituant ou l'approbation de la Cour.

683. La fin du trust entraîne le transfert du patrimoine fiduciaire aux bénéficiaires, sans mise en demeure,<sup>767</sup> ou à leurs héritiers,<sup>768</sup> sauf stipulation contraire.<sup>769</sup> Lorsque le contrat prend fin en l'absence de bénéficiaires, les biens présents dans le patrimoine fiduciaire retournent de plein droit au constituant<sup>770</sup> ou à ses héritiers.<sup>771</sup> Sans disposition précise sur le destin des biens en fidéicommiss ou fiducie, le fiduciaire doit les transférer à l'Etat, (aux Trésors Nationaux), suivant les dispositions légales pertinentes ;<sup>772</sup> ils ne restent jamais au pouvoir du fiduciaire.<sup>773</sup>

---

<sup>763</sup> Trustee Act 1925, 36.1) et 3).

<sup>764</sup> Article 1421 6) du Code de Commerce bolivien, sans préjudice des droits du fiduciaire.

<sup>765</sup> 41 E.R. 482 (1841).

<sup>766</sup> Voir *supra* p. 74 et suiv. sur les évolutions du modèle anglo-américain des trusts.

<sup>767</sup> Arrêt de la Salle C Commerciale Argentine (CNCCom) du 26 mars 1999 « Fernandez, Jorge et autre c. Compania Financiera Universal SA et autres, JA, 2000-I-394.

<sup>768</sup> Article 26 de la loi 24.441 sur le fidéicommiss argentin.

<sup>769</sup> Article 1422 du Code de Commerce bolivien.

<sup>770</sup> Article 2024 du Code Civil français.

<sup>771</sup> Article 1422 du Code de Commerce bolivien.

<sup>772</sup> Article 34 de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicommiss.

<sup>773</sup> Article 1423 du Code de Commerce bolivien.

684. Si l'extinction du trust donne au fiduciaire l'obligation de transférer les biens aux bénéficiaires,<sup>774</sup> en pratique, le transfert des biens peut prendre plusieurs jours, voire des semaines ou des mois. Lorsqu'il s'agit des trusts de droit civil qui ont un patrimoine important, il faut procéder au changement de propriétaires dans les registres correspondants selon la nature des biens, immeubles ou meubles sujets à registre, hypothèques et sûretés ou fonds de commerce.

685. Même si à l'arrivée du terme le trust prend fin de plein droit, la séparation entre le patrimoine fiduciaire et le patrimoine personnel du fiduciaire ne disparaît pas ; les biens du trust qui sont encore en possession du fiduciaire n'intègrent pas son patrimoine propre et font peser sur le fiduciaire une obligation de restitution sinon, le principe d'interdiction au fiduciaire d'acquérir les biens du trust ne serait pas respecté.<sup>775</sup> Les créanciers des bénéficiaires peuvent exercer les actions correspondantes pour obtenir la restitution.<sup>776</sup>

686. Par analogie, les règles du mandat peuvent être appliquées à la fin du trust de droit civil.<sup>777</sup> Le fiduciaire est obligé de clôturer toutes les opérations fiduciaires avec diligence sans interrompre abruptement sa gestion. Tant qu'il n'a pas transféré la totalité des biens du trust de droit civil aux bénéficiaires désignés dans l'acte de constitution, il a encore l'obligation de gérer les biens.<sup>778</sup> Lorsque le fiduciaire a un doute sur la portée de ses obligations pour clore de façon adéquate le trust, il peut demander des instructions aux bénéficiaires qui ont le droit de recevoir les biens<sup>779</sup> ou, en cas extrême, au juge.<sup>780</sup>

687. Avant l'expiration du contrat de fiducie ou de fidéicommis, les créanciers dont les créances sont nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire doivent procéder à la saisie des biens et droits le composant entre les mains du

---

<sup>774</sup> Article 1414 5) du Code de Commerce bolivien.

<sup>775</sup> Article 7 de la loi 24.441 sur le fidéicommis argentin ; article 1423 du Code de Commerce bolivien.

<sup>776</sup> F. J. LOPEZ DE ZAVALIA, *loc. cit.*, p. 90.

<sup>777</sup> Article 1427 du Code de Commerce bolivien.

<sup>778</sup> Arrêt de la Salle « E » Commerciale (CNCom) d'Argentine du 8 août 2003, « Albus SRL en procédure de redressement, incident du Banco Finansur, LA LEY, du 2/1/2004, p. 3.

<sup>779</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *op. cit.*, p. 168.

<sup>780</sup> Article 1425 du Code de Commerce bolivien.

fiduciaire, seul propriétaire de ces biens ou droits.<sup>781</sup> Une fois le contrat fiduciaire expiré, les créanciers ne peuvent plus saisir le patrimoine fiduciaire qui a disparu ; les biens ou droits le composant ont été remis aux bénéficiaires ou, le cas échéant, au constituant, et ils font partie intégrante de leurs patrimoines respectifs.

688. François Barrière estime « *légitime de considérer que les créanciers nés au titre du patrimoine fiduciaire devraient être désintéressés avant tout transfert universel et que le transfert de plein droit prévu par la loi ne pourra concerner que le reliquat d'actifs non nécessaire à son paiement.* »<sup>782</sup> Néanmoins, aucune disposition légale dans les législations étudiées n'oblige le fiduciaire à désintéresser les créanciers du fonds fiduciaire pour réaliser un transfert des biens aux bénéficiaires net de toute créance, d'autant plus s'il s'agit de créances litigieuses. Dans ce cas, le désintéressement des créanciers à la seule initiative du fiduciaire peut être contraire aux intérêts des bénéficiaires.

689. Le fiduciaire doit rendre compte de sa mission au moment où le contrat prend fin car l'extinction du fidéicomis ou de la fiducie est une circonstance extraordinaire qui justifie que le fiduciaire réalise un compte rendu final. Les législations bolivienne et panaméenne disposent expressément que le fiduciaire doit rendre compte de sa gestion aux bénéficiaires ou au constituant à la fin du fidéicomis.<sup>783</sup> Au Panama, en l'absence de bénéficiaires et si le transfert va au Trésor National, le fiduciaire doit soumettre un compte rendu final à l'approbation du juge compétent.<sup>784</sup>

690. En France, les parties ont intérêt à prévoir la reddition finale des comptes dans le contrat<sup>785</sup> car l'article 2022 du Code Civil français ne le prévoit pas expressément. En Argentine, ce compte rendu final est dû même si le délai d'une année pour les comptes rendus périodiques n'est pas encore écoulé depuis la dernière reddition ;<sup>786</sup> l'article 7 de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin dispose que le fiduciaire a

---

<sup>781</sup> En France, l'acte de saisie doit indiquer le nom du débiteur (voir par exemple l'article 56 du décret 92-755 du 31C juillet 1992 pour la saisie-attribution). La mention « fiduciaire ès qualités en vertu du contrat enregistré... » devrait suffire à l'identification du débiteur.

<sup>782</sup> F. BARRIERE, « La fiducie. Commentaire de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 », (Deuxième partie), *loc. cit.*, p. 566.

<sup>783</sup> Article 1414 6) du Code de Commerce bolivien et l'article 28 de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicomis.

<sup>784</sup> Article 34 de la loi panaméenne n° 1.

<sup>785</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.*, n° 7080, p. 319.

<sup>786</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *op. cit.*, p. 169.

l'obligation de rendre compte de sa gestion au moins une fois par an, sans prévoir expressément l'obligation d'une reddition des comptes finale au terme du contrat.

691. La perte ou l'extinction totale des biens du fonds fiduciaire met fin au trust ; comme il n'est plus possible d'accomplir le but fiduciaire, la mission du fiduciaire est compromise.<sup>787</sup> De même, l'insuffisance du patrimoine fiduciaire ou l'épuisement total des biens du fonds fiduciaire met fin au contrat de fiducie ou de fidéicommis, sans pour autant déclencher une procédure collective de liquidation judiciaire. L'étanchéité du patrimoine fiduciaire est assurée.

### ***B. Etanchéité du patrimoine fiduciaire***

692. Un principe général du droit des trusts est que les biens du fiduciaire ne répondent pas des obligations découlant de l'exécution du trust ; les obligations ne sont satisfaites qu'avec les biens de celui-ci car les législations étudiées disposent le principe de séparation absolue du patrimoine personnel du fiduciaire et des biens du trust anglo-américain ou de droit civil.<sup>788</sup> L'étanchéité du patrimoine fiduciaire constitue le fondement de la théorie de la protection fiduciaire du patrimoine.<sup>789</sup>

693. La pratique et la jurisprudence ont confirmé ce principe de séparation des patrimoines déjà énoncé dans la loi.<sup>790</sup> Le patrimoine fiduciaire n'est pas pris en compte pour déterminer si le fiduciaire est en cessation de paiements. Les biens le composant ne peuvent pas être cédés dans le cadre de la procédure collective en vue d'apurer les dettes du fiduciaire et de permettre son redressement.

694. Une différence importante entre la fiducie et les trusts anglo-américains ou les fidéicommis est à souligner : il est exclu que, pour les trusts anglo-américains ou les fidéicommis, en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant ou du fiduciaire serve de gage commun aux créanciers du fonds fiduciaire. En revanche, la fiducie prévoit, de manière critiquable, une responsabilité subsidiaire et alternative du constituant ou du fiduciaire. Le législateur français a toutefois prévu

---

<sup>787</sup> Article 33 4) de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicommis.

<sup>788</sup> D. J. HAYTON, *loc. cit.*, p. 203. "Principles of European Trust Law", article I, alinéas (1) et (4).

<sup>789</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 204. "Principles of European Trust Law", article III, alinéa (4).

la possibilité d'écarter, par clause expresse du contrat, cette responsabilité subsidiaire.<sup>791</sup>

695. Il convient d'analyser les règles concernant la poursuite du patrimoine fiduciaire (a.), puis son insuffisance (b.).

a. Poursuite du patrimoine fiduciaire

696. Le principe général concernant la poursuite du patrimoine fiduciaire dans les deux modèles de trusts anglo-américains et de droit civil est qu'il ne peut être saisi que par les titulaires des créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine,<sup>792</sup> par exemple, les dépenses d'entretien et d'amélioration de l'immeuble fiduciaire ou les emprunts souscrits en vue de faire face à de telles dépenses. Dans le modèle anglo-américain des trusts, les créanciers ne peuvent pas saisir directement les actifs du trust et ont un recours indirect, par voie de subrogation car le trustee paie de son patrimoine et se rembourse les dépenses de gestion du fonds fiduciaire.<sup>793</sup>

697. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, les biens en fidéicomis garantissent seulement les obligations dérivées du fidéicomis ou de son exécution.<sup>794</sup> Les biens du fiduciaire ne répondent pas des obligations contractées dans l'exécution du fidéicomis.<sup>795</sup> Lorsque le fiduciaire devient insolvable et est sujet à une procédure de sauvegarde ou de liquidation judiciaire, la procédure n'a aucune conséquence sur le patrimoine fiduciaire qui sera géré par un autre fiduciaire,<sup>796</sup> remplaçant le fiduciaire défaillant. En Argentine, avant la loi 24.441 sur le fidéicomis contemporain, un des aspects le plus controversés était celui de la situation des biens en cas de concours de créanciers et faillite du fiduciaire.

---

<sup>790</sup> Article 1414 2) du Code de Commerce bolivien.

<sup>791</sup> Article 2025 du Code Civil français.

<sup>792</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 204. "Principles of European Trust Law", article III, alinéa (2).

<sup>793</sup> Voir *supra* p. 204 et suiv. sur le recours des créanciers au fonds fiduciaire.

<sup>794</sup> Article 1410 du Code de Commerce bolivien.

<sup>795</sup> Article 16 de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin.

<sup>796</sup> Article 2027 du Code Civil français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

698. Le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine,<sup>797</sup> ou pour des obligations nées ou des dommages causés à l'occasion de l'exécution du fidéicomis.<sup>798</sup> Il faut donner aux termes de « conservation » et de « gestion » l'acceptation la plus large.<sup>799</sup> L'article 815-17 du Code Civil français se réfère déjà en matière d'indivision à la notion de créance résultant de la conservation ou de la gestion des biens indivis.

699. Donovan Waters affirme que « *la question fondamentale pour les juridictions du modèle contractuel des trusts de droit civil est de savoir si, malgré la séparation du patrimoine du trust de celui du fiduciaire, les bénéficiaires seront privilégiés pour le paiement par rapport aux autres créanciers du fiduciaire en cas de liquidation judiciaire de ce dernier.* »<sup>800</sup> Si le fiduciaire ne respecte pas le principe de séparation absolue du patrimoine d'affectation, le constituant et les bénéficiaires ne sont pas protégés contre l'insolvabilité du fiduciaire ; la loi ne leur confère aucun droit de préférence.

700. En cas de procédure collective de liquidation du fiduciaire, les bénéficiaires n'ont pas de privilège à faire valoir sur les biens en fidéicomis ou en fiducie-gestion contre les créanciers du fiduciaire, sauf le fait de prouver que certains biens appartiennent au patrimoine fiduciaire et non au patrimoine propre du fiduciaire. C'est pourquoi, un projet de loi français proposait que « *selon les stipulations du contrat de fiducie et en cas de défaillance du fiduciaire, les investisseurs se voient transférer la propriété juridique des actifs* ». <sup>801</sup>

701. Si le patrimoine fiduciaire ne peut plus répondre aux obligations découlant de sa gestion, il n'est plus possible d'accomplir le but du trust et la mission du fiduciaire se voit compromise.

---

<sup>797</sup> L'article 2025 alinéa 1 du Code Civil français.

<sup>798</sup> Article 15 de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicomis.

<sup>799</sup> Rapport n° 11 du Sénat de H. Richemont, *loc. cit.*, p. 62.

<sup>800</sup> D. WATERS, *loc. cit.*, p. 7.

<sup>801</sup> Rapport n° 442 (2008-2009) de la Commission des finances du Sénat de Ph. MARINI du 27 mai 2009 précédemment cité.

b. Insuffisance du patrimoine fiduciaire

702. L'insuffisance du patrimoine fiduciaire ne donne pas lieu à une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire. Les biens en trust sont exempts de l'action singulière ou collective des créanciers du fiduciaire.<sup>802</sup> L'insuffisance des biens du trust pour répondre aux obligations découlant de celui-ci ne donne pas lieu à la déclaration de faillite.<sup>803</sup> En d'autres termes, selon le Cabinet Lefebvre,<sup>804</sup> le fiduciaire *ès qualités* ne peut pas être l'objet d'une procédure collective.<sup>805</sup>

703. Dans ce cadre, lorsque le contrat ou le testament ne prévoit pas d'autres ressources du constituant ou des bénéficiaires, il faut procéder directement à la liquidation du fonds fiduciaire.<sup>806</sup> La liquidation est effectuée par le fiduciaire qui doit céder tous les biens restants et répartir le produit parmi les créanciers, selon l'ordre des privilèges prévus par la loi. Les trusts ne sont pas compris parmi les sujets qui peuvent bénéficier d'une procédure collective.

704. Contrairement aux autres législations étudiées des deux modèles de trusts, en France, en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun des créanciers dont la créance est née de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire, sauf stipulation contraire. Le contrat de fiducie peut mettre à la charge du fiduciaire la totalité ou une partie du passif ou limiter le passif fiduciaire au seul patrimoine en fiducie.<sup>807</sup> Le recours des créanciers contre le constituant est subsidiaire : ils ne peuvent le poursuivre que s'ils démontrent que le patrimoine fiduciaire ne permet pas de les désintéresser; la preuve peut être faite par tout moyen.

705. Cette disposition constitue une contradiction interne du régime juridique de la fiducie.<sup>808</sup> Elle énonce une règle d'obligation aux dettes qui contredit la notion de

---

<sup>802</sup> Article 15 de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin, article 1410 du Code de Commerce bolivien, article 2024 du Code Civil français et article 15 de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicomis.

<sup>803</sup> Article 16 de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin.

<sup>804</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.*, n° 3621, p. 139.

<sup>805</sup> Article 2025 alinéa 2 du Code Civil français.

<sup>806</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 204. "Principles of European Trust Law", article VIII, alinéa (2).

<sup>807</sup> Article 2025 alinéa 2 du Code Civil français.

<sup>808</sup> Cl. WITZ, « Les caractères distinctifs de la fiducie », *article précité*, p. 72.

patrimoine fiduciaire, indépendant à la fois du patrimoine personnel du fiduciaire et du patrimoine du constituant. La contradiction de logique interne concerne la raison d'être de la fiducie, lorsque les textes sont lus en ayant à l'esprit la perte du droit de propriété du constituant sur les biens qu'il a transférés au fiduciaire.

706. La fiducie ne donne donc pas naissance à un véritable patrimoine fiduciaire indépendant de celui du constituant. Le pouvoir de gestion du patrimoine fiduciaire appartient au seul fiduciaire. Obliger le constituant sur ses biens propres, c'est lui faire supporter les erreurs et maladroites du fiduciaire auxquelles le constituant est, par principe, étranger.<sup>809</sup> Au regard de la contribution aux dettes, la fiducie se rapproche dangereusement du mandat, à la différence que le patrimoine du constituant est engagé après épuisement des actifs du patrimoine du fiduciaire.

707. L'étanchéité du patrimoine fiduciaire comme fondement de la théorie de la protection de patrimoine est donc fortement compromise en France. Les créanciers titulaires d'un droit de gage sur le patrimoine fiduciaire peuvent, en cas d'insuffisance de ce droit de gage, saisir le patrimoine du constituant. Si une clause met tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire, elle permet aux créanciers dont la créance est née de la conservation et de la gestion des biens en fiducie d'obtenir une garantie sur le patrimoine du fiduciaire, qui se retrouve dans une situation de quasi-caution.<sup>810</sup> Pour remédier à cette situation,<sup>811</sup> il faudrait supprimer les deux derniers paragraphes de l'article 2025 du Code Civil français,<sup>811</sup> établir dans le même article que le passif fiduciaire est limité au seul patrimoine fiduciaire et qu'en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, celui-ci ne peut pas être l'objet d'une procédure collective ;<sup>812</sup> sa liquidation est effectuée par le seul fiduciaire qui distribue le produit parmi les créanciers selon l'ordre des privilèges prévus par la loi.

708. **Conclusion de la première section.** Le modèle contractuel des trusts de droit civil n'a pas de trusts non-exprès : les trusts implicites (*resulting trusts*) ou les trusts imposés par la loi ou par le juge (*constructive trusts*) sont typiquement anglo-

---

<sup>809</sup> J. P. BERAUDO, « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française », *loc. cit.*, p. 137-138.

<sup>810</sup> Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 36.

<sup>811</sup> Créés par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>812</sup> Livre VI du Code de Commerce français (articles L610-1 et suiv.) : la prévention des difficultés des entreprises (articles L611-1 et suiv.), la sauvegarde (articles L620-1 et suiv.) le redressement judiciaire (articles L631-1 et suiv.) et la liquidation judiciaire (titre IV).

américains. Pour ce qui est de la forme et des formalités des deux modèles, les trusts de droit civil ont la caractéristique d'être constitués par écrit. En revanche, les trusts anglo-américains peuvent être oraux. Les formalités de registre et publicité du droit civil ont comme objectif de faire connaître aux tiers le changement temporaire de propriétaire au nom du fiduciaire. D'autres formalités s'ajoutent : le registre national des fiducies de contrôle et non de publicité ou le registre des fondations d'intérêt privé qui leur confère la personnalité morale.<sup>813</sup>

709. Chaque modèle de trust étudié a ses propres règles pour valider le contenu et le caractère opératoire des trusts. Les deux méthodes, jurisprudentielle et de droit écrit avec des normes préétablies, sont propres à chaque famille de systèmes de droit. Elles sont fonctionnellement équivalentes car elles obtiennent les mêmes résultats, à savoir que la volonté de créer un trust, les biens objet du trust et les bénéficiaires soient déterminés ou au moins déterminables avec certitude. Les magistrats anglo-américains vérifient au cas par cas que le trust anglo-américain en question respecte les trois « certitudes » quant à l'intention, les biens et les bénéficiaires du trust. Les mentions obligatoires pour qu'un trust du modèle contractuel de droit civil soit par principe et automatiquement valide sont expressément prévues dans la loi.

710. Ramses Owens<sup>814</sup> affirme que le modèle de trusts anglo-américain de propriété a statistiquement plus de trusts déclarés nuls que celui de droit civil. La constitution de trusts fictifs et simulés (*sham trusts*) est caractéristique du modèle anglo-américain ; ils n'existent pas en droit civil. Les fréquentes nullités des trusts anglo-américains résultent de la difficulté de déterminer les biens du trust en cas de cumul des qualités de constituant et de trustee, cumul interdit en droit civil. Le modèle contractuel des trusts de droit civil est donc plus sûr que son homologue anglo-américain.

711. Il est à regretter que la loi sur la fiducie, sans respecter le principe de séparation du patrimoine d'affectation, prévoit une obligation subsidiaire et alternative du constituant aux dettes du patrimoine fiduciaire en cas d'insuffisance de ce dernier, remettant en cause toute la théorie de l'étanchéité du patrimoine

---

<sup>813</sup> Article 9 de la loi n° 25 sur les fondations d'intérêt privé.

fiduciaire. Les deux derniers alinéas de l'article 2025 du Code Civil doivent être supprimés. En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le trust prend fin et le fiduciaire procède à la liquidation des biens restants du trust, sans déclencher une procédure collective. La loi sur la fiducie en France devrait l'énoncer expressément. La mort du constituant ne devrait pas entraîner la fin de la fiducie-gestion.

712. Nous allons analyser les conditions de capacité nécessaires pour devenir constituant, fiduciaire ou bénéficiaire d'un trust anglo-américain ou de droit civil.

## **Section 2. Capacité des parties intervenant aux trusts**

713. Dans le modèle des trusts anglo-américains de propriété, il faut que le constituant, personne physique ou morale, ait la capacité juridique de disposer de ses biens (*legal capacity*). Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, étant donné que le fidéicommiss ou la fiducie sont des contrats, il faut que le constituant personne physique ou morale ait la capacité de contracter. Lorsqu'il s'agit de trusts constitués par testament, il faut que le constituant ait la capacité de disposer par testament.

714. Dans les deux modèles de trusts, les représentants légaux d'un mineur, leurs parents, peuvent transférer les biens ou droits de celui-ci dans un patrimoine fiduciaire. La possibilité de constituer un trust est également donnée, sous certaines conditions, aux personnes qui sont l'objet d'une mesure de tutelle : un tuteur (*legal guardian*) transfère les biens du majeur protégé (*ward*) dans un trust. C'est uniquement en France que la loi interdit aux représentants légaux d'un mineur de transférer les biens ou droits de celui-ci dans un patrimoine fiduciaire. La constitution d'une fiducie est également refusée aux personnes qui sont l'objet d'une mesure de tutelle ; un tuteur ne peut pas transférer les biens du majeur protégé.

715. Des législations du modèle contractuel de droit civil, argentine ou panaméenne, donnent la liberté à toute personne de devenir fiduciaire, ce qui facilite

---

<sup>814</sup> R. OWENS, *loc. cit.*, p. 13.

la nomination de fiduciaires « de confiance » choisis par le constituant. En revanche, dans d'autres juridictions comme en Bolivie, seules les banques sont autorisées à être fiduciaires. La France réserve l'exercice de la qualité de fiduciaire exclusivement aux institutions financières et aux membres de la profession d'avocat.

716. Toute personne physique ou morale peut être bénéficiaire d'un trust. Les bénéficiaires peuvent être des mineurs, des majeurs protégés voire des personnes inexistantes ou futures, sauf en France. Il suffit que les bénéficiaires soient déterminables, même s'ils ne sont pas encore connus au moment de la constitution du trust ou même s'ils n'existent pas encore. Les bénéficiaires des trusts du modèle contractuel de droit civil peuvent être signataires à part entière du contrat de fiducie ou de fidéicommis ou être des tiers bénéficiaires d'une stipulation pour autrui.<sup>815</sup>

717. Nous allons traiter plus en détail de la capacité du constituant et des bénéficiaires à participer aux trusts anglo-américains et de droit civil (I) et ensuite analyser les qualités requises pour être fiduciaire dans chaque législation étudiée (II).

### ***I. Capacité du constituant et des bénéficiaires***

718. Les deux modèles de trusts exigent que le constituant soit une personne capable parce que le constituant est la personne la plus importante pour les trusts exprès privés des deux modèles. Sa volonté avant ou après sa mort est à l'origine de la création du trust. C'est lui qui choisit le trustee et les bénéficiaires. Son acte de création du trust est nécessaire, à savoir, un testament, une donation, un contrat, un document de constitution (*trust deed*) ou l'expression orale de sa volonté.

719. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au Trust et à sa reconnaissance du premier juillet 1985 désigne le constituant comme « une personne » et ne précise pas si la personne peut être morale aussi bien que physique. Seul le rapport Von Overbeck assure que le constituant, le trustee ou les bénéficiaires peuvent être des sociétés.<sup>816</sup>

---

<sup>815</sup> Voir *supra* p. 51 et suiv.

720. Le modèle anglo-américain des trusts de propriété a une tradition de protection des bénéficiaires mineurs et incapables : les trusts sont un moyen courant de gestion des biens et des relations familiales. La confiance accordée aux trustees des trusts familiaux avec des bénéficiaires mineurs ou incapables est totale. Le rôle des tribunaux d'*Equity* a contribué à développer les « *family trusts* ». Le trust parental pour mineurs (*Parental trust for minors*) et les trusts au bénéfice d'incapables (*Trusts for vulnerable beneficiaries*) ont un traitement fiscal spécial favorable.

721. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, la loi donne la possibilité de constituer des fidéicommiss pour des bénéficiaires mineurs ou majeurs incapables. En Argentine, le fidéicommiss peut durer jusqu'à la mort du bénéficiaire incapable ou jusqu'à la cessation de son incapacité.<sup>817</sup> Le bénéficiaire peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale, quelle que soit sa forme juridique (société, association, établissement public), dotée de la capacité juridique.

722. En France, une personne physique ou morale peut être bénéficiaire suivant le principe général de capacité de l'article 1123 du Code Civil français. Il est interdit aux représentants légaux des mineurs et des majeurs protégés sous tutelle de transférer les biens de ces derniers à une fiducie. En outre, la fiducie est nulle si elle procède d'une intention libérale au profit des bénéficiaires. En pratique, les mineurs et les incapables ne peuvent pas être bénéficiaires au contrat de fiducie. En revanche, la loi panaméenne prévoit que les bénéficiaires d'un fidéicommiss ou d'une fondation d'intérêt privé peuvent être des mineurs ou des incapables.<sup>818</sup>

723. Il convient d'analyser, dans un premier temps, la capacité des constituants et la cogestion des trustees à leur bénéfice, dans les deux modèles de trusts (A) et ensuite de traiter la capacité des bénéficiaires des trusts anglo-américains et de droit civil (B).

---

<sup>816</sup> A. E. VON OVERBECK, Rapport explicatif. Conférence de La Haye de Droit International Privé de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, 1er juillet 1985. p. 379.

<sup>817</sup> Article 3 de la loi argentine 24.441 sur les fidéicommiss.

<sup>818</sup> Article 15 de la loi panaméenne n° 1-1984 sur les fidéicommiss du 5 janvier 1984.

### *A. Capacité des constituants et cogestion des trustees*

724. Pour créer un trust exprès, le constituant doit être capable de disposer des biens qui sont transférés au trustee et d'accomplir l'acte juridique qui préside au transfert, donation, ou acte à titre onéreux. En cas d'incapacité d'exercice, les mineurs ou les majeurs protégés ne sont pas privés du droit de participer à un trust anglo-américain ou de droit civil. Cependant, ils ne peuvent pas eux-mêmes exercer ce droit : ils doivent être soit assistés par un tiers, soit représentés.

725. En France, ni les parents du mineur ni le tuteur d'un incapable sous tutelle ne peuvent transférer des biens de leurs protégés en fiducie. L'interdiction aux personnes physiques d'être constituantes de fiducies qui a été levée en 2008 répondait déjà à l'époque à l'objectif de cantonner la fiducie au droit des sociétés. La crainte infondée du législateur est que la fiducie soit utilisée pour contourner les règles particulières prises en faveur des majeurs et des mineurs protégés. Or, dans les autres juridictions des deux modèles de trust, la constitution d'un trust effectuée avec l'assistance ou la représentation légale est parfaitement valable et produit effet dans le patrimoine de l'incapable, comme s'il l'avait conclu lui-même. Il devient créancier ou débiteur des obligations provenant du trust.

726. L'incapacité des constituants et leur représentation (a.) sont examinées dans un premier temps ; nous analyserons, dans un second temps, le cumul de qualités de fiduciaire et de tuteur (b.).

#### *a. Incapacité des constituants et représentation*

727. La loi ne pose aucune limite à la qualité de constituant.<sup>819</sup> Un mineur non émancipé ou une personne sous tutelle peuvent être constituants d'un trust, à condition d'être assistés de leurs représentants légaux, à savoir leurs parents, tuteurs ou curateurs.

---

<sup>819</sup> Article 52 du Code Civil argentin ; article 3 du Code Civil bolivien.

728. En Argentine, le consentement exprès des deux parents est nécessaire pour disposer des biens immeubles ou des droits sur les biens meubles sujets à registre de leurs enfants lorsqu'ils ont la représentation légale, avec autorisation judiciaire, et en général pour l'exercice de tout acte d'administration des biens de leurs enfants, sauf si un des parents délègue l'administration à l'autre.<sup>820</sup> Les parents ne peuvent pas, même avec autorisation judiciaire, acheter par eux-mêmes ou par personne interposée des biens de leurs enfants.<sup>821</sup> Tout acte réalisé contre ces interdictions est nul.<sup>822</sup>

729. Sont représentants des incapables : des personnes pas encore nées, leurs parents, et lorsque ces derniers ne sont plus là ou sont incapables, les curateurs nommés. De même, sont représentants des mineurs non émancipés, leurs parents ou tuteurs et des déments ou des sourds-muets, les curateurs nommés. En plus des représentants légaux, le Ministère des mineurs peut co-représenter les incapables.<sup>823</sup> La représentation comprend tous les actes de la vie civile, à l'exception de ceux expressément énoncés dans le Code Civil.<sup>824</sup> En Argentine, la curatelle est établie au bénéfice des incapables majeurs,<sup>825</sup> et la tutelle concerne les mineurs.<sup>826</sup> En Bolivie, la tutelle est exercée au bénéfice des mineurs<sup>827</sup> et des majeurs incapables.<sup>828</sup> Le tuteur est le représentant légitime du mineur : il gère et administre. Tous les actes sont exécutés par lui et à son nom, sans le concours du mineur.<sup>829</sup>

730. En France, la qualité de constituant est exclue pour les personnes qui font l'objet d'une mesure de tutelle et pour les mineurs,<sup>830</sup> selon Philippe Reigné, « *afin de tenir compte de la fragile condition des personnes physiques. La loi range le contrat de fiducie parmi les actes censés altérer gravement la consistance du patrimoine du constituant et édicte diverses mesures de protection.* »<sup>831</sup>

---

<sup>820</sup> Article 264 quater, aux alinéas 6° et 7° du Code Civil argentin.

<sup>821</sup> Article 297 du Code Civil argentin.

<sup>822</sup> Article 299 du Code Civil argentin.

<sup>823</sup> Article 57 du Code Civil argentin.

<sup>824</sup> Article 62 du Code Civil Argentin ; article 5 II. du Code Civil bolivien.

<sup>825</sup> Articles 468 à 490 du Code Civil argentin.

<sup>826</sup> Article 377 à 467 du même Code.

<sup>827</sup> Article 283 à 342 du Code de la famille bolivien.

<sup>828</sup> Article 343 à 353 du Code de la famille. L'article 5 du Code Civil bolivien utilise le terme « interdits déclarés » (*Interdictos declarados*), comme on appelait jadis les majeurs protégés au XVIIIème siècle en France.

<sup>829</sup> Articles 411 du Code Civil argentin.

<sup>830</sup> Article 408-1 du Code Civil, créé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)

<sup>831</sup> Ph. REIGNÉ, « La réforme de la fiducie » *Propos introductifs. Dossier La Fiducie. Journal des sociétés* N° 65, mai 2009. p. 17.

731. La protection énoncée en faveur des constituants personnes physiques s'avère un peu maladroite.<sup>832</sup> lorsque la fiducie porte sur des biens de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, elle est soumise à la lourde formalité de l'acte notarié.<sup>833</sup> La loi prévoit également la possibilité de désigner un tiers protecteur qui contrôle la mission du fiduciaire ; ce tiers n'existe pas en droit argentin ou bolivien.

732. La faculté de désigner ce tiers constitue une protection du constituant personne physique, à laquelle il doit se conformer obligatoirement car il ne peut pas y renoncer.<sup>834</sup> Cette protection aurait dû être laissée, comme dans les trusts anglo-américains, à la seule appréciation du constituant.<sup>835</sup> Selon Philippe Delebecque, le protecteur est un mandataire du fiduciaire, avec un mandat spécial, qui ne peut intervenir qu'avec l'aval du constituant dans certains actes.<sup>836</sup> Le tiers protecteur semble plutôt être le mandataire du constituant car c'est le constituant et non le fiduciaire qui le désigne, à tout moment. Il représente et est chargé de s'assurer de la préservation des intérêts du constituant (et non du fiduciaire) dans le cadre de l'exécution par le fiduciaire du contrat. Comme le mandataire, le protecteur dispose des pouvoirs que la loi accorde au constituant et ne peut intervenir qu'avec l'aval du constituant pour certains actes, notamment de contrôle des activités du fiduciaire.

733. Dans le cadre du fonctionnement de l'incapacité du mineur, la constitution de la fiducie est considérée comme un acte si grave qu'il ne peut pas être exercé au nom du mineur. Il s'agit d'une incapacité de jouissance puisque personne ne peut conclure le contrat à la place du mineur.<sup>837</sup> La constitution d'une fiducie est assimilée à d'autres actes interdits, tels que des donations qui dépouilleraient le mineur, des cautionnements (des engagements de payer la dette d'autrui) qui présenteraient le même danger ou l'entrée dans une société commerciale dite de personnes où les associés ont eux-mêmes la qualité de commerçants et voient leur patrimoine personnel répondre des dettes sociales.

---

<sup>832</sup> Voir *supra* p.183, n° 573.

<sup>833</sup> Article 2012 du Code Civil français (modifié par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 1). Voir la proposition de rédaction de l'article 2017 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 586.

<sup>834</sup> Article 2017 du Code Civil français, modifié par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 2.

<sup>835</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2012 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 585.

<sup>836</sup> Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 30.

<sup>837</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, Lextenso, 2009, n°494, p. 224 et suiv.

734. Il en va de même pour les majeurs protégés qui sont soumis à un régime de protection, en cas d'altération de leurs facultés personnelles ou qui compromettent leur situation personnelle ou familiale par prodigalité, intempérance ou oisiveté. Selon la gravité de l'atteinte, il y a lieu à tutelle ou à curatelle ; le tuteur d'un incapable ne peut pas transférer les biens de son protégé en fiducie ; le curateur est habilité par la loi à les transférer avec son protégé.

*b. Interdiction du cumul des qualités de fiduciaire et de tuteur*

735. Dans le modèle anglo-américain de trusts, lorsque les biens sont détenus par les trustees au bénéfice de mineurs, les trustees paient, à leur seule discrétion, les sommes qui permettent l'éducation et la vie quotidienne des mineurs.<sup>838</sup> Un des trustees peut cumuler les qualités de trustee et de tuteur d'un enfant ou d'un majeur protégé bénéficiaire du trust, s'ils n'ont pas de tuteur. Les distributions discrétionnaires sont réalisées pendant la minorité des bénéficiaires. Les sommes sont payées aux parents ou aux tuteurs des bénéficiaires, s'ils ont été nommés, ou sont directement utilisés au bénéfice de l'enfant. Selon Jean-Paul Béraudo, en droit français, ce pouvoir est considéré comme une obligation. Il consiste à choisir, pour le mineur, des établissements scolaires appropriés et à verser les sommes nécessaires à l'achèvement de sa formation.<sup>839</sup>

736. L'incapacité du constituant en cours d'exécution du trust anglo-américain ne met pas fin à celui-ci. Le plus souvent, le constituant prépare des documents à l'avance en prévoyant son éventuelle incapacité et désigne un tuteur (*legal guardian*) dans l'acte de constitution, par exemple, d'un trust révocable « *inter-vivos* » nord-américain. A ce titre, le tuteur légal peut prendre en charge la totalité de la gestion des affaires financières du constituant-bénéficiaire devenu incapable.

737. Si l'incapable détient ses biens dans un trust « *inter-vivos* » avec son épouse ou une autre personne capable, ceux-ci peuvent gérer les affaires de la vie courante de la personne devenue incapable. Dans ce cadre, le trust révocable « *inter-vivos* » des

---

<sup>838</sup> Section 31 du Trustee Act de 1925.

Etats-Unis permet la gestion du patrimoine pendant l'incapacité du constituant, sans avoir besoin d'un tuteur ou d'un curateur.<sup>840</sup> Néanmoins, il est souvent nécessaire de demander à la Cour (*probate court*) de déclarer l'incapacité légale d'une personne et d'homologuer la nomination du tuteur.

738. De même, dans les trusts du modèle contractuel de droit civil, la mise sous protection du constituant en cours d'exécution du contrat de fiducie ou de fidéicommiss ne met pas fin au contrat.<sup>841</sup> La protection du constituant par la mise en place d'une fiducie ou d'un fidéicommiss peut donc se cumuler avec la protection d'un tuteur ou d'un curateur. Il est conseillé d'établir un écrit désignant l'éventuel futur tuteur ou curateur en même temps que le contrat de fiducie ou de fidéicommiss.

739. La loi interdit le cumul de la fonction de fiduciaire et de curateur ou tuteur, de sorte qu'un contrat de fiducie ou de fidéicommiss ne lie pas un majeur protégé à son tuteur ou curateur. Selon l'article 450 alinéa 3° du Code Civil argentin, il est interdit au tuteur de conclure des contrats, de quelque nature qu'ils soient, avec son pupille protégé, même si le juge l'autorise indûment. Lorsque les intérêts des incapables, pour tout acte judiciaire ou extrajudiciaire, sont en opposition avec ceux de leurs représentants, ces derniers ne peuvent pas intervenir dans ces actes et sont remplacés par des curateurs spéciaux, désignés en fonction de chaque situation.<sup>842</sup>

740. Non seulement les trustees anglo-américains s'adaptent à l'incapacité des constituants mais également les trusts du modèle anglo-américain de propriété s'adaptent à l'incapacité des bénéficiaires.

### ***B. Capacité des bénéficiaires des trusts des deux modèles***

741. Toute personne physique ou morale peut être bénéficiaire d'un trust du modèle anglo-américain de propriété ou d'un fidéicommiss. Les bénéficiaires peuvent être des

---

<sup>839</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *loc. cit.*, p. 181.

<sup>840</sup> R. C. LAWRENCE, *loc. cit.*, p. 5.

<sup>841</sup> Dans ce cas, l'article 2022 du Code civil français prévoit simplement que le fiduciaire rend compte de sa mission au tuteur ou au curateur au moins une fois par an ou selon la périodicité fixée par le contrat de fiducie.

<sup>842</sup> Article 61 du Code Civil argentin ; article 269 du Code de la famille bolivien.

mineurs, des majeurs protégés ou des personnes futures ou inexistantes. En France, les bénéficiaires doivent avoir la capacité de contracter et ne peuvent pas être des mineurs ou des majeurs sous tutelle. Dans les trusts du modèle contractuel de droit civil, les bénéficiaires peuvent être des signataires à part entière du contrat de fiducie ou de fidéicomis avec des obligations ou des tiers au contrat bénéficiant d'une stipulation pour autrui. En France, même si le tiers bénéficiaire a la capacité de recevoir à titre gratuit, le contrat de fiducie est nul lorsque dans ses rapports avec le stipulant-constituant, la stipulation constitue une libéralité.<sup>843</sup>

742. Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, il existe des trusts adaptés aux mineurs et aux majeurs protégés. Les bénéficiaires peuvent mettre fin au trust, dès lors qu'ils sont tous capables et détiennent la totalité de la propriété sur les biens du trust. Cette faculté est de droit pour les bénéficiaires qui le décident à l'unanimité, au Royaume-Uni, ou avec l'accord du constituant et par décision de Justice, aux Etats-Unis.

743. Il convient d'exposer l'adaptation des trusts anglo-américains à la capacité des bénéficiaires (a.) et d'analyser ensuite la capacité des bénéficiaires des trusts de droit civil (b.).

a. Adaptation des trusts anglo-américains à la capacité des bénéficiaires

744. La protection des bénéficiaires mineurs et majeurs protégés dans les trusts anglo-américains se concrétise au travers de trusts adaptés à l'incapacité des bénéficiaires, tels que le trust parental pour mineurs (*Parental trust for minors*) ou les trusts au bénéfice des personnes incapables vulnérables (*Trusts for vulnerable beneficiaries*). La clef du développement et de l'usage massif de ces trusts anglo-américains est leur traitement fiscal favorable lors de leur constitution.

745. Le trust parental pour mineurs (*Parental trust for minors*) est constitué au bénéfice d'un mineur, enfant non marié du constituant. Pour calculer l'impôt sur le revenu, le montant du revenu du bénéficiaire mineur est considéré comme le revenu

---

<sup>843</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit.*, n° 532, p. 544.

du constituant. Il faut que l'enfant de moins de 18 ans,<sup>844</sup> qui n'a jamais été marié, soit bénéficiaire du trust constitué par un de ses parents.

746. Le trust a la structure d'un trust d'intérêt en possession (*interest in possession trusts*), lorsque l'enfant bénéficiaire reçoit la totalité du revenu ; un trust d'accumulation (*accumulation trusts*) est constitué lorsque les trustees retiennent et cumulent en les capitalisant les revenus au bénéfice du mineur ;<sup>845</sup> un trust discrétionnaire (*discretionary trusts*) existe lorsque les trustees distribuent des paiements à l'enfant-bénéficiaire, à leur discrétion. Le taux d'imposition varie en fonction de la structure du trust.

747. De même, certains trusts sont constitués au bénéfice d'incapables (*Trusts for vulnerable beneficiaries*). Un bénéficiaire vulnérable est soit une personne handicapée mentale ou physique, soit un mineur de 18 ans, non émancipé, dont le père ou la mère est décédé. Les biens mis en trust profitent exclusivement au bénéficiaire incapable. Celui-ci reçoit la totalité des revenus provenant du trust ou, lorsque ce n'est pas les cas, les revenus sont cumulés et ne doivent jamais profiter à une autre personne. Ces trusts sont fréquemment constitués par le testament d'un des parents décédés. Lorsque le bénéficiaire atteint l'âge de 18 ans, il reçoit la totalité des biens du trust. Ils peuvent être constitués aussi selon les règles des successions *ab-intestat* quand les parents de l'incapable décèdent sans avoir laissé de testament.

748. Si d'autres bénéficiaires du trust ne sont pas vulnérables, les revenus et les biens qui reviennent au bénéficiaire mineur ou au majeur protégé vulnérable doivent être séparés des autres biens du trust et utilisés exclusivement au profit du bénéficiaire incapable ; seule cette partie du trust bénéficie d'un traitement fiscal favorable. Le trust n'est pas un trust au bénéfice d'incapables (*Trusts for vulnerable beneficiaries*) si le constituant obtient un bénéfice pour lui-même provenant du trust. Lorsque le bénéficiaire vulnérable décède ou n'est plus incapable, notamment parce qu'il a atteint la majorité, le traitement fiscal favorable n'est plus effectif et le bénéficiaire peut requérir la fin du trust.

---

<sup>844</sup> L'âge de majorité est fixé en Angleterre à 18 ans.

<sup>845</sup> *Booth v Ellard* [1980] 1 W.L.R. 1443, et la règle de *Saunders v Vautier* (1841) Cr. & Ph. 240 : la propriété d'un trust est constituée en faveur de « B », âgé de 10 ans, à la condition que celui-ci atteigne l'âge de 25 ans. Le revenu n'est accumulé

749. Les bénéficiaires d'un trust de droit anglais peuvent mettre fin, par eux-mêmes, au trust lorsqu'ils sont pleinement capables et titulaires de droits sur la totalité des biens du trust. Cette règle s'applique seulement si les bénéficiaires ont un droit absolu sur les biens du trust dont l'effectivité est seulement retardée. Le principe est énoncé dans l'arrêt *Saunders v. Vautier*.<sup>846</sup>

750. Dans cette affaire, le grand oncle avait constitué un trust testamentaire au bénéfice de son petit neveu. Des actions de la société East India Company étaient détenues en trust pour le bénéficiaire jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de 25 ans. A l'âge de 21 ans, âge de la majorité à l'époque en Angleterre, et étant donné qu'il était le seul bénéficiaire du trust, il demanda à la Cour de mettre fin au trust et de transférer les actions à son nom. La Cour accepta sa demande.

751. Cet arrêt a établi un précédent jurisprudentiel selon lequel un ou plusieurs bénéficiaires peuvent réclamer les biens du trust avant son terme et par là même y mettre fin. Le constituant ne peut pas s'opposer à la fin du trust. Lorsque les bénéficiaires sont d'accord à l'unanimité, ils peuvent demander l'extinction du trust et la restitution du capital. L'arrêt *Baker v. Archer-Shee*<sup>847</sup> a étendu l'application de la règle aux bénéficiaires d'un droit viager et aux bénéficiaires en pleine propriété du capital restant.

752. Si les bénéficiaires appartiennent à une catégorie fluctuante de bénéficiaires potentiels, la jurisprudence *Saunders v. Vautier* ne s'applique pas : les bénéficiaires n'ayant que des droits potentiels sur les biens du trust, ils ne peuvent pas, de concert, provoquer de manière anticipée le partage des biens. Dans l'hypothèse où les bénéficiaires potentiels sont peu nombreux et où il est expressément spécifié que ce qui ne revient pas à l'un est attribué à l'autre, la solution est différente.

---

que pendant 21 ans si « B » n'a pas besoin pour sa vie quotidienne ou pour son éducation. Une fois que « B » atteint l'âge de 21 ans, il devient propriétaire absolu des biens du trust et peut les réclamer.

<sup>846</sup> [1841] Cr. et Ph. 240.

<sup>847</sup> [1927] 1, K.B. 109.

753. Ainsi, dans l'affaire *Re Smith*,<sup>848</sup> il était prévu, dans les clauses du trust, que le trustee remettrait à un bénéficiaire ce qu'il jugerait convenable et qu'au décès de ce dernier, le reste des biens serait donné aux enfants du bénéficiaire. Il a été admis que toutes les parties s'étaient mises d'accord pour que les revenus et les biens du trust servent de sûreté à un emprunt. Dans une telle situation, il faut traiter les personnes dans leur ensemble comme si elles formaient une seule personne pour le bénéfice de laquelle les trustees ont reçu instruction de gérer la totalité du fonds fiduciaire.

754. En revanche, aux Etats-Unis, quelques décennies après l'affaire *Saunders v. Vautier*, une Cour prononça une décision différente dans l'affaire *Claflin v. Claflin*,<sup>849</sup> concernant la fin prématurée d'un trust. Dans cette affaire, un trust testamentaire avait été constitué par le « *de cuius* » sur la part résiduelle de son patrimoine. Le trustee devait payer un tiers des biens du trust à l'épouse du constituant, un tiers à son fils aîné et un tiers à son deuxième enfant ; ce dernier devait recevoir deux fois 10.000 dollars à 21 ans et à 25 ans et le reste de sa part à l'âge de 30 ans.

755. Après avoir reçu les premiers 10.000 dollars mais avant d'atteindre l'âge de recevoir le deuxième paiement, à savoir 25 ans, il demanda en justice d'ordonner au trustee de lui donner la totalité de sa part du trust. La Cour refusa de donner suite à cette requête la jugeant contraire à l'intention du constituant. La Cour détermina que l'intention du constituant était claire et que le fait de mettre fin au trust de façon prématurée était contraire à son intention de départ. Ce précédent jurisprudentiel établit la règle selon laquelle l'intention du testateur-constituant doit être respectée en toutes circonstances, car il a le droit absolu de disposer de sa propriété en imposant toutes les restrictions ou limitations qu'il souhaite, si elles ne sont pas contraires à l'ordre public.

756. Dans une majorité d'Etats nord-américains, en principe, un trust irrévocable ne peut jamais être révoqué, amendé ou modifié. Or, les désirs du constituant ou les circonstances dans lesquelles il a constitué un trust peuvent changer. Les fiduciaires ou les bénéficiaires peuvent aussi changer avec le temps. Dans ce cadre, une majorité des lois des Etats nord-américains ont validé le fait qu'un trust irrévocable et

---

<sup>848</sup> [1928] Ch. 915.

<sup>849</sup> 20 N.E. 454 (Mass. 1889).

inamendable puisse changer. Les trusts nord-américains peuvent être modifiés voire clos, selon les lois écrites de chaque Etat ou les lois fiscales applicables.<sup>850</sup>

757. *Le Uniform Trust Code (U.T.C.)* a introduit le principe selon lequel les bénéficiaires peuvent conjointement et à l'unanimité mettre fin ou modifier les termes du trust. Cette approche s'écarte du principe de privilégier systématiquement le constituant et sa volonté. Les principes U.T.C.,<sup>851</sup> suivant la jurisprudence *Clafin v. Clafin* disposent qu'un trust irrévocable peut être modifié sans le consentement du constituant lorsqu'un tribunal conclut qu'une telle modification ne contrarie pas le but pour lequel le trust a été créé.

758. Il faut, en outre, que les bénéficiaires l'acceptent à l'unanimité. Tant que la continuité du trust n'est plus nécessaire pour atteindre le but pour lequel le constituant a créé ce trust, les bénéficiaires peuvent ensemble y mettre fin, même si le constituant n'est pas d'accord.<sup>852</sup> Identifier l'intention du constituant, la lier au but pour lequel le trust a été constitué et qu'on veut modifier, et démontrer que celui-ci a été atteint, est essentiel pour les bénéficiaires qui veulent mettre fin au trust sans le consentement du constituant.<sup>853</sup>

759. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, l'accord des bénéficiaires et du constituant peut mettre fin, de façon anticipée au trust.

#### *b. Capacité des bénéficiaires des trusts de droit civil*

760. La loi dispose expressément la possibilité de constituer des fidéicommiss en faveur des bénéficiaires mineurs, des majeurs protégés<sup>854</sup> ou inexistantes.<sup>855</sup> La loi argentine va plus loin et prévoit que, si le bénéficiaire est un incapable, le fidéicommiss peut durer jusqu'à la mort de ce dernier ou la cessation de son incapacité. En Bolivie, les personnes physiques ou morales ayant la capacité de

---

<sup>850</sup> R. C. LAWRENCE, *article précité*, p. 8.

<sup>851</sup> U.T.C. paragraphe 411 (b).

<sup>852</sup> Voir aussi sur ce point le Restatement Third of Trusts, paragraphe 65cmt.

<sup>853</sup> R. C. LAWRENCE " *ibid.*", p. 8.

<sup>854</sup> Article 3 de la loi argentine 24.441 sur les fidéicommiss.

<sup>855</sup> Article 2 de la loi argentine n° 24.441 sur le fidéicommiss.

recevoir par testament ou par donation les bénéficiaires du fidéicommiss, <sup>856</sup> même si elles n'existent pas encore, <sup>857</sup> peuvent être bénéficiaires. <sup>858</sup> A ce titre, les incapables mineurs ou majeurs protégés peuvent être bénéficiaires de fidéicommiss boliviens.

761. En France, les bénéficiaires doivent avoir la capacité de contracter. <sup>859</sup> En pratique, à cause de l'interdiction des fiducies libéralités, le contrat de fiducie n'est pas utilisé dans les relations familiales et se limite principalement au droit des sociétés. En revanche, la loi panaméenne permet expressément aux mineurs d'être bénéficiaires. Lorsque le fiduciaire d'un fidéicommiss est la « Caisse des Dépôts » (*Caja de Ahorros*) et lorsque les bénéficiaires sont des mineurs, les biens en fidéicommiss et leurs revenus, en plus d'être insaisissables, ne peuvent pas être l'objet de poursuites, sauf s'il en est déterminé ainsi par décision de justice ayant valeur de chose jugée ou exécutoire. <sup>860</sup> La désignation d'un ou plusieurs bénéficiaires non-existants est autorisée. La clause ne produit d'effet que si un ou plusieurs d'entre eux arrivent à exister ou à être déterminés pendant la durée du fidéicommiss. <sup>861</sup>

762. Les bénéficiaires des trusts du modèle contractuel de droit civil n'ont pas de disposition similaire au précédent de la jurisprudence *Saunders v. Vautier* qui leur permet de modifier les conditions des fidéicommiss ou des fiducies, ou d'y mettre fin lorsqu'ils atteignent l'âge de la majorité. Néanmoins, l'accord des bénéficiaires et du constituant peut mettre fin, de façon anticipée, à un trust de droit civil.

763. Seule la législation bolivienne énonce expressément que le fidéicommiss peut prendre fin par accord mutuel entre le constituant et les bénéficiaires, sans préjudice des droits du fiduciaire. <sup>862</sup> Ce principe est proche de la doctrine nord-américaine *Clafin v. Clafin* car il faut que le constituant soit d'accord pour mettre fin au fidéicommiss. En outre, en droit civil, il est nécessaire de respecter les droits du fiduciaire en tant que partie au contrat.

---

<sup>856</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado*, op. cit., p. 1328.

<sup>857</sup> Article 1008 du Code Civil bolivien. C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil Concordado y Anotado*, ibid., p. 751. Voir *supra* p. 51 et suiv. et p. 123 et suiv.

<sup>858</sup> Le principe était déjà énoncé à l'article 170 de l'ancienne loi bolivienne de 1928 sur le fidéicommiss. C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado*, loc. cit., p. 1328

<sup>859</sup> Ph. DUPICHOT, « Comment négocier et rédiger un contrat de fiducie ? Maîtrisez l'impact des nombreuses réformes » in *Fiducie : les nouvelles opportunités issues des différentes réformes, Formation d'actualité EFE*, 1 avril 2010, Paris. Voir aussi, B. GOUTHIERE, « Mettre le patrimoine familiale dans une fiducie », *Profession CGP*, juin juillet 2010, p. 26.

<sup>860</sup> Article 15, deuxième paragraphe de la loi n° 1 sur le fidéicommiss.

<sup>861</sup> Article 18 de la loi panaméenne n° 1-1984 du 5 janvier 1984.

764. Nous allons analyser maintenant quels sont les droits et les devoirs du fiduciaire.

## II. *Qualités requises pour être fiduciaire*

765. Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, un principe général du droit des trusts est que toute personne capable peut être fiduciaire. Ce principe est mis en pratique par certaines juridictions des pays du modèle contractuel de droit civil, en Argentine ou au Panama. En revanche, dans d'autres pays comme la Bolivie ou la France, la qualité de fiduciaire est réservée aux banques, en Bolivie, et aux institutions financières et membres de la profession d'avocat, en France. Par conséquent, dans ces deux pays, les contrats de fiducie ou de fidéicomis sont des contrats à titre onéreux.<sup>863</sup> En Bolivie, il s'agit d'opérations bancaires.<sup>864</sup>

766. L'avantage d'élargir la qualité de fiduciaire à toute personne physique ou morale capable permet d'avoir un fiduciaire adapté à chaque trust, notamment pour les trusts familiaux et les trusts testamentaires dans lesquels un membre de la famille est la personne de confiance choisie par le constituant pour être fiduciaire. Dans des pays comme l'Argentine ou le Panama où toute personne physique ou morale peut être fiduciaire, lorsque quelqu'un veut exercer des activités fiduciaires à titre de profession, il doit s'inscrire à un registre des fiduciaires professionnels. Outre cela, les fidéicomis financiers qui effectuent des offres au public ou non, sont contrôlés par les Autorités des marchés financiers et ont comme fiduciaires principalement des banques et des sociétés spécialisées.

767. Le droit de l'*Equity* exige des trustees anglo-américains des qualités morales solides et un comportement exemplaire qui assurent l'accomplissement des devoirs fiduciaires, à titre gratuit en principe ou avec une faible rémunération. Le modèle

<sup>862</sup> Article 1421 6) du Code de Commerce bolivien.

<sup>863</sup> B. GOUTHIERE, *ibid.*, p. 26.

<sup>864</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado, op. cit.*, p. 1328. En tant qu'opération bancaire, le fidéicomis est un acte de commerce, en fonction des dispositions de l'article 6 alinéa 20 du Code de Commerce bolivien. La question est de savoir si le fidéicomis est une « opération bancaire passive » ou un service bancaire. De toute façon, il est classé parmi le groupe de services bancaires dans le Code de Commerce bolivien.

anglo-américain des trusts de propriété veut que le trustee soit avant tout une personne de confiance.

768. En droit civil, la loi ne fait pas référence aux qualités morales des fiduciaires. L'exigence de comportement exemplaire et désintéressé du fiduciaire n'est pas expressément prévue ; seuls des standards de responsabilité dans l'exercice des obligations fiduciaires contractuelles existent. Les contrats de services fiduciaires sont usuellement rémunérés. La limitation de l'exercice de la qualité de fiduciaire à des personnes qualifiées, a pour objectif de remplacer le droit de l'*Equity* par une régulation financière et professionnelle.

769. Des pays comme la France ou la Bolivie protègent les constituants et les bénéficiaires par la régulation financière et par des règles professionnelles de déontologie. Ils ont restreint la qualité de fiduciaire aux personnes physiques ou morales présentant certaines garanties en matière de gestion de patrimoine. Les personnes morales sont soumises à un agrément ou une déclaration lors de leur constitution et les avocats personnes physiques ou morales respectent une déontologie rigoureuse dans l'exercice de leur profession. Leurs activités sont contrôlées par différentes autorités publiques ou professionnelles, dotées d'un pouvoir de sanction en cas de violation de leurs obligations.

770. Nous allons examiner les principes de droit qui encadrent les qualités requises pour être fiduciaire, dans les deux modèles de trusts, à savoir la confiance et des qualités morales solides des trustees anglo-américains (A) et les différentes sortes de fiduciaires des trusts de droit civil et leurs limitations (B).

#### ***A. Qualités morales des trustees anglo-américains***

771. Le trust du modèle anglo-américain est une obligation imposée par le droit de l'*Equity* à une personne (le trustee) au profit d'une autre (le bénéficiaire). Par conséquent, les trustees ont des obligations fiduciaires qui impliquent la gestion des

biens au profit des bénéficiaires et d'en rendre compte, en conformité à la relation fiduciaire qu'ils ont avec ceux-ci.<sup>865</sup>

772. Le trustee anglo-américain doit être une personne physique ou morale capable. Lorsqu'il est frappé d'incapacité, il est déchu de ses fonctions et remplacé. La nomination par le constituant dans l'acte de constitution du trust exprès entre vifs ou testamentaire est le cas le plus fréquent. Les trustees sont désignés par le constituant ou par une personne qui a reçu un pouvoir à cette fin dans l'acte de trust. Sinon, ils sont nommés par une juridiction ou encore conformément aux règles du « *Trustee Act* de 1925 ».

773. Le nombre des trustees est choisi librement par le constituant puis par les trustees. Les trusts familiaux ont fréquemment deux trustees, un membre de la famille et un financier.<sup>866</sup> Les biens sont transmis en trust, à la fois à une personne physique qui orientera la vie du trust, dans le sens social voulu par le constituant et à une personne morale, une banque qui prendra en charge son aspect financier.

774. Il convient d'exposer la gestion fiduciaire désintéressée (a.) et d'analyser ensuite les pouvoirs et les devoirs fiduciaires (b.) dans les trusts du modèle anglo-américain.

a. *Gestion fiduciaire désintéressée*

775. **Probité des trustees anglo-américains.** Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, un principe préventif strict exige que les trustees ne soient pas guidés par des intérêts personnels ; ils doivent agir honnêtement et dans le meilleur intérêt des bénéficiaires. Selon ce principe, une relation fiduciaire existe entre A et B lorsque A attend que B agisse dans l'intérêt de A (ou dans leur intérêt conjoint), en excluant ses propres intérêts.<sup>867</sup> Les trustees anglo-américains sont avant tout des personnes de confiance car ils gèrent et disposent des biens qui ne sont pas les leurs, non pas à leur propre bénéfice mais au profit d'autrui.

---

<sup>865</sup> Smith v. Andersson [1880], 15 Ch. D. 247.

<sup>866</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *op. cit.*, p. 166.

<sup>867</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 152.

776. C'est pourquoi le droit de l'*Equity* exige que le trustee soit une personne honnête et serviable, avec des qualités morales ou professionnelles solides pour accomplir ses devoirs. Par exemple, lorsque l'un des bénéficiaires est un mineur, le trustee détient la prérogative de pourvoir à son éducation. Il est fréquent de trouver parmi les bénéficiaires des personnes âgées, incapables, des mineurs ou majeurs protégés, voire des personnes pas encore nées.<sup>868</sup>

777. Les trustees ont des devoirs de prudence et de diligence envers les bénéficiaires. Ils doivent exécuter le trust avec un haut niveau déontologique. Ils se conforment strictement aux clauses du trust, au profit des bénéficiaires, en utilisant leurs pouvoirs qui découlent de la nature du trust. Ils exécutent de bonne foi les obligations fiduciaires qu'ils se sont engagés à accomplir. Le devoir de gestion quotidienne du trust de manière exemplaire leur est imposé par l'*Equity*. Les trustees ne doivent pas participer ou faciliter les actes d'autres personnes qui impliqueraient le non-respect des termes du trust ou qui provoqueraient des pertes ou des risques au fonds fiduciaire. Ils doivent éviter tout conflit d'intérêt immédiat ou potentiel vis-à-vis des bénéficiaires et de s'octroyer des droits antinomiques aux intérêts de ceux-ci.

778. Il est interdit aux trustees de tirer des avantages personnels du patrimoine fiduciaire ou lorsque le trust exploite une entreprise. Ils ne doivent pas se placer dans une situation ambiguë alors que leurs intérêts pourraient passer avant ceux du trust, sauf si l'acte de constitution du trust permet de tels conflits d'intérêt.<sup>869</sup> Selon le cabinet Lefebvre, « *les actes de trusts modernes prévoient souvent des clauses d'exonération des trustees, mais la tradition des tribunaux a toujours été d'interpréter de telles clauses de façon restrictive.* »<sup>870</sup> Le trustee doit remettre au patrimoine fiduciaire un profit non autorisé qu'il a tiré alors qu'il agissait à titre fiduciaire ; il doit personnellement restituer au trust une perte causée par son comportement fautif ou négligent.

779. Les trustees sont tenus d'agir de manière impartiale vis-à-vis de tous les bénéficiaires. Lorsqu'ils gèrent des intérêts limités dans le trust, ils ne peuvent pas

---

<sup>868</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *ibid.*, p. 181.

<sup>869</sup> Voir *supra* p. 66 et suiv.

exercer leurs pouvoirs de manière à porter préjudice aux droits des bénéficiaires des actifs restants. Les trustees remettent les biens détenus en trust aux bénéficiaires qui ont des intérêts fixes au moment requis ou ils distribuent les biens parmi une catégorie de bénéficiaires à leur seule discrétion.

**780. Remboursement de dépenses et honoraires.** Dans le modèle des trusts anglo-américains de propriété, le trustee peut se rémunérer directement sur le fonds fiduciaire si la rémunération a été expressément prévue dans l'acte de constitution du trust.<sup>871</sup> Dans le passé, les trustees n'avaient pas le droit d'être payés pour leurs services, sauf clause expresse dans le testament ou le document de constitution. Le Trustee Act de 2000 modifie cette règle. Lorsqu'une clause de remboursement de dépenses, prévue dans l'acte de constitution du trust, ne couvre pas les actes effectués par un tiers, le Trustee Act de 2000 permet désormais leur remboursement. S'il n'y a pas de clause de remboursement pour les trustees professionnels, ils peuvent se faire rembourser avec le consentement des autres trustees.

**781.** Les trustees anglo-américains n'ont pas le droit de compter le temps consacré à l'activité fiduciaire ou la charge de travail occasionnée par la gestion du trust. L'usage est de prévoir des montants modestes en leur faveur, à la charge du fonds fiduciaire.<sup>872</sup> L'acte de constitution du trust comporte une clause autorisant expressément une rémunération raisonnable des trustees titulaires et des trustees remplaçants qui ne sont pas prêts à le devenir à titre gratuit. Les Cours ont la compétence pour autoriser les trustees à recevoir des rémunérations, futures ou à titre rétroactif ou pour augmenter le niveau de rémunération stipulé dans l'acte de constitution de trust.

**782.** Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, le fiduciaire a droit à une rétribution pour ses services fiduciaires. Les fidéicommiss et les fiducies à titre gratuit sont pratiquement inexistantes. En Bolivie, tous les fidéicommiss sont rémunérés, conformément aux règles stipulées dans l'acte de constitution, selon les tarifs

---

<sup>870</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, « Dossier Régime du trust en droit français », 2011.

<sup>871</sup> Trustee Act 2000, n° 28, 29 et 30.

<sup>872</sup> *Robinson v. Pett* (1734) 3 P. Wms. 249 at 251.

approuvés par l'autorité administrative compétente qui régule les banques.<sup>873</sup> Le non-paiement des honoraires du fiduciaire peut être stipulé dans le contrat comme une cause justifiée de démission de celui-ci,<sup>874</sup> lorsque les biens en fidéicomis ne produisent pas assez de revenus pour payer sa rémunération ou lorsque le constituant, ses héritiers ou les bénéficiaires refusent de payer.

783. De même, au Panama, les fidéicomis sont considérés comme onéreux, sauf si dans l'acte de constitution il est expressément établi que le fiduciaire ne reçoit pas de rémunération pour ses services. Si la rémunération du fiduciaire n'est pas fixée dans l'acte de fidéicomis, elle est similaire à celle payée habituellement dans le domicile où le fidéicomis a été constitué.<sup>875</sup> Pour éviter cette complication, il vaut mieux fixer le montant ou les modalités de calcul de la rémunération du fiduciaire dans le contrat ou le testament.

784. En Argentine, le fiduciaire a droit au remboursement de ses dépenses et à une rémunération. Si celle-ci n'a pas été établie dans l'acte de fidéicomis, elle est fixée par le juge, en fonction de la tâche à réaliser et des devoirs fiduciaires à accomplir.<sup>876</sup>

785. La rémunération du fiduciaire n'est pas une créance découlant de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire, car c'est le constituant qui est personnellement débiteur de cette indemnité et le patrimoine fiduciaire ne répond pas des dettes personnelles du constituant. En principe, le fiduciaire ne peut pas se payer avec les biens du fonds fiduciaire car il ne peut pas recevoir les biens du fidéicomis ou de la fiducie. Cependant, dans les fidéicomis testamentaires, étant donné que le constituant n'est plus là, il habilite expressément le fiduciaire, dans son testament, à se rémunérer du fonds fiduciaire.

786. En France, la loi sur la fiducie est muette sur la question de la rémunération du fiduciaire. Il est difficile de concevoir que les banques, les institutions financières et les avocats ne soient pas rémunérés pour leurs services fiduciaires et travaillent à titre gracieux. L'article 2025 alinéa premier du Code Civil français, énonçant que le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la

---

<sup>873</sup> Article 1417 du Code de Commerce bolivien.

<sup>874</sup> Article 1418 du Code de Commerce bolivien.

<sup>875</sup> Article 8 de la loi n° 1 sur le fidéicomis panaméen.

conservation ou de la gestion dudit patrimoine, vise manifestement les créanciers tiers au contrat de fiducie. A ce titre, même s'il est expressément stipulé dans le contrat de fiducie que la rémunération du fiduciaire est à la charge de la fiducie, la créance ne peut pas être considérée comme née de la gestion du patrimoine fiduciaire. Le fiduciaire ne peut pas saisir entre ses mains un bien faisant partie du patrimoine de la fiducie en vue de payer ses honoraires.

787. En contrepartie d'une faible rémunération, les pouvoirs et les devoirs fiduciaires des trustees anglo-américains sont nombreux.

*b. Pouvoirs et devoirs fiduciaires des trustees anglo-américains*

788. Les trustees anglo-américains ont des pouvoirs à leur disposition. Ces pouvoirs peuvent être limités dans le document de constitution du trust ou dans le testament. L'acte de constitution stipule comment ces pouvoirs sont exercés. Certains pouvoirs sont moins connus des juridictions des trusts de droit civil, tels que le pouvoir d'avancer des fonds ou de permettre l'appropriation des biens du trust par les bénéficiaires. D'autres pouvoirs sont habituels dans la gestion fiduciaire des trusts de droit civil, tels que le pouvoir de délégation, d'investissement ou de gestion d'une affaire commerciale.

789. **Pouvoir d'avancer des fonds.** Le trustee peut réaliser des avances de capital en faveur des bénéficiaires, s'ils sont investis de la propriété équitable absolue ou assujettis à la réalisation d'un événement certain, par exemple, atteindre l'âge de 25 ans.<sup>877</sup> Sauf clause explicite du document de constitution ou du testament, les trustees ne peuvent avancer que la moitié de leurs parts aux bénéficiaires. Les testaments et les autres actes de constitution aménagent fréquemment ce genre de clauses et permettent aux trustees de donner la totalité de leurs parts aux bénéficiaires.

---

<sup>876</sup> Article 8 de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin.

<sup>877</sup> Section 32 du Trustee Act de 1925.

790. Les bénéficiaires à vie d'un trust (*life tenants*) reçoivent les revenus du trust pendant leur vie et n'ont pas le droit de recevoir le capital. Lorsqu'un bénéficiaire a un intérêt à vie, il n'est pas possible d'avancer des sommes d'argent aux bénéficiaires résiduels, sans le consentement écrit du premier. La règle est souvent adaptée dans le testament pour permettre aux trustees d'avancer des sommes, voire de les mettre dans un nouveau trust. Sauf s'il est stipulé autrement dans l'acte du trust, les trustees prennent en compte le capital avancé à un bénéficiaire pour les distributions postérieures.

791. **Pouvoir d'appropriation des biens du trust par les bénéficiaires.** Les trustees eux-mêmes peuvent honorer des legs ou des intérêts résiduels sans vendre les biens du trust. Si un bien du trust vaut plus que la valeur de la part d'un bénéficiaire, il peut être vendu à ce bénéficiaire. S'il est mineur, les parents ou le tuteur doivent accepter l'opération à son nom. Les trustees ont le droit d'évaluer les intérêts et les parts des bénéficiaires et de solliciter un expert si nécessaire. La date de la valeur à prendre en compte est celle du transfert des biens et non celle du décès du constituant.

792. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, des clauses peuvent être prévues dans le contrat ou le testament qui permettent au fiduciaire d'avancer une partie ou la totalité des fonds du fidéicommiss ou de la fiducie aux bénéficiaires. Ce pouvoir peut être accompagné d'une faculté donnée au fiduciaire de permettre aux bénéficiaires d'acheter les biens détenus par le trust de droit civil ; les bénéficiaires ajoutent pour l'achat leurs capitaux propres aux droits qu'ils ont comme bénéficiaires du fidéicommiss ou de la fiducie.

793. **Pouvoir de gestion d'une affaire commerciale.** Lorsque, dans un trust, une affaire commerciale est gérée exclusivement par un trustee, le trustee doit poursuivre la gestion avec l'objectif de vendre l'affaire commerciale dans une période d'une année maximum. Les trustees sont personnellement responsables des dettes de l'entreprise mais ils peuvent se rembourser sur le fonds fiduciaire. Ils peuvent utiliser les biens que l'affaire comptait à la date du décès du constituant, qui peuvent s'avérer insuffisants. Cette règle est donc fréquemment aménagée dans le testament afin de

permettre aux trustees de gérer l'affaire pendant la durée qu'ils estiment nécessaire et d'employer un gérant. Des accords de partenariat peuvent être prévus.

794. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, les fidéicommissaires avec un nombre important de constituants-bénéficiaires sont mis en place pour que le fiduciaire gère et développe une activité commerciale ou de production industrielle. Le fidéicommissaire s'avère être une structure idéale pour cette activité, plus performante, plus souple et avec moins de contraintes que la société.<sup>878</sup>

795. **Pouvoir de délégation.** Le trustee agit à titre personnel, à moins que l'exploitation normale de l'entreprise dans laquelle il s'est engagé n'implique habituellement de déléguer quelques-unes ou toutes les tâches à accomplir. Comme les fiduciaires des trusts de droit civil, les trustees anglo-américains sont personnellement responsables de l'exécution de leurs devoirs. Ils n'échappent pas à leur responsabilité en déléguant ces obligations à une autre personne, un mandataire ou un co-trustee. S'ils délèguent une partie de la gestion, ils demeurent responsables envers les bénéficiaires des actes et de la conduite des délégataires, excepté si la loi l'autorise expressément.

796. Le document de constitution doit consentir expressément aux trustees de déléguer leurs pouvoirs. Dans l'affaire *Re Hay's Settlement Trusts*,<sup>879</sup> la clause 4 du document de constitution d'un trust en 1958 stipulait que « les trustees détenaient les biens en trust au bénéfice de toute personne ou tout but que les trustees préciseraient par acte écrit dans les 21 ans à partir de la date de signature du document de constitution du trust ». Les trustees avaient interdiction de disposer en faveur du constituant, de son mari, et de tout trustee présent ou futur. Pendant les 5 premières années, tous les revenus non distribués devaient être accumulés et capitalisés. Par la suite, les revenus devaient être détenus dans un trust discrétionnaire, jusqu'à ce que le pouvoir soit exercé ou épuisé, en fonction de ce qui arriverait en premier.

797. En 1969, les trustees ont exercé leurs « pouvoirs de trust » établis dans la clause 4 du document de constitution, par acte écrit de disposition. La première

---

<sup>878</sup> Voir la deuxième partie de la thèse sur les trusts de gestion de droit civil, *infra* p. 347 et suiv.

<sup>879</sup> *Re Hay's Settlement Trusts*, [1982] 1 WLR 202, [1982] Conv 432 (A. Grubb).

clause de l'acte donnait aux trustees « le pouvoir » de détenir les biens en trust pour les personnes ou les buts à être désignés par les trustees. La deuxième clause, similaire à la clause 4, scindait les revenus pour que les revenus non distribués soient détenus dans un « trust discrétionnaire intermédiaire » et donnait pouvoir aux trustees au bénéfice de toute personne, sauf le constituant, son mari et les trustees.

*798.* Le juge Sir Robert Megarry V-C décida que « le pouvoir intermédiaire de disposition » stipulé dans la clause 4 du document de constitution du trust de 1958 était valide. En revanche, « le pouvoir de trust discrétionnaire » de distribution de revenus convenu dans la deuxième clause de l'acte de disposition de 1969 était nul pour « exercice excessif du pouvoir ». La raison de la nullité est que les trustees ne peuvent pas déléguer leurs pouvoirs, sauf s'ils sont expressément autorisés dans le document de constitution.

*799.* Avant le Trustee Act de 2000, la délégation des pouvoirs des trustees anglo-américains était limitée à certaines tâches. Les trustees personnes physiques continuent à déléguer leurs pouvoirs pendant une période de 12 mois. Désormais, ils peuvent déléguer à l'unanimité toute fonction à l'exception des pouvoirs de distribution des biens du trust et des revenus, des pouvoirs de nomination de nouveaux trustees et des pouvoirs spécifiques stipulés dans l'acte de constitution.<sup>880</sup> Les trustees ne peuvent pas déléguer leurs pouvoirs à un bénéficiaire du trust.

*800.* Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, la responsabilité du fiduciaire doit tenir compte des délégations de l'exécution de certaines parties de sa mission.<sup>881</sup> La loi bolivienne<sup>882</sup> énumère les obligations que le fiduciaire ne peut pas déléguer à une autre banque fiduciaire, en plus de celles stipulées dans l'acte de constitution :

- La réalisation diligente des actes nécessaires à l'accomplissement du but du fidéicommiss ;
- La détention des biens objet du fidéicommiss, séparés de ses biens propres et des biens des autres fidéicommiss ;

---

<sup>880</sup> Trustee Act 2000, section 26 (b).

<sup>881</sup> P. BERGER, *op. cit.*, p.42.

<sup>882</sup> Article 1414 du Code de Commerce bolivien.

- La conclusion de polices d'assurance sur les biens lorsqu'il a été stipulé ainsi dans l'acte de constitution ;
- La représentation, la protection et la défense des biens du fidéicommiss contre les actes des tiers, du bénéficiaire ou du constituant ;
- Le transfert des biens à la personne désignée, conformément à l'acte de constitution ou à la loi, lorsque le fidéicommiss prend fin ;
- La reddition des comptes de sa gestion aux bénéficiaires ou, en leur absence, au constituant, tous les six mois et à la fin du fidéicommiss.

801. L'exécution des fonctions de fiduciaire est obligatoire et ne peut pas être déléguée. Le fiduciaire ne peut pas transférer une partie ou la totalité de l'exécution de ses obligations à un autre fiduciaire. Néanmoins, la banque fiduciaire, personne morale, a recours à l'intervention de personnes physiques qui la représentent. Il s'agit d'un ou de plusieurs fonctionnaires « délégués fiduciaires » désignés dont la banque fiduciaire répond directement et de façon illimitée de leurs actes, sans préjudice de la responsabilité civile et pénale de chaque fonctionnaire. Cette délégation n'est pas interdite et suppose la mise en place de pouvoirs particuliers ou généraux, dans la limite des pouvoirs du fiduciaire.<sup>883</sup>

802. **Pouvoir d'investissement.** Les investissements, dans l'ancienne loi sur les trustees de 1925, étaient restreints mais les difficultés ont été résolues par le Trustee Act de 2000. Les trustees réalisent désormais les investissements comme s'ils étaient personnellement propriétaires des fonds du trust. Ils ont un devoir de prudence (*duty of care*) et doivent respecter les consignes d'investissement (*Investment Criteria*). Ils doivent obtenir l'avis d'un expert avant d'effectuer les investissements.

803. Plusieurs devoirs et obligations sont pris en compte par les trustees dans l'exercice de leurs pouvoirs et la prise de décisions. Les devoirs de loyauté vis-à-vis des bénéficiaires, de prudence dans la gestion et les investissements, le respect des consignes et des critères d'investissement sont caractéristiques des relations fiduciaires.

---

<sup>883</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado, op. cit.*, p. 1334.

**804. Devoir de loyauté envers les bénéficiaires.** Les trustees ont un devoir de loyauté et agissent de façon équitable vis-à-vis des bénéficiaires. Ainsi, dans un trust avec un intérêt à vie (*life interest*) en faveur d'une épouse, où le reste des biens doit passer aux enfants, il ne serait pas équitable de privilégier les actifs qui produisent de revenus importants sans permettre l'accroissement du capital, ce qui désavantage les bénéficiaires résiduels, ou vice-versa. Les trustees doivent suivre les règles sur le paiement des dettes et dépenses et choisir s'ils paient avec le capital ou les revenus. Néanmoins, une clause est souvent incluse dans l'acte du trust qui leur donne des facultés discrétionnaires.

**805. Devoir de prudence.** Le Trustee Act 2000 prévoit un devoir de prudence renforcé. Les trustees doivent agir avec la diligence et la prudence raisonnables et adaptées aux circonstances. Un devoir de prudence plus important est exigé des trustees professionnels tels que les avocats. Le devoir de prudence s'applique notamment aux investissements, à la gestion de terres et de biens immeubles et à la nomination de mandataires.

**806.** Selon le Trustee Act 2000, le trustee doit respecter son devoir de prudence par rapport aux investissements et le retour sur investissement, compte tenu des connaissances et de l'expérience qu'il a déclarées avoir. Si le trustee agit dans le cadre d'une profession, le devoir de prudence comprend la connaissance ou l'expérience particulière qu'il est raisonnable d'attendre d'une personne agissant dans le cadre de cette profession. Le trustee doit investir et faire les placements avec diligence et prudence, pour que les biens qui lui sont confiés procurent les revenus que l'on peut normalement attendre d'une bonne gestion.

**807.** Le Trustee Act 2000 énonce des critères d'investissement obligeant le trustee à revoir régulièrement les investissements, à les diversifier et si nécessaire à les modifier. L'intérêt pour les théories de gestion du portefeuille a des racines anciennes remontant aux années trente. Le Trustee Act 2000 incorpore dans une règle juridique la méthode de gestion dite du portefeuille, étudiée par le prix Nobel d'économie Harry M. Markovitz. Cet auteur fut le premier à développer et expliquer la « théorie du portefeuille moderne » (*modern portfolio theory*) dans un article publié en 1952.

808. Aux Etats-Unis d'Amérique, l'évolution et l'acceptation des principes modernes d'investissement pendant la deuxième moitié du XXème siècle, et notamment l'acceptation de la théorie du portefeuille moderne, n'ont pas seulement changé la vision de l'investisseur moderne, mais ont aussi influencé directement le développement de la « Règle de l'investisseur prudent » (*Prudent investor rule*).

809. **Devoir de respect des critères d'investissement (*Investment Criteria*).** Les trustees doivent réviser périodiquement les investissements afin de désinvestir et réinvestir. La politique d'investissement doit être adaptée au but du trust, en respectant la diversification du portefeuille et les circonstances. Les critères d'investissement ne peuvent pas être écartés dans les testaments.

810. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, le fiduciaire doit obtenir le meilleur rendement économique des biens objet du fidéicomis ou de la fiducie, suivant les consignes stipulées dans l'acte de constitution, avec une obligation de moyen et non de résultat.<sup>884</sup> La responsabilité du fiduciaire ne peut pas être mise en jeu sur la seule preuve de la baisse de la valeur du patrimoine fiduciaire.<sup>885</sup> Les devoirs de loyauté du fiduciaire envers les bénéficiaires, de prudence et de diversification des investissements ne sont pas expressément prévus dans les lois sur les fidéicomis ou sur la fiducie. Ils peuvent être déduits de l'obligation de gestion fiduciaire « en bon père de famille » imposée par les lois boliviennes ou panaméennes sur les fidéicomis. La loi argentine va plus loin et de façon plus moderne ; elle fixe la règle aux fiduciaires d'accomplir leurs obligations avec la prudence et la diligence d'un « bon homme d'affaires » qui agit sur la base de la confiance qui lui est donnée.<sup>886</sup>

811. En France, l'article 2026 du Code Civil contient une obligation essentielle pour le fiduciaire, à savoir d'accomplir sa mission conformément aux instructions données et, ajoute Philippe Delebecque,<sup>887</sup> « avec diligence et loyauté (*traduction française des « fiduciary duties »*) ; la diligence implique une obligation positive d'action, de réalisation de l'objet de la fiducie avec attention, tandis que la loyauté

---

<sup>884</sup> Article 1414, alinéa 3) du Code de Commerce bolivien.

<sup>885</sup> P. BERGER, *op. cit.*, p.42.

<sup>886</sup> Article 6 de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin.

<sup>887</sup> Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 32.

*oblige le fiduciaire à ne pas faire prévaloir son intérêt personnel sur celui de la fiducie et à demeurer impartial.* » Ces devoirs fiduciaires devraient être expressément énoncés à l'article 2026 du Code Civil.

812. Les devoirs d'obtenir conseil d'un expert, d'agir conjointement si les fiduciaires sont plusieurs et les devoirs de nature administrative sont communs aux deux modèles de trusts. Ils peuvent être aménagés dans l'acte de constitution des trusts anglo-américains et être limités ou renforcés contractuellement dans les trusts de droit civil.

813. **Devoir d'obtenir conseil.** Les trustees doivent obtenir le conseil d'un expert avant d'exercer leurs pouvoirs d'investissement. Le conseil doit provenir d'une personne raisonnablement qualifiée, à la seule appréciation des trustees, ayant une expérience pratique dans les domaines des finances et des investissements.

814. **Devoir d'agir conjointement.** Les trustees doivent prendre les décisions à l'unanimité. Les testaments incluent des trusts ayant pour but la vente des biens (*Trust for sale*), avec des pouvoirs discrétionnaires de la reporter pendant le temps que les trustees considèrent nécessaire. La propriété du testateur en trust sera donc vendue mais les trustees décident, à l'unanimité, le bon moment pour la vente. Au Panama, lorsque le constituant nomme deux fiduciaires et lorsque l'acte de constitution du fidéicommiss ne dispose pas autrement, les deux fiduciaires nommés agissent conjointement. Lorsque plus de deux fiduciaires sont nommés, ils doivent décider à la majorité simple.<sup>888</sup> Si plusieurs fiduciaires sont nommés, ils sont solidairement responsables de l'exécution du fidéicommiss, sauf stipulation contraire de l'instrument du fidéicommiss.<sup>889</sup>

815. **Devoirs de nature administrative.** Les trustees ont des obligations de nature administrative. Ils doivent tenir des registres complets de leur gestion et une comptabilité des recettes et dépenses. L'acte de trust confère aux fiduciaires les pouvoirs qui leur permettent de remplir leurs obligations de nature administrative. Les pouvoirs administratifs les plus courants sont ceux relatifs à la vente, l'achat, la

---

<sup>888</sup> Article 20 de la loi n° 1 sur le fidéicommiss panaméen.

<sup>889</sup> Article 27, dernier paragraphe de la loi n° 1 sur le fidéicommiss panaméen.

location, le placement, l'exercice du droit de vote liée aux actions d'une société, l'emprunt, la consultation de professionnels, le recours aux services de mandataires, le consentement à des règlements d'urbanisme, l'exploitation d'une entreprise, la participation à des réorganisations de nature sociétaire, telles des fusions. Selon le cabinet Lefebvre, « *de nos jours, leurs pouvoirs peuvent être plus étendus que ceux des administrateurs de sociétés* ». <sup>890</sup>

816. La qualité de fiduciaire des trusts de droit civil est limitée à certaines personnes en France et en Bolivie, alors que toute personne peut exercer la fonction de fiduciaire en Argentine et au Panama.

### ***B. Fiduciaires de droit civil et restrictions à leur qualité***

817. La notion de devoirs ou d'obligations fiduciaires qui est une création de l'*Equity* anglaise remontant à plusieurs siècles est relativement neuve pour les trusts du modèle contractuel de droit civil. Les devoirs fiduciaires peuvent se résumer ainsi : lorsqu'une personne (le fiduciaire) occupe un poste ou joue un rôle où elle bénéficie de la confiance d'une autre personne (le bénéficiaire), elle doit se conduire avec une extrême bonne foi (*uberrimae fides*) envers lui et ne pas abuser de cette confiance ou exercer ses pouvoirs au détriment du bénéficiaire.

818. Les rapports entre personnes respectueuses de ces devoirs sont caractéristiques du modèle anglo-américain des trusts de propriété. Les obligations du fiduciaire doivent découler de la nature de ces rapports et non pas d'une quelconque catégorie particulière dont relèveraient ces personnes. Or, en Bolivie ou en France, c'est la catégorie d'institution financière ou de membre de la profession d'avocat, obligatoire pour être fiduciaire, qui détermine la nature des rapports fiduciaires car ces fiduciaires sont soumis à une stricte régulation et au contrôle des autorités.

819. Nous allons exposer, dans un premier temps, les fiduciaires ordinaires et professionnels en Argentine et au Panama (a.) et ensuite, analyser les restrictions en Bolivie et en France (b.).

---

<sup>890</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, « Dossier Régime du trust en droit français », *loc. cit.*

a. *Fiduciaires ordinaires et professionnels en Argentine et au Panama*

820. La législation argentine donne la liberté de devenir fiduciaire à toute personne, à l'instar de l'Angleterre, ce qui facilite la nomination de fiduciaires « de confiance » choisis par le constituant. Mais si toute personne physique ou morale peut être fiduciaire, il faut obtenir une autorisation pour être fiduciaire professionnel ou financier. Le « fiduciaire ordinaire public » est le fiduciaire professionnel des fidéicommiss ordinaires. Le « fiduciaire financier » est celui autorisé à être fiduciaire des fidéicommiss financiers. Toute personne peut être fiduciaire d'un fidéicommiss ordinaire mais il est nécessaire d'obtenir une autorisation pour offrir des services fiduciaires au public ou pour être fiduciaire d'un fidéicommiss financier.

821. La caractéristique principale qui permet de qualifier un fiduciaire de « fiduciaire ordinaire public » ou « fiduciaire professionnel » est l'existence d'une offre publique de services fiduciaires et non la quantité de contrats de fidéicommiss souscrits. Ce n'est pas le nombre de fidéicommiss ou le montant des fidéicommiss en gestion qui détermine l'obligation de demander une autorisation mais c'est l'existence d'une offre publique de services fiduciaires à des tiers, par tout moyen public de communication. Sont autorisés à effectuer des offres publiques de services fiduciaires, les organismes financiers habilités par la loi<sup>891</sup> et toute personne physique ou morale enregistrée au Registre des fiduciaires ordinaires publics et autorisée par la « Commission Nationale des Valeurs ». Cette dernière est l'autorité argentine des marchés financiers.

822. Le caractère fondamental des fidéicommiss financiers argentins est que les seuls fiduciaires autorisés sont des organismes financiers spécialement agréés à gérer des fidéicommiss financiers. Sont autorisées : les entités financières prévues par la loi 21.526 et ses règlements, la Caisse de Valeurs, autorisée par la loi 20.643 et son règlement, toute société anonyme constituée en Argentine et les sociétés étrangères qui ont une filiale dans ce pays. Il faut que ces dernières demandent l'inscription au Registre des fiduciaires financiers.

823. La législation argentine distingue donc les fidéicommiss ordinaires des fidéicommiss financiers en fonction de la qualité du fiduciaire. Le fidéicommiss financier argentin est un contrat de fidéicommiss soumis aux règles relatives aux fidéicommiss ordinaires. Toutefois, le fiduciaire doit être une institution financière ou une société expressément autorisée par la Commission Nationale des Valeurs (CNV). Dans les fidéicommiss financiers, les droits des bénéficiaires doivent être représentés au travers des titres valeurs.<sup>892</sup>

824. La CNV est l'autorité de régulation des fidéicommiss financiers. Elle autorise le fiduciaire à faire des offres de titres valeurs au public. Cependant, l'offre au public des titres fiduciaires ne constitue pas une condition pour que le fidéicommiss soit considéré comme un fidéicommiss financier. Adrian G. Diplotti, Pablo Gutierrez et Nicolas Malumian expliquent que la Commission Nationale des Valeurs a limité elle-même son intervention aux seuls fidéicommiss financiers qui proposent au public des offres de titres valeurs.<sup>893</sup>

825. A l'identique, la législation panaméenne dispose d'une grande liberté en ce qui concerne le fiduciaire. Toute personne physique ou morale capable peut exercer cette fonction. Cependant, le fiduciaire doit obtenir la licence concernée s'il souhaite exercer ses fonctions de manière professionnelle. Il doit se conformer alors aux conditions énoncées dans la loi et notamment, dans un décret relatif aux garanties minimales et qualifications morales et professionnelles des fiduciaires.<sup>894</sup>

826. Les restrictions à la qualité de fiduciaire ont un but de contrôle et de régulation de la gestion fiduciaire par les autorités administratives.

---

<sup>891</sup> Article 5 de la « loi argentine n° 21.526 des entités financières et ses amendements » (Ley n° 21.526 de Entidades Financieras y modificatorias).

<sup>892</sup> Article 19 de la loi 24.441 sur les fidéicommiss.

<sup>893</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 173.

<sup>894</sup> Décret exécutif (*Decreto Ejecutivo*) n° 16 du 3 octobre 1984, publié le 18 octobre 1984 (*Gaceta Oficial* n° 20.165).

b. Restrictions en Bolivie et en France

827. La législation bolivienne réserve l'exercice de la fonction de fiduciaire aux banques, c'est-à-dire aux établissements de crédit, en prohibant la gestion fiduciaire à toute autre personne physique ou morale. Par cette restriction de la loi, le but recherché est de donner un outil d'intermédiation financière aux banques.<sup>895</sup> Le fidéicomis bolivien est une opération bancaire, commerciale ou de crédit.

828. L'utilité du fidéicomis, dans la finance et dans le crédit, a été le motif déterminant pour restreindre la qualité de fiduciaire exclusivement aux banques. La loi offre aux établissements de crédit une situation de « quasi-monopole » en permettant à ses rares élus d'être désignés fiduciaires des fidéicomis exprès privés qui n'ont pas été mis en place par l'Etat bolivien. Les autres fiduciaires sont des organismes publics pour des fidéicomis mis en place par l'Etat bolivien, par exemple la « Nationale Financière Bolivienne, Société Anonyme Mixte (NAFIBO SAM) » le FONDESIF (Fonds de développement du système financier et d'appui au secteur productif).<sup>896</sup>

829. En France, le fiduciaire fait partie des personnes morales dont les activités sont définies par le Code monétaire et financier ou par les règles concernant l'exercice de la profession d'avocat. Ce sont : les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, parmi lesquelles figurent les sociétés de gestion de portefeuille pour compte de tiers, les entreprises d'assurance, le Trésor public, la Poste, la Caisse des dépôts et consignation et les membres de la profession d'avocat.<sup>897</sup>

830. Le législateur français ou bolivien a octroyé la qualité de fiduciaire à des personnes présentant certaines garanties en matière de gestion du patrimoine et de techniques de financement. Les institutions financières fiduciaires ont pour profession habituelle de réaliser des opérations de banque,<sup>898</sup> de fournir des services

---

<sup>895</sup> P. MENDIETA PAZ, *op. cit.*, p. 114, 115.

<sup>896</sup> Décret Suprême n° 27386 du 20 février 2004; décret suprême n° 28095, publié dans la Gazette n° 2741 du 22 avril 2005 ; décret suprême n° 29231 du 17 août 2007.

<sup>897</sup> Article 15 du Code Civil. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) a ouvert la possibilité aux avocats de devenir fiduciaires à compter du 1er février 2009.

<sup>898</sup> Article L. 511-1 du Code monétaire et financier.

d'investissement<sup>899</sup> ou de gestion de portefeuille pour compte de tiers, ou de gérer un ou plusieurs organismes de placement collectifs (OPCVM).<sup>900</sup>

831. Les institutions susceptibles d'être désignées fiduciaires sont toutes soumises à un agrément ou à une déclaration lors de leur constitution et leurs activités sont contrôlées par différentes autorités, dotées d'un pouvoir de sanction, en cas de violation caractérisée de leurs obligations.<sup>901</sup> Ces autorités professionnelles peuvent aussi saisir la justice en cas d'infraction pénale. De cette manière, les fiduciaires sont assujettis à un ensemble de règles précises et contraignantes quant à la lutte contre le blanchiment de capitaux et elles connaissent des règles déontologiques et de protection des épargnants.

832. En France, les sociétés de gestion de portefeuille pour compte de tiers sont fréquemment désignées en qualité de fiduciaires. Elles sont placées sous le contrôle de l'Autorité des Marchés Financiers française (AMF) qui délivre leurs agréments. Celle-ci doit être informée de toute modification des conditions de délivrance de l'agrément et dispose d'un pouvoir de sanction. Pourtant, les principaux textes réglementaires<sup>902</sup> qui encadrent les sociétés de gestion de portefeuille restent silencieux au sujet de la fiducie et n'ont pas eu une mise à jour. A ce jour, l'activité de gestion fiduciaire ne figure pas parmi les services susceptibles d'être exercés par une société de gestion de portefeuille, alors même que la loi l'y autorise. L'autorité des marchés financiers n'a pas encore précisé les modalités d'exercice de la qualité de fiduciaire des sociétés de gestion. Dans le formulaire d'agrément ou de modification du périmètre de l'activité envisagée par la société de gestion, l'activité fiduciaire n'est pas comprise comme une forme de gestion. Elle ne peut être renseignée par la société qu'au point E-5 des autres activités ou services.

833. Sandra Esquiva-Hesse et Karim Bent-Mohamed s'interrogent sur le fait de savoir si l'exercice de l'activité de fiduciaire par une société de gestion de portefeuille pour le compte de tiers doit être soumis au préalable à une simple information ou à une autorisation de l'Autorité des marchés financiers. Dans

---

<sup>899</sup> Article L. 531-4 du Code monétaire et financier, modifié par Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 8 JORF 16 mai 2001.

<sup>900</sup> En France, les services d'investissement portent sur des instruments financiers énumérés à l'article L.211-1 du Code monétaire et financier, modifié par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

<sup>901</sup> B. LE BARS, « L'avocat fiduciaire : naissance d'une nouvelle spécialité », *Journal des sociétés*, Mai 2009, n° 65, p. 44.

l'hypothèse où une autorisation préalable de l'AMF serait requise, faut-il alors présenter un véritable programme d'activité, dont le contenu n'est pas encore déterminé réglementairement ?<sup>903</sup> Les sociétés de gestion ont simplement informé l'Autorité de leurs activités fiduciaires et envoyé des copies des contrats de fiducie dans lesquels elles agissent en qualité de fiduciaires. Cependant, leurs activités fiduciaires devraient être agréées par l'Autorité de contrôle dans le cadre de leurs programmes d'activités.

834. En modifiant l'article 2015 du Code Civil français, la loi de modernisation de l'économie permet aux avocats d'agir en qualité de fiduciaires. Ils sont les seules personnes physiques susceptibles d'avoir la qualité de fiduciaire. Ils peuvent mettre en œuvre toute la palette des missions du fiduciaire : par exemple, gérer le patrimoine des majeurs en curatelle ou des jeunes majeurs.<sup>904</sup> Si cette loi marque l'avènement de l'avocat fiduciaire, elle ne lui retire pas pour autant la possibilité d'être constituant, conseil du constituant ou du fiduciaire et protecteur du constituant.<sup>905</sup>

835. Les autorités professionnelles françaises et en particulier le Conseil National des Barreaux sont intervenus afin d'encadrer le régime de l'avocat fiduciaire. Un nouvel article 6.2.1, inséré dans le Règlement Intérieur National, encadre, sur le plan déontologique, l'activité fiduciaire pour la rendre compatible avec les principes essentiels de la profession d'avocat, notamment en ce qui concerne l'exigence d'indépendance, le respect du secret professionnel et la bonne gestion des conflits d'intérêts.

836. C'est en raison de leur déontologie que le gouvernement a souhaité que les avocats soient fiduciaires. Lorsque l'avocat agit en qualité de fiduciaire, il le fait dans l'exercice de sa profession. La mission du fiduciaire est acceptée et exercée en tant qu'avocat ; l'activité fiduciaire fait partie à part entière du métier d'avocat, en dépit du caractère atypique par rapport à son activité traditionnelle.<sup>906</sup> La mise en œuvre de

---

<sup>902</sup> Règlement général de l'AMF.

<sup>903</sup> S. ESQUIVA-HESSE, K. BENT-MOHAMED, « Fiducie gestion : impacts des réformes et perspectives potentielles en matière de restructuration », *Journal des sociétés*, n° 66, juin 2009, p.52.

<sup>904</sup> A. BORDENAVE, « Petit à petit la fiducie fait son nid », *Lexbase*, N5811B13.

<sup>905</sup> F. BARRIERE, « La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie », *JCP E*, 2008, n° 35, 28 août 2008, act. 385.

<sup>906</sup> P. BERGER, *op. cit.*, p.42.

la couverture d'assurance de responsabilité civile professionnelle de l'avocat fiduciaire suppose la preuve de la faute de gestion de l'avocat. L'avocat fiduciaire doit aussi contracter une assurance de garantie de restitution des biens de la fiducie en faveur du constituant-bénéficiaire, d'un montant de 5% de la valeur des immeubles et 20% des autres actifs.

**837. Conclusion du premier chapitre.** Les régimes juridiques des trusts des deux modèles ont des différences quant aux exigences de forme et aux formalités car, les trusts anglo-américains peuvent être constitués oralement et être secrets ou semi-secrets, ce qui est contraire aux exigences de forme des trusts de droit civil. En outre, le modèle contractuel des trusts de droit civil accepte uniquement les trusts exprès et n'a pas de trusts non-exprès comme son homologue anglo-américain. Néanmoins, leur fonctionnement est semblable grâce aux deux éléments communs et propres à toutes les opérations fiduciaires : le transfert de la propriété fiduciaire à un tiers et la séparation de celle-ci des biens propres des autres parties intervenant à l'acte.

**838.** Toute personne capable devrait pouvoir être fiduciaire, ce qui facilite la constitution et l'utilisation de trusts familiaux. Les fidéicommiss sont constitués au bénéfice de personnes mineures, de majeurs protégés ou de personnes non encore nées et donc inexistantes. Le fait de nommer des bénéficiaires incapables facilite la constitution des fidéicommiss familiaux qui sont un bon outil de gestion des biens des familles au bénéfice des plus vulnérables. En France, les bénéficiaires doivent avoir la capacité de contracter. D'un point de vue pratique, il est compliqué de constituer des fiducies au profit des bénéficiaires incapables, en raison de la nullité d'ordre public concernant les fiducies ayant une intention libérale. Avec une longue tradition de gestion des biens familiaux et des relations au sein de la famille, les trusts du modèle anglo-américain sont adaptés à la constitution des trusts au bénéfice de personnes vulnérables ; des incitations fiscales favorisent leur utilisation courante. L'essence même de l'institution du trust anglo-américain est depuis toujours la gestion du patrimoine familial, sa protection et sa transmission.

**839.** Au Panama, les fidéicommiss et les fondations d'intérêt privé ont été mis en place comme véhicules de protection et transmission des patrimoines familiaux.

## CHAPITRE II. Spécificités des trusts de droit civil au Panama

*« L'urgence à stocker les ressources n'est autre qu'un effort désespéré pour rationaliser le futur, organiser et soumettre l'inconnu, qui pour l'homme d'aujourd'hui est primordialement la carence. »*

*Ramon Jurado.*<sup>907</sup>

840. L'histoire et la position géographique du Panama expliquent l'intérêt de ce pays pour les trusts du modèle anglo-américain de propriété et la création du fidéicomis panaméen, le plus ancien trust de droit civil du modèle contractuel, en Amérique Latine. Le fidéicomis panaméen n'appartient ni aux trusts de Common Law ni à un système mixte ou hybride, mais il a été adapté et a évolué dans un système de droit civil pur. Si l'influence anglo-américaine est présente dans la doctrine des auteurs de ce pays, le Panama est historiquement une juridiction de droit civil continental. A ce titre, il a développé des trusts du modèle contractuel.

841. Le fidéicomis panaméen a la singularité d'avoir été pensé par le législateur panaméen comme un trust de droit interne<sup>908</sup> mais, conçu juridiquement et fiscalement pour accueillir les affaires internationales « *off-shore* » et attirer les capitaux étrangers vers ce pays. La République de Panama est une juridiction « *off-shore* », appelée aussi « paradis fiscal » car elle a un niveau très bas d'imposition.

842. En tant que « centre *offshore* », le Panama rend des services de gestion de patrimoine et des successions, de planification patrimoniale et fiscale et de protection d'actifs.<sup>909</sup> Le Panama est considéré comme la juridiction latino-américaine la plus internationale. Nonobstant, il fait partie de la liste des pays dits « non coopératifs »

---

<sup>907</sup> R. H. JURADO, *El lucro : constante dinámica en la conducta del hombre occidental*, Editorial Panamá, 1971. Prix littéraire Ricardo Miró 1969 – 1970.

<sup>908</sup> Loi panaméenne N° 1 du 5 janvier 1984 « *Gaceta Oficial* » n°19.971 du 10 janvier 1984.

<sup>909</sup> R. OWENS, *article précité*, p. 1.

de l'OCDE<sup>910</sup> et des listes nationales internes de plusieurs pays d'Europe<sup>911</sup> et des Amériques.<sup>912</sup>

843. La législation panaméenne actuelle reconnaît l'existence du trust dans des termes substantiellement semblables à ceux des pays de Common Law.<sup>913</sup> Ces termes sont décrits dans la Convention de la Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable aux trusts et à leur reconnaissance, même si le Panama n'est pas signataire de cette Convention.<sup>914</sup>

844. Le législateur panaméen a créé les « fondations d'intérêt privé » pour accompagner le fidéicomis. Les fondations privées constituent une figure alternative et complémentaire au fidéicomis qui s'adapte plus aisément aux systèmes de droit civil continental.<sup>915</sup> En effet, les constituants de culture anglo-américaine sont habitués à transférer la propriété de certains biens de leurs patrimoines à un trustee qui les gère, à leur propre bénéficiaire ou au bénéficiaire de tiers, et de garder des droits de propriété sur certains autres de leurs biens.

845. En revanche, les constituants de culture continentale ont du mal à affecter leurs biens en transférant la propriété à un tiers, trustee ou fiduciaire, considéré bien souvent comme un « étranger ». Il est plus facile pour eux de constituer une fondation d'intérêt privé qui a la personnalité morale, dont ils restent propriétaires et peuvent

---

<sup>910</sup> R. A. AROSEMENAY ARIAS, M. T. DARWYNE, "Comparing jurisdictions—answers to common problems", *Trusts & Trustees*, Vol. 16, n° 7, August 2010, p. 601.

<sup>911</sup> En France, sont considérés comme non coopératifs les Etats et territoires non membres de la Communauté européenne dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par l'OCDE et qui n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze Etats ou territoires une telle convention. Par un Arrêté du 14 avril 2011, la liste des Etats et territoires non coopératifs concernés au titre de l'année 2010 mentionnait le Panama et les Iles Cook. Un arrêté du 4 avril 2012, pris en application du 2 de l'article 238-0 A du code général des impôts (créé par LOI n°2009-1674 du 30 décembre 2009 - art. 22 V), ne mentionne plus le Panama et les Iles Cook. Ils ont été retirés de la liste car ils ont conclu avec la France une convention d'assistance administrative. Malgré les réticences du Sénat (rapport de Mme Nicole Bricq sur le projet de loi n° 186 2011-2012), qui a rejeté le projet de loi par quinze voix contre, aucune voix pour et deux abstentions, la loi n° 2011-2013 du 29 décembre 2011 (JORF n°0302 du 30 décembre 2011 page 22683 texte n° 2) autorise l'approbation de la convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Panama en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu, signée à Panama, le 30 juin 2011.

<sup>912</sup> Le Panama fait partie des listes nationales internes de plusieurs pays d'Amérique du sud. L'Argentine considère la République du Panama comme une juridiction remplissant les critères de paradis fiscal. Les Résolutions de l'Inspection Générale de Justice (I.G.J.) de Buenos Aires, n° 7, 8, 9, 11 et 12 de 2003, n° 22 de 2004 et n° 2 et 3 de 2005, la loi n° 19.550 en matière de sociétés constitués à l'étranger et le Décret n° 1037 de 2000 établissent une liste de toutes les juridictions et territoires (88 au total) et de leurs régimes fiscaux considérés comme ayant une imposition basse ou nulle.

<sup>913</sup> J. A. TEJADA MORA, *loc. cit.*

<sup>914</sup> R. A. AROSEMENAY ARIAS, M. T. DARWYNE, *ibid.*, p. 599.

<sup>915</sup> G. BOUTIN, *La Fundación de Interés Privado en el Derecho Panameño y Comparado*, Mizrachi & Pujol, 2e. éd., 2000. p. 17-21.

diriger car ils sont habitués aux structures de droit des sociétés, plus répandues dans les pays de droit civil.

*846.* Les fondations existent dans les systèmes de droit civil continental. Or, il s'agit de fondations d'intérêt public, c'est-à-dire, d'institutions philanthropiques à but d'intérêt général. Les administrations locales des pays de droit civil continental, les juges ou les notaires, sont plus familiarisés avec les fondations qu'avec les trusts anglo-américains.

*847.* Les règles des systèmes de droit civil continental s'accommodent ainsi plus facilement aux fondations qu'aux trusts du modèle anglo-américain. Les parties intervenant à la fondation d'intérêt privé sont plus à l'aise vis-à-vis de leurs droits provenant d'une fondation privée que d'un trust du modèle anglo-américain. La doctrine anglo-américaine qualifie les fondations d'intérêt privé panaméennes de trusts exotiques.<sup>916</sup> Les fondations panaméennes d'intérêt privé peuvent être considérées comme des trusts appartenant au modèle contractuel de trusts de droit civil.

*848.* Comme déjà évoqué, la loi panaméenne énumère les conditions obligatoires de validité des trusts, en excluant les trusts oraux, implicites, simulés ou incomplets. De plus, elle exige l'enregistrement des biens immeubles des fidéicommiss ou des fondations privées au nom du fiduciaire ou de la fondation ; le trust ne peut pas être attaqué par les tiers grâce à cet enregistrement. Ainsi que les autres juridictions de droit civil étudiées, le Panama prête une attention particulière aux conditions de forme de l'acte de constitution des fidéicommiss et des fondations d'intérêt privé mais a des règles spéciales de registre et de publicité différentes afin d'assurer une confidentialité absolue.

*849.* De plus est, la législation panaméenne sur le fidéicommiss et les fondations d'intérêt privé diffère des autres législations étudiées en raison de l'attention qu'elle prête à la régulation de situations spécifiques aux trusts. La désignation de bénéficiaires par une personne autre que le constituant dans les fidéicommiss révocables et la désignation de bénéficiaires en tant que catégorie sont expressément

prévues par la loi. Le transfert du trust de droit civil vers une autre juridiction et les règles d'élection de la loi applicable au trust sont aussi définis.<sup>917</sup> En outre, le constituant peut créer librement des trusts testamentaires ou « *inter-vivos* », avec effet « *post mortem* » car il n'y a pas de réserves héréditaires obligatoires dans ce pays. Les règles successorales du domicile du constituant ou des bénéficiaires du trust ne sont pas reconnues par les tribunaux panaméens.

850. Nous allons analyser, dans un premier temps, les fondations d'intérêt privé panaméennes (Section 1) et ensuite étudier les spécificités communes au fidéicomis et aux fondations privées dans ce pays (Section 2).

### ***Section 1. Fondations panaméennes d'intérêt privé.***

851. Le Panama a créé, de toutes pièces, la fondation d'intérêt privé. Luis A. Chalhoub la définit comme une figure juridique « *sui generis* », qui a emprunté certaines caractéristiques aux sociétés et au fidéicomis sans s'identifier pleinement à l'un des deux.<sup>918</sup> La fondation d'intérêt privé est une personne morale, constituée unilatéralement par une ou plusieurs personnes physiques ou morales, agissant pour elles-mêmes ou au travers d'un tiers.

852. La fondation a la conservation, la gestion et disposition d'un patrimoine. Elle est dirigée par un organe interne d'administration et a comme objectif la réalisation des fins prévues par les constituants qui ne sont pas, en principe, à but lucratif.<sup>919</sup> Contrairement au fidéicomis panaméen, les fondations ne sont pas seulement des patrimoines d'affectation mais elles ont aussi la personnalité morale.

853. L'idée des fondations d'intérêt privé provient de la principauté du Liechtenstein<sup>920</sup> et de sa « loi sur les personnes morales et les sociétés ».<sup>921</sup> Cette loi

<sup>916</sup> J. ADKISSON, Ch. RISER, "Asset Protection: Concepts & Strategies", <http://www.assetprotectionbook.com>

<sup>917</sup> M. LUPOI, *loc. cit.*, p. 286.

<sup>918</sup> L. A. CHALHOUB, « Las Fundaciones de Interes Privado como instrumento alternativo al fideicomiso para la planificacion patrimonial. », in *Présentation au XV Congrès Latino-américain du Fidéicomis à Panama*, le 7 septembre 2005, Fédération Latino-américaine de banques, p. 9.

<sup>919</sup> L. A. CHALHOUB, *ibid.*, p. 9.

<sup>920</sup> A. AGUILAR-ALFU, "Panama: when Panama private foundations go to court—a case law review", *Trusts & Trustees*, Vol. 16, n° 6, July 2010, p. 510.

prévoit que les « fondations de famille (*Stiftungs*) » sont pour le bénéfice privé d'une ou plusieurs familles et que les « fondations mixtes » sont pour le bénéfice privé, non seulement des familles mais aussi d'autres personnes ou institutions.<sup>922</sup>

854. Nous allons analyser, dans un premier temps, la nature des fondations d'intérêt privé (I) et ensuite traiter de leur régime (II)

### ***I. Nature des fondations d'intérêt privé***

855. Les fondations d'intérêt privé se distinguent des sociétés car elles n'ont pas d'actionnaires et ne sont pas propriété de tiers, tels que des porteurs de parts ou de copropriétaires.<sup>923</sup> Dans ce cadre, elles ne sont ni des sociétés ni des associations car elles n'ont pas besoin de la concurrence de deux ou plusieurs volontés pour être constituées mais uniquement de la manifestation de la volonté d'une seule personne physique ou morale. Pour cette raison, la fondation d'intérêt privé est une personne morale constituée par acte juridique unilatéral.<sup>924</sup>

856. A l'opposé des sociétés, la volonté des fondations d'intérêt privé en tant que personne juridique n'est pas autonome mais « hétéronome » car ses organes d'administration doivent respecter la volonté du constituant fondateur et devenir les meilleurs exécutants de cette volonté, sans modifier ni le destin ni l'organisation de la fondation.<sup>925</sup> Le constituant, au travers de cet acte unilatéral de déclaration de volonté et de disposition des biens, lie les membres des organes d'administration à la réalisation d'une fin prédéterminée non lucrative.

857. L'acte unilatéral donne ainsi lieu à la naissance d'une personne morale, la fondation d'intérêt privé, qui exécute les buts prévus pour le patrimoine affecté. Son objet est exclusivement que les personnes physiques ou morales, choisies par le

<sup>921</sup> Le règlement qui régit les Fondations au Liechtenstein fait partie de la Section « Organismes Corporatifs, partie II, titre 5, (articles 552-570) de la loi « Personen und Gesellschaft rect. – P.G.R ». ou loi sur les personnes morales et les sociétés du 20 janvier 1926, LGBl, n° 4 de 1926.

<sup>922</sup> Historiquement, les familles européennes fortunées ont constitué des fondations de famille au Liechtenstein car il était considéré comme une juridiction neutre en cas de guerre et permettait de garantir les transferts successoraux des biens familiaux.

<sup>923</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 623.

<sup>924</sup> L. A. CHALHOUB, *ibid.*, p.8

<sup>925</sup> L. A. CHALHOUB, *ibid.*, p. 9.

constituant, bénéficient des revenus produits par la fondation. De cette façon, la législation panaméenne permet la protection d'actifs et la mise en place de successions fiscalement avantageuses.

858. La question est de savoir si le but de la fondation d'intérêt privé est exclusivement non-lucratif (A). Nous analysons la personnalité morale et la séparation de patrimoines (B) qu'elle réalise.

### *A. But non-lucratif ?*

859. Les fondations d'intérêt privé ne doivent pas être à but lucratif.<sup>926</sup> Cependant, elles peuvent développer des activités commerciales, de manière occasionnelle. Le code de commerce du Panama énonce les actes qui sont considérés comme des actes de commerce, à savoir des actes accomplis lorsque l'activité est réalisée comme moyen de subsistance.<sup>927</sup>

860. Les fondations d'intérêt privé peuvent être bénéficiaires de dividendes provenant des actions ou des titres des sociétés faisant partie du patrimoine de la fondation, à condition que ces revenus et les résultats économiques de ces activités soient exclusivement utilisés dans le cadre de l'objet et la mission de la fondation. A son tour, la fondation peut distribuer des dividendes et tout autre bénéfice entre les bénéficiaires, conformément à ce qui a été stipulé dans le document de constitution ; le fondateur peut être lui aussi bénéficiaire de sa fondation privée.<sup>928</sup>

861. Dans la majorité des cas, les fondateurs sont, de leur vivant, les bénéficiaires des revenus. Ils peuvent laisser des instructions pour la gestion du patrimoine ou la distribution des revenus, à leur décès. De cette façon, la fondation d'intérêt privé fait office de testament et offre les avantages de la planification successorale et de la confidentialité car il n'est pas nécessaire de faire un testament ou d'obtenir un jugement sur les droits de succession qui serait de connaissance publique.

---

<sup>926</sup> Article 3 de la loi n° 25 du 12 juin 1995 sur les fondations d'intérêt privé.

<sup>927</sup> L. A. CHALHOUB, *idem.*, p. 16.

<sup>928</sup> Article 5, alinéa 7 de la loi n° 25 sur les fondations privées.

862. Le Panama impose uniquement les revenus provenant d'activités économiques réalisées au Panama. Les intérêts et tout autre revenu du capital ou des valeurs mobilières étrangères déposés dans des banques situées sur le territoire panaméen sont exonérés d'impôt. Si la fondation ne reçoit pas de revenus provenant d'activités réalisées au Panama, la seule taxe est celle du Registre du commerce.<sup>929</sup> Le « système territorial d'imposition » panaméen est un aspect important pour positionner le Panama comme centre financier « *off-shore* ». <sup>930</sup>

863. Une loi spéciale sur les fondations d'intérêt privé (a) prévoit leur nature flexible (b).

a. Loi spéciale sur les fondations d'intérêt privé

864. En 1995, une loi spéciale relative aux fondations d'intérêt privé a été promulguée<sup>931</sup> au Panama, sans engouement des médias locaux.<sup>932</sup> Parmi ses caractéristiques, la loi prévoit une simplicité de constitution : la « charte de la fondation » peut être constituée par instrument privé du fondateur devant un notaire public partout dans le monde. Un autre caractère essentiel est la liberté contractuelle.

865. La loi donne la possibilité aux praticiens de rédiger des chartes de constitution de la fondation de façon variée,<sup>933</sup> avec une durée de vie illimitée, comme le Fonds de dotation de droit français ou les fidéicommiss boliviens à caractère philanthropique, ce qui représente une exception aux règles contre les perpétuités<sup>934</sup> énoncées par d'autres législations des deux modèles de trusts anglo-américains et de droit civil.

866. Les fondations peuvent servir à des activités commerciales, telles que la détention de droits de propriété intellectuelle, des actions ou de tout autre instrument

---

<sup>929</sup> Elle est fixée à 300 dollars nord-américains par an. Une franchise annuelle de 100 dollars américains a été abrogée par la loi n° 31 du 3 décembre 1991.

<sup>930</sup> A. AGUILAR-ALFU, *article précité*, p. 508.

<sup>931</sup> Loi n° 25, du 12 juin 1995, « *Por la cual se regulan las Fundaciones de Interes Privado* ». *Gaceta Oficial* [G.O.] du 14 juin 1995.

<sup>932</sup> M. ALVAREZ CEDENO, "En segundo debate – Asamblea aprueba ley para fundaciones de interes privado", *LA PRENSA*, 24 April 1995, <http://biblioteca.prensa.com/contenido/1995/batch04/mafia.003-0001933.html>.

<sup>933</sup> Le constituant peut par exemple rédiger des documents de constitution compatibles avec la « *Sharia* » (*Sharia-Compliant Foundations*). Il s'agirait donc d'une fondation d'intérêt privé panaméenne qui répond aux principes et aux valeurs philosophiques cardinales de l'islam financier : pas d'intérêt, pas de spéculation, pas de secteurs illicites ; chaque transaction financière doit être adossée à des activités tangibles et prévoir un partage des pertes et des profits.

<sup>934</sup> A. R. AROSEMENAY ARIAS, M. T. DARWYNE, *op. cit.*, p. 599.

financier car le but de la fondation d'intérêt privé peut être charitable ou lucratif,<sup>935</sup> à condition que les bénéfices des activités de la fondation soient strictement utilisés dans le cadre de son objet, c'est-à-dire, au profit des bénéficiaires.

867. L'interdiction de l'article 3 de la loi n° 25 sur les fondations d'intérêt privé n'est donc pas claire. L'objectif principal de la fondation d'intérêt privé n'est pas la réalisation et le partage de bénéfices ? La fondation « à but non lucratif » serait réservée à des personnes qui désirent se regrouper autour d'un projet dans un but autre que le partage de bénéfices : la promotion d'une activité sportive, la découverte d'une région, la réalisation d'économies, l'insertion de personnes en difficulté, le développement local, le test d'une nouvelle activité, etc..., ce qui n'est pas le cas des fondations d'intérêt privé. Fait-il interpréter l'article 3 dans le sens que la réalisation de profits est possible, mais que cela ne doit pas être l'objectif premier de la fondation ? La fondation privée panaméenne n'est pas une fondation à but non lucratif, comme prétend l'article 3 de la loi n° 25, mais elle est bien une fondation à but lucratif au profit de ses fondateurs et bénéficiaires, d'où son nom de fondation d'intérêt privé.

868. La loi n'impose aucune condition de nationalité aux personnes physiques ou morales qui veulent être fondateurs, membres du Conseil de la fondation ou protecteurs. Ils n'ont pas besoin d'être résidents de ce pays, à l'exception de l'avocat qui sert d'agent résidant.<sup>936</sup> Toute personne physique ou morale capable peut être ainsi administrateur du Conseil de la fondation ou « protecteur » et aucune autorisation gouvernementale pour exercer ces mandats n'est nécessaire.

869. La confidentialité des bénéficiaires est assurée par la loi ; leurs noms, inscrits dans les Règlements de la fondation d'intérêt privé, n'ont pas besoin d'être enregistrés dans le registre public. Par ailleurs, les exigences de la loi concernant les rapports financiers sont minimales lorsque les actifs de la fondation ne sont pas situés au Panama ou ne produisent pas de revenus dans ce pays ; il n'est ainsi pas nécessaire d'informer l'administration fiscale des dividendes et bénéfices obtenus ou de présenter des comptes.

---

<sup>935</sup> A. AGUILAR-ALFU, *article précité*, p. 510.

<sup>936</sup> Comme pour les fidéicommissaires panaméens, il s'agit de l'agent de résidence ou de domiciliation de la fondation. Il doit être obligatoirement un avocat ou un cabinet d'avocats panaméen.

870. Le législateur panaméen donne une flexibilité importante aux fondations d'intérêt privé, confirmée par les plus hauts tribunaux de ce pays.

*b. Nature flexible des fondations d'intérêt privé*

871. La Cour Suprême de Panama explique la nature des fondations d'intérêt privé dans un arrêt de sa salle contentieuse administrative.<sup>937</sup> Cet arrêt confirme que ces institutions sont créées pour planifier la disposition des biens de propriété du fondateur pendant sa vie ou après sa mort. En plus, les biens de la fondation peuvent être distribués d'une manière différente à celle imposée par la loi des pays qui disposent des réserves héréditaires obligatoires. La fondation d'intérêt privé donne aux investisseurs l'opportunité de protéger leurs patrimoines, en transférant leurs biens à la fondation.

872. La fondation privée constitue un outil idéal de planification des investissements pendant la vie du fondateur. Elle peut être utilisée pour détenir un portefeuille d'actifs et stipuler, dans ses règlements, des revenus pour les bénéficiaires. Elle sert, en outre, à planifier des successions et à distribuer des héritages, en donnant la possibilité au fondateur de prévoir, dans les règlements, des clauses qui entreront en vigueur à sa mort.

873. Alvaro Aguilar-Alfu affirme que les fondations d'intérêt privé peuvent servir à la protection d'actifs, autres que des biens immeubles, « *pourvu que les lois du pays dans lequel les biens se trouvent, ne disposent pas de prohibitions concernant les transferts des biens à des personnes physiques ou morales étrangères* ». <sup>938</sup> La gestion et la protection d'actifs s'effectuent grâce à la personnalité morale de la fondation d'intérêt privé qui permet la séparation du patrimoine du fondateur de celui de la fondation.

---

<sup>937</sup> Arrêt du 13 mai 2004, Affaire n° 267-02 de la « Fondation Infoplazas ». Cour Suprême de Justice de Panama, Section Administrative. Centre public de Documentation Judiciaire <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

<sup>938</sup> A. AGUILAR-ALFU, *ibid.*, p. 512.

## ***B. Personnalité morale et séparation du patrimoine***

874. Lorsque l'acte constitutif est inscrit au Registre de commerce panaméen, la personnalité juridique de la fondation, donnée par l'acte d'inscription au registre, rend son patrimoine indépendant de celui de la personne qui l'a créé. Par conséquent, ses biens deviennent un patrimoine différent et distinct des biens du constituant. En acquérant sa propre personnalité juridique, la fondation devient sujet de droits et d'obligations. La fondation doit avoir un nom exprimé dans n'importe quelle langue de caractères de l'alphabet latin et inclure le mot « fondation ». Contrairement aux fondations publiques de charité, à but scientifique ou humanitaire qui, au Panama, doivent être approuvées par le Ministère du Gouvernement et de la Justice, la fondation d'intérêt privé acquiert sa personnalité juridique et commence à exister une fois qu'elle est dûment inscrite au registre du commerce.

875. En principe, les fondations privées sont irrévocables, sauf si une stipulation contraire est prévue dans le document de constitution ou si la fondation privée a été créée pour produire ses effets après la mort du fondateur, qui conserve le droit exclusif et illimité de révocation. Les héritiers du fondateur n'ont pas le droit de révoquer la création ou les transferts, même si la fondation n'a pas été enregistrée dans le registre public avant le décès du fondateur.<sup>939</sup>

876. Le patrimoine de la fondation est constitué comme un patrimoine différent de celui du fondateur.<sup>940</sup> Les biens appartenant à la fondation ne peuvent pas être séquestrés, saisis ou être l'objet de toute autre mesure judiciaire, sauf pour les obligations ou dommages découlant de l'objet de la fondation et de l'exercice des droits légitimes des bénéficiaires. Les créanciers du constituant ont le droit de demander l'annulation des transferts de biens au patrimoine de la fondation lorsque ces transferts sont frauduleux. Les droits des créanciers sont prescrits dans un délai très court : trois ans après la date du transfert des biens à la fondation.<sup>941</sup>

---

<sup>939</sup> Article 13 de la loi n° 25 du 12 juin 1995.

<sup>940</sup> Article 11 de la loi n° 25.

<sup>941</sup> Article 15 de la loi n° 25.

877. Il convient, dans un premier temps, de traiter de la responsabilité des organes d'administration de la personne morale (a.) et d'analyser ensuite la confidentialité en droit panaméen des sociétés (b.).

a. Responsabilité des organes d'administration

878. Les membres du Conseil de la fondation d'intérêt privé au Panama peuvent être des personnes physiques ou morales et ils doivent être au minimum trois. Ils peuvent être sous le contrôle d'un « protecteur » ou d'un « Comité de surveillance ». Le protecteur de droit panaméen est similaire à celui du droit français.<sup>942</sup> Il s'agit d'un tiers chargé de la préservation des intérêts du constituant, dans le cadre de l'exécution du contrat de la fondation privée et qui dispose des pouvoirs accordés par son protégé, le constituant. Une différence majeure est qu'en France, le constituant personne physique doit obligatoirement nommer un protecteur et bénéficiaire de sa protection. S'il n'est pas stipulé autrement dans le document de constitution, le Conseil de la fondation privée doit rendre compte une fois par an de sa gestion aux bénéficiaires et s'il y a lieu, au protecteur ou au Comité de surveillance.

879. Les administrateurs de la fondation doivent gérer le patrimoine et les activités de la fondation en bon père de famille. L'approbation des comptes de la fondation et le *quitus* aux administrateurs n'enlèvent pas leur responsabilité vis-à-vis des bénéficiaires, en cas de grave négligence ou de fraude. Le document de constitution peut prévoir l'obligation de soumettre à arbitrage les différends susceptibles d'apparaître entre les parties de la fondation d'intérêt privé.<sup>943</sup>

880. La loi prévoit l'emprisonnement et des sanctions pécuniaires importantes pour garantir la confidentialité la plus stricte de la part de tous les administrateurs des fondations privées. De même, les protecteurs ou les membres du Comité de surveillance sont concernés. En outre, tout employé public ou privé qui a connaissance des activités, des transactions ou de toute opération en relation avec une fondation d'intérêt privé doit aussi respecter ce principe. En cas de non-respect de la

---

<sup>942</sup> Article 2017 du Code Civil français.

<sup>943</sup> Article 36 de la loi n° 25 du 12 juin 1995.

discrétion et de la confidentialité, la peine énoncée dans la loi est de six mois d'emprisonnement et d'une amende de 50.000 dollars américains, auxquels s'ajoute la responsabilité civile correspondante. C'est l'unique disposition<sup>944</sup> de la loi sur les fondations privées à être rédigée en espagnol et en anglais dans le texte de loi original.

881. Ces dispositions s'appliquent sans préjudice de l'information qui doit être fournie aux autorités publiques lors des inspections ou des audits que l'administration panaméenne mène, dans les conditions prévues dans la loi.<sup>945</sup> De plus, toutes les lois en vigueur contre le blanchiment d'argent provenant notamment du trafic de drogue sont applicables.<sup>946</sup>

882. Il convient maintenant d'approfondir la notion de confidentialité, en droit panaméen.

*b. Confidentialité en droit des sociétés panaméen*

883. La confidentialité est fondamentale lorsqu'il s'agit de l'identité des bénéficiaires d'une fondation d'intérêt privé. Leurs noms sont alors consignés dans les règlements de la fondation privée qui ne sont pas publics. Les seules personnes à être au courant de leurs identités sont l'avocat, agent résidant panaméen, et les membres du Conseil de la fondation. Cette information classée confidentielle est obtenue seulement dans des conditions définies, telles que les investigations criminelles sur des crimes internationaux, concernant notamment le trafic de drogue, en excluant explicitement le délit d'évasion fiscale.<sup>947</sup> Lorsque des demandeurs cherchent à obtenir de l'information confidentielle concernant des fondations d'intérêt privé devant les Cours panaméennes pour des affaires à l'étranger qui ne sont pas criminelles, les juges de ce pays se fondent sur l'article 88 du Code de Commerce panaméen et refusent toute requête.

---

<sup>944</sup> Article 35 de la loi n° 25 du 12 juin 1995.

<sup>945</sup> A. AGUILAR-ALFU, *article précité*, p. 512.

<sup>946</sup> Article 34 de la loi n° 25 du 12 juin 1995.

<sup>947</sup> A. AGUILAR-ALFU, *ibid.*, p. 513.

884. L'article 88 prévoit qu'aucune autorité, juge ou tribunal, ne peut mener ou ordonner une investigation ou autre procédure pour déterminer si un commerçant tient de façon correcte ses livres de comptabilité, ni conduire des investigations générales, des audits ou examens de la comptabilité dans les bureaux de leurs sièges sociaux. En outre, toute communication, remise ou présentation des livres, de la correspondance ou autres papiers ou documents des commerçants ou des courtiers ne peut pas être ordonnée.<sup>948</sup> Les exceptions concernent les cas de faillite et de liquidation.

885. La loi interdit aux autorités publiques d'ordonner à une société de fournir des copies ou reproductions de ses livres de comptabilité, sa correspondance ou autres documents en sa possession. Le commerçant ou la société qui donne à un juge étranger des copies ou des reproductions de ses livres, de la correspondance ou un autre document comme preuve, dans des affaires contentieuses, devant des tribunaux, en dehors de Panama, est puni d'une amende.

886. Les requêtes destinées à la communication d'information confidentielle sont ventilées, en dernière instance, par la section des affaires générales de la Cour Suprême de Panama. Une requête d'autorités étrangères, en matière de significations internationales, d'exécution de décisions judiciaires ou de coopération judiciaire en matière pénale doit passer par les canaux diplomatiques habituels. Ces derniers transmettent la demande, soit au Procureur Général de la République de Panama pour des questions pénales, soit à la Cour Suprême qui examine le contenu de la requête, en accord avec le droit panaméen et les conventions internationales signées par ce pays.<sup>949</sup>

887. Les magistrats affirment que le Panama respecte ses engagements internationaux, mais refusent sommairement toute requête dans ce sens provenant de juges ou des procureurs étrangers. A titre d'exemple, la Cour Suprême a refusé la requête d'un magistrat du Parquet de la Tchéquie, au gouvernement panaméen, de remplir un questionnaire sur les activités et les comptes bancaires de cinq sociétés

---

<sup>948</sup> Article 89 du Code de Commerce panaméen.

<sup>949</sup> I. P. JULIA ALONSO, « Les fondations panaméennes d'intérêt privé », *L'Observatoire du droit panaméen*, <http://maitrejulia.blogspot.com>.

panaméennes et de deux autres personnes physiques.<sup>950</sup> La Cour Suprême a refusé aussi la demande de la Police de Leicestershire au Royaume Uni concernant des documents bancaires et sociétaux, dans une affaire de fraude. Une autre requête du Procureur général de la Russie a été rejetée dans une affaire de fraude maritime concernant un avocat panaméen. Une demande de documents relatifs à un compte bancaire tenu dans une branche panaméenne d'une banque espagnole formulée par le procureur cantonal de Zurich n'a pas abouti.<sup>951</sup>

888. Les actions en justice pour la transmission d'information ou des documents concernant une fondation d'intérêt privé panaméenne sont acceptées par la Cour Suprême seulement lorsque la Fondation a reçu des fonds de municipalités ou d'autorités gouvernementales. Ce recours, appelé le « *Habeas Data* », peut être intenté contre les différentes institutions publiques et autorités panaméennes pour obtenir de l'information considérée comme confidentielle. Les demandes de « *Habeas data* » sont intentées contre des sociétés d'économie mixte, des coopératives, des fondations et des organisations non-gouvernementales (ONG) qui reçoivent ou qui ont reçu des fonds publics, des capitaux ou des actifs provenant de l'Etat.<sup>952</sup>

889. C'est la nature spécifique des fondations d'intérêt privé qui inspire leur régime caractéristique de constitution et de gouvernance.

## **II. Régime de constitution et de gouvernance**

890. La fondation d'intérêt privé de droit panaméen, personne morale de droit privé, est constituée par un fondateur dans le but d'affecter une partie ou la totalité de son patrimoine à des fins privées. Le conseil de la fondation gère le patrimoine de la fondation au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires, désignés par le fondateur dans un document confidentiel où peut figurer le propre fondateur en tant que bénéficiaire. La fondation est régie par des statuts, appelés aussi la « charte de la fondation », dont le contenu est accessible au public et relève d'un règlement à caractère privé.

---

<sup>950</sup> Section des affaires générales de la Cour Suprême de justice de Panama, Décision du 7 octobre 2005, Affaire 382-05.

<sup>951</sup> Section des affaires générales de la Cour Suprême de justice de Panama, Décision du 15 septembre 2005, Affaire 729-04 ; Décision du 29 juin 2006, Affaire 267-02 ; Décision du 11 février 2003, Affaire 812-02 respectivement.

891. La fondation d'intérêt privé, dotée de la personnalité morale, est un trust de droit civil du modèle contractuel qui se distingue de la fiducie, du fidéicomis, du trust anglo-américain, des sociétés de personnes à responsabilité limitée et des fondations publiques. Elle n'est pas une association sans but lucratif car elle est destinée à distribuer aux bénéficiaires les produits de la gestion des biens qui lui ont été affectés. La fondation n'est pas non plus une société commerciale car elle n'a pas d'actionnaires mais des bénéficiaires qui ne peuvent pas prétendre être propriétaires de la fondation et dont le droit est celui de recevoir les attributions librement fixées au préalable par le fondateur.<sup>953</sup>

892. Les fondations d'intérêt privé panaméennes sont constituées par des actes juridiques unilatéraux successifs, suivant trois étapes. Une première étape consiste à déclarer la volonté de constituer une fondation d'intérêt privé et d'y affecter un patrimoine. Cette étape est accomplie par un écrit du constituant avec l'authentification de sa signature devant un notaire comme formalité « *ad probationem* ». Une deuxième étape consiste à acquérir la personnalité morale. Une fois la formalité de publicité accomplie avec l'inscription de l'acte constitutif dans le registre public, tout acte de la fondation privée est opposable aux tiers. Dans la troisième étape, les constituants transfèrent les biens affectés au patrimoine de la fondation, par document sous seing privé ou devant notaire.

893. Il convient à présent d'analyser les formalités de constitution des fondations privées (A) et d'examiner ses organes d'administration et sa gouvernance (B).

#### ***A. Formalités de constitution des fondations d'intérêt privé***

894. La loi exige que l'acte constitutif contienne les mentions obligatoires en tant que conditions nécessaires à la constitution de la fondation,<sup>954</sup> à savoir un nom, un domicile, un patrimoine initial de constitution, la désignation des membres du Conseil de la fondation et d'un agent résident dans la République de Panama. Le but

---

<sup>952</sup> Loi panaméenne sur la Transparence n° 6 du 22 Janvier 2002, article 1, « *Que dicta normas para la transparencia en la gestion publica, establece la accion de Habeas Data y dicta otras disposiciones* ». Gaceta Oficial [G.O.], 23 Janvier 2002.

<sup>953</sup> I. P. JULIA ALONSO, *article précité*.

<sup>954</sup> Article 5 de la loi n° 25 du 12 juin 1995 sur les fondations d'intérêt privé.

poursuivi par la fondation et ses bénéficiaires ainsi que les règles pour les nommer doivent aussi être mentionnés, ainsi que la procédure à suivre en cas de modification de l'acte de constitution. La durée de la fondation doit être prévue, sa révocabilité, les causes de dissolution, le destin que l'on donnera au patrimoine en cas de dissolution et la procédure pour sa liquidation.

895. L'original de l'acte de constitution de la fondation dans une langue à caractères latins et sa traduction en espagnol, s'il est rédigé dans une langue autre que cette dernière, doit être signé et les signatures doivent être authentifiées par un notaire panaméen. Les notaires panaméens produisent divers actes juridiques en les matérialisant sous forme d'actes notariés dans le sens de ce qui est établi à l'article 1316-4 du Code Civil français. Or, le notaire qui authentifie les signatures ne conserve aucune copie de l'acte constitutif de la fondation. Il ne tient pas de registre des parties dont les signatures sont authentifiées. En dehors du Panama, les parties peuvent produire l'acte de constitution devant un notaire du domicile du constituant de la fondation privée ; il faut l'inscrire au Registre du commerce de Panama. Le document privé confidentiel qui détermine tout ce qui concerne les bénéficiaires, appelé le règlement, n'est pas enregistré.

896. Il convient d'approfondir les statuts et les conditions de forme et de publicité (a.) et d'étudier le régime commercial et fiscal applicable (b).

a. Statuts, conditions de forme et publicité

897. Les statuts de constitution de la fondation d'intérêt privé sont généralement rédigés par un avocat panaméen et signés par le fondateur ou par son mandataire. Ils sont ensuite entérinés par un notaire panaméen et inscrits par l'avocat au registre public de Panama.<sup>955</sup> Les informations des statuts sont publiques. Le nom de la fondation ne doit pas être similaire à celui d'une fondation déjà enregistrée. Le patrimoine initial de la fondation peut s'exprimer dans n'importe quelle monnaie mais il ne doit pas être inférieur à 10.000 dollars nord-américains. Il est transféré après la constitution de la fondation. Le fondateur ou des tiers pourront ensuite

---

<sup>955</sup> I. P. JULIA ALONSO, *ibidem*.

transférer, à tout moment, d'autres biens déterminés ou déterminables, sans qu'ils aient à figurer dans les statuts. Le transfert des biens est irrévocable, sauf disposition expresse contraire dans l'acte de transfert.

898. Les règlements de la fondation d'intérêt privé sont adoptés après l'enregistrement des statuts au registre public. Le règlement fixe les modalités de gestion du patrimoine et le fonctionnement des organes d'administration. Ivan Pierre Julia Alonso affirme qu'il est adopté par le fondateur et « *subsidièrement par les organes de la fondation* ». <sup>956</sup> Dans ce document privé et confidentiel, en tant qu'acte de désignation des bénéficiaires, le fondateur désigne les personnes de son choix et fixe les modalités d'attribution des fruits provenant de la gestion des biens de la fondation d'intérêt privé. Les distributions peuvent, par exemple, couvrir les dépenses de subsistance, d'éducation et de formation. Le fondateur peut établir des échelonnements dans le temps, pour la remise des montants des attributions ou peut autoriser la fondation à accorder des prêts aux bénéficiaires.

899. Le domicile de la fondation peut être au Panama ou dans un autre pays. L'avocat panaméen « agent de résidence et de domiciliation » de la fondation est le rattachement juridique de la fondation au Panama. Son rôle est de servir d'interlocuteur de la fondation en cas de requête des autorités panaméennes. Il n'exerce pas la représentation de la fondation et il n'agit que sur un mandat exprès des organes d'administration de la fondation ou du fondateur. Afin d'assurer la transformation et la continuité de la fondation d'intérêt privé, des fondations constituées selon des règles de droit étranger, notamment du Liechtenstein, choisissent de se soumettre au droit panaméen et vice-versa. Les droits et les obligations envers des tiers restent toutefois en vigueur.

900. Les causes de dissolution de la fondation sont l'arrivée du terme fixé dans les statuts, l'impossibilité d'accomplir l'objet de la fondation, la cessation de paiements et l'insolvabilité déclarées judiciairement, la perte ou l'extinction totale des biens de la fondation, sa révocation, et toute autre cause prévue par les statuts ou par la loi.

---

<sup>956</sup> I. P. JULIA ALONSO, *ibid.*

901. Ces dispositions de la loi sur les fondations d'intérêt privé sont complétées par un régime commercial et fiscal spécifique.

*b. Régime commercial et fiscal applicable*

902. Les fondations d'intérêt privé ne sont pas des personnes morales assujetties au droit commercial car la loi panaméenne leur interdit de réaliser des actes de commerce,<sup>957</sup> sauf s'ils sont nécessaires à la préservation du patrimoine qui leur a été affecté et s'ils ne sont pas réalisés de manière habituelle. Le conseil de la fondation peut ainsi donner un bien en hypothèque ; la fondation détient des titres négociables et les donne en gage, ou bien donne en location des immeubles ou des fonds de commerce. Ces actes sont considérés comme des actes de gestion et non de commerce.<sup>958</sup>

903. Les fondations d'intérêt privé qui possèdent des biens ou des revenus en dehors de la République de Panama, ne sont pas soumises à l'impôt sur le revenu. Un arrêt de la Cour Suprême du Panama<sup>959</sup> a étendu ce bénéfice aux fondations ayant des activités au Panama et a supprimé l'obligation de présenter des déclarations de revenus. Les magistrats énoncent que les fondations d'intérêt privé régies par la loi n° 25 sont des organisations destinées essentiellement à l'administration d'un patrimoine selon les fins fixées dans leur acte constitutif et selon la loi qui les gouverne. Elles ne peuvent pas avoir des fins lucratives<sup>960</sup> et la loi ne prévoit pas qu'elles soient génératrices de revenus imposables. Dans ce sens, les magistrats réitèrent qu'il est nécessaire d'obtenir un revenu imposable pour être contribuable et, par conséquent, les fondations d'intérêt privé ne sont pas soumises à l'impôt sur le revenu.

904. Pourtant, dans n'importe quel pays du monde, les rentes, les revenus des placements financiers, les plus-values et gains divers par la vente de valeurs mobilières ou d'immeubles et les revenus fonciers obtenus par la fondation d'intérêt privé seraient soumis à l'impôt sur le revenu. Le revenu du fondateur serait assimilé

---

<sup>957</sup> Article 3 de la loi n° 25 sur les fondations d'intérêt privé.

<sup>958</sup> Article 2 du Code de Commerce de Panama qui établit une liste des actes de commerce.

<sup>959</sup> Cour Suprême de Justice de Panama, Salle Troisième Contentieuse Administrative, 23 juin 2008, Affaire n° 222-07. Centre public de Documentation Judiciaire <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

<sup>960</sup> Article 3 de la loi n° 25 sur les fondations d'intérêt privé.

aussi aux rémunérations de certains dirigeants de sociétés, gérants majoritaires de SARL notamment, s'il dirige lui-même sa fondation, et l'imposition serait similaire à celle des traitements et salaires. Si la Panama n'était pas un paradis fiscal, ces revenus seraient déclarés. Il ne s'agit pas de revenus exonérés par le législateur panaméen comme de l'aide à la famille bénéficiaire de la fondation, au logement des bénéficiaires, voire à leur garde et éducation, ou présentés comme du revenu minimum de vie, d'aide, de prévention des maladies et de la vieillesse ou comme des intérêts des sommes provenant d'une forme d'épargne familiale de prévoyance. L'exonération n'a donc aucune justification valable.

905. Les fondations sont des instruments de planification fiscale en raison du principe de territorialité de l'impôt en vigueur au Panama, selon lequel toute activité exercée hors du territoire panaméen n'est pas imposable. La fondation est donc exemptée, au Panama, de tout impôt et de toute taxe concernant le transfert, la transmission, la mise en gage ou l'hypothèque de biens ainsi que de l'impôt sur les revenus provenant de la gestion des biens meubles ou immeubles, des comptes bancaires, des actions, des valeurs mobilières pour des biens situés hors du territoire panaméen. La fondation n'est pas redevable de l'impôt sur le revenu pour des biens situés à l'intérieur du territoire panaméen.<sup>961</sup> Les intérêts provenant de comptes bancaires auprès de banques situées au Panama ne sont pas taxés, à condition que les dépôts ne proviennent pas de sources panaméennes. La fondation est redevable uniquement d'une taxe annuelle fixe de 300 dollars nord-américains.

906. A l'image des lois fiscales, les organes d'administration, de contrôle et de gouvernance des fondations sont contractuels et adaptées aux besoins des clients fortunés.

### ***B. Organes d'administration et gouvernance***

907. La législation sur la fondation privée a été conçue pour obtenir avec une fondation un résultat équivalent à celui des trusts anglo-américains. Ce trust de droit civil fonctionne de manière analogue aux trusts anglo-américains, même s'il est

---

<sup>961</sup> Selon la jurisprudence de la Cour Suprême du 23 juin 2008, Affaire n° 222-07 précité.

structurellement différent et obtient un résultat semblable à celui des trusts anglo-américains, en ce qui concerne la gestion, la protection et la transmission intergénérationnelle du patrimoine. Il est fondamental pour obtenir cette concordance que le but du trust de droit civil soit similaire à celui qui a historiquement caractérisé les trusts du modèle anglo-américain, à savoir la protection et la transmission intergénérationnelle du patrimoine.

908. Les parties intervenant à la fondation d'intérêt privé sont similaires à celles intervenant dans un trust du modèle anglo-américain de propriété, c'est-à-dire un constituant-fondateur, un Conseil de la fondation qui réalise les fonctions de trustee, un Conseil de surveillance qui a le même rôle qu'un protecteur et les bénéficiaires, au profit desquels le trust est constitué. Mais, le plus important encore, ce sont les buts recherchés par les fondations d'intérêt privé : la gestion, la protection et la transmission intergénérationnelle du patrimoine, « *inter-vivos* » ou « *mortis causa* ». La législation panaméenne est adaptée à ces fins, avec une logique de juridiction « *off-shore* ».

909. Les parties intervenant à la fondation d'intérêt privée (a.) sont donc analogues à celles des trusts anglo-américains et les buts des fondations d'intérêt privé (b.) sont les mêmes que ceux qui constituent l'essence même des trusts anglo-américains, c'est-à-dire la protection et la transmission intergénérationnelle du patrimoine.

a. Parties intervenant à la fondation privée

910. Les fondateurs sont une ou plusieurs personnes physiques ou morales capables, sans condition de nationalité ou de résidence. Le fondateur peut constituer la fondation au Panama par l'intermédiaire d'un mandataire et le nom du mandant peut ne pas être inscrit au registre public.<sup>962</sup> Le fondateur désigne les membres du conseil de la fondation, établit les règlements, désigne les bénéficiaires et peut nommer un protecteur<sup>963</sup> ou mettre en place un organe de surveillance qui contrôlera l'application de l'objet de la fondation et vérifiera les comptes.

---

<sup>962</sup> I. P. JULIA ALONSO, *ibid.*

<sup>963</sup> G. A. GALINDO, "Trusts and private interest foundations under Panama Law", *Trusts & Trustees*, Vol. 16, No. 3, April 2010, p. 192.

911. Le conseil de fondation est chargé de l'application et de l'accomplissement de l'objet de la fondation. Ses obligations sont en général d'administrer les biens de la fondation, selon les dispositions contenues dans les statuts (la charte) et les règlements. Il conclut des contrats et réalise tout acte juridique nécessaire à la préservation des biens du patrimoine de la fondation, sans que ces actes soient contraires à loi, à la morale, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Ses membres qui peuvent être révoqués à tout moment, doivent être remplacés. Le fondateur peut se réserver ce droit ou confier son exécution à un tiers. Le conseil de la fondation comprend au minimum trois membres s'il est composé de personnes physiques et un seul membre s'il est composé de personnes morales.

912. Les statuts peuvent prévoir, de manière facultative, la constitution d'organes de surveillance qui sont des personnes physiques ou morales tels que des cabinets d'audit, protecteurs de la fondation ou d'autres organismes similaires.<sup>964</sup> Ces organes pourront exiger des redditions de comptes, désigner de nouveaux membres du conseil de la fondation et valider les actes.

913. Les bénéficiaires sont des personnes physiques ou morales désignées par le fondateur qui perçoivent les fruits de la gestion du patrimoine de la fondation. Ils peuvent être des personnes physiques incapables ou des mineurs qui sont représentés par ceux qui exercent en leur nom l'autorité parentale ou la tutelle. Les bénéficiaires peuvent attaquer les actes de la fondation qui portent atteinte à leurs droits, octroyés par le fondateur, devant les organes d'administration ou de contrôle de la fondation ou en introduisant une action en justice devant le tribunal compétent du ressort du domicile de la fondation.<sup>965</sup>

914. Si les parties intervenant dans une fondation d'intérêt privé sont semblables à celles du trust du modèle anglo-américain de propriété, les buts recherchés avec la constitution de fondations privées sont aussi similaires à ceux des trusts anglo-américains.

---

<sup>964</sup> I. P. JULIA ALONSO, *ibid.*

<sup>965</sup> I. P. JULIA ALONSO, *ibid.*

b. Buts des fondations d'intérêt privé

915. Les fondations d'intérêt privé sont constituées pour entrer en vigueur au moment de la constitution ou après la mort du constituant. Grâce à son statut de personne morale, la fondation privée a une vie illimitée dans le temps et ses buts peuvent être accomplis, voire renouvelés ou modifiés selon les stipulations du document de constitution. Par conséquent, les désirs et les objectifs du constituant peuvent continuer à être réalisés par le conseil de fondation, après son décès. A titre d'exemple, il peut être établi que pendant sa minorité et lorsqu'il atteint un âge déterminé, le bénéficiaire recevra des revenus, une rente, une partie ou la totalité du patrimoine de la fondation. S'il a des enfants, ils recevront des revenus et des biens de la fondation.

916. La fondation d'intérêt privé de droit panaméen est un instrument de planification du patrimoine « *post-mortem* » et un outil de gestion des successions. Elle permet au fondateur de préserver son patrimoine face à d'éventuels conflits entre sa vie familiale et sa vie professionnelle, grâce à la séparation de patrimoines qu'elle procure. Les fondations privées sont donc utilisées pour la gestion et la protection d'actifs, à savoir des valeurs mobilières, des titres de sociétés commerciales ; ainsi, une fondation peut avoir un rôle de société holding. Le fondateur désigne les personnes de son choix comme bénéficiaires tout en gardant un contrôle sur l'utilisation de ses biens de son vivant et après son décès.

917. La transmission intergénérationnelle de patrimoine est facilitée par la législation panaméenne qui ne prévoit pas de réserves héréditaires. L'existence de dispositions légales en matière successorale au domicile du fondateur ou à celui des bénéficiaires n'est pas opposable à la fondation. Les dispositions de droit étranger n'empêchent pas la réalisation des objectifs de la fondation et n'affectent pas sa validité.<sup>966</sup>

918. Les biens transférés dans une banque, soit comme dépôt, soit comme mandat ou fidéicomis ou à tout autre titre, sont soumis à la loi de Panama, sauf si les

---

<sup>966</sup> Article 5 de la Loi n° 25 du 12 juin 1995.

instruments de transfert en disposent autrement.<sup>967</sup> Il est d'ordre public que les biens des étrangers<sup>968</sup> sont soumis au principe de l'autonomie de la volonté et au régime de libre disposition des biens, même si les lois de succession et le régime matrimonial du pays de la nationalité du domicile du titulaire ou du déposant ou du constituant ou des bénéficiaires en disposent autrement.

**919. Conclusion de la première section.** La fondation d'intérêt privé est une structure de droit panaméen qui illustre comment le droit civil continental a créé des structures juridiques avec pour objet de reproduire les effets et les résultats des trusts du modèle anglo-américain de propriété. Les fondations privées reproduisent la protection d'un patrimoine séparé de celui du fondateur et la libre transmission intergénérationnelle. A l'image des trusts anglo-américains, les fondations sont des outils de planification des successions « *inter vivos* » ou « *mortis causa* », au bénéfice des personnes choisies par le fondateur.

**920.** La fondation d'intérêt privé de droit panaméen appartient à une juridiction de droit civil continental et donc, au modèle contractuel des trusts. Le législateur panaméen ne cherche pas à dédoubler la propriété ni à donner des droits réels aux bénéficiaires sur les biens du patrimoine de la fondation privée : il choisit la personnalité morale. Comme le modèle anglo-américain des trusts de propriété, le modèle contractuel des trusts de droit civil comporte des « trusts de paradis fiscal ». Le Panama a une offre de trusts de droit civil, une politique de confidentialité absolue et un taux d'imposition nul pour les investissements étrangers.

**921.** Les spécificités communes aux fidéicomis et aux fondations d'intérêt privé proviennent du caractère de juridiction « *off-shore* » du Panama.

## **Section 2. Spécificités communes aux fidéicomis et aux fondations d'intérêt privé**

**922.** Les juridictions sud-américaines privilégient les opérations fiduciaires commerciales et bancaires en mettant en place principalement des fidéicomis de

---

<sup>967</sup> Loi Bancaire de la République de Panama, décret loi n° 9, de 1993.

financement structuré, c'est-à-dire, les fidéicommiss qui servent de véhicule aux financements de projets et à la gestion de leurs aspects financiers. En revanche, une autre branche des fidéicommiss, privilégiée au Panama, est consacrée à la gestion patrimoniale et successorale, au bénéfice de clients qui ont besoin d'une personne, d'une entité ou d'un véhicule pour les remplacer temporairement ou indéfiniment. Il s'agit de la relation client –fiduciaire – client dans laquelle le client cherche la protection d'actifs, la planification fiscale, la gestion de son patrimoine et la planification de sa succession, pour son propre bénéfice et celui d'êtres chers.<sup>969</sup>

923. Le Panama propose les « services corporatifs » d'une juridiction « *offshore* ». Le fournisseur de services fiduciaires utilise souvent des personnes morales qui servent d'entités subsidiaires au fidéicommiss. En effet, même si pratiquement tout bien est susceptible d'être transféré dans un trust, les titres, valeurs ou les certificats de participations de sociétés, créés dans ce but exclusif, sont plus facilement transférables dans des fidéicommiss ou dans des fondations panaméennes.

924. Il s'agit de montages fiduciaires dans lesquels les participations sociétaires de sociétés étrangères, créées à l'occasion, sont transférées dans un fidéicommiss panaméen. Cette situation est une façon de remédier au manque de reconnaissance du fidéicommiss panaméen dans certaines législations. A titre d'exemple, pour transférer des actions d'une société française vers un fidéicommiss, il est nécessaire de créer une société qui soit reconnue en France, avec une personnalité juridique propre. Les participations sociales françaises sont enregistrées publiquement dans les livres sociaux en faveur de cette personne morale, créée pour l'occasion, reconnue par le système juridique français. Ensuite, les parts ou actions de cette dernière seront émis en faveur du fidéicommiss au Panama.

925. Il est plus intéressant pour les fiduciaires professionnels panaméens de constituer, en même temps qu'un trust panaméen, des personnes morales pour faciliter les transferts des biens d'autres pays au fidéicommiss de Panama. Il est fréquent de réaliser des montages qui mettent en relation un fidéicommiss et une ou

---

<sup>968</sup> Tels qu'ils sont définis dans le paragraphe unique de l'article 160 de la loi bancaire, décret loi n° 9 de 1993.

<sup>969</sup> R. OWENS, *op. cit.*, p.6

plusieurs sociétés, dans une ou plusieurs juridictions, qui sont ensuite placées « sous le parapluie » du fidéicomis qui les détient.

926. Les constituants de fidéicomis panaméens et des fondations d'intérêt privé, lorsqu'ils le stipulent dans l'acte de constitution du trust, choisissent la loi qui gouvernera leurs trusts, même s'ils ont été constitués dans une autre juridiction. Ils doivent rédiger une déclaration en ce sens et respecter les formalités déterminées par la loi panaméenne. En revanche, il n'est pas courant que les constituants des autres trusts de droit civil, argentins, boliviens ou français choisissent une loi différente de celle du lieu où le trust est constitué, pour des raisons de validité et de reconnaissance de ces trusts dans d'autres juridictions.

927. La confidentialité qui entoure l'activité fiduciaire est un point fondamental dans le système juridique panaméen. A l'exception des immeubles localisés sur le territoire panaméen, il n'existe pas de registre public des immeubles étrangers consignés dans les actes de fidéicomis ou dans des fondations d'intérêt privé.<sup>970</sup> Le notaire qui authentifie les signatures ne conserve aucune copie du document de constitution du trust panaméen de droit civil et ne tient pas de registre des parties dont les signatures ont été authentifiées.<sup>971</sup> Seuls les fidéicomis sur des propriétés immobilières au Panama doivent être enregistrés dans le registre public de Panama, sous une section «fidéicomis ».

928. Pour amplifier le caractère international des trusts « *offshore* » de Panama, le décret-loi n° 5 de 1997 déroge à la nécessité de passer un acte authentique devant un notaire panaméen pour rendre l'acte opposable aux tiers ; il permet aux parties de produire l'acte sous forme d'acte notarié devant un notaire du domicile du constituant.<sup>972</sup>

929. La protection de patrimoine et la planification successorale sont des objectifs de la juridiction panaméenne.<sup>973</sup> La protection des actifs transférés au fidéicomis ou à la fondation privée, peut parfois ne pas respecter les droits des créanciers ou de

---

<sup>970</sup> J. A. TEJADA MORA, *op. cit.*, p. 8.

<sup>971</sup> J. A. TEJADA MORA, *ibid.*, p. 8.

<sup>972</sup> R. OWENS, *loc. cit.*, p. 6.

<sup>973</sup> Nous ne traitons pas dans cette thèse un troisième objectif des paradis fiscaux, à savoir la planification, l'optimisation voire l'évasion fiscale.

l'administration fiscale. En outre, le constituant peut garder le contrôle sur les biens du trust, parfois de manière excessive. Or, il ne s'agit pas de trusts fictifs ou simulés (*sham trusts*) car ceux-ci n'existent pas en droit civil.

930. Des trusts qui ne sont pas au bénéfice de personnes mais dans un but déterminé (*non-charitable purpose trusts*) et des trusts de planification successorale, à durée illimitée et au bénéfice de plusieurs générations de bénéficiaires qui se succèdent dans le temps peuvent être constitués.

931. Il convient d'exposer le régime général de validité des trusts panaméens (I) et d'analyser ensuite la validité de certains trusts (II)

### ***I. Régime de validité des trusts panaméens de droit civil***

932. Comme les autres juridictions du modèle contractuel des trusts de droit civil, la loi panaméenne exige que la volonté de constituer un fidéicommiss ou une fondation d'intérêt privé soit expressément déclarée par écrit. Les fidéicommiss verbaux, implicites ou présumés ne sont pas reconnus par la loi et par conséquent n'existent pas. L'article 4 de loi panaméenne n° 1 sur les fidéicommiss de 1984 élimine la flexibilité excessive des fidéicommiss verbaux, présumés ou implicites qui étaient acceptés au Panama avant la promulgation de cette loi.<sup>974</sup> Les buts, fins et objectifs poursuivis dans le contrat de fidéicommiss sont fixés contractuellement ou dans le testament et ne doivent pas être contraires à la loi, à la morale et à l'ordre public panaméens.

933. Le Panama est un pays dont le système juridique est fondé sur le droit civil continental, sur des principes et des lois, écrits et généralement consignés dans un Code. De ce fait, la jurisprudence a un rôle d'interprétation de la loi mais elle n'est pas une source de loi. L'article 9 de la loi n° 1 de 1984 sur les fidéicommiss panaméens prévoit le contenu minimum, les mentions obligatoires du document de constitution d'un trust de droit panaméen et les formalités à suivre pour être valides. En revanche, il n'y a pas de législation ou de jurisprudence qui énonce le contenu

---

<sup>974</sup> R. OWENS, *ibid.*, p. 6.

minimum ou les mentions obligatoires d'un trust du modèle anglo-américain de propriété pour que celui-ci soit valide.<sup>975</sup>

934. Nous allons analyser les deux problèmes spécifiques qui concernent la validité des trusts du modèle anglo-américain de propriété, rencontrés fréquemment dans des juridictions « *offshore* » des trusts des paradis fiscaux du Commonwealth. Dans ces juridictions, les trusts sont déclarés invalides (*sham*) quand le constituant garde excessivement le contrôle sur les biens du trust. Il peut arriver que la protection de patrimoine soit excessive et ne respecte pas les droits des créanciers. Cette problématique est transposable à l'environnement juridique de la juridiction « *offshore* » de droit civil panaméenne.

935. Il convient d'étudier les trusts invalides (*sham trusts*) (A), et les trusts de protection de patrimoine (*asset protection trusts*) (B).

#### A. « *Sham* » trusts en droit civil

936. Les fidéicommiss « fictifs ou simulés » (*sham trusts*) n'existent pas au Panama car le droit civil écrit latino-américain énumère les mentions obligatoires, les formalités à accomplir et interdit le cumul des qualités de constituant et de fiduciaire ; il est peu probable que les fidéicommiss soient déclarés nuls, invalides ou simulés. Par contre, les trusts du modèle anglo-américain de propriété sont plus fréquemment déclarés nuls ou invalides car la jurisprudence anglo-américaine dispose qu'un constituant ne peut pas transférer la propriété des biens dans un trust s'il garde le contrôle et la disposition de ceux-ci, provoquant une situation « *de alter ego* ».

937. Le « *sham trust* » a l'apparence d'un trust mais sa finalité réelle est que le constituant conserve l'entier bénéfice des biens transférés au trustee, ce dernier étant souvent lui-même. En réalité, il n'a aucunement l'intention de transférer la propriété fiduciaire en trust ou que d'autres personnes soient bénéficiaires, même si elles sont mentionnées dans l'acte de trust. Dans ce cas, le constituant bénéficiaire est considéré par les tribunaux comme étant la même personne que le trust. Ce principe est

---

<sup>975</sup> R. OWENS, *ibid.*, p. 12.

appliqué aussi pour des raisons fiscales, afin de faire payer au constituant les impôts respectifs.

938. Après avoir analysé les trusts anglo-américains invalides (a.) nous expliquons pourquoi il n'y a pas de fidéicomis fictifs au Panama (b.)

a. Trusts anglo-américains invalides

939. Ramses Owens<sup>976</sup> affirme que les trusts du modèle anglo-américain de propriété sont déclarés plus fréquemment nuls ou invalides. Il considère qu'il est difficile d'avoir la certitude et la conviction que toutes les conditions de validité sont respectées lors de leur création. Selon l'auteur, les trusts anglo-américains sont déclarés invalides par défaut de leurs critères essentiels (*failure of essential criteria*).<sup>977</sup> La nullité est obtenue aussi par d'autres motifs, par exemple, en cas de gestion inappropriée du trust à cause des clauses d'exception d'excessive loyauté du trustee.<sup>978</sup> L'inexécution des devoirs des administrateurs en raison de pouvoirs trop généraux concernant les filiales,<sup>979</sup> aussi que la flexibilité quant à la communication de l'information aux bénéficiaires du trust<sup>980</sup> ont été des causes de nullité à l'Île de Man et aux îles Caïmans.

940. Le constituant peut préciser un certain nombre de souhaits sur le mode de gestion des actifs et de distribution aux bénéficiaires dans une lettre d'intentions (*Letter of Wishes*), dont le trustee doit tenir compte, bien qu'elle ne le lie pas juridiquement. Les lettres de souhaits sont aussi la cause de nullités, lorsqu'elles sont imposées au trustee de façon abusive, ce qui arrive souvent dans les juridictions « *off-shore* ». De la même manière, des « protecteurs » ont été interprétés comme faisant partie du trust, rendant donc le trust nul.<sup>981</sup> Comme dans les juridictions des trusts de droit civil, des créanciers ou autres personnes intéressées peuvent demander la nullité

---

<sup>976</sup> R. OWENS, *loc. cit.*, p. 13.

<sup>977</sup> Rahman v Chase Bank (C.I.) Trust Company Ltd. [1991] Jersey L. R. 103.

<sup>978</sup> Cowan v Scargill, [1985] Ch 270, England.

<sup>979</sup> Royal Brunei Airlines v Tan, [1995] 2 AC 378, Isle of Man.

<sup>980</sup> Hartigan Nominees Pty Ltd v Rydge, [1992] 29 NSWLR 405, 432, per Mahoney JA, Caiman Islands.

<sup>981</sup> The Bank of Nova Scotia Trust Company v Nelia Ricart de Barletta and Others, (1985) Unreported (11/3/95, Bahamas).

des trusts constitués en fraude de leurs droits,<sup>982</sup> lorsque les conditions de forme du testament ne sont pas respectées,<sup>983</sup> ou lorsque la juridiction applicable du domicile du constituant ne reconnaît pas le trust.<sup>984</sup>

941. La cause de nullité, qui n'existe pas en droit civil, est le trust simulé ou fictif. Il est important de déterminer si l'intention est de créer un « vrai trust » ou un trust considéré comme faux (*pretence*). Le constituant, mais aussi le trustee, doivent avoir eu la volonté de créer un trust simulé (*sham*). Si c'est le cas, il est déclaré nul et inexécutable.<sup>985</sup> L'indépendance, la gestion, le contrôle du trust et les prises de décisions doivent être réalisés par le trustee, à sa seule discrétion et dans une autonomie absolue.

942. Contrairement aux trusts du modèle contractuel de droit civil entre vifs dans lesquels le constituant reste lié contractuellement pendant la vie du trust, dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, une fois le trust constitué, il doit échapper à son créateur. Il doit disparaître une fois que le trust entre vifs est créé. Cette situation existe dans le modèle contractuel des trusts de droit civil uniquement dans le cas des trusts testamentaires. Jean-Paul Béraudo<sup>986</sup> explique que le constituant du modèle anglo-américain des trusts est dans une situation comparable à celle du donateur par rapport au donataire et rappelle l'adage « *donner et retenir ne vaut* ». Puisque le trust est une opération de plus grande ampleur que la donation et qu'elle s'étend le plus souvent sur une certaine durée, le constituant peut être tenté de garder une influence sur la gestion du trust qu'il a créé. Cela lui est formellement interdit, car les trustees n'ont pas à recevoir d'instructions du constituant.

943. Si en méconnaissance de leurs pouvoirs les trustees venaient à obéir aveuglement au constituant, sans pratiquer un acte indépendant de l'acte qui leur est demandé, celui-ci est nul et les trustees engagent leur responsabilité envers les bénéficiaires. Le constituant d'un trust « *inter-vivos* » peut se réserver le droit de donner des instructions au trustee en cas de cession des biens immeubles ou de lui

---

<sup>982</sup> South Orange Grove Owners Association and Others v Orange Grove Partners and Others, (No.1) (1995) CA 1/95 and CA 1./96, Cook Islands, and 515 South Orange Grove Owners Association and Others v. Orange Grove Partners and others (No.2) (1997/98) 1 OFLR3), Cook Islands.

<sup>983</sup> Anderson v Patten, [1948] 2 DLR 302.39, Canada.

<sup>984</sup> Lemos & Others v Coutts & Co. (Cayman) Ltd, [1992-93 CILR 5] Cayman Islands, West Indies.

<sup>985</sup> Midland Bank plc v Wyatt [1997] 1 BCLC 242.

<sup>986</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *op.cit.*, p. 137.

donner des consignes d'investissement ou de gestion. Néanmoins, lorsque le constituant se réserve des prérogatives trop importantes quant à la gestion des biens du trust et à leur attribution aux bénéficiaires, le trust peut être qualifié de trust fictif (*sham trust*). Pour éviter cette situation, il faut au moins que le transfert des biens en trust soit irrévocable.

944. David Hayton<sup>987</sup> explique que l'influence et le contrôle du constituant sont à un moment tellement excessifs que les trustees sont des mandataires qui gèrent et distribuent la propriété selon les désirs du constituant. Cette situation arrive lorsque, pour une question de forme ou de substance, le trustee détient le capital et les revenus du trust à l'ordre et au bon vouloir du constituant, qui reste donc propriétaire et bénéficiaire des biens qu'il a transféré au trustee. Si tous les deux ignorent cette distinction formelle, de telle sorte que substantiellement le trustee détient et gère la propriété du trust sous les ordres du constituant, ce trust est un trust invalide, fictif ou simulé (*sham trust*).<sup>988</sup>

945. Cette situation ne se produit pas dans le modèle contractuel des trusts de droit civil car la relation est contractuelle entre le constituant et le fiduciaire. En outre, le manque des droits de propriété des bénéficiaires permet au constituant de garder des prérogatives importantes que le fiduciaire accepte au moment de la signature du contrat. Un fidéicommiss ou une fiducie ne seraient pas déclarés invalides si le constituant garde le contrôle sur les biens du trust de droit civil.

946. Le principe d'invalidité par excès de contrôle du constituant sur les biens du trust est utilisé aussi pour des raisons fiscales, afin de faire payer au constituant les impôts respectifs. La « *House of Lords* » qualifie de fausses (*sham*), certaines transactions car elles ont pour but l'évasion fiscale. Les « faux trusts » (*sham transactions*) sont des opérations qui disent être une chose mais se révèlent être quelque chose de différent.<sup>989</sup> Dans deux affaires de la Reine Isabelle II d'Angleterre, qui agit au nom du bureau de l'administration fiscale,<sup>990</sup> il est reproché au constituant-bénéficiaire d'avoir le contrôle sur les administrateurs des sociétés qui

---

<sup>987</sup> D. J. HAYTON, "When is a trust not a trust", (1992) 1 J. *Int. Trust & Corp.* Pl. 3.

<sup>988</sup> *Rahman v Chase Bank (C.I.) Trust Company Ltd.* [1991] Jersey L. R. 103 précédemment cité.

<sup>989</sup> Voir *supra* p. 189 et suiv. sur la certitude de l'intention de créer un trust anglo-américain.

sont détenues par son trust. Le constituant, considéré comme un « directeur caché », reçoit une rémunération pour son travail, laquelle est imposable.<sup>991</sup>

947. Par ailleurs, une déclaration de trust peut être annulée lorsqu'elle se déroule en violation des droits des créanciers.<sup>992</sup> Elle est déclarée non-opposable par la Cour qui ordonnera que la propriété transférée retourne au patrimoine du constituant. Les constituants de trusts du modèle anglo-américain de propriété n'échappent pas aux règles de protection des créanciers.<sup>993</sup> Les créanciers du constituant ne peuvent saisir les biens du trust qu'en cas de fraude. Dans ce cas, l'acte de transfert des biens est déclaré nul puisque le constituant transfère des biens dans un trust avec l'intention de tromper ses créanciers. Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, le transfert est qualifié d'« acte simulé ».

948. Le créancier doit prouver que le transfert a été effectué en fraude de ses droits. Il va attaquer l'acte réalisé par son débiteur-constituant pour réintégrer dans le patrimoine de celui-ci des biens qu'il avait transférés en trust à un fiduciaire généralement complice, dans le but de l'empêcher de saisir ces biens. Le créancier agit ainsi lorsque le débiteur tente de dissimuler son patrimoine dans un trust en se rendant insolvable pour ne pas payer sa créance.

949. Les transactions, incluant les donations, réalisées à des conditions de sous-évaluation des biens, peuvent être déclarées non-opposables.<sup>994</sup> Elles ont l'intention d'éloigner des biens de la portée des créanciers<sup>995</sup> ou de ne pas respecter<sup>996</sup> les droits de ces derniers.<sup>997</sup> Dans ce cas, la Cour ordonne que la propriété qui a été transférée retourne au patrimoine du constituant. De même, sont nulles les transactions à des

<sup>990</sup> REGINA v DIMSEY. REGINA v ALLEN. On appeal from the court of appeal (Criminal Division) on October 2001, UKHL 45.

<sup>991</sup> R. OWENS, *loc. cit.*, p. 13.

<sup>992</sup> Section 423 et 339 de la « Insolvency Act 1986 ».

<sup>993</sup> HANBURY and MARTIN, *op. cit.*, p. 358-364; LEWIN ON TRUSTS, *loc. cit.*, p. 191-197; PARKER AND MELLOWS, *loc. cit.*, p. 255-262; P. H. PETTIT, *op. cit.*, p. 232-234; G. THOMAS & A. HUDSON, *loc. cit.*, p. 265-281; UNDERHILL AND HYTON, *loc. cit.*, p. 359-363.

<sup>994</sup> Section 423 de la « Insolvency Act 1986 ».

<sup>995</sup> IRC v Hashmi [2002] EWCA Civ 981, [2002] WTLR 1027.

<sup>996</sup> Hill v Spread Trustee Co Ltd [2006] EWCA Civ 542, [2007] 1 WLR 2404 : le but était de constituer un trust pour faire que l'administration fiscale ait de l'information fautive concernant l'impôt sur les revenus du capital (*Capital Gains Tax*).

<sup>997</sup> Voir Re MC Bacon Ltd [1990] BCLC 324 ; Agricultural Mortgage Corp plc v Woodward [1995] 1 EGLR 1 mis en place d'une location en faveur de son épouse qui a été annulée, même si les conditions de la location étaient à la valeur normale, car l'épouse obtenait des bénéfices plus importants que ceux du contrat de location lui-même.

prix sous-évalués, dans lesquelles le transférant est déclaré insolvable ou en banqueroute, dans les cinq ans après la transaction, sans avoir besoin de prouver l'intention de frauder les droits des créanciers.<sup>998</sup>

950. Une différence importante, entre les deux modèles de trusts, est que seul le constituant du modèle anglo-américain de propriété peut créer un trust en se déclarant lui-même trustee. La déclaration unilatérale de constitution d'un trust rend plus facile la fraude. Pour éviter toute nullité, le constituant doit clairement séparer les biens du trust du reste de son patrimoine.

951. Il est plus difficile de créer des trusts fictifs ou invalides au Panama.

*b. Il n'y a pas de fidéicommiss fictifs au Panama*

952. Les termes de fidéicommiss « fictif » ou « simulé » n'ont jamais été utilisés par les Cours panaméennes car elles considèrent que les fidéicommiss panaméens et les fondations d'intérêt privé sont, par principe, valides, effectifs et légalement constitués lorsque les éléments formels décrits à l'article 9 de la loi n° 1 pour les fidéicommiss et l'article 5 de loi n° 25 pour les fondations privées sont respectés.<sup>999</sup> A ce titre, et suivant les articles 7 et 25 de la loi n° 1, le fidéicommiss panaméen est présumé irrévocable et discrétionnaire. En effet, le fidéicommiss comme la fondation panaméenne d'intérêt privé sont présumés irrévocables, sauf si une stipulation contraire de révocation contractuelle est établie de manière expresse dans l'acte de constitution. Un trust est considéré comme discrétionnaire lorsque le trustee a le contrôle réel et effectif sur les biens du trust.

953. Même si le constituant ou le protecteur conservent un certain contrôle sur le fidéicommiss, celui-ci ne modifie en rien le principe de l'affectation des biens dans un patrimoine séparé de celui du constituant qui donne au fiduciaire tous les droits inhérents à la propriété de ce patrimoine affecté. Le fiduciaire a la propriété sur les biens du fidéicommiss et il a tous les droits et pouvoirs consubstantiels à cette

---

<sup>998</sup> Section 339 de la loi « Insolvency Act 1986 ».

<sup>999</sup> RAMSES OWENS, MOSSACK FONSECA & CO./ MOSSFON TRUST CORPORATION, *article précité*, p. 481.

propriété.<sup>1000</sup> Le fiduciaire dispose des biens du fidéicomis selon les conditions stipulées dans le document de constitution.<sup>1001</sup>

954. De même, les pouvoirs du Conseil de la fondation peuvent être soumis à l'autorisation préalable du protecteur, un comité de protecteurs ou tout autre organe de fiscalisation.<sup>1002</sup> Les fondateurs peuvent être aussi nommés protecteurs ou membres du Comité de protecteurs. Puisque la loi le prévoit expressément, la soumission des pouvoirs du fiduciaire ou du Conseil de la fondation au contrôle du protecteur ou au veto d'autres organes de gouvernance n'invalide pas la fondation ou le fidéicomis. Il n'y a pas de précédent ou de jurisprudence qui déclare un fidéicomis panaméen fictif ou simulé.<sup>1003</sup> Néanmoins, l'acte de transfert des biens peut être déclaré invalide. Sa non-opposabilité n'est plus valide vis-à-vis des créanciers par décision judiciaire révocatoire ou par une décision qui valide une action paulienne.

955. L'action paulienne est engagée par le créancier contre son débiteur qui agit en fraude de ses droits, par exemple, lorsqu'il organise son insolvabilité ou lorsqu'il réduit la valeur de son patrimoine en transférant ses biens dans un fidéicomis ou une fondation privée, dans le but de rendre vain l'exercice de toute voie d'exécution. Les créanciers du fondateur-constituant ou de tiers peuvent attaquer les transferts ou les attributions de biens envers la fondation ou le fidéicomis, lorsqu'ils constituent un acte de fraude leur ayant causé un dommage.

956. Nonobstant, au Panama, le délai de prescription de l'action de 3 ans à compter de la date du transfert ou de l'apport à la fondation n'est pas suffisant : le demandant-créancier doit prouver le transfert frauduleux des biens, ce qui n'est pas une tâche facile. En France, même si c'est au créancier exerçant l'action paulienne d'établir l'insolvabilité apparente du débiteur, c'est à ce dernier qu'il appartient de prouver qu'il dispose de biens de valeur suffisante pour répondre de l'engagement.<sup>1004</sup>

---

<sup>1000</sup> Article 25 de la loi n° 1 sur les fidéicomis.

<sup>1001</sup> Article 26 de la loi n° 1 sur les fidéicomis.

<sup>1002</sup> Article 19 de la loi sur les fondations d'intérêt privé.

<sup>1003</sup> RAMSES OWENS, MOSSACK FONSECA & CO./MOSSFON TRUST CORPORATION, *ibid.*, p. 482

<sup>1004</sup> Arrêt du 5 juillet 2005, la Première Chambre civile de la Cour de cassation française BICC n°628 du 1er nov. 2005, n° 2009 ; 1ère. CIV. - 13 décembre 2005, BICC 637 du 1er avril 2006.

957. Le créancier peut attaquer l'acte de transfert de son débiteur car ce dernier a agi en fraude de ses droits. Il doit prouver que le débiteur tentait de dissimuler son patrimoine dans un trust panaméen et de se rendre insolvable pour ne pas avoir à payer sa créance. La non-opposabilité du transfert sera déclarée comme non valable vis-à-vis du demandeur et les actifs du fidéicomis ou de la fondation d'intérêt privé pourront être saisis pour payer les dettes et obligations du constituant fondateur. Le créancier réintègrera dans le patrimoine de son débiteur des biens que celui-ci avait transféré en fidéicomis, au fiduciaire souvent complice, dans le but de l'empêcher de faire saisir les biens.

958. Etant donné que le Panama est un pays de droit civil, il n'a pas une législation spécifique sur les transferts frauduleux, telle que « *The fraudulent provisions act* ». D'autres systèmes juridiques de Common Law, notamment aux Caraïbes et dans le Pacifique du Sud adoptent des règles semblables à « *The fraudulent provisions act* », par exemple, au Bahamas.<sup>1005</sup> Aux Etats-Unis, le « *Uniform Fraudulent Transfer Act* » contient des prévisions de la « *Uniform Fraudulent Conveyance Act and the Bankruptcy Act* » qui déclarent nuls les transferts en cas d'insolvabilité frauduleuse. Le Panama considère plus pratique d'inclure directement des règles sur la protection du patrimoine dans la loi n° 1 et n° 25 sur les fidéicomis et les fondations privées.

959. Une réclamation provenant de l'étranger peut affirmer qu'un fidéicomis ou une fondation d'intérêt privé est « fictif » (*a sham*). Cette situation inédite serait traitée par la Cour Suprême panaméenne et concernerait la mesure d'exequatur. Les règles de droit international privé s'appliqueraient par la suite pour la création d'un premier précédent.<sup>1006</sup>

960. Des trusts de protection de patrimoine créés au Panama, doivent respecter les droits des créanciers.

---

<sup>1005</sup> Loi dénommée « *Relationship with Trusts (choice of governig law)* », Chapter 78, *Fraudulent Dispositions*.

<sup>1006</sup> RAMSES OWENS, MOSSACK FONSECA & CO./MOSSFON TRUST CORPORATION, *ibidem*, p. 482.

## ***B. Protection de patrimoine au Panama***

961. Les fidéicommiss de protection de patrimoine ou les fondations d'intérêt privé qui ont comme unique but de protéger un patrimoine contre des créanciers potentiels ou futurs (*asset protection trust*) peuvent être constitués au Panama. La protection du patrimoine au travers des fidéicommiss et des fondations d'intérêt privé est un objectif stratégique de l'administration panaméenne, en tant que place financière « *offshore* » de services fiduciaires.

962. Les règles de protection du patrimoine énoncées dans la loi panaméenne (a.) sont interprétées et confirmées par la jurisprudence de ce pays (b.).

### *a. Règles de protection de patrimoine prévues dans la loi*

963. Les fidéicommiss de protection de patrimoine constitués en droit civil panaméen sont fondés sur la séparation du patrimoine du fidéicommiss vis-à-vis du patrimoine du constituant ; elle empêche toute possibilité de saisie des biens en fidéicommiss pour honorer les obligations du constituant.<sup>1007</sup> Les exceptions sont le cas d'obligations ou dommages produits dans le cadre des activités du fidéicommiss ou le cas de transferts frauduleux en détriment des droits des créanciers. La charge de la preuve repose sur le demandeur qui doit prouver le dol ou la mauvaise foi du transfert.

964. L'article 15 de la loi n° 25 sur les fondations d'intérêt privé prévoit que tout créancier, incluant les épouses, peut contester un transfert frauduleux de la part du constituant qui lèse leurs droits de créance. Néanmoins, le délai des créanciers pour contester le transfert vers une fondation privée est le même qui celui du fidéicommiss. Comme pour les fidéicommiss, les biens étrangers sont soumis au principe de l'autonomie de la volonté et au régime de la libre disposition des biens, même si la loi sur la succession ou le mariage du domicile du constituant ou du bénéficiaire en dispose autrement.<sup>1008</sup> Les décisions de justice étrangères ne sont alors pas exécutées

---

<sup>1007</sup> Article 15 de la loi n° 1 sur les fidéicommiss.

<sup>1008</sup> Article 160 de la loi panaméenne sur les banques (*Ley Bancaria*), qui l'énonce comme règle d'ordre public. Décret-loi n° 9 du 26 février 1998.

par les tribunaux panaméens si elles sont contraires aux lois locales ou à l'ordre public.<sup>1009</sup>

965. La loi panaméenne n° 1 prévoit qu'un fidéicommiss est formellement constitué lorsqu'il respecte les mentions obligatoires énoncées à l'article 9. A ce titre, il n'y a pas de justification légale pour invalider un trust de droit panaméen dûment constitué. La seule exception à la règle de validité privilégiée des documents formellement établis (*privilege on duly prepared documents*) est le cas de fraude et le transfert des biens peut être annulé.<sup>1010</sup> Pour les fondations d'intérêt privé, la règle est la même. Elles ne peuvent pas être annulées si elles sont acceptées et enregistrées dans le registre public panaméen, en tant que personne morale. Le transfert des biens ne peut être invalidé qu'en cas de fraude prouvée. Or, dans les affaires civiles, c'est-à-dire dans les affaires qui ne sont pas criminelles, les Cours ne peuvent pas ordonner de « percer » la personnalité morale de la fondation ou forcer les trustees ou les agents résidents à fournir de l'information confidentielle concernant le trust. La preuve de la fraude pour annuler le transfert est donc très compliquée au Panama.

966. L'efficacité de la protection de patrimoine des trusts panaméens est confirmée par la jurisprudence de ce pays.

#### *b. Jurisprudence sur la protection de patrimoine des fondations*

967. Comme tout sujet de droit doté de la personnalité morale, les fondations d'intérêt privé panaméennes ont des droits et des obligations. Leurs agissements peuvent être l'objet d'actions civiles ou pénales. La Cour Suprême panaméenne rappelle,<sup>1011</sup> sans mettre en cause le principe de séparation du patrimoine du fondateur et de la fondation, que les fondations d'intérêt privé panaméennes ne bénéficient pas d'immunité dans l'exercice de leurs activités : « La Chambre signale que la décision de la Cour d'Appel ne porte pas atteinte à l'article 11 de la loi n° 25 de 1995, car la

---

<sup>1009</sup> Code Judiciaire de la République du Panama, (*Codigo Judicial de la Republica de Panama, Libro II b, Sección 4ª Reconocimiento y Ejecución de Sentencia Extranjera*), articles 1419 et suiv.

<sup>1010</sup> RAMSES OWENS, MOSSACK FONSECA & CO./MOSSFON TRUST CORPORATION, *ibid.*, p. 482.

<sup>1011</sup> Dans un arrêt du 17 juillet 2008 de la Chambre Civile dans l'affaire « HSBC Bank USA et HSBC Bank Panama, S.A. contre la "Fondation Geelon" et Peter Gordon ». Cour Suprême de Justice de Panamá, salle civile première.

prétention dans ce procès a son origine dans un manquement supposé dans l'exécution des objectifs de la Fondation Geelon. »<sup>1012</sup>

968. Dans le recours interposé, la question est de savoir si les courriers électroniques envoyés par Monsieur Peter Gordon, qui ont causé préjudice à la Banque HSBC, sont autorisés par la Fondation Geelon. La Cour explique que « le cas particulier en examen ici fait partie de la règle contenue dans l'article 11 qui dispose que pour tous les effets juridiques, les biens de la fondation constituent un patrimoine séparé des biens personnels du fondateur. Par conséquent, ils ne peuvent être l'objet ni de saisie conservatoire, ni de saisie exécution, ni de toute mesure ou action de nature conservatoire, sauf dans le cas d'obligations survenues ou de dommages causés à l'occasion de l'exécution des objectifs de la fondation ou en raison des droits légitimes de ses bénéficiaires.

969. La Cour énonce que pour autant l'article 11 ne reconnaît pas d'immunité absolue aux fondations d'intérêt privé leur permettant de ne pas être l'objet d'une saisie conservatoire ou d'une saisie exécution. La disposition légale manifeste catégoriquement que, si le fait générateur d'un procès a lieu en raison d'obligations ou de dommages survenus à l'occasion de l'exécution des objectifs de la fondation ou en raison des droits légitimes de ses bénéficiaires, les biens de la fondation peuvent être l'objet de mesures conservatoires ou d'exécution.<sup>1013</sup>

970. La Cour rappelle que les créanciers du fondateur peuvent attaquer, en vertu de l'article 15 de la loi n° 25 de 1995, les apports ou les transferts de biens effectués en faveur d'une fondation d'intérêt privé panaméenne lorsque les transferts constituent une fraude à leurs droits légitimes. Des poursuites pénales peuvent être intentées contre les avocats, les gérants de patrimoine ou les banquiers qui ont une obligation de réserve concernant les bénéficiaires d'une fondation d'intérêt privé ; toutefois, cette obligation n'est pas applicable en cas de poursuites pénales pour les délits reconnus par la loi panaméenne, notamment en cas de crimes de terrorisme, trafic de drogue, de blanchiment d'argent ou d'escroquerie qualifiée. Dans ce cas, les autorités

---

<sup>1012</sup> En conformité avec l'article 1650 du Code Judiciaire de Panama.

<sup>1013</sup> La Cour énonce, cependant, que la demande ne peut pas être l'objet d'une décision lors de cet incident de procédure : « Par conséquent, les charges présentées contre la décision de deuxième instance doivent être rejetées, ainsi que les infractions présumées aux articles 780 et 1650 du Code Judiciaire et à l'article 11 de la Loi 25 de 1995. »

panaméennes peuvent percer la personnalité morale de la fondation et rechercher les bénéficiaires réels.

971. Les requêtes d'assistance judiciaire des États étrangers sont examinées par la Chambre des Affaires Générales de la Cour Suprême du Panama : elle cherche l'existence d'une convention d'assistance judiciaire entre le Panama et l'État requérant, analyse si la demande n'est pas contraire à l'ordre public panaméen et applique le principe de double incrimination et de réciprocité internationale.<sup>1014</sup> Les chances d'une requête d'aboutir sont donc faibles.

972. Certains trusts anglo-américains ont été transposés et constitués dans la juridiction de droit civil panaméenne.

## ***II. Validité de certains trusts au Panama***

973. Deux trusts retiennent notre attention car ils sont fréquents dans les juridictions « *offshore* ». Celles-ci s'appliquent à réaliser les désirs et caprices de clients fortunés qui demandent des montages fiduciaires particuliers. Ces montages fiduciaires sont la transposition des trusts du modèle anglo-américain dans des fidécumms ou des fondations d'intérêt privé ; ils obtiennent le même résultat.

974. Les trusts qui ne sont pas au bénéfice des personnes physiques ou morales mais à un but déterminé (A) et les trusts de planification successorale (B) peuvent être constitués au Panama.

### ***A. Trusts au bénéfice d'un but déterminé (Purpose Trusts)***

975. Dans le modèle anglo-américain, les trusts doivent toujours être pour le bénéfice des personnes, de telle sorte qu'il y a toujours une personne bénéficiaire qui peut demander à la Cour l'exécution des obligations du fiduciaire. Cette règle est appelée « *beneficiary principle* ». Elle s'applique à tous les « trusts de personnes », par opposition aux « trusts à but déterminé » (*purpose trusts*). Ceux-ci sont des trusts testamentaires destinés à un nombre limité de buts qui ne sont pas des buts

---

<sup>1014</sup> Articles 100, 877, 149 et suivants du Code Judiciaire de Panama.

charitables, tels que l'entretien d'animaux, de tombes et la mise en place des messes. Exceptionnellement, ils ne sont pas constitués au bénéfice de personnes bénéficiaires. Les « *non charitable purpose trusts* » anglo-américains (a.) peuvent être constitués au Panama (b.).

a. « Purpose trusts » anglo-américains

976. Les trusts du modèle anglo-américain de propriété peuvent ne pas être directement au bénéfice des personnes. Ils peuvent être constitués dans un but déterminé, directement ou indirectement, au bénéfice de personnes. Celles-ci ont le droit de réclamer leurs droits de bénéficiaires en justice et d'exiger l'exécution du trust (*locus standi*). Dans ce cas, il faut déterminer, pour chaque personne qui réclame l'exécution du trust, si elle a ou n'a pas le droit de requérir le respect de ses droits en justice.

977. Les trusts à but déterminé sont similaires aux trusts discrétionnaires pour les personnes bénéficiaires potentielles qui pourraient avoir le droit, comme dans les trusts discrétionnaires, de bénéficier de la mise en place du but déterminé au travers d'un trust.<sup>1015</sup> Il faut alors déterminer la validité du trust par le niveau de certitude du but pour lequel le trust a été constitué.<sup>1016</sup>

978. David Hayton<sup>1017</sup> donne l'exemple d'un trust d'un million de livres pour financer des « causes louables » au bénéfice des habitants de West Yorkshire. Même si les personnes habitant cette ville satisfont la condition de certitude, l'incertitude concernant ce qui est qualifié ou non comme « activité louable », invalide le trust. De plus, le trust est difficilement opératoire et administrativement impossible à mettre en place. Les juges déterminent la validité par l'application de la règle jurisprudentielle dénommée « *is or is not test* », adaptée à ces trusts à but déterminé. Il faut déterminer si chaque activité participe ou non au but du trust, c'est-à-dire, si chaque activité « est ou n'est pas » dans le cadre de l'application du but déterminé.<sup>1018</sup>

---

<sup>1015</sup> Re Grant's W.T. [1979] 3 All E.R. 359 à 368.

<sup>1016</sup> Voir *supra* p. 198 n° 623 et 624.

<sup>1017</sup> D. J. HAYTON, *The Law of Trusts*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>1018</sup> *Twinsectra Ltd v Yardley* [2002] UKHL 12 [2002] 2 A.C. 164, paragraphes 16 et 101.

979. Dans un arrêt de principe,<sup>1019</sup> la Cour d'Appel anglaise accepte la constitution de trusts testamentaires sans bénéficiaire, limités à quatre buts non-charitables ; de ces fins, on écarte par tradition, les œuvres de charité. Parmi les « *non-charitable purpose trusts* » considérés comme valables, se trouvent des trusts pour la construction et l'entretien de tombes et sépultures, des trusts pour la mise en place des messes privées, (si elles ne sont pas considérées comme un but de charité), des trusts pour la promotion des activités de chasse au renard ou des trusts constitués pour l'entretien d'animaux ou des lieux. Ces trusts sont appelés des « trusts d'obligation imparfaite » car les trustees ne sont pas obligés d'exécuter le trust. Ces derniers ont le pouvoir discrétionnaire d'exécuter le trust et, s'ils ne l'exécutent pas, la personne désignée peut réclamer la propriété des biens du trust qui n'a pas été exécuté.

980. Les trusts à but déterminé pour le service des intérêts, non d'une personne bénéficiaire mais à une fin que le trustee doit poursuivre et qui n'est pas une œuvre de charité, sont souvent constitués aux États-Unis pour l'entretien d'un animal. Dans ce pays, la section 408 du Code unifié des trusts (*Uniform Trust Code* § 408),<sup>1020</sup> définit les trusts destinés à l'entretien d'animaux. Le trust bénéficie à un animal qui existe au jour de la mort du constituant-gratifiant et il cesse à la mort de l'animal. Une personne est désignée pour défendre les intérêts de l'animal et les faire valoir devant un juge. Cette personne est « l'homme de main », appelée en anglais « *the enforcer* ».

981. La question est de savoir si ce genre de trust peut être constitué au Panama.

#### *b. Trusts sans bénéficiaire direct au Panama*

982. La loi panaméenne n° 1 sur le fidéicomis ne prévoit pas de règles spécifiques concernant les « fidéicomis à but déterminé ». Elle dispose au contraire que l'acte constitutif du fidéicomis doit nommer les bénéficiaires ou prévoir une procédure pour leur identification. Une interprétation stricte de la loi panaméenne sur le fidéicomis, valable aussi pour les autres juridictions de droit civil étudiées, prévoit

---

<sup>1019</sup> Re Endacott [1960] Ch. 232.

<sup>1020</sup> Uniform Trust Code (UTC) 2005, Section 409, *Non charitable trust without ascertainable beneficiary*. Section 408. *Trust for care of animals*.

que les bénéficiaires d'un fidéicommiss panaméen doivent être des personnes physiques ou morales et non des buts ou des fins déterminés.

983. Pourtant, selon la doctrine panaméenne et la pratique de tous les jours, les avocats et autres professionnels de la finance au Panama créent, à la demande de leurs clients, des fidéicommiss à n'importe quel but légal, charitable ou non-charitable. Ces trusts sont fondés sur le principe de la liberté contractuelle et testamentaire. Ils sont créés à des fins philanthropiques, de charité ou autres, sans limitation quant aux buts poursuivis. Les buts poursuivis sont, par exemple, la simple détention d'actions par le fidéicommiss de manière passive pour des buts charitables ou non-charitables. La loi sur les fondations d'intérêt privé prévoit un système flexible de nomination des bénéficiaires ; ils peuvent être nommés dès le début au moment de la conclusion de l'acte constitutif ou à tout moment, selon ce qui est stipulé dans le règlement de la fondation. Ainsi, des fondations d'intérêt privé à but charitable ou non-charitable sont valablement constituées au Panama.

984. La question se pose ensuite de savoir si la loi panaméenne sur le fidéicommiss accepte un « homme de main », (*the enforcer*), désigné pour défendre, par exemple, les intérêts d'un animal dans le cadre d'un fidéicommiss à but déterminé et si cette personne peut faire valoir sa mission devant un juge. Il n'existe pas dans la loi panaméenne sur les fidéicommiss ou les fondations d'intérêt privé de règles pour traiter les droits et obligations de la personne désigné (*the enforcer*). Ramses Owens explique que « l'homme de main » ne peut pas être considéré par les tribunaux panaméens comme ayant des « pouvoirs fiduciaires », c'est-à-dire, les mêmes droits et obligations que le fiduciaire ou un protecteur et encore moins un bénéficiaire, « *sauf si cette personne est en possession des biens du fidéicommiss* ». <sup>1021</sup>

985. L'article 29 de la loi panaméenne sur les fidéicommiss prévoit qu'une personne qui subit des dommages du fait de l'exécution du fidéicommiss peut demander à la Cour d'ordonner au trustee de constituer une caution ou garantie en tant que mesure préventive. En outre, le remplacement judiciaire du fiduciaire peut être demandé par le constituant, les bénéficiaires ou par un représentant du Procureur Général de la

---

<sup>1021</sup> RAMSES OWENS, MOSSACK FONSECA & CO./MOSSFON TRUST CORPORATION, *ibid.*, p. 484.

République lorsque les bénéficiaires sont mineurs ou majeurs protégés, ou pour faire respecter l'ordre public. Dans ce cadre, pour les fidéicomis à but déterminé, le demandeur doit prouver qu'il est bénéficiaire du fidéicomis.

986. Etant donné que les fournisseurs de services fiduciaires au Panama sont inspirés dans la pratique par des principes de droit anglo-américain des trusts, il est courant que les instruments de constitution des fidéicomis à but déterminé comprennent la nomination d'une personne ayant le rôle du « *enforcer* ». Dans ce contexte, des trusts à but déterminé sont constitués au Panama dans le cadre de la loi n° 1 sur les fidéicomis, même s'ils ne sont pas spécifiquement prévus et régulés dans cette loi. Sinon, il apparaît plus simple d'utiliser le mécanisme des fondations d'intérêt privé dont les règles concernant les bénéficiaires et les buts à déterminer sont souples. Il faut décrire la mission de la personne en charge d'accomplir ce but dans l'acte constitutif ou les règlements et éventuellement la nommer membre du Conseil de la fondation.

987. Un autre trust courant au Panama sert aux planifications successorales.

### ***B. Trusts de planification successorale***

988. Le Code Civil panaméen prévoit, depuis son adoption en 1916 une liberté totale en matière testamentaire ; il refuse les concepts des réserves héréditaires et de la quotité disponible connus en droit argentin, bolivien et français. Les biens situés au Panama sont l'objet d'une succession au Panama.<sup>1022</sup> De ce fait, la loi sur les fondations d'intérêt privé exclue expressément l'application de normes étrangères pouvant limiter la liberté testamentaire.<sup>1023</sup>

989. La planification successorale au Panama a des avantages nombreux (a.) et les formalités à accomplir sont souples (b.).

---

<sup>1022</sup> Articles 628 et suivants du Code Civil de Panama.

<sup>1023</sup> Article 14 de la loi n° 25 de 1995.

a. Avantages de la planification successorale au Panama

990. Les fondations d'intérêt privé permettent de déterminer librement à qui et dans quelles proportions sera distribué le patrimoine de la fondation à la mort du constituant-fondateur.<sup>1024</sup> La loi panaméenne ne dispose pas d'une période des perpétuités pour les trusts. La durée d'un trust n'est pas limitée par la loi et aucune règle contre les perpétuités n'existe. Augusto R. Arosemenay Arias affirme que « *l'interdiction constitutionnelle de limitation au droit de disposer des biens pour une période supérieure à 20 ans ne s'applique pas.* » A ce titre, des périodes d'accumulation du capital et des revenus du fidéicomis ou de la fondation d'intérêt privé peuvent être prévues dans le document de constitution.<sup>1025</sup>

991. Les régimes de succession « *ab-intestat* » traditionnels ne prennent pas en compte les situations particulières qui concernent certaines personnes, telles que l'incapacité d'un membre de sa famille, réservataire ou non. Celle-ci a besoin d'avantage de protection et de plus de ressources financières à la mort du « *de cuius* », qui ne peut plus s'en occuper personnellement. De même, les cohéritiers ne sont pas obligés de rester dans l'indivision : on ne peut pas stipuler une indivision d'une durée supérieure à dix ans.<sup>1026</sup> Le droit des successions classique oblige donc irrémédiablement à diviser et à distribuer le patrimoine du « *de cuius* », parfois dans des termes contreproductifs.

992. Le fidéicomis et les fondations d'intérêt privé panaméens sont des outils juridiques qui permettent d'aménager les effets et contraintes du droit civil des successions. Les formalités de la planification successorale sont souples.

b. Souplesse des formalités de planification successorale

993. Au Panama, il n'y a pas de formalités testamentaires à accomplir pour les fidéicomis<sup>1027</sup> et les fondations d'intérêt privé.<sup>1028</sup> Lorsqu'il s'agit de trusts avec des dispositions testamentaires, les termes du document de constitution du trust de droit

---

<sup>1024</sup> L. A. CHALHOUB, *op. cit.*, p.4

<sup>1025</sup> A. R. AROSEMENAY ARIAS, M. T. DARWYNE, *loc. cit.*, p. 599.

<sup>1026</sup> Article 908 du Code Civil de Panama.

<sup>1027</sup> Article 10 de la loi n° 1 sur les fidéicomis.

civil doivent stipuler le transfert de propriété total, effectif et valide des biens aux fiduciaires ; les biens peuvent rester en possession du constituant bénéficiaire jusqu'à sa mort sans que pour autant le trust puisse être attaqué en nullité, en tant que « *bare trust* », « *sham trust* » ou par « *lack of essential criteria* ».

994. En principe, les trusts qui prennent effet après la mort du constituant doivent être créés par testament. Cependant, ils peuvent être constitués par document privé, sans les formalités du testament, si le trustee est une personne habilitée à fournir des services fiduciaires avec une licence de la « Superintendance des banques de Panama ». Pour éviter toute nullité, la constitution du trust doit respecter les formalités énoncées par la loi. Si la constitution du trust est déclarée nulle, ce qui n'est encore jamais arrivé au Panama, la responsabilité est attribuée directement à l'avocat agent résidant, en tant que conseil professionnel. La responsabilité des fiduciaires peut aussi être déclenchée. Les formalités de constitution des fondations d'intérêt privé, validées par les fonctionnaires du registre public, ont plus de garanties lors de leur création que les fidéicommiss.<sup>1029</sup>

995. Plusieurs règles spécifiques au Panama, telles que le système de sanctions aux infractions à la confidentialité de l'identité des bénéficiaires de la succession,<sup>1030</sup> facilitent la planification successorale « discrète ». Les héritiers du fondateur n'ont pas le droit de révoquer la création d'une fondation privée ou le transfert des biens, même si celle-ci n'a pas encore été enregistrée dans le registre public avant le décès du constituant.<sup>1031</sup> Les règles d'ordre public sur les successions du domicile du fondateur ou des bénéficiaires ne sont pas opposables à la fondation et n'affectent pas sa validité ou la réalisation de son objet.<sup>1032</sup> Le fait que les trustees ou le Conseil de la fondation soient soumis au contrôle d'un protecteur, constitue une règle propre aux juridictions « *offshore* » et facilite l'efficacité de la planification successorale.

---

<sup>1028</sup> Article 4 de la Loi n° 25 sur les fondations d'intérêt privé.

<sup>1029</sup> RAMSES OWENS, MOSSACK FONSECA & CO./MOSSFON TRUST CORPORATION, *ibid.*, p. 486.

<sup>1030</sup> Article 37 de la loi n° 1 sur les fidéicommiss et l'article 35 de la Loi n° 25 sur les fondations d'intérêt privé.

<sup>1031</sup> Article 13 de la loi n° 25 sur les fondations d'intérêt privé.

<sup>1032</sup> Article 14 de la loi n° 25.

996. **Conclusion du second chapitre.** La législation panaméenne est conçue pour garantir le succès des trusts de protection de patrimoine et de planification successorale. Ricardo J. Alfaro avait l'habitude de dire que « *ce qui est réalisé avec un trust des Etats-Unis n'est pas impossible en droit panaméen.* »<sup>1033</sup> L'objectif de la législation « *offshore* » panaméenne sur les fidéicomis et les fondations d'intérêt privé est identique à l'objectif initial et historique des trusts du modèle anglo-américain de propriété, à savoir faciliter la protection et la transmission intergénérationnelle du patrimoine. A ce titre, les trusts panaméens du modèle contractuel de droit civil obtiennent des résultats comparables à ceux des trusts du modèle anglo-américain, notamment en ce qui concerne la transmission de la propriété.

997. Les fondations d'intérêt privé panaméennes, perçues par la doctrine anglo-américaine comme des « trusts incorporés exotiques »,<sup>1034</sup> c'est-à-dire, dotées de la personnalité morale et enregistrées, n'entrent pas, en principe, dans le champ d'application de l'article 2 de la Convention de la Haye sur les trusts,<sup>1035</sup> notamment parce que les biens ne sont pas placés sous le contrôle d'un trustee mais sont la propriété de la personne morale.

998. Si les fondations d'intérêt privé sont structurellement différentes des trusts du modèle anglo-américain de propriété, elles donnent des résultats analogues à ceux obtenus avec des trusts anglo-américains, parce qu'elles fonctionnent de manière semblable. Les trusts de droit civil tels que le fidéicomis et les fondations d'intérêt privé peuvent fonctionner de manière analogue aux trusts anglo-américains, même s'ils n'ont pas la même structure.

999. La législation panaméenne reconnaît l'existence des trusts exprès du modèle anglo-américain de propriété dans des termes substantiellement égaux à ceux des pays de Common Law.<sup>1036</sup> Certains trusts du modèle anglo-américain de propriété ont été transposés à la juridiction « *offshore* » de droit civil panaméenne. Les trusts de protection de patrimoine, les trusts de planification successorale, voire les trusts à but

---

<sup>1033</sup> Ricardo J. Alfaro, "Disertacion ante la Asociacion Americana de Derecho Extranjero"; reproduced in G. Hanse Voelkel, cité par G. A. GALINDO, *ibid.*, p. 186.

<sup>1034</sup> G. A. GALINDO, *op. cit.*, p. 192.

<sup>1035</sup> Relative à la loi applicable au Trust et à sa reconnaissance du premier juillet 1985.

déterminé sans bénéficiaire direct sont constitués valablement au Panama. Ils obtiennent les mêmes résultats au Panama que ceux obtenus avec des trusts du modèle anglo-américain de propriété en Angleterre ou aux Etats-Unis.

---

<sup>1036</sup> J. A. TEJADA MORA, *loc. cit.*

## CONCLUSION TITRE II

1000. Une différence entre les trusts du modèle anglo-américain de propriété et les trusts du modèle contractuel de droit civil est que ces derniers n'acceptent aucune forme de trust non-expès. C'est pourquoi la Convention de la Haye sur le Trust ne les cite pas et se limite aux trusts expès, catégorie de trusts que la Convention a créée pour l'occasion. Dans le modèle contractuel de trusts de droit civil, personne ne peut être « *trustee de son tort* » et devenir fiduciaire non par sa propre volonté mais par imposition de la loi ou d'un juge.<sup>1037</sup> Les régimes des trusts des deux modèles sont comparables exclusivement pour les trusts expès. Les conditions de validité sont énoncées dans la loi, en droit civil, et par des règles jurisprudentielles de certitude, pour les trusts anglo-américains.

1001. La clef d'un montage fiduciaire est la séparation absolue entre les patrimoines du trust, du fiduciaire et du constituant, en toute circonstance, notamment en cas de faillite du trustee ou du constituant, mais aussi en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire. L'exception à cette règle est le cas de fraude envers les créanciers du constituant. Dans ce cas, ils peuvent faire valoir leurs droits pour annuler le transfert des biens au trust.

1002. Une autre règle de fonctionnement des trusts est en relation avec la capacité des parties intervenant à l'opération fiduciaire. Les bénéficiaires mineurs, majeurs protégés ou inexistants doivent avoir la capacité de recevoir par donation ou par testament, sauf en France, où ils doivent avoir la capacité de contracter. Toute personne physique ou morale capable devrait pouvoir être fiduciaire, pour avoir un fiduciaire adapté à chaque trust ; ce n'est pas le choix de la Bolivie et de la France.

1003. Malgré ces différences, les trusts expès de droit civil, le fidéicomis et la fiducie, fonctionnent de manière analogue aux trusts anglo-américains, même s'ils sont structurellement différents. La différence est qu'ils ne dédoublent pas, pour l'instant, la propriété.

---

<sup>1037</sup> G. A. GALINDO, *ibid.*, p. 192.

*CONCLUSION PREMIERE PARTIE*

1004. Une différence historique entre les trusts anglo-américains et les trusts de droit civil, la fiducie et le fidéicommis, issue des spécificités des deux grandes familles de systèmes juridiques étudiées – (la Common Law et le droit civil continental) – est le dédoublement de la propriété. Il constitue pour l’instant le point discordant entre les deux modèles de trusts. Le point commun entre les droits sur les trusts de droit civil argentin, bolivien, français et panaméen est qu’aucun ne dispose à l’égard du fiduciaire et des bénéficiaires, de droits de propriété concurrents et simultanés sur un même bien.

1005. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, le droit des bénéficiaires est un droit personnel car la loi ne lui a pas donné, dans l’état actuel des législations étudiées, le caractère de droit réel. La propriété fiduciaire des biens appartient exclusivement au fiduciaire. Néanmoins, conférer un droit réel sur les actifs du patrimoine fiduciaire aux bénéficiaires des trusts de droit civil est tout à fait envisageable en droit continental,<sup>1038</sup> comme démontre le projet de loi rejeté par décision du Conseil Constitutionnel français<sup>1039</sup> simplement pour une question de forme et non de fond.

1006. Cette innovation n’est pas contraire au « *numerus clausus* » des droits réels car la propriété fiduciaire serait bien énumérée par la loi comme un nouveau droit réel : c’est le cas aujourd’hui en Common Law.<sup>1040</sup> De cette manière, la liste des droits réels reconnus par la loi s’enrichirait et se perfectionnerait. En tout état de cause, si les trusts de droit civil ne dédoublent pas la propriété, ils peuvent obtenir des résultats comparables aux trusts anglo-américains.

1007. Nous allons étudier les techniques d’investissement et de gestion fiduciaire qui permettent les diverses applications des trusts des deux modèles.

---

<sup>1038</sup> Rapport n° 442 (2008-2009) de la Commission des finances du Sénat du 27 mai 2009.

<sup>1039</sup> Décision n° 2009-589 du 14 octobre 2009.

<sup>1040</sup> M. GRAZIADEI, U. MATTEI, L. SMITH, *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 17-19.

## SECONDE PARTIE : TECHNIQUES FIDUCIAIRES D'INVESTISSEMENT ET DE GESTION

---

1008. La loi et la pratique ont façonné les différents trusts exprès anglo-américains et de droit civil ainsi que les techniques fiduciaires d'investissement et de gestion propres à chaque modèle. Le modèle anglo-américain de propriété utilise abondamment les « techniques discrétionnaires » de gestion fiduciaire. Des pouvoirs discrétionnaires contraignants ou non de nomination des bénéficiaires, de distribution du capital et des revenus sont donnés aux trustees ou à un tiers. Les clauses conditionnelles sont aussi utilisées : les bénéficiaires reçoivent un intérêt équitable soumis à une condition qui le fait naître (*contingent interest*) ou qui y met fin (*defeasible interest*). Les techniques discrétionnaires permettent la mise en place des trusts exprès privés spéciaux tels que les trusts de protection de bénéficiaires dépensiers. Les techniques fiduciaires discrétionnaires, les clauses conditionnelles et les trusts de protection sont caractéristiques du modèle anglo-américain.

1009. Le modèle contractuel des trusts de droit civil développe des techniques fiduciaires centrées sur la gestion de patrimoine (*fiducia cum amico*) et la garantie de créances et des obligations (*fiducia cum creditore*). Les fidéicommiss et les fiducies de gestion et de garantie sont utilisés dans les activités économiques, en droit des sociétés, pour la gestion d'investissements, le financement de projet, l'émission de titres négociables de dette, subordonnés ou non et dans les processus de titrisation. Néanmoins, la fiducie a la particularité de n'être pas autorisée, pour l'instant, à émettre de parts et des titres de dette négociables.

1010. Les trusts de droit civil sont purs et simples ou subordonnés à une condition. Les fiducies ou fidéicommiss discrétionnaires qui donnent des pouvoirs de nomination et de distribution au fiduciaire sont pratiquement inexistantes. Les fidéicommiss sont privés ou publics : ils sont créés par la volonté des personnes privées physiques ou

morales (fidéicommiss ordinaires, commerciaux ou financiers) ou résultent de la volonté de l'Etat au travers de ses différentes instances et institutions et avec des fonds publics.

*1011.* Les particularités de la gestion fiduciaire en France, par rapport aux trusts anglo-américains et aux fidéicommiss latino-américains, proviennent de la récente entrée de la fiducie dans le Code Civil français, avec la loi du 19 février 2007, après 3 tentatives sans succès en 1989, 1992 et 1995. La fiducie contemporaine, en tant que trust de droit français, est seulement à sa sixième année de vie.

*1012.* La loi de 2007, critiquée dès sa promulgation par la doctrine, a été régulièrement améliorée par le législateur afin de répondre aux attentes des praticiens, avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, une ordonnance du 30 janvier 2009 et une loi du 12 mai 2009. L'avis 2008-3 du Conseil national de la comptabilité relatif à son traitement comptable et les ordonnances n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté ont complété sa mise en place pratique.

*1013.* La France est restée, jusqu'en 2007, un des rares pays de droit civil continental à ne pas disposer d'un trust de droit français. Avant 2007, la doctrine sur le sujet s'est développée sur ce vide, avec des thèses sur les projets de loi sur la fiducie infructueux et des articles sur la notion de « fiducies innommées ». La vente avec faculté de rachat en droit civil français était considérée comme une fiducie innommée car elle permet un transfert de propriété comme un instrument de garantie ou de couverture. De même, la pension et le portage de titres, la titrisation de créances et les cessions Dailly en droit financier étaient considérés comme des mécanismes fiduciaires « innommés » car ils permettent aux entreprises de mobiliser leur trésorerie et de fournir des garanties aux établissements de crédit. L'objectif aujourd'hui est de réaliser ces mêmes opérations dans le cadre d'un contrat de fiducie « nommée » du Code Civil.

*1014.* Les techniques fiduciaires de gestion et d'investissement spécifiques à la France, en droit commercial et en droit des sociétés, s'effectuent autour des opérations de portage de valeurs mobilières dans lesquelles une fiducie-gestion de

participations se substitue aux sociétés holding. La fiducie est utilisée aussi en droit civil, dans la gestion des biens d'un majeur protégé sous le régime de la curatelle et permet à toute personne d'anticiper sa propre vulnérabilité future ou son incapacité éventuelle.

*1015.* Une autre particularité de la fiducie par rapport aux fidéicommiss latino-américains étudiés est que celle-ci est établie uniquement par contrat<sup>1041</sup> et non par testament. De plus, les fiducies libéralités sont interdites, pour le moment, et la fiducie-transmission est pratiquement inexistante. Une évolution de la législation serait salutaire. La fiducie pourrait être améliorée comme outil de protection des héritiers incapables, mineurs ou sans expérience dans la gestion du patrimoine, lorsque celui-ci est composé de biens professionnels et pour des raisons d'intérêt général. Cette évolution permettra le développement des fiducies-gestion de biens familiaux.

*1016.* Le droit civil français pourrait développer des fiducies testamentaires en respectant certaines contraintes du droit civil continental, notamment les réserves héréditaires. La fiducie testamentaire deviendra un outil d'usage quotidien pour les praticiens car elle évite l'éclatement des patrimoines après la succession et les longues périodes d'indivision.

## **TITRE I. Gestion fiduciaire des trusts anglo-américains et de droit civil**

### **TITRE II. Spécificités de la gestion fiduciaire en France**

---

<sup>1041</sup> Article 2012 du Code Civil français.

## TITRE I. GESTION FIDUCIAIRE DES TRUSTS ANGLO-AMERICAINS ET DE DROIT CIVIL

1017. Les exemples de gestion fiduciaire et ses applications au travers des trusts anglo-américains sont nombreux.<sup>1042</sup> Les devoirs et les pouvoirs des trustees sont aussi divers que les constituants le souhaitent. La gestion fiduciaire des trusts anglo-américains est simple ou discrétionnaire. Elle comporte souvent des pouvoirs discrétionnaires de nomination et de distribution du capital et des revenus, différents des pouvoirs administratifs et de gestion des trustees sur le fonds fiduciaire.

1018. Le constituant nomme directement bénéficiaires des personnes de son choix ou dispose que ces personnes sont en situation d'être bénéficiaires. Celles-ci sont bénéficiaires d'un titre fixe (*fixed entitlement*), d'un titre discrétionnaire (*discretionary entitlement*), d'un pouvoir fiduciaire de disposition (*fiduciary power of appointment*) ou d'un pouvoir de disposition personnel non-fiduciaire (*non-fiduciary personal power of appointment*).<sup>1043</sup>

1019. Les intérêts des bénéficiaires sont divers. Dans un trust discrétionnaire, les droits des personnes bénéficiant du trust ne sont pas encore déterminés ; des personnes peuvent être bénéficiaires de pouvoirs de disposition « de trust » ou « fiduciaires ». Les intérêts des bénéficiaires peuvent être subordonnés à des clauses préalables de qualification qui les feront naître (*qualification clauses*), ou à des clauses de déchéance (*forfeiture clauses*) qui mettent fin à l'intérêt équitable lorsque la condition se réalise.

1020. Une technique de gestion fiduciaire, rencontrée couramment dans les trusts discrétionnaires familiaux anglo-américains, consiste à prévoir, dans l'instrument de constitution, un pouvoir « de trust » ou « simple » pour accumuler les revenus, des pouvoirs simples ou fiduciaires de nomination et de distribution du capital et des revenus en faveur d'une catégorie de bénéficiaires et un pouvoir discrétionnaire de

---

<sup>1042</sup> HAYTON & MARSHALL, *Commentary and cases on the Law of Trusts and equitable remedies*, (by J. A. Nathan, Sir O. R. Marchall, D. J. Hayton), 11e éd, Sweet & Maxwell, 2001, p. 9.

<sup>1043</sup> D. J. HAYTON, *The Law of Trusts*, *op. cit.*, p. 43-44.

trust sur le capital au bénéfice des membres de la catégorie qui sont vivants à la date où le trust prend fin.<sup>1044</sup>

1021. La gestion fiduciaire des trusts du modèle anglo-américain de propriété combine un trust simple suivi d'un trust discrétionnaire ou vice-versa. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un trust est créé au bénéfice de « A » à vie, le reste des biens étant dévolu à un ou plusieurs enfants de « A » sélectionnés par les trustees à leur seule discrétion ou, le cas échéant, par la veuve de « A » à sa discrétion. Un résultat similaire est obtenu avec un trust simple qui crée un intérêt conditionnel (*defeasible interest*) en faveur de « A » à vie, le reste devant aller à ses enfants à parts égales. Sinon, il peut être prévu, par un nouvel instrument de constitution de trust, que les trustees (ou la veuve de « A ») distribueront le capital entre les enfants dans des proportions que les trustees décident à leur seule discrétion.

1022. Les techniques de gestion fiduciaire du modèle contractuel des trusts de droit civil sont vastes. Les buts des fidéicommiss ou de la fiducie et les droits et obligations du fiduciaire sont fixés par contrat ou dans le testament. La propriété fiduciaire peut être soumise à un terme ou à une condition.<sup>1045</sup> Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend pas l'engagement et il retarde seulement l'exécution. Le terme est un événement futur et certain auquel est subordonnée l'exigibilité ou l'extinction de l'obligation fiduciaire. Dès lors que l'événement est incertain non seulement quant à sa date mais aussi quant à sa réalisation, il s'agit d'une condition.<sup>1046</sup> Le fidéicommiss ou la fiducie qui dépend d'une condition suspensive n'aura pas d'existence si la condition ne se réalise pas avant le terme stipulé dans l'acte constitutif.<sup>1047</sup>

1023. Dans les pays de droit civil, la gestion fiduciaire discrétionnaire qui donne la faculté au fiduciaire de nommer les bénéficiaires et de distribuer à sa seule discrétion est possible mais reste rare. Le droit panaméen sur les fidéicommiss prévoit expressément, pour les fidéicommiss révocables, la désignation des bénéficiaires par une personne autre que le constituant ou la désignation des bénéficiaires en tant que catégorie.

---

<sup>1044</sup> D. J. HAYTON, *The Law of Trusts*, *ibid.*, p. 44.

<sup>1045</sup> Article 4 c) de la loi argentine 24.441.

<sup>1046</sup> Article 1185 du Code Civil français. Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 13 avril 1999 : JCP 2000, II, 10309 note Barthez.

1024. La gestion fiduciaire est aussi financière. Une série d'applications, créée par la pratique des trusts du modèle anglo-américain et de droit civil, est en relation avec des activités financières, à but lucratif, dans lesquelles les trusts servent de véhicule juridique à une activité commerciale. Les trusts exprès privés financiers anglo-américains et de droit civil sont utilisés dans les marchés financiers. La gestion fiduciaire financière se réalise au travers des sociétés et des trusts d'investissement, (*business trusts*), des « *Unit Trusts* » considérés comme des organismes de placement collectif de valeurs mobilières et au travers des fidéicommiss financiers qui détiennent et émettent des instruments financiers.

1025. Les techniques fiduciaires du droit des marchés financiers ont été réalisées par l'introduction de nombreuses innovations, telles que les fonds fiduciaires de titrisation. L'adaptation du droit aux nouvelles réalités économiques passe davantage par une rénovation des techniques existantes en restant dans la cohérence d'un système qui a fait ses preuves. Ainsi, afin d'assurer la collecte de l'épargne publique et de l'investir dans les marchés, le droit financier a recours à la propriété fiduciaire et développe des mécanismes de placements collectifs de valeurs mobilières.

CHAPITRE I. Techniques fiduciaires.

CHAPITRE II. Trusts d'investissements financiers.

---

<sup>1047</sup> Article 1426 du Code de Commerce bolivien. C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado*, op. cit., p. 1341.

## CHAPITRE I. Techniques fiduciaires

1026. Diverses techniques d'investissement et de gestion fiduciaire, courantes dans les trusts du modèle anglo-américain de propriété, sont concrétisées par la mise en place des trusts simples et discrétionnaires, avec des pouvoirs « de trust » ou des pouvoirs « simples » de distribution et de sélection des bénéficiaires et par des clauses qui conditionnent l'accès ou la fin des droits des bénéficiaires. Les constituants créent des trusts discrétionnaires car ils ne sont pas sûrs des événements futurs et veulent que les trustees réagissent selon les circonstances et les besoins des bénéficiaires potentiels. Ces trusts ont l'avantage d'être flexibles.

1027. Dans un trust simple, « *en trust pour mes enfants à parts égales* », <sup>1048</sup> les droits et les parts de chaque bénéficiaire sont décrits dans l'instrument de constitution. Dans un trust discrétionnaire, « *en trust pour ceux de mes enfants que mes trustees choisiront* », la part de chaque membre de la catégorie des bénéficiaires est déterminée à la seule discrétion des trustees. Les trustees sont toujours obligés d'exercer la division et la distribution. Les techniques fiduciaires anglo-américaines complètent un trust simple ou discrétionnaire avec des intérêts équitables des bénéficiaires soumis à des conditions préalables à leur attribution ou à des clauses de déchéance mettant fin aux intérêts.

1028. Dans les trusts anglo-américains simples, les bénéficiaires sont nommés préalablement et ont le droit de demander aux trustees les revenus nets ou le capital ; dans un trust simple au bénéfice de « A » à vie où les biens restants sont attribués à sa mort à ses enfants à parts égales, « A » peut demander à percevoir les revenus nets pendant sa vie et, à sa mort, ses enfants peuvent demander à recevoir le capital.

1029. Dans un trust discrétionnaire, les bénéficiaires reçoivent les revenus et le capital du trust, à la seule discrétion du trustee qui doit exercer cette discrétion en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires. <sup>1049</sup> Par exemple, lorsque la propriété est

---

<sup>1048</sup> E.H. BURN ET G. J. VIRGO, *loc. cit.*, p. 43.

<sup>1049</sup> HANBURY and MARTIN, *op. cit.*, p. 62-67; LEWIN ON TRUSTS, *loc. cit.*, p. 981-992; PARKER AND MELLOWS, *op. cit.*, p. 203-212; P. H. PETTIT, *loc. cit.*, p. 30-37; R. PEARCE AND J. STEVENS, *op.cit.*, p. 120-121; G. THOMAS & A. HUDSON, *op. cit.*, p. 28-30; UNDERHILL AND HYTON, *loc. cit.*, p. 84-87.

détenue en trust dans lequel les trustees doivent distribuer des revenus entre une catégorie de possibles bénéficiaires établie par le constituant, ils peuvent choisir les bénéficiaires parmi cette catégorie et distribuer, à leur seule discrétion, jusqu'à la fin de la période de perpétuités. Le capital doit être ensuite distribué parmi les bénéficiaires potentiels encore vivants de la catégorie établie par le constituant que les trustees sélectionnent à leur seule discrétion. Lorsqu'il s'agit de bénéficiaires futurs ou d'une catégorie de bénéficiaires potentiels, ils doivent être dûment identifiés.

*1030.* Un trust ne peut avoir pour bénéficiaires que des personnes identifiables et doit respecter le principe de certitude quant aux bénéficiaires (*certainty of objects*). Dans un trust discrétionnaire, les trustees jouissent du pouvoir de choisir les bénéficiaires au sein de la catégorie. Le trust discrétionnaire déroge d'une certaine manière à la règle du traitement égalitaire des bénéficiaires que les trustees doivent normalement respecter.<sup>1050</sup>

*1031.* Les trusts du modèle contractuel de droit civil privilégient les opérations fiduciaires commerciales et bancaires de gestion et de garantie. Les techniques d'investissement et de gestion fiduciaire mettent en place principalement des fidéicommiss et des fiducies de financement structuré, c'est-à-dire, tous les fidéicommiss ou fiducies qui ont pour but de servir de véhicules au financement de projet et à la gestion de ses aspects financiers.<sup>1051</sup>

*1032.* Dans tous les fiducies et fidéicommiss de gestion et de sûreté, le dénominateur commun est la nécessité d'un instrument qui sert d'intermédiaire aux opérations dans lesquelles il existe un ou plusieurs débiteurs ou promoteurs d'une part, et un ou plusieurs investisseurs financiers ou créanciers d'autre part. Il s'agit de la relation entre un débiteur ou promoteur, le fiduciaire et une banque ou un investisseur financier. Dans ces opérations, le débiteur ou promoteur est généralement le constituant ; le fiduciaire se constitue gestionnaire financier et garant ; la banque ou

---

<sup>1050</sup> HANBURY and MARTIN, *op. cit.*, p. 201-216; LEWIN ON TRUSTS, *op. cit.*, p. 981-992; PARKER AND MELLOWS, *loc. cit.*, p. 41, 179-182; R. PEARCE AND J. STEVENS, *op. cit.*, p. 446-461; P. H. PETTIT, *loc. cit.*, p. 76-79; UNDERHILL AND HYTON, *loc. cit.*, p. 35-40.

<sup>1051</sup> R. OWENS, *op. cit.* p. 6.

les investisseurs financiers sont les bailleurs de fonds et agissent avec d'autres investisseurs qui sont les bénéficiaires.

1033. Les techniques de gestion et de garantie fiduciaires du modèle contractuel des trusts de droit civil s'avèrent être d'une grande souplesse, en raison de la liberté contractuelle qui les caractérise, tout en assurant aux bénéficiaires une sécurité juridique, notamment en cas de procédure collective du fiduciaire ou du constituant-débiteur d'un trust de garantie. Des clauses du contrat définissent qui, du constituant ou des bénéficiaires, assume quelles obligations, récupère quels bénéfices et comment opère la gouvernance de l'ensemble.

1034. Il convient d'analyser, dans un premier temps, les techniques conditionnelles et discrétionnaires anglo-américaines (Section 1) et, dans un second temps, les techniques de gestion et de garantie de droit civil (Section 2).

### **Section 1. Techniques conditionnelles et discrétionnaires anglo-américaines**

1035. Un constituant peut stipuler qu'une personne ne deviendra bénéficiaire que si elle satisfait une condition ou répond à une description particulière (*qualification clauses – conditions precedent*). La condition ou description doit être précise, en plus d'être réalisable. De la même manière, les constituants peuvent stipuler que l'intérêt d'une personne en tant que bénéficiaire d'un trust s'arrêtera à la réalisation d'un événement spécifique (*forfeiture clauses – conditions subsequent*). Les conditions sont donc préalables ou ultérieures à l'attribution de la qualité de bénéficiaire. Si les mots utilisés sont conceptuellement incertains, c'est-à-dire, que les conditions ne sont pas claires, précises et réalisables, elles sont déclarées nulles.

1036. Les clauses conditionnelles, stipulées dans l'acte de constitution du trust anglo-américain, doivent être soigneusement exécutées par les trustees. Elles sont différentes des pouvoirs discrétionnaires. Le « pouvoir discrétionnaire » d'un trustee est un « pouvoir » dans le sens où le trustee choisit qui bénéficiera du trust. Ce « pouvoir » doit être exercé et c'est pourquoi il est appelé un « pouvoir de trust ». Il est contraignant. Les trustees peuvent avoir d'autres pouvoirs qu'ils ne sont pas

obligés d'exercer ; ces pouvoirs sont appelés « pouvoirs fiduciaires ». Etant donné que le trustee est un fiduciaire, il décide d'exercer ou non ce pouvoir fiduciaire avec la prudence et la diligence d'un trustee. Des pouvoirs peuvent, en outre, être donnés à des personnes qui ne sont pas trustees ; ces pouvoirs sont appelés des pouvoirs « simples » ou « personnels » et celui qui a le pouvoir n'est pas obligé de l'exercer.

1037. Les « trusts discrétionnaires » et les « pouvoirs discrétionnaires » se conforment à la règle de certitude quant aux bénéficiaires (*uncertainty of objects*).<sup>1052</sup> Le test de certitude quant aux bénéficiaires s'applique aux trusts discrétionnaires<sup>1053</sup> et aux « pouvoirs ».<sup>1054</sup> La distinction entre un « trust discrétionnaire » et un « pouvoir discrétionnaire » est importante pour la détermination des obligations du trustee ;<sup>1055</sup> le pouvoir des trustees peut être un pouvoir « de trust » discrétionnaire et obligatoire, ou un « pouvoir fiduciaire », c'est-à-dire, discrétionnaire mais non-contraignant.<sup>1056</sup> L'intention du constituant et le langage utilisé dans la rédaction de l'instrument de constitution déterminent si une disposition spécifique crée un « pouvoir » ou un « trust ».<sup>1057</sup>

1038. Les trusts prévoient des clauses conditionnelles (I), des pouvoirs de trust, fiduciaires et simples (II).

### ***I. Trusts avec des clauses conditionnelles***

1039. Dans la pratique judiciaire, les litiges opposent les bénéficiaires certains aux bénéficiaires conditionnels dont les droits amoindrissent ceux des premiers. Un bénéficiaire conditionnel peut poursuivre les trustees en exécution du trust dès lors que la condition est accomplie. De leur côté, les bénéficiaires certains peuvent poursuivre les trustees pour avoir versé à tort des sommes à des bénéficiaires non qualifiés ou ayant perdu leur qualité.

---

<sup>1052</sup> HANBURY and MARTIN, *op. cit.*, p. 172.

<sup>1053</sup> McPhail v Doulton, [1971], A.C. 424.

<sup>1054</sup> Gulbenkian's Settlements, Re, Hacobian v Maun [1968] Ch 126, [1967] 3 All ER 15, [1967] 3 WLR 1112, 111 Sol Jo 686, CA ; affd sub nom Whishaw v Stephens [1970] AC 508 à 518, par Lord Reid. [1968] 3 WLR 1127, 112 Sol Jo 882, sub nom Re Gulbenkian's Settlements Trusts, Whishaw v Stephens [1968] 3 All ER 785.

<sup>1055</sup> Hay's Settlement Trusts, Re [1981] 3 All ER 786, [1982] 1 WLR 202 à 209, par Megarry V-C, 125 Sol Jo 866 ; Turner v Turner [1984] Ch, 100, [1983] 2 All ER 745, [1983] 3 WLR 896, 127 Sol Jo 842 ; Breadner v Granville-Grossman [2001] Ch 523 à 540, par Park J. [2000] 4 All ER 705, [2001] 2 WLR 593.

<sup>1056</sup> Twinsectra Ltd v Yardley [2002] UKHL 12, [2002] 2 AC 164, paragraphe 16, par Lord Hoffmann. [1999] Lloyd's Rep Bank 438, [2000] Lloyd's Rep PN 239, CA; revsd [2002] UKHL 12, [2002] 2 All ER 377, [2002] 2 WLR 802, [2002] NLIR 469. Twinsectra Ltd v Yardley [2002] UKHL 12, [2002] 2 AC 164, paragraphe 16, par Lord Hoffmann.

1040. Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, les conditions sont souvent liées à la religion ou à l'état civil des bénéficiaires potentiels. La jurisprudence des juges anglais se penche sur la portée des notions telles que « la foi religieuse » ou « l'amitié » pour déterminer leur exécution ou leur nullité pour impossibilité d'exécution. Les conditions sont aussi « se marier selon la foi juive et ne pas divorcer » ou « être ami » du « *de cuius* » pour bénéficier du trust. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, la fiducie ou les fidéicommiss peuvent être purs et simples ou être assujettis à une condition ou à un terme.<sup>1058</sup> La propriété fiduciaire prend fin à l'arrivée du terme ou à la réalisation de la condition résolutoire.<sup>1059</sup>

1041. L'étude des clauses conditionnelles préalables ou de déchéance des trusts du modèle anglo-américain de propriété permet, dans un premier temps d'analyser leur validité (A) et d'examiner, dans un second temps, leur portée dans les deux modèles (B).

#### **A. Validité des clauses conditionnelles**

1042. Si les clauses conditionnelles de qualification préalable à l'investiture d'un bénéficiaire ou à la déchéance d'une telle qualité ne sont pas précises et réalisables, à cause des mots utilisés dans leur rédaction, elles sont nulles car « conceptuellement incertaines », sans qu'il importe de savoir s'il s'agit d'une clause préalable ou de déchéance. En droit civil, elles peuvent être considérées comme des conditions impossibles. Dans certains cas, elles ont pour effet de rendre nul l'acte dans lequel elles sont insérées. La certitude fait défaut quand la condition est impossible.

1043. Comme elles consistent en la perte d'un droit dont la jouissance est déjà consommée, la jurisprudence se montre plus sévère pour valider les conditions de déchéance que les conditions préalables. Selon David Hayton, la sévérité devrait être la même pour les deux ; dès lors que les conditions de déchéance sont plus

---

<sup>1057</sup> E.H. BURN ET G.J. VIRGO, *op. cit.*, p. 43.

<sup>1058</sup> Article 6 de la loi n° 1 sur les fidéicommiss panaméen.

fréquemment déclarées nulles pour incertitude, les conditions préalables devraient être, à leur tour, déclarées nulles avec la même sévérité. L'auteur explique que lorsque « X », désigné en tant que bénéficiaire grâce à une condition préalable, remplace « Y » dans sa qualité de bénéficiaire, « Y » et les trustees doivent connaître avec précision la condition qui entraîne que les droits de « Y » sont remplacés par les droits équitables de « X ». <sup>1060</sup> En droit civil, une condition suspensive par l'une des parties peut être une condition résolutoire pour l'autre.

*1044.* La réalisation de la condition est normalement appréciée par les trustees sous le contrôle du juge. Cependant, pour éviter une procédure judiciaire, le constituant peut valablement décider que l'opinion des trustees est souveraine. Il peut également confier une telle prérogative à un tiers. Ainsi, lorsque la condition de déchéance de la qualité de bénéficiaire est conceptuellement certaine et lorsque se pose un problème de preuve pour savoir si la déchéance a effectivement eu lieu, il est possible d'éviter de recourir à la Cour si le document de constitution du trust prévoit que l'opinion des trustees ou d'un tiers, tel que la veuve du « *de cuius* », est déterminante. <sup>1061</sup> En revanche, lorsqu'il y a une incertitude conceptuelle dans la clause de déchéance, l'incertitude ne peut être résolue ni par la Cour ni par les trustees sous la surveillance des juges, même si l'opinion déterminante des trustees sur la déchéance est stipulée dans l'instrument de constitution du trust. <sup>1062</sup>

*1045.* La jurisprudence valide les conditions préalables (a.) et les conditions de déchéance (b.) en fonction du genre de transfert à titre gratuit du constituant au trust, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit de dons individualisés ou de dons à une catégorie de bénéficiaires potentiels.

---

<sup>1059</sup> Article 1421 2) du Code de Commerce bolivien.

<sup>1060</sup> D. J. HAYTON, *The Law of Trusts*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>1061</sup> *Dundee General Hospitals Board of Management v Walker* [1952] 1 All E. R. 896, sub nom *Dundee General Hospitals v Bell's Trustees* 1952 SC (HL) 78, 1952 SLT 270.

<sup>1062</sup> *Coxen, Re, McCallum v Coxen* [1948] Ch. 747, [1948] 2 All ER 492, [1948] LJR 1590, 92 Sol Jo 442 ; *Jones, Re, Midland Bank Executor and Trustee Co Ltd v Jones* [1953] Ch 125, [1953] 1 All ER 357, [1953] 2 WLR 283, 97 Sol Jo 96; *Wright's Will Trusts, Re*, [1981] LS Gaz R 841.

a. Condition préalable pour être bénéficiaire

1046. La condition est préalable lorsque la qualité de bénéficiaire est subordonnée à son accomplissement. En droit civil, il s'agit d'une condition suspensive car l'obligation (équitable) ne naîtra que si l'événement se réalise. L'obligation, dans ce cas, est en quelque sorte en suspens tant que l'événement n'est pas réalisé. Elle individualise le bénéficiaire (*individual gift*) ou est attribuée à une catégorie de bénéficiaires potentiels (*class gift*). Par exemple, « mes trustees donneront mille livres à mon neveu Pierre, s'il entre dans les ordres » ou « je laisse un million de livres que les trustees distribueront à mes neveux qui se marieront selon la loi catholique ». <sup>1063</sup> L'entrée dans les ordres ou le mariage canonique est alors une condition préalable à la reconnaissance de la qualité de bénéficiaire. L'obligation équitable en suspens fait partie de l'intérêt de propriété équitable du bénéficiaire qui verra le jour si la condition se réalise.

1047. En présence d'une donation à un groupe de personnes (*class gift*), le montant de chaque don n'est pas connu avec certitude au début de l'exécution du trust. Ce n'est qu'une fois tous les neveux mariés que la somme d'un million de livres peut être répartie équitablement entre ceux qui ont satisfait à la condition. L'indétermination momentanée du montant des dons ne se rencontre pas si les bénéficiaires conditionnels sont des individus et non des catégories ou de groupes de bénéficiaires.

1048. Lorsque la donation est destinée à une classe de bénéficiaires, les biens sont détenus en trust pour une distribution discrétionnaire ou à parts égales, entre les membres appartenant à la catégorie de bénéficiaires. <sup>1064</sup> Le test de certitude concernant la qualification des bénéficiaires est celui de *Mc Phail v. Doulton* ; <sup>1065</sup> il doit dire, avec certitude, si une personne est ou n'est pas dans une catégorie de bénéficiaires potentiels. Lorsque ce test jurisprudentiel ne permet pas de déterminer, avec certitude, si chacun des bénéficiaires appartient ou non à la catégorie, le trust est déclaré invalide pour incertitude.

---

<sup>1063</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *op. cit.*, p. 117-118.

<sup>1064</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 98.

<sup>1065</sup> [1971] AC 424.

1049. En principe, en cas de dons individuels à des membres non spécifiés d'une catégorie, la condition ou la description est déclarée invalide lorsqu'il n'est pas possible de donner une liste complète des personnes qualifiées comme membres de la catégorie.<sup>1066</sup> Néanmoins, les juges peuvent décider qu'il n'est pas nécessaire d'établir une liste de tous les bénéficiaires potentiels au profit des bénéficiaires avérés.<sup>1067</sup>

1050. La fin de l'intérêt équitable peut dépendre de l'arrivée d'un événement futur et incertain, casuel ou potestatif, stipulé dans le document de constitution.

b. Clauses de déchéance de la qualité de bénéficiaire

1051. La condition subséquente ou ultérieure est appelée clause de déchéance. Elle peut être comparée en droit civil à une condition résolutoire puisque la disparition du rapport de droit est subordonnée à l'arrivée de l'événement prévu. L'obligation (équitable) existe et produit ses effets tant que l'événement prévu ne survient pas. Elle se produit souvent dans le cas où le bénéficiaire perd ses droits avec l'avènement d'un fait qui dépend de lui-même : par exemple, la condition de résider à titre permanent dans une ville ou la déchéance de la qualité de bénéficiaire.

1052. La condition est donc aussi potestative, car elle est subordonnée à l'arrivée d'un événement dont il est au pouvoir de l'une des parties de faire arriver ou d'empêcher.<sup>1068</sup> La clause conditionne l'exécution de l'obligation (équitable) à un événement qui dépend du bénéficiaire-créancier : par exemple, en droit civil, dans un contrat avec un proche tel que le don, « je vous donne telle chose si vous vous mariez ou/et tant que vous ne divorcez pas ». Seule la condition suspensive purement potestative qui dépend exclusivement et discrétionnairement de la volonté du débiteur emporte nullité de l'obligation.<sup>1069</sup> La condition résolutoire potestative est en réalité une faculté conventionnelle de résolution du contrat et n'est pas prohibée.<sup>1070</sup>

---

<sup>1066</sup> HAYTON & MARSHALL, *Commentary and cases on the Law of Trusts and equitable remedies*, loc. cit., p. 175-177.

<sup>1067</sup> Voir *supra* p. 323.

<sup>1068</sup> Article 1170 du Code Civil français, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

<sup>1069</sup> Article 1174 du Code Civil, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

<sup>1070</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1223, p. 1208.

1053. Les constituants anglo-américains ont la possibilité de stipuler, dans le document de constitution, que l'intérêt équitable prend fin à l'arrivée d'un événement spécifique. Il faut que cette éventualité soit certaine et qu'avec elle, le trust puisse être opératoire. Pour qu'une clause conditionnelle de déchéance de la qualité de bénéficiaire soit valide, elle doit être « conceptuellement certaine ».

1054. Les bénéficiaires, voire la Cour, peuvent connaître l'événement auquel la déchéance de la qualité de bénéficiaire est conditionnée, dès le début de l'exécution du trust.<sup>1071</sup> Par exemple, le fait d'arrêter de résider de façon permanente dans un endroit particulier a été déclaré valide, étant donné que la notion de « résidence permanente » est raisonnablement certaine.<sup>1072</sup> Les juges examinent le niveau de certitude de notions que les constituants anglais utilisent tous les jours lors de la constitution de trusts conditionnels : par exemple, « la maison *Bleak House*<sup>1073</sup> pour mon fils Abraham, s'il se marie avec une femme de confession et de famille juives. S'il ne se conforme pas ou s'il divorce, la maison reviendra à Gideon de façon absolue ».<sup>1074</sup>

1055. Lorsque les conditions sont liées à la religion, les Cours sont plus indulgentes avec les clauses de déchéance des bénéficiaires. L'arrêt *Clayton v Ramsden*<sup>1075</sup> de la « *House of Lords* » a annulé une clause de déchéance de la qualité de bénéficiaire, conditionnée au mariage avec une personne n'étant pas de « famille juive », ou de « religion juive ». Il a décidé à l'unanimité que les deux conditions, et donc, la totalité de la clause, étaient nulles pour incertitude.

---

<sup>1071</sup> D. J. HAYTON, *The Law of Trusts, op. cit.*, p. 96.

<sup>1072</sup> *Re Gape* [1952] Ch. 743.

<sup>1073</sup> *Bleak House* est un excellent roman de Charles Dickens. La succession contestée devant le tribunal, dans l'affaire « *Jarndyce v Jarndyce* », concerne un testament obscur, de sommes d'argent et des terres situées autour du manoir de Marr dans le sud du Yorkshire. Les personnages se suivent sur quelques années, alors que « *Jarndyce v Jarndyce* » avance à pas de souris dans le labyrinthe judiciaire anglais. Les attaques dirigées par l'auteur contre l'appareil judiciaire s'appuient sur l'expérience de Dickens acquise en tant que clerc. Sa mise en scène sans complaisance des lenteurs et du caractère byzantin de la Cour du chancelier (*Chancery*) reflète l'exaspération montante de son époque vis-à-vis du système. Le roman a préparé les esprits aux réformes des années 1870. Dickens écrit à un moment où le système est déjà en train de changer. Les « six clercs et maîtres » cités dans le premier chapitre du roman sont supprimés respectivement en 1842 et en 1852.

<sup>1074</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 98.

<sup>1075</sup> *Clayton v Ramsden* [1943] A.C. 320, [1943] 1 All ER 16, 112 LJ Ch 22, 86 Sol Jo 384, 168 LT 113, 59 TLR 75.

1056. Un deuxième arrêt<sup>1076</sup> a interprété différemment l'arrêt précédent concernant la clause de déchéance de la qualité de bénéficiaire pourtant similaire : « si le bénéficiaire ne restait pas dans la religion juive ou se mariait en dehors de cette religion. » La différence est que, dans cette affaire, le juge a permis aux parties de présenter des preuves et d'éclairer les circonstances dans lesquelles le « *de cuius* » avait appréhendé la notion de « religion juive ». Le magistrat affirme que dans la décision précédente, à savoir dans l'affaire Clayton v Ramsden, il n'y avait pas assez de preuves pour avoir une idée de ce que « la foi juive » voulait vraiment dire.

1057. Dans ce cadre, même si la preuve directe sur l'intention du « *de cuius* » n'est pas admissible, le juge explique que « *la question était de savoir ce que le testateur, assis dans son fauteuil, voulait vraiment dire par la religion juive* ». Le juge décida d'accepter la production de preuve sur la « foi juive » pratiquée par le testateur et sa famille. Il considéra que le constituant concevait la religion juive telle qu'il l'avait pratiquée lui-même. Lorsque ce genre de preuve est admis, il doit être possible d'attribuer à l'expression « religion juive » une définition suffisamment claire pour satisfaire le précédent établi dans la première affaire Clayton v. Ramsden.

1058. La jurisprudence anglaise a analysé la portée de ce genre de clauses conditionnelles, en élucidant des notions telles que la famille ou l'amitié. Une analyse similaire peut être effectuée en droit civil.

### ***B. Portée des clauses conditionnelles dans les deux modèles***

1059. L'obligation conditionnelle est caractérisée par l'incertitude qui plane sur son existence. La condition est un événement futur et incertain dont dépend la naissance d'une obligation ou sa résolution. Les juges anglo-américains ont leur propre méthode pour déterminer la validité des clauses dont la portée est large, par exemple, « tous mes amis ». Comme son homologue anglo-américain, le modèle contractuel des trusts de droit civil applique les clauses « de condition », dans le contrat de fiducie ou de fidéicommiss et dans le testament, suspensives, résolutoires, potestatives casuelles ou mixtes.

---

<sup>1076</sup> Tepper's Will Trusts, Re, Kramer v Ruda [1987] Ch. 358 [1987] 1 All ER 970, [1987] 2 WLR 729, [1987] 2 FLR 439,

1060. La méthode anglo-américaine valide les clauses conditionnelles (a.) ; le terme et la condition du droit des contrats sont appliqués en droit civil (b.).

a. Méthode anglo-américaine

1061. Dans l'affaire *Re Barlow's Will Trusts*,<sup>1077</sup> le « *de cuius* » possédait une riche collection de tableaux. Dans son testament, la défunte en donna quelques-uns en trust à son exécuteur testamentaire pour les mettre en vente, en lui demandant de permettre à « tous les membres de sa famille » et à « tous ses amis », d'acheter les tableaux, au prix fixé lors d'une évaluation réalisée 5 ans avant sa mort.

1062. Le juge Browne-Wilkinson J déclara la clause valide en estimant que « les membres de sa famille » étaient facilement déterminés grâce aux liens de sang avec le « *de cuius* ». De même, toute personne qui prouvait son amitié avec la défunte était certainement bénéficiaire d'une option d'achat sur les tableaux. La question était de savoir s'il était nécessaire d'établir une liste complète de tous les amis bénéficiaires potentiels de la défunte, afin que la clause ne soit pas déclarée nulle pour incertitude.

1063. Le mot « amis » est trop flou pour avoir un effet légal. En l'absence de précision de la part du « *de cuius* », il est difficile de savoir qui étaient vraiment « les amis » de la défunte. Le mot est donc « conceptuellement incertain », car il y a tellement de degrés d'amitié qu'il est impossible de savoir à quel degré la défunte se référerait. En outre, les affaires *Re Gulbenkian's Settlements*<sup>1078</sup> et *McPhail v. Douulton*<sup>1079</sup> ont établi le précédent de définir avec certitude qui appartient ou n'appartient pas à la catégorie des amis. Puisque le « *de cuius* » voulait que tous ses amis aient l'opportunité d'acquérir un tableau, il est nécessaire de déterminer avec précision la totalité des membres de la catégorie de bénéficiaires potentiels.

---

[1987] Fam Law 379, 131 Sol Jo 327, [1987] LS Gaz R 1057.

<sup>1077</sup> *Barlow's Will Trusts*, Re [1979] 1 All ER 296, [1979] 1 WLR 278, 122 Sol Jo 646.

<sup>1078</sup> [1970] AC 508.

<sup>1079</sup> [1971] AC 424.

*1064.* Or, le juge Shillingford affirme que le test énoncé dans les décisions *Re Gulbenkian's Settlements* et dans l'affaire *Baden's Deed Trust*,<sup>1080</sup> n'est pas applicable à l'affaire qui nous occupe. Le test à appliquer est celui de l'affaire *Re Allen*,<sup>1081</sup> car il est le plus approprié pour des affaires dans lesquelles la condition préalable est valide dès lors qu'il est possible de vérifier si une ou plusieurs personnes sont incontestablement qualifiées en tant que bénéficiaires et cela même s'il est encore difficile de savoir si d'autres personnes peuvent ou non être qualifiées.

*1065.* S'il était nécessaire d'établir une liste complète de tous les amis de la défunte pour valider la clause, ou être capable de dire de chaque personne si elle est ou n'est pas une amie, la clause serait nulle, même pour les personnes qui sont incontestablement des amis. Certaines clauses n'ont pas besoin d'une liste complète de tous les membres bénéficiaires potentiels de la catégorie pour être valides, lorsqu'il est possible de constater que certaines personnes sont sûrement qualifiées en tant que bénéficiaires.

*1066.* Dans l'affaire *Re Allen*,<sup>1082</sup> Sir Raymond Evershed MR donne l'exemple d'une donation en trust à « X » s'il est « grand ». Un homme qui mesure 6 pieds et 6 pouces (1,96 m), remplit incontestablement la condition, même s'il n'est pas possible de dire si, un homme qui mesure 5 pieds et 10 pouces (1,75 m) satisfait ou non à la condition.

*1067.* Il n'est donc pas nécessaire de dresser une liste de tous les amis. Le précédent de l'affaire *Re Gulbenkian's Settlements*<sup>1083</sup> s'applique à des affaires dans lesquelles il est nécessaire d'établir une liste de tous les membres de la catégorie. Lorsqu'il s'agit d'une donation en trust qui nécessite l'élaboration de la liste de tous les bénéficiaires de la catégorie, par exemple, « un cadeau pour mes amis à parts égales », on ne peut pas exécuter le trust partiellement, car la quantité de chaque part attribuée à chaque ami dépend de la quantité d'amis. Toutes les personnes qui bénéficient de ce trust doivent être identifiées pour que la clause soit valide.

---

<sup>1080</sup> *Baden's Deed Trust, Re Baden v Smith* [1967] 3 All ER 159, [1967] 1 WLR 1467, 111 Sol Jo 773; affd [1969] 2 Ch 388, [1969] 3 WLR 12, 113 Sol Jo 149, CA; revsd sub nom *McPhail v Doulton* [1971] AC 424, [1970] 2 All ER 228, [1970] 2 WLR 1110, 114 Sol Jo 375.

<sup>1081</sup> *Allen, Re Faith v Allen* [1953] Ch 810, [1953] 2 All ER 898, [1953] 3 WLR 637, 97 Sol Jo 606, CA.

<sup>1082</sup> *Allen, Re, Faith v Allen* [1953] Ch 810, au paragraphe 817, [1953] 2 All ER 898, [1953] 3 WLR 637, 97 Sol Jo 606, CA.

<sup>1083</sup> [1970] AC 508, au point 524.

1068. L'affaire Baden est fondée sur le même raisonnement, même si, dans cette affaire, il était seulement nécessaire « d'examiner » la catégorie de bénéficiaires d'un pouvoir de disposition et non nécessairement d'établir une liste de tous les membres. La liste de tous les bénéficiaires n'est pas applicable à des affaires dans lesquelles il y a une condition liée à une ou plusieurs donations individuelles. Dans ces cas, l'incertitude sur le fait que d'autres personnes ont pu recevoir des biens du trust n'affecte pas la quantité de la part des bénéficiaires qui, incontestablement, sont qualifiés en tant que tels. La décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Re Tuck's Settlement Trusts*<sup>1084</sup> dispose que le test de l'affaire *Re Allen* est approprié pour ce genre de donations, malgré ce que les affaires *Re Gulbenkian's Settlements*<sup>1085</sup> et *Baden* ont énoncé.

1069. L'affaire qui nous occupe dépend donc du fait de savoir si la clause 5(a) du testament du « *de cuius* » stipule une série de donations individuelles à des personnes répondant à la description « d'amis » et dans ce cas, la clause est valide, ou s'il s'agit d'une donation qui requiert l'établissement de la totalité d'amis de la catégorie et la clause est invalide. La clause a pour but de conférer aux amis de la défunte une série d'options d'achat. Même si, en pratique, il serait souhaitable d'informer tous ceux qui sont concernés qu'ils ont une option d'achat, il n'est pas obligatoire de les informer.

1070. Toute personne qui veut exercer l'option d'achat doit prouver qu'elle était « amie » de la défunte. Il n'est pas nécessaire de savoir qui sont tous les membres de la catégorie. Pour savoir si une personne a droit, en tant que bénéficiaire, à une option d'achat, il est suffisant qu'elle prouve sa qualité d'amie aux exécuteurs testamentaires (trustees). Le mot ami est la condition pour être qualifié en tant que détenteur d'une option d'achat. La volonté du « *de cuius* » était que ses amis puissent acquérir ses tableaux. La décision accomplit donc la volonté de la défunte.

1071. Les clauses de condition sont similaires en droit civil.

---

<sup>1084</sup> [1978] Ch 49.

<sup>1085</sup> [1970] AC 508, au point 524.

b. Terme et clauses de condition en droit civil.

1072. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, le terme ou la condition sont stipulés par le constituant dans le contrat ou dans le testament, à savoir l'obtention de diplômes universitaires, le mariage, la majorité d'âge ou toute autre condition licite.<sup>1086</sup> Bien entendu, il ne peut pas être dérogé par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.<sup>1087</sup>

1073. Les droits personnels des bénéficiaires à recevoir les fruits sont temporaires et durent aussi longtemps que le fidéicomis ou la fiducie, sauf stipulation contraire du contrat ou du testament. Le fiduciaire, en tant que propriétaire, prévoit les transferts de biens en faveur des bénéficiaires en fonction des clauses et des conditions du contrat. Les transferts de propriété aux bénéficiaires peuvent être subordonnés à une modalité de condition ou de terme.

1074. Les bénéficiaires ont donc un droit de caractère personnel à ce que la propriété des biens, objet de la fiducie ou du fidéicomis, leur soit transmise, une fois la condition réalisée ou le terme échu. Le terme peut être à échéance certaine ou incertaine.<sup>1088</sup> Le fidéicomis qui dépend d'une condition suspensive n'a pas d'existence si la condition ne se réalise pas dans le terme stipulé dans l'acte de constitution.<sup>1089</sup> Les différentes modalités peuvent fonctionner de façon coordonnée. Par exemple : « le bien sera donné à Pedro, si dans un délai de 5 ans, il obtient son diplôme d'avocat ; sinon, il sera donné à Juan. »<sup>1090</sup>

1075. La propriété fiduciaire temporaire du fidéicomis ou de la fiducie est subordonnée à la réalisation d'une condition résolutoire ou à l'arrivée du terme. Etant donné que le fiduciaire est l'unique propriétaire, l'arrivée de l'évènement résolutoire met fin à sa qualité de propriétaire fiduciaire et il doit transmettre les biens aux bénéficiaires.

---

<sup>1086</sup> E. P. GUASTAVINO, *La propiedad participada y sus fideicomisos*, La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 67.

<sup>1087</sup> Article 6 du Code Civil français, créé par Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803.

<sup>1088</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1200, pied de page n° 2, p. 1189.

<sup>1089</sup> Article 1426 du Code de Commerce bolivien et 499 du Code Civil.

<sup>1090</sup> M. A. CARREGAL, *op. cit.*, p. 106.

1076. La condition peut être casuelle et extérieure à la volonté. Elle dépend du hasard et elle n'est pas au pouvoir du bénéficiaire, du fiduciaire ou du constituant. Autrement, la condition potestative peut dépendre exclusivement de la volonté du bénéficiaire ou être une condition mixte, qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties et de la volonté d'un tiers.<sup>1091</sup> Bien entendu, l'obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige.<sup>1092</sup>

1077. Les conditions impossibles, immorales ou illicites sont nulles. Si l'acte dans lequel la condition est insérée est à titre onéreux, la totalité de l'acte est considéré comme nul.<sup>1093</sup> A l'inverse, s'il s'agit d'un acte à titre gratuit, d'une donation au fidéicommiss ou d'un fidéicommiss testamentaire, l'acte reste valable et c'est la conduite illicite, impossible ou immorale qui est réputée non écrite.<sup>1094</sup>

1078. Si le créancier meurt avant l'accomplissement de la condition, la créance éventuelle passe à ses héritiers. Lorsque la succession du constituant est ouverte, et lorsque le bénéficiaire reçoit un fidéicommiss à terme, il reçoit un droit certain, car il est évident que le temps va s'écouler. Puisque ce droit est certain, il peut être transmis aux héritiers du bénéficiaire. A titre d'exemple, dans un fidéicommiss constitué par testament, où Juan reçoit la propriété fiduciaire qu'il devra remettre à Pedro après 5 ans, si ce dernier décède avant les 5 ans, son droit se transmet à ses héritiers. La situation est différente lorsqu'il s'agit d'un fidéicommiss soumis à condition ; avant que la condition se réalise, elle ne peut pas être transmise aux héritiers. Ces derniers ne reçoivent rien si le bénéficiaire décède avant la réalisation de la condition.<sup>1095</sup>

1079. Le contrat de fiducie détermine la durée du transfert.<sup>1096</sup> La loi ne prévoit pas expressément que l'obligation fiduciaire puisse être conditionnelle. Le contrat de fiducie prend fin par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi

---

<sup>1091</sup> Article 1171 du Code Civil français, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

<sup>1092</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1223, p. 1207-1209.

<sup>1093</sup> Article 1172 du Code Civil français, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

<sup>1094</sup> Par analogie à l'article 900 du Code Civil français, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1095</sup> G. MEDINA, *ibid.*, p. 6 à 8.

<sup>1096</sup> Article 2018 alinéa 2° du Code Civil français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

quand celle-ci a lieu avant le terme. L'article 2029 du Code Civil français<sup>1097</sup> ne prévoit pas la condition comme modalité d'existence de l'obligation fiduciaire. Elle pourrait être ajoutée à cet article.<sup>1098</sup> Cette absence n'empêche pas d'appliquer au contrat de fiducie les dispositions du droit commun des contrats.

*1080.* Il convient d'étudier la technique juridique anglo-américaine des pouvoirs de trust et des pouvoirs fiduciaires.

## **II. Pouvoirs de trust, fiduciaires et simples**

*1081.* David Hayton<sup>1099</sup> explique que le constituant peut nommer directement une personne de son choix en tant que bénéficiaire ou disposer que la personne est en situation d'être bénéficiaire<sup>1100</sup> lorsque les trustees décident qu'elle se situe dans une des quatre catégories suivantes :

1. Un bénéficiaire avec un titre fixe (*fixed entitlement*), par exemple en trust pour « A » à vie, ensuite pour « B » de façon absolue. « A » doit recevoir les revenus et à sa mort, « B » doit recevoir le capital.
2. Un bénéficiaire avec un titre discrétionnaire (*discretionary entitlement*), par exemple en trust pour ceux de mes enfants et de mes petits-enfants que mes trustees choisiront à leur discrétion. Les trustees distribuent à un ou plusieurs d'entre eux des revenus ou le capital. Ils ont le pouvoir, à leur seule discrétion, de décider si un bénéficiaire reçoit ou non la quantité qu'ils estiment adéquate.
3. Un bénéficiaire d'un pouvoir fiduciaire de disposition (*fiduciary power of appointment*), lorsque dans un trust simple ou discrétionnaire, comme celui décrit ci-dessus, les trustees « doivent, s'ils le souhaitent », faire bénéficier un ou plusieurs autres personnes, sinon, le trust doit impérativement bénéficier à « A » et « B » ou aux enfants ou aux petits enfants.
4. Un bénéficiaire d'un pouvoir de disposition personnel non-fiduciaire (*non-fiduciary personal power of appointment*) dans lequel le constituant, sa veuve ou un protecteur et quelquefois les trustees, ont le pouvoir d'ajouter n'importe

---

<sup>1097</sup> Modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1098</sup> Voir dans la conclusion de cette thèse la proposition de rédaction de l'article 2029 du projet de loi sur la fiducie, infra p. 585.

<sup>1099</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 43-44.

quelle autre personne à la catégorie de bénéficiaires.<sup>1101</sup> Ils peuvent aussi avoir un pouvoir direct de distribution du capital et des revenus à n'importe qui. Il est expressément ou implicitement stipulé que le détenteur de ce pouvoir n'est pas obligé de l'exercer et qu'il s'engage simplement à ne pas l'exercer de façon frauduleuse.<sup>1102</sup> Si le pouvoir n'est pas exercé, il est exclusivement en faveur des bénéficiaires titulaires investis des droits sur les biens du trust. Le bénéficiaire d'un tel pouvoir personnel n'a que le droit de retenir tous les biens qui lui ont été donnés lors de son exercice.

1082. Les bénéficiaires ont un intérêt en possession (*interest in possession*), dans un trust du modèle anglo-américain de propriété, lorsqu'ils sont titulaires permanents (*fixed entitlement*) d'une partie déterminée des revenus nets du trust, s'il y en a,<sup>1103</sup> après déduction des sommes payées par les trustees dans l'exercice de leurs pouvoirs de gestion.<sup>1104</sup> Un trust à revenus fixes est créé lorsque la propriété est transférée en trust pour « B » à vie, ou si « B » atteint l'âge de 30 ans lorsqu'il est déjà majeur.<sup>1105</sup>

1083. Par contre, il ne va pas y avoir d'intérêt en possession dans un trust si les trustees ont des pouvoirs de distribution qui leur donnent la discrétion de distribuer les revenus à quelqu'un d'autre ou s'ils ont un pouvoir de cumul des revenus qui passeront, par la suite, à une autre personne désignée, même si « B » subsidiairement a le droit de recevoir à vie les revenus qui n'ont pas été disposés autrement.<sup>1106</sup>

1084. En application des pouvoirs discrétionnaires, le droit anglais donne la possibilité au constituant de créer un trust de protection des bénéficiaires prodigues ; il ne reconnaît au bénéficiaire qu'un droit viager résolutoire lors de la survenance d'un événement tel que la faillite, une tentative de vente des biens ou si les bénéficiaires

<sup>1100</sup> HANBURY and MARTIN, *loc. cit.*, p. 62-67, 171-189; LEWIN ON TRUSTS, *op. cit.*, p. 981-1114; PARKER AND MELLOWS, *loc. cit.*, p. 32-34; R. PEARCE AND J. STEVENS, *op. cit.*, p. 418-445; P. H. PETTIT, *loc. cit.*, p. 30-37; G. THOMAS & A. HUDSON, *loc. cit.*, p. 28-29; UNDERHILL AND HYTON, *loc. cit.*, p. 35-40.

<sup>1101</sup> Bien entendu, sauf eux-mêmes, leurs épouses, ou une personne morale dont ils ont le contrôle.

<sup>1102</sup> C'est-à-dire, en dehors des conditions normales d'exercice d'un tel pouvoir, par exemple en disposant des biens en attendant une contrepartie, un pot de vin, etc.

<sup>1103</sup> Car il peut s'agir d'un trust constitué avec des biens qui ne produisent pas des revenus, tels qu'une police d'assurance vie.

<sup>1104</sup> D. J. HAYTON, *ibid.*, p. 51-52.

<sup>1105</sup> Si « B » est encore mineur, la section 31 du Trustee Act interdit « B » d'avoir des revenus jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de la majorité ou l'émancipation.

<sup>1106</sup> Pearson v IRC [1981] A. C. 753.

profitent à d'autres personnes, pour éviter que les biens du patrimoine du trust ne soient perdus.<sup>1107</sup> L'acte du trust contient fréquemment la clause suivante : « Le bénéficiaire jouit de ses droits viagers jusqu'à tout acte ou événement par lequel les revenus seraient attribués à toute autre personne. »

*1085.* Une fois le « terme résolutoire »<sup>1108</sup> atteint, les droits du bénéficiaire sont soustraits à ses créanciers. L'acte de trust prévoit qu'ils seront attribués à une autre personne car le trust est transformé en trust discrétionnaire au profit le plus souvent du bénéficiaire, de son conjoint, de ses enfants et d'autres descendants ou, à défaut, du bénéficiaire et de la personne qui lui succéderait en cette qualité s'il décédait. Le trust de protection ne produit pas ses effets si le bénéficiaire principal est soumis à une condition de déchéance de sa qualité de bénéficiaire et non à un terme résolutoire de son intérêt viager.

*1086.* Il est possible de prévoir que le trust discrétionnaire prenne fin et devienne à nouveau un trust de protection quand l'événement qui a entraîné sa création a disparu. De cette façon, le bénéficiaire du trust de protection jouit des mêmes avantages que le bénéficiaire viager d'un trust ordinaire jusqu'à la période critique. Ensuite, par le biais du trust discrétionnaire, il peut profiter du trust de façon indirecte selon ce que le trustee distribue à son conjoint, à ses enfants ou à ses proches. S'il revient à meilleure fortune, il peut être à nouveau bénéficiaire d'un trust simple.

*1087.* Les trustees ont des pouvoirs discrétionnaires (A) que la loi et la pratique appliquent aux trusts de protection (B).

#### ***A. Pouvoirs discrétionnaires des trustees***

*1088.* La jurisprudence anglaise<sup>1109</sup> distingue deux sortes de pouvoirs discrétionnaires donnés aux trustees, à savoir les pouvoirs que les trustees sont obligés d'exercer, appelés « des pouvoirs de trust » (*trust powers*) et les pouvoirs, appelés des « pouvoirs simples » (*mere powers*), que les trustees sont susceptibles

---

<sup>1107</sup> Section 33 du Trustee Act de 1925.

<sup>1108</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *op. cit.*, p. 162-163.

<sup>1109</sup> *Beadner v Granville-Grossman* [2001] Ch 523, propos exprimés par le juge Park J, paragraphe 540, point 50.

d'exercer mais n'ont aucune obligation d'exercer. Cette distinction s'applique notamment aux pouvoirs de distribution des revenus.<sup>1110</sup> Lorsqu'il s'agit des « pouvoirs de trust », les trustees sont obligés de distribuer les revenus et ils ont le pouvoir discrétionnaire de déterminer la quantité attribuée à chaque bénéficiaire.

*1089.* Dans le cas des « pouvoirs simples », les trustees ont deux pouvoirs discrétionnaires. Le premier leur permet de distribuer ou non les revenus, et le deuxième, lorsqu'ils décident d'exercer le premier pouvoir discrétionnaire, leur permet de fixer les quantités attribuées à chaque bénéficiaire. En cas des « pouvoirs simples » et si les trustees n'exercent pas leurs pouvoirs discrétionnaires de distribution, un trust par défaut est constitué. Dans ce trust non-exprès, les revenus non distribués sont accumulés, ou payés lorsqu'un bénéficiaire est effectivement investi d'un intérêt conditionné à l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de distribution des trustees.

*1090.* La différence entre les deux pouvoirs devient nécessaire lorsque les trustees n'exercent pas leurs pouvoirs discrétionnaires de distribution des revenus dans un délai raisonnable (a.) ; elle délimite aussi l'étendue de l'exercice de ces pouvoirs par les trustees (b.).

*a. Règle du délai raisonnable d'exercice des pouvoirs*

*1091.* Lorsqu'il s'agit d'un « pouvoir de trust » de distribution, les trustees sont obligés d'exercer les pouvoirs dans un délai raisonnable. Cependant, les pouvoirs discrétionnaires restent valables, s'ils ne les exercent pas. Dans ce cadre, si les trustees veulent les exercer, même un peu en retard, la Cour les autorise à exercer.<sup>1111</sup> Alternativement, la Cour peut exercer elle-même ces pouvoirs de distribution. En revanche, si les pouvoirs discrétionnaires de distribution des revenus sont des « pouvoirs simples » et si les trustees ne les exercent pas dans un délai raisonnable, à partir de la réception de ces revenus spécifiques, les pouvoirs simples de distribution

---

<sup>1110</sup> Re *Gulbenkian's Settlement Trusts* [1970] AC 508 à 525 ; Re *Locker's Settlement Trusts* [1977] 1 WLR 1323 concernant un « pouvoir de trust » et Re *Allen-Meyrick's Will Trusts* [1966] 1 WLR 499 sur « des pouvoirs simples ».

<sup>1111</sup> Re *Locker's Settlement Trusts*.

ne sont plus valides vis-à-vis de ces revenus et un trust par défaut est aussitôt constitué.<sup>1112</sup>

1092. Avec un pouvoir de trust discrétionnaire de distribution des revenus, la distribution dans un délai raisonnable est obligatoire ; la discrétion des trustees est limitée au choix de ceux qui recevront les revenus du trust et des parts octroyées à chacun. Lorsqu'il y a une catégorie réduite de bénéficiaires, tous avec des intérêts certains mais soumis à des « pouvoirs de trust discrétionnaires », le titre collectif leur donne un pouvoir limité de disposition des revenus.<sup>1113</sup> La possibilité d'une telle disposition collective est rare : le bénéficiaire d'un pouvoir de trust discrétionnaire n'a pas plus d'intérêt transmissible qu'un bénéficiaire d'un pouvoir simple.<sup>1114</sup>

1093. Les intérêts ou les droits individuels des deux sortes de pouvoirs sont non-assignables : ils ne peuvent pas être réattribués. Aucune des deux sortes de bénéficiaires n'a le pouvoir de bloquer un accord familial ou toute autre transaction similaire proposée dans le cadre de la règle *Saunders v. Vautier*<sup>1115</sup> sauf si, dans le pouvoir, les trustees sont autorisés expressément à permettre la sortie des bénéficiaires par la cessation du trust.

1094. Les deux sortes de bénéficiaires ont le droit d'être entendus par les trustees. Néanmoins, si le pouvoir discrétionnaire est exercé en faveur d'une large catégorie de bénéficiaires potentiels, les trustees n'ont pas besoin de surveiller « *de la Chine jusqu'au Pérou* » ;<sup>1116</sup> les candidats principaux peuvent bénéficier de l'exercice du pouvoir discrétionnaire si les trustees sont capables de les déterminer avec certitude.

#### b. Étendue de l'exercice des pouvoirs par les trustees

1095. Les devoirs des trustees d'un « pouvoir de trust discrétionnaire » sont plus rigoureux et contraignants que les devoirs des trustees qui ont de simples « pouvoirs

---

<sup>1112</sup> Re Allen-Meyrick's Will Trusts.

<sup>1113</sup> Schmidt v Rosewood Trust Ltd [2003] UKPC 26, [2003] 2 AC 709. Le « *Privy Council* » confirme l'analyse du juge Park J., point 40.

<sup>1114</sup> Re Smith, Public Trustee v Aspinall [1928] Ch 915, note à la page 920 ; Re Nelson, ex parte Dare and Dolphin [1918] 1 KB 459.

<sup>1115</sup> (1841) 4 Beav 115.

<sup>1116</sup> L'expression est utilisée par Harman J. citant Dr. Johnson dans l'affaire Re Gestetner Settlements [1953] Ch 672, 688-689.

de disposition ». <sup>1117</sup> Rien n'invalide un pouvoir de disposition donné à une personne qui n'est pas le trustee, qui ne se trouve pas dans une position fiduciaire. Ce pouvoir peut être général et le grand nombre de personnes qui sont des bénéficiaires potentiels ne l'invalide pas.

*1096.* La difficulté survient lorsque le pouvoir est donné aux trustees en tant que tels, car le nombre de bénéficiaires peut interférer avec les devoirs fiduciaires des trustees et leur contrôle par la Cour. Lorsqu'il s'agit d'un pouvoir de trust, les trustees ont l'obligation de l'exécuter. S'ils ne le font pas, la Cour ordonne son exécution. En revanche, les trustees ne sont pas obligés d'exercer un pouvoir simple et la Cour ne les obligera pas. Ils doivent juste « considérer », de temps en temps, son exercice, et la Cour peut leur rappeler. Lorsque les trustees exercent le pouvoir, ils doivent se limiter, comme dans les cas de tous les pouvoirs de trust ou simples, à ce qu'ils ont été autorisés.

*1097.* Les personnes qui ne sont pas fiduciaires exercent le pouvoir librement, dégagées de tout devoir fiduciaire, tandis que les trustees investis de pouvoirs simples sont obligés par leurs devoirs en tant que trustees et doivent exercer le pouvoir d'une manière responsable. Les trustees doivent surveiller la catégorie de bénéficiaires possibles, tracer la zone de sélection et analyser, au cas par cas, si un candidat potentiel peut bénéficier du pouvoir, en relation avec d'autres candidats possibles et si une distribution particulière est appropriée. <sup>1118</sup> Ils ne doivent pas se contenter d'exercer le pouvoir en faveur des bénéficiaires qui l'ont réclamé ou qui ont appelé leur attention. Ils doivent, avant tout, considérer quelles personnes ou catégories de personnes sont susceptibles de bénéficier du pouvoir, selon ce qui est stipulé dans l'acte de constitution.

*1098.* Il n'est pas besoin de dresser une liste complète de tous les bénéficiaires, ni d'évaluer précisément le nombre exact des bénéficiaires. <sup>1119</sup> Il est plus important d'apprécier l'étendue de la catégorie pour savoir si la sélection doit se faire entre une douzaine de candidats, des milliers ou des millions. Une fois que le trustee a bien

---

<sup>1117</sup> Re Baden (No 1) point 457, par Lord Wilberforce.

<sup>1118</sup> Voir Re Baden (No 1) [1971] AC 424 points 449, 457 par Lord Wilberforce; Vestey v IRC (No 2) [1979] Ch 198 points 205-206, par Walton J; Turner v Turner [1984] Ch 100.

<sup>1119</sup> Re Baden (No 2) [1973] Ch 9.

mesuré l'ampleur de sa tâche, il peut considérer au cas par cas si, en relation avec d'autres candidats possibles, une distribution est appropriée. Il n'est pas nécessaire que le trustee évalue si, parmi les candidats, « A » est plus méritant que « B ». <sup>1120</sup> Les trustees ont donc des obligations fiduciaires même dans l'exercice des pouvoirs simples. <sup>1121</sup>

*1099.* Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, les fidécimmis ou les fiducies peuvent être simples ou discrétionnaires. Ils sont discrétionnaires dans la mesure où le fiduciaire a l'obligation expresse dans le contrat ou le testament de décider des montants et du moment des distributions parmi les bénéficiaires désignés. Ils sont constitués en faveur des sujets indéterminés, mais déterminables, tels que « tous les actionnaires d'une société présents et futurs », ou des bourses pour les meilleurs élèves d'une université, ou le financement d'une œuvre de recherche scientifique sur un sujet spécifique, <sup>1122</sup> la fiducie devant respecter l'interdiction de l'article 2013 du Code Civil français. <sup>1123</sup>

*1100.* Le trust anglo-américain de protection de bénéficiaires prodigues a, dans son fonctionnement, des pouvoirs discrétionnaires.

### ***B. Application des pouvoirs discrétionnaires aux trusts de protection***

*1101.* Les trusts de protection sont conçus pour protéger un bénéficiaire prodigue contre les effets de son propre malheur et celui de sa famille, à cause de sa prodigalité. Il constitue un compromis entre le désir, d'une part, de respecter les droits des créanciers en permettant que la propriété reste disponible pour honorer les obligations et l'aspiration, d'autre part, de permettre à un foyer d'avoir les biens et revenus nécessaires à sa vie quotidienne en cas de ruine du chef de famille. <sup>1124</sup> Dans ce cadre, les trusts de protection montrent jusqu'à quel point, en droit anglais, la propriété peut être refusée aux créanciers.

---

<sup>1120</sup> Voir *Re Gestetner Settlement* [1953] Ch 672, 688, confirmé dans l'affaire *Re Baden (No 1)* [1971] AC 424, 453.

<sup>1121</sup> *Re Hay's Settlement Trusts*, [1982] 1 WLR 202, [1982] Conv 432 (A. Grubb).

<sup>1122</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *op. cit.*, p. 84.

<sup>1123</sup> Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1124</sup> HANBURY and MARTIN, *loc. cit.*, p. 191-200; LEWIN ON TRUSTS, *op. cit.*, p. 186-189; PARKER AND MELLOWS, *op. cit.*, p. 264-270; R. PEARCE AND J. STEVENS, *loc. cit.*, p. 138-140; P. H. PETTIT, *op. cit.*, p. 79-81; G. THOMAS & A. HUDSON, *op. cit.*, p. 253-264; UNDERHILL AND HYTON, *loc. cit.*, p. 267-911.

1102. Les revenus ou le capital des bénéficiaires d'un trust sont normalement cessibles aux créanciers pour le paiement de leurs dettes. Néanmoins, un constituant qui crée un trust a tout de même l'intention de faire profiter les bénéficiaires et non de donner son argent aux créanciers. Un trust de protection prive les créanciers du bénéficiaire de recourir au patrimoine du trust. Le constituant inquiet pourrait aussi vouloir échapper à ses créanciers, en créant un trust de protection avec sa propriété.<sup>1125</sup>

1103. Plusieurs juridictions des Etats Unis permettent qu'un intérêt équitable provenant d'un trust soit inaliénable.<sup>1126</sup> Ces trusts sont appelés « trusts pour la protection des dépensiers » (*spendthrift trusts*) ou trusts de protection de patrimoine (*asset protection trusts*). Les trusts américains avec des « clauses d'inaliénabilité »<sup>1127</sup> ont pour but l'incessibilité des biens et des revenus du bénéficiaire provenant du trust.

1104. Les trusts de protection répondent au désir des propriétaires anglo-américains de protéger leurs successeurs des conséquences de la non prévoyance, surtout quand ces derniers n'ont pas d'expérience dans l'administration du patrimoine. Leur idée est liée au désir de conserver les grands patrimoines accumulés pendant plusieurs générations. C'est l'esprit même de l'institution du trust du modèle anglo-américain de propriété. Cependant, ce principe va à l'encontre d'un autre principe du droit des obligations et des biens, à savoir que la propriété doit être disponible pour honorer les obligations de son propriétaire.

1105. Le droit américain essaie d'établir un équilibre entre la liberté, presque sacrée, du propriétaire et l'intérêt du crédit et de la société civile : éternel débat que l'on retrouve de part et d'autre de l'Atlantique.<sup>1128</sup> Ainsi, qu'il s'agisse du bénéficiaire débiteur ou du créancier, les hésitations du droit américain se font tout autant

---

<sup>1125</sup> E. H. BURN et G. J. VIRGO, *Maudsley and Burn's Trust and Trustees cases and materials*, 6e éd., Butterworths Lexis Nexis, 2002, p. 164.

<sup>1126</sup> M. GORE, « Les créanciers et le trust : l'exemple américain » in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert - Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 139.

<sup>1127</sup> Jean Paul Béraudo les appelle « clauses de prodigalité ». J. P. BERAUDO et J.M. TIRARD, *op. cit.*, n° 296 et suiv.

<sup>1128</sup> Fidèle aux valeurs d'équilibre de la tradition civiliste, le droit français privilégie les solutions respectueuses des intérêts du créancier et du constituant de la sûreté, conciliant à cet effet des considérations à la fois économiques et sociales qui ne sont pas toujours en conflit. Ph. DUPICHOT, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », article issu de conférences dispensées dans le cadre des Chaires de droit continental créées par la Fondation pour le droit continental au

ressentir.<sup>1129</sup> Le résultat est un compromis que les systèmes juridiques ont su trouver de manières différentes.

1106. Il convient d'examiner la structure du trust de protection anglais (a.) et d'approfondir ensuite les trusts de protection de patrimoine aux Etats-Unis et leurs dérivés aux Iles Cook (b).

a. Structure des trusts de protection anglais

1107. Le trust de protection est fondé sur un intérêt à vie résolutoire (*determinable life interest*). Il n'est pas une donation en trust avec une clause conditionnelle de déchéance et doit être distingué de celle-ci.<sup>1130</sup> La résolution de l'intérêt à vie se produit à la réalisation d'un événement particulier, à savoir toute situation dans laquelle la totalité ou une partie des revenus du trust devient payable à toute personne autre que le bénéficiaire principal.<sup>1131</sup> Néanmoins, le constituant ne peut pas créer un intérêt en sa faveur qui aurait comme événement résolutoire sa propre faillite.<sup>1132</sup> Il peut établir l'évènement résolutoire de l'intérêt équitable sur toute cause autre que la faillite.<sup>1133</sup> Le principe général est que « la loi ne valide pas un trust ou document de constitution du trust qui serait constitué en infraction des droits des créanciers ».<sup>1134</sup>

1108. Lorsque l'évènement qui met fin à l'intérêt équitable se réalise, le bénéficiaire n'est plus titulaire de son intérêt à vie. Ses créanciers ou les trustees du trust de redressement judiciaire ne peuvent pas le saisir. A la résolution de l'intérêt équitable viager, un autre trust est aussitôt constitué. Les trusts de protection énoncés dans la section 33 du « Trustee Act de 1925 » sont discrétionnaires ; le bénéficiaire originaire de l'intérêt à vie est membre de la catégorie de bénéficiaires.

---

sein de l'Ecole de droit de Keio (Tokyo) et de l'Université Diego Portales (Santiago du Chili). Fonds documentaire de la Fondation pour le Droit Continental. Août 2010. <http://www.fondation-droitcontinental.org/>

<sup>1129</sup> M. GORE, *ibid.*, p.139.

<sup>1130</sup> Brandon v Robinson (1811) 18 Ves 429 ; Rochford v Hackman (1852) 9 Hare 475 ; Re Scientific Investment Pension Plan Trusts [1999] Ch 53.

<sup>1131</sup> E.H. BURN, G. J VIRGO, *Maudsley and Burn's Trusts and Trustees Cases and materials*, 7e éd., *op. cit.*, p. 60-61.

<sup>1132</sup> Re Burroughs-Fowler [1916] 2 Ch 251.

<sup>1133</sup> Re Detmold (1889) 40 Ch D 585.

<sup>1134</sup> Trustee Act 1925, s. 33 (3).

1109. Le constituant qui rédige les termes de son trust de protection peut profiter de la section 33 du « Trustee Act » et déclarer simplement que la propriété est « détenue dans un trust de protection ». Pour bénéficier de cette protection et utiliser cette structure, il suffit que le constituant incorpore la section 33 du Trustee Act dans l'instrument de constitution. Il est également valable si le document contient une référence expresse à ce texte et déclare que la propriété va être transférée dans un « trust de protection » ou au moins si la rédaction montre clairement cette intention.

1110. Le juge peut déduire l'intention de constitution d'un trust de protection dans la rédaction du document de constitution. Par exemple, la formule « dans un trust de protection au bénéfice de ma sœur » a été validée par le juge.<sup>1135</sup> De même, la formule « pour la protection d'un bénéfice viager » (*for protective life interest*) a été acceptée par le magistrat.<sup>1136</sup>

1111. Les Cours doivent souvent décider si un événement déterminé met fin à l'intérêt équitable viager. Le résultat dépend du langage utilisé dans la rédaction de la clause résolutoire qui peut être différent de la rédaction proposée dans la section 33 du « Trustee Act » de 1925.<sup>1137</sup> A. J. Oakley explique que « *la distinction entre un bénéfice soumis à une clause conditionnelle et un bénéfice dépendant d'une clause résolutoire est fondamentale, logique mais un peu démodée* ». <sup>1138</sup> Les praticiens ne doivent pas se tromper en créant des bénéfices soumis à une condition de déchéance de la qualité de bénéficiaire par accident, car ils contrarieraient la volonté du constituant.<sup>1139</sup>

1112. George W. Keeton affirme que « *la différence entre une rédaction qui est acceptée par le juge et une autre qui sera rejetée est formelle et non substantielle.* » <sup>1140</sup> Ainsi, la clause est nulle si le constituant accorde des bénéfices viagers au bénéficiaire principal à « la condition » que les revenus passeront vers un autre en cas d'aliénation. En revanche, lorsque l'engagement est valable en faveur du bénéficiaire « jusqu'à ce qu'il l'aliène ou le cède » et lorsque l'aliénation devient

---

<sup>1135</sup> Re Wittke 1944 Ch 166

<sup>1136</sup> Re Platt 1950 CLY 4386

<sup>1137</sup> E. H. BURN, G. J. VIRGO, *ibid.*, p. 62.

<sup>1138</sup> PARKER AND MELLOWS, *The Modern Law of Trusts*, 6e éd., (by A. J. Oakley), Sweet & Maxwell, 1994, p. 183.

<sup>1139</sup> Re Dugdale de 1888 No. 38 Ch. D. 176, 181.

<sup>1140</sup> G. W. KEETON, "Modern developments in the law of trusts", *Northern Ireland Legal Quarterly*, Belfast, 1971, p 190-191.

effective, la loi reconnaît que l'intérêt du bénéficiaire a atteint sa résolution naturelle ; il n'y a plus de revenus du trust que les créanciers puissent saisir. Les revenus restent ainsi dans un trust discrétionnaire à la disposition des trustees.<sup>1141</sup>

*1113.* Au delà des subtilités de la rédaction, la différence entre le terme résolutoire qui met fin à un intérêt à vie, qui est valide et la condition de déchéance qui met fin à l'intérêt équitable, qui n'est pas acceptée, reste difficile à saisir. S'il agit d'un terme, il est à échéance incertaine ; si c'est une condition, l'évènement est incertain. L'évènement résolutoire est l'acte d'aliénation par le bénéficiaire des biens qu'il reçoit du trust. Puisqu'il s'agit d'un terme résolutoire, l'aliénation par le bénéficiaire va se produire sûrement mais à échéance incertaine. Si l'aliénation est une mésaventure éventuelle et incertaine, qui semble pourtant l'être, l'intérêt viager ne peut pas être assujéti à cette condition de déchéance.

*1114.* Depuis le XIXème siècle et la décision de l'affaire « Brandon v. Robinson »,<sup>1142</sup> il y a eu de nombreuses tentatives pour placer les revenus des bénéficiaires en dehors de la portée des créanciers ; quelques-unes se rapprochent des clauses d'inaliénabilité des trusts américains.

*b. Trusts de protection américains et leurs dérivés aux Iles Cook*

*1115.* Le point de départ de la jurisprudence américaine au développement des trusts avec des clauses d'inaliénabilité (*Spendthrift Trust*) est l'affaire Nichols v. Eaton.<sup>1143</sup> Dans cette affaire, il s'agit d'une structure conforme au trust de protection anglais. Le droit aux bénéfices pour le bénéficiaire principal devenait sans effet s'il aliénait ou cédait ses revenus provenant du trust ou « s'il tombait dans l'insolvabilité ». Lorsqu'un de ces deux événements advenait, un trust discrétionnaire se créait aussitôt.

*1116.* La Cour des Etats-Unis détermina, suivant les décisions anglaises, que les créanciers du bénéficiaire ne pouvaient pas saisir les avoirs du trust. La Cour souligna

---

<sup>1141</sup> M. RAMJOHN, *Cases and materials on trusts*, 3e éd., Cavendish, London, 2004, p. 145.

<sup>1142</sup> Brandon v. Robinson (1811) 18 Ves. 429.

<sup>1143</sup> Nichols v. Eaton 91 U. S. 716 (1875)

que ce trust n'était pas contraire à l'ordre public. Soixante ans plus tard, en 1938, dans l'affaire *E.g. Erie Rr. v. Tompkins*,<sup>1144</sup> la Cour opère un revirement de jurisprudence et se demande si le trust, dans l'affaire *Nichols v. Eaton*, n'était pas contraire à la loi et la décision inconstitutionnelle. Après de longs débats doctrinaux, l'arrêt a été la base du développement, dans chaque Etat, des trusts avec des clauses d'inaliénabilité.

*1117.* Les Cours américaines confondaient, à la fin du XVIIIème siècle, les trusts discrétionnaires avec les clauses d'inaliénabilité. Cette confusion avait pour origine l'adaptation de la structure des trusts de protection anglais à leurs propres juridictions. Par exemple, en Iowa, dans l'Illinois ou dans l'Indiana, les Cours ont qualifié de « trusts avec des clauses d'inaliénabilité » (*spendthrift trusts*) des trusts discrétionnaires, dans lesquels les trustees avaient la faculté de distribuer les revenus viagers parmi les bénéficiaires.

*1118.* En Caroline du Nord, le législateur laissa la décision au juge. Les Cours de cet Etat ont refusé les clauses d'inaliénabilité et reconnu la validité du trust de protection anglais. Cet Etat a utilisé ainsi le trust de protection anglais pendant plusieurs années. De même, en Pennsylvanie, jusqu'à la moitié du XIXème siècle, les Cours n'avaient pas le droit de valider des actions en « *Equity* » et les créanciers étaient incapables de saisir les bénéfices d'un débiteur provenant d'un trust. Les clauses d'inaliénabilité étaient tacitement acceptées et quand les Cours ont finalement pu s'occuper des questions d'*Equity*, elles ont légalisé une situation déjà existante. Les premières décisions pennsylvaniennes ont été suivies par d'autres juridictions.

*1119.* Au Kentucky, un débiteur était le bénéficiaire d'un trust et il recevait un revenu alimentaire de 25 dollars par mois.<sup>1145</sup> En raison de son absence, plusieurs mois de revenus avaient été accumulés. Le créancier voulait saisir la totalité de la somme retenue et les revenus futurs. La Cour décida de la saisissabilité du capital retenu mais non pas des revenus futurs. Treize ans plus tard, une autre Cour du Kentucky détermina la saisissabilité non seulement du capital et des revenus accumulés, mais aussi du capital et des revenus futurs d'un bénéficiaire qui avait droit au capital et à des revenus alimentaires provenant d'un trust avec des clauses

---

<sup>1144</sup> *E.g. Erie Rr. v. Tompkins* 304 U. S. 64 (1938)

d'inaliénabilité.<sup>1146</sup> La Cour expliqua sa décision en montrant que dans la première affaire, le bénéficiaire avait seulement les revenus du trust, tandis que, dans la deuxième affaire, le trustee avait le pouvoir discrétionnaire d'utiliser non seulement le revenu mais aussi le capital du trust. Quelques années plus tard, le législateur du Kentucky préférera la dernière décision et protégera les créanciers contre les clauses d'inaliénabilité.

1120. Un trust dans lequel le droit du bénéficiaire est interdit de cession ou d'aliénation, doit être expressément appelé « trust avec des clauses d'inaliénabilité » (*Spendthrift Trust*). La majorité des Etats Américains admet la validité de principe de ce trust,<sup>1147</sup> sans limitation de montant et sans distinction entre les revenus ou le capital.<sup>1148</sup> Néanmoins, une personne ne peut pas créer un trust avec des clauses d'inaliénabilité ou d'autres intérêts inaliénables, pour son propre bénéfice (*self-settled trusts*).<sup>1149</sup> Le trust est valable mais la clause d'inaliénabilité ne l'est pas, tant à l'égard de ses créanciers actuels que futurs.<sup>1150</sup> Dans ce cas, les bénéfices que reçoit le constituant en tant que bénéficiaire sont sujets aux demandes de ses créanciers.

1121. Les abus, dans quelques Etats américains et dans les paradis fiscaux tels que les Iles Cook, sont évidents. L'Alaska a été un des premiers Etats en Amérique à proposer une loi sur les trusts de protection du patrimoine (*Asset Protection Trusts*)<sup>1151</sup> et sur les trusts perpétuels (*Dynasty trusts*). Le but était de créer une offre concurrente dans le marché Nord-américain à celle des trusts « *off-shore* » des paradis fiscaux.

1122. La loi sur les trusts de l'Alaska permet la rétention de l'intérêt d'un bénéficiaire dans des trusts discrétionnaires, irrévocables et perpétuels (*The Alaska Trust*). Un constituant peut créer un trust dont il est bénéficiaire et dont les bénéfices

<sup>1145</sup> Pope's Executors v. Elliott & Co., 8 B. Mon. 56 (Ky. 1847).

<sup>1146</sup> Samuel v. Salter, 3 Met. 259 (Ky. 1860).

<sup>1147</sup> Bank of the West v. Michael Lewschin, No. B174128. Cour d'Appel de la Californie. Dist.2 09/10/2004. – In re State of Somers, No. 90,005, Kansas. 05/14/2003. – Cheryl Faulkner v. Sharon Tanner Evans Bost, No. 12-03-00228-CV. Cour d'appel de Texas 04/14/2004. - Arellano vs. Bisson, 847 So. 2d 998. Cour d'Appel de Florida Distrite 3 04/02/2003 – United Presbyterian House at Syosset, Inc, v. Lincks, 2003. NY. 0011791 (N.Y. Sup. 02/11/2003).

<sup>1148</sup> M. GORE, *ibid.*, p.140.

<sup>1149</sup> Voir par exemple la Loi de l'Oklahoma sur les trusts, points G et H.

<sup>1150</sup> M. GORE, *ibid.*, p.141.

<sup>1151</sup> Loi sur les trusts de l'Alaska du 1 avril 1997. (*The Alaska Trust Act*) [A.S.13.36; A.S.34.27.051; A.S.34.40.110 - .115].

sont protégés des créanciers. Les transferts des intérêts du trust sont restreints. Le constituant-bénéficiaire doit être le propriétaire des avoirs transférés au trust et il ne doit pas devenir insolvable à cause du transfert. Le trust ne doit pas être créé en fraude des créanciers et le patrimoine transféré au trust ne doit pas provenir d'activités illégales.

*1123.* De manière plus radicale, « l'International Trust Act des Iles Cook »<sup>1152</sup> dispose qu'un instrument de constitution d'un trust peut prévoir que tous les biens et paiements de revenus auxquels a droit le bénéficiaire ne soient pas cédés ou aliénés tout au long de sa vie ou pendant une période déterminée. Ils ne pourront pas concourir aux procédures de redressement judiciaire et de liquidation, être saisis, vendus ou enlevés en exécution d'un ordre judiciaire.<sup>1153</sup>

*1124.* Un trust international des Iles Cook, avec un document de constitution enregistré, ne peut pas être déclaré nul si le constituant retient, possède ou acquiert le pouvoir de révocation ou modification du trust ou de l'instrument de constitution, s'il peut changer et nommer le trustee ou le protecteur et s'il est lui-même le bénéficiaire, trustee ou protecteur du trust, seul ou avec d'autres.<sup>1154</sup> L'évolution de la « composante obligationnelle » du trust du modèle anglo-américain des trusts de propriété aux Iles Cook est flagrante. Le trust des Iles Cook est un bon exemple de la dénaturation du trust anglo-américain et de sa contractualisation. Les effets de cette dénaturation sont importants et permettent la protection abusive des actifs du trust. Les trusts des Iles Cook se rapprochent d'une certaine façon des trusts contractuels de droit civil : la composante obligationnelle équitable des relations entre le trustee et les bénéficiaires devient contractuelle entre le constituant et le trustee.<sup>1155</sup> Cette contractualisation est énoncée dans la loi écrite sur les trusts internationaux des Iles Cook.

*1125.* Il est courant que les constituants nord-américains non-résidents d'un paradis fiscal constituent et transfèrent leurs patrimoines dans des « *Asset Protection Trusts* ». Ils cherchent des juridictions *off-shore* à l'autre bout du monde, comme les

---

<sup>1152</sup> *International Trusts Act 1984 of the Cook Islands. Unofficial Consolidation, reprinted as at 2 December 1999.*

<sup>1153</sup> Article 13 F.

<sup>1154</sup> Article 13 C.

<sup>1155</sup> Voir *supra* p. 79 et suiv.

Iles Cook. Ils transfèrent la propriété de leurs biens aux trustees en se déclarant eux-mêmes bénéficiaires du trust. Pour les Tribunaux américains, il est primordial de savoir si le constituant garde un pouvoir de contrôle sur le patrimoine du trust constitué à l'étranger. L'argument des créanciers plaide dans le sens de ne pas permettre aux juridictions étrangères lointaines d'empêcher la récupération de leurs créances lorsque le débiteur a transféré son patrimoine dans un trust « *offshore* », de façon à le mettre intentionnellement hors de leur portée.

1126. Puisque le constituant reste le bénéficiaire du trust, les Cours américaines considèrent que le patrimoine du trust n'est pas complètement sorti de son contrôle, même si le trust a des clauses discrétionnaires et le constituant est désigné comme bénéficiaire du trust discrétionnaire. Avec la clause discrétionnaire, le constituant devrait perdre tout contrôle sur le patrimoine du trust puisque cette clause autorise le trustee à ajouter ou à retirer des bénéficiaires, parmi lesquels se trouve le constituant lui-même. Le trustee détermine la part des bénéfices et leur distribution. Cette clause est le lien que le constituant garde avec le patrimoine du trust. La question a donné lieu à une jurisprudence fédérale et des Etats.

1127. Dans les affaires des trusts de protection de patrimoine, constitués hors Amérique, les Cours des Etats-Unis ont souvent à résoudre le problème d'avoir le constituant sous leurs juridictions sans que le patrimoine du trust puisse satisfaire la demande de paiement des créanciers. Devant l'impossibilité de saisir les biens du trust pour exécuter leurs jugements, les tribunaux ordonnent au constituant de rapatrier aux Etats Unis le patrimoine du trust pour honorer ses dettes (*Repatriation remedy*). Pour assurer sa défense, le constituant-débiteur plaide « l'impossibilité juridique » (*Impossibility Defense*) puisque des clauses, dans l'instrument de constitution du trust, interdisent un quelconque rapatriement.

1128. L'arrêt fondateur et le premier en Amérique sur la question des « *asset protection trusts* » est l'arrêt Anderson.<sup>1156</sup> La 9<sup>ème</sup> Cour de Circuit confirme la décision de la « *District Court* » du Nevada de garder en détention Denise et Michael Anderson, domiciliés à San Diego, pour ne pas avoir suivi l'ordre de la Cour de

---

<sup>1156</sup> Federal Trade Comision (FTC) v. Affordable Media LLC, F.3d (9<sup>th</sup> circuit. Case no. 98-16378, June 15, 1999) “*The Anderson Case*.”

rapatrier les avoirs transférés à un trust de protection de patrimoine constitué aux Iles Cook en juillet 1995. Le couple est engagé dans une entreprise qui produit des programmes de télévision de « télé-achat ». L'entreprise a organisé une grosse fraude qui a lésé de nombreuses personnes.

*1129.* La Commission Fédérale de Commerce Américaine (FTC) décide de poursuivre les fraudeurs. Lorsque cette autorité demande aux Anderson de retourner les commissions qu'ils ont gagnées sur les contrats de production de télévision, ils refusent en alléguant qu'ils ne sont pas impliqués dans la fraude en question. L'autorité administrative entreprend alors une action judiciaire et obtient un ordre de la Cour obligeant les accusés à rapatrier tous les gains détenus dans le trust aux Iles Cook.

*1130.* Contraints par la Cour de rapatrier leurs avoirs mis en trust, les Anderson envoient un fax en mai 1998 aux trustees avec pour instruction de renvoyer les avoirs du patrimoine du trust aux mains du juge. Les trustees répondent que, selon les termes du trust, les Anderson étant « le protecteur » de leur propre trust, ils sont dans un état de coercition et de violence morale (*event of duress*) : par conséquent, ils sont destitués de leur fonction de protecteurs du trust. Dans ces conditions, une clause de l'instrument de constitution du trust interdit aux trustees de rapatrier les avoirs du trust en Amérique.

*1131.* Les Anderson informent le juge en juillet 1998 qu'ils sont dans l'impossibilité juridique de satisfaire l'ordre de la Cour, car ils sont incapables de contraindre les trustees à se soumettre à cet ordre. Le juge n'accepte pas ce moyen de défense et décide de les incarcérer jusqu'au rapatriement ordonné. L'affaire est en appel devant la Cour d'appel du 9<sup>ème</sup> circuit.<sup>1157</sup> Six mois plus tard, le 22 décembre 1998, les Anderson sont relâchés, sans payer de dommages ou frais. « Dépourvus de leurs passeports et avec quelques monnaies dans leurs poches, les Anderson sortent de prison à pied, en liberté conditionnelle, en ayant promis d'assister l'autorité administrative pour rapatrier leurs avoirs gardés dans le trust aux Iles Cook. »<sup>1158</sup>

---

<sup>1157</sup> La décision de la District Court étant confirmée à l'unanimité en appel par la Cour du Neuvième circuit le 15 juin 1999.

<sup>1158</sup> « Hidding the Piggy Bank », in *Wall Street Journal*, 7 juillet 1998, p. 7.

1132 Le moyen de défense de « l'impossibilité juridique » est rejeté par la Cour. Si le juge a l'intime conviction que le constituant conserve un pouvoir de contrôle sur le trust, il est incarcéré jusqu'au rapatriement total des fonds. La charge de la preuve pèse sur le constituant-débiteur. Le juge établit des paramètres de preuve stricts : le défendeur-débiteur doit prouver qu'il ne conserve aucun contrôle sur le patrimoine du trust. Le juge sait que l'instrument du trust est conçu pour créer l'impossibilité juridique et que le débiteur a expatrié intentionnellement ses biens dans un trust constitué au bout du monde, et logiquement en gardant un lien avec ses biens.<sup>1159</sup>

1133 Les praticiens défenseurs des trusts de protection du patrimoine constitués à l'étranger soutiennent que la règle Anderson doit s'appliquer uniquement aux trusts constitués avec des fonds frauduleux.<sup>1160</sup> Or, les juridictions américaines n'acceptent plus des structures créées expressément pour frustrer leurs ordres. La décision de la Cour est confirmée par plusieurs arrêts des autres Cours étatiques et fédérales américaines.<sup>1161</sup>

1134 **Conclusion de la première section.** La technique d'investissement la plus courante, dans les trusts du modèle anglo-américain de propriété, est celle des trusts conditionnels et des trusts avec des pouvoirs discrétionnaires. Dans ces trusts, le trustee a toute la confiance du constituant pour exécuter les clauses qui conditionnent l'accès ou la déchéance de la qualité de bénéficiaire ou de choisir les bénéficiaires et décider du moment et du montant des distributions.

1135 De cette manière, la Common Law façonne d'innombrables droits réels différents, c'est-à-dire, des intérêts équitables conditionnés par des clauses du

---

<sup>1159</sup> A. CORNEZ, A. GOLDSTEIN, *The Offshore Money Book*, Galt Press, 1999.

<sup>1160</sup> C'est l'argument « *Bad facts make bad law* ». Cependant, l'arrêt du Juge américain condamne de façon générale ces trusts, en utilisant le pluriel et pas spécifiquement le trust des Anderson. L'arrêt utilise des termes généraux comme « *These off-shore trusts* » (Partie 3, § 6), « *in the Asset Protection Trust context* » (Partie 3, § 7) « *Foreign trusts* » (Partie 3 § 7) Ainsi, dans son paragraphe 5 de la troisième partie, l'arrêt déclare : « Ces trusts appelés « *Asset Protection Trusts* » sont constitués pour protéger des patrimoines en les envoyant vers des juridictions étrangères qui ne reconnaissent pas les jugements américains ou la loi américaine, faisant en sorte de geler leurs fonds ».

<sup>1161</sup> *BankFirst v. Legendre*. (Unreported, 2002) : le constituant accepte de rapatrier les avoirs d'un trust après seulement cinq jours d'incarcération. *Bank of America v. Weese*, 227 B. R. 241 (D. Md. 2002) : le père du débiteur paye 12 millions de dollars pour libérer les constituants en détention. *J. W. v. Allvest, Inc.* (Alaska Sup. 3rd. Dist. No. 3AN-97-7192-CIV, 2002) : une affaire gagnée par les demandeurs dans laquelle le constituant et son trust et même ses avocats ont été suivis pour conspiration civile. *In Re Stephan J. Lawrence* 279 F. 3rd. 1294 (11th Cir. 2002) : le constituant a été incarcéré pendant quatre ans pour avoir refusé d'obéir l'ordre de rapatriement d'un trust domicilié à l'île Maurice. En cassation devant la Cour Suprême des Etats-Unis, après avoir perdu l'appel dans l'« Onzième circuit », la première a affirmé que le constituant pouvait rester en prison indéfiniment jusqu'à ce qu'il se conforme à l'ordre de la Cour. Par ailleurs, le constituant s'est déclaré en faillite sans succès.

document de constitution du trust anglo-américain ou assujettis au bon vouloir du trustee ou d'un tiers. La technique des trusts avec des pouvoirs discrétionnaires est peu utilisée dans le modèle contractuel des trusts de droit civil. Par contre, les clauses de condition sont courantes dans les fidéicommiss.

*1136.* Les techniques fiduciaires discrétionnaires font peur à l'administration fiscale française qui ne les comprend pas. C'est sûrement parce que ces techniques n'ont pas de véritable équivalent en droit civil et sont typiques du modèle anglo-américain des trusts de propriété. Les incertitudes sur les modalités de taxation des trusts anglo-américains discrétionnaires a amené le législateur français à créer un nouvel article 885 G *ter*<sup>1162</sup> dans le Code Général des Impôts. Désormais, la valeur vénale nette des biens ou droits placés dans tous les trusts anglo-américains sans distinction ainsi que les produits capitalisés est comprise pour son imposition dans le patrimoine du constituant ou dans celui du bénéficiaire final. Les trusts anglo-américains révocables et la fiducie de droit français<sup>1163</sup> ont un traitement fiscal similaire. La seule exception est en faveur des trusts anglo-américains irrévocables de charité, dont les bénéficiaires exclusifs sont des institutions d'intérêt général et à but philanthropique.

*1137.* Les trusts de droit civil privilégient les trusts simples de gestion et de garantie.

## **Section 2. Techniques de gestion et de garantie de droit civil**

*1138.* En droit civil, les techniques de gestion et de garantie les plus courantes sont mises en place au travers de trusts de droit civil privés ou ordinaires, en tant que véhicules de gestion et de financement. Grâce à leur gouvernance stipulée contractuellement et à la flexibilité de leur structure, les fiducies et les fidéicommiss peuvent remplacer les sociétés, avec moins de contraintes administratives et de coût de gestion. Les techniques fiduciaires de gestion et de garantie sont utilisées aussi par les Etats ou les institutions d'économie mixte et appliquées, au financement des secteurs productifs ou à la création de fonds de pension.

---

<sup>1162</sup> Créé par LOI n°2011-900 du 29 juillet 2011 - art. 14 (V).

<sup>1163</sup> Article 885 G bis du Code Général des Impôts, créé par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 10.

1139. Les trusts de droit civil de garantie ont comme objet principal de garantir une ou plusieurs créances ou obligations avec les biens affectés à leur patrimoine. Les fidéicommiss de garantie et les fiducies-sûretés<sup>1164</sup> sont utilisés pour soutenir les activités de crédit. En général, toutes les opérations fiduciaires ont intrinsèquement un but de garantie et de protection d'actifs. La fonction de garantie et de protection est implicite dans le fait que les biens objets du fidéicommiss sortent du patrimoine du constituant pour faire partie du patrimoine d'affectation du fiduciaire. C'est le patrimoine fiduciaire qui sert de garantie et qui protège les actifs.

1140. La fiducie ou le fidéicommiss peuvent être utilisés comme mécanisme de protection d'actifs. Le contrat de fiducie ou de fidéicommiss apparaît comme le moyen idéal de se constituer un patrimoine d'affectation dont on retirera les fruits et les revenus, avec la certitude que ce patrimoine *bis* survivra à une éventuelle faillite du constituant. A titre d'exemple, une société peut sortir de son actif les participations qu'elle détient dans diverses sociétés, qu'elle juge stratégiques pour des raisons propres ; en cas de faillite, ces participations ne pourront être réalisées pour les besoins de la liquidation.<sup>1165</sup>

1141. La séparation du patrimoine fiduciaire protège les biens du fidéicommiss ou de la fiducie de la ruine du constituant. En France, lorsque les biens du patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucun transfert de ces biens ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou des tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure collective ou du défaut de paiement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture, à peine de nullité du transfert.<sup>1166</sup>

1142. Les techniques d'investissement et de gestion fiduciaire des trusts du modèle contractuel de droit civil sont appliquées à la gestion (*fiducia cum amico*) (I) et à la garantie (*fiducia cum creditore*) (II).

---

<sup>1164</sup> N. BAUCH-LABESSE, « Quelles applications pratiques pour la fiducie-sûreté ? », *Journal Spécial des Sociétés*, n° 65, mai 2009.

<sup>1165</sup> J. M. MOULIN, *loc. cit.*, p. 117.

<sup>1166</sup> Article L622-23-1 du Code de Commerce, créé par Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 32.

## I. *Techniques de gestion fiduciaire « fiducia cum amico »*

1143. Parmi les trusts de droit civil de gestion les plus utilisés, deux sortes de trusts se distinguent selon leur source de constitution : les trusts exprès privés, constitués par des personnes physiques ou morales de droit privé, à but privé, lucratif ou charitable, et les trusts publics à but d'intérêt général, constitués par les différentes instances de l'Etat avec des fonds publics.

1144. Les trusts exprès privés de gestion à des fins de transmission avec libéralités ou les trusts « corporatifs » de gestion sociétaire à but lucratif, constituent une alternative aux sociétés de personnes ou de capitaux. Les fidéicommiss et les fiducies dans lesquels les constituants sont aussi bénéficiaires sont plus efficaces, plus faciles à gérer et moins lourds administrativement qu'une société anonyme. Ils peuvent distribuer des dividendes pendant la durée du projet sans avoir besoin d'un bilan approuvé avec des bénéfices liquides.

1145. En Argentine et en Bolivie, les sociétés unipersonnelles n'existent pas car il faut au moins deux personnes pour créer une société.<sup>1167</sup> En outre, le principe de l'unité du patrimoine empêche la constitution de sociétés ou d'entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée.<sup>1168</sup> En France, en droit commercial, la loi du 11 juillet 1985<sup>1169</sup> qui admet qu'une société peut être constituée par une seule personne prend appui sur la théorie de l'engagement unilatéral. Désormais, une société peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par « l'acte de volonté d'une seule personne ».<sup>1170</sup> La société ne peut pas résulter d'un contrat lorsqu'elle est constituée par un seul associé. L'acte juridique unilatéral a pour objet de créer une personne morale. Il oblige celui qui est à l'origine de la création à apporter à la société les biens qui lui permettront de fonctionner et qui constitueront le gage des créanciers sociaux.<sup>1171</sup>

---

<sup>1167</sup> Article 125 du Code de Commerce bolivien.

<sup>1168</sup> Article 1335 du Code Civil Bolivien, identique aux anciens articles 2092 et 2093 du Code Civil français, abrogés par Ordonnance du 23 mars 2006.

<sup>1169</sup> Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

<sup>1170</sup> Article 1832 du Code Civil français, modifié par Loi n°85-697 du 11 juillet 1985 - art. 1 JORF 12 juillet 1985 rectificatif JORF 13 juillet 1985.

<sup>1171</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 54, p. 66.

1146. La fiducie n'est pas une alternative aux sociétés unipersonnelles<sup>1172</sup> et à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)<sup>1173</sup> car, pour la fiducie, il faut toujours au moins deux personnes, c'est-à-dire un constituant et un fiduciaire. L'EIRL aurait pu être conçu comme un trust de droit civil dans lequel le constituant est à la fois le fiduciaire et le bénéficiaire. Nonobstant, cette structure sous la forme d'une fiducie dérogerait à la règle de droit civil disposant que la fiducie est établie par contrat et donc « l'on ne conclut pas un contrat de fiducie avec soi-même ».<sup>1174</sup> Inversement, toutes les conditions étaient remplies en France pour que la fiducie puisse être constituée par acte unilatéral ; ses origines romaines ont conduit le législateur français vers le contrat.<sup>1175</sup>

1147. Les trusts exprès privés de gestion à des fins de transmission avec libéralités constituent une alternative aux fondations, si leur but est d'intérêt général. En France, le législateur français a créé le « fonds de dotation » comme véhicule de gestion à but exclusivement philanthropique ou d'intérêt général et interdit à peine de nullité les fiducies libéralités. La fiducie n'a pas droit de cité dans le domaine des successions et des libéralités.<sup>1176</sup>

1148. Le fonds de dotation<sup>1177</sup> est un trust de droit privé français, doté de la personnalité morale<sup>1178</sup> et dirigé par un conseil d'administration.<sup>1179</sup> Comme les fondations d'intérêt privé de droit panaméen, il peut être constitué par une seule personne physique ou morale, par acte unilatérale de constitution de son fondateur. Il constitue un nouvel outil pour les opérations de mécénat et pour les structures souhaitant recevoir des fonds.<sup>1180</sup> Son objet est de faciliter la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général. Il capitalise les droits et les fonds afin de

---

<sup>1172</sup> Telles que la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) ou l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL).

<sup>1173</sup> L'EIRL, à la différence de l'EURL, de la SARL ou de la SASU, n'est pas une société, car elle n'a pas la personnalité morale.

<sup>1174</sup> Voir la première partie de cette thèse, le premier chapitre, le point B. sur les conséquences de la relation contractuelle en droit des trusts, *supra* p. 57 et suiv.

<sup>1175</sup> Voir *supra* p. 40 et suiv.

<sup>1176</sup> J. M. MOULIN, *ibid.*, p. 178.

<sup>1177</sup> Créé par l'article 140 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

<sup>1178</sup> Il jouit de la personnalité morale à compter de la date de publication au Journal Officiel de la déclaration de création faite en préfecture.

<sup>1179</sup> L'article 37 de la loi de modernisation de l'économie mentionne explicitement l'existence d'un « conseil d'administration » ; celui-ci est donc obligatoire. Il est composé d'au moins trois membres personnes physiques ou morales « nommés, la première fois, par le ou les fondateurs. Les statuts déterminent la composition ainsi que les conditions de nomination et de renouvellement du conseil d'administration. Les fondateurs, leurs enfants, ou les personnes qu'ils désignent, peuvent statutairement conserver la maîtrise de tout ou partie du renouvellement des dirigeants.

<sup>1180</sup> Article 140 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de Modernisation de l'économie.

redistribuer les bénéfices issus de cette capitalisation, soit directement en vue de la réalisation d'une mission d'intérêt général, soit à une personne morale à but non lucratif, y compris son propre fondateur,<sup>1181</sup> afin de l'assister dans l'accomplissement de ses œuvres d'intérêt général. Il a la capacité juridique de recevoir des donations et des legs et peut détenir des biens meubles ou immeubles.<sup>1182</sup> Le seuil de 1000 fonds de dotation créés a été franchi en mai 2012.<sup>1183</sup>

*1149.* La volonté de créer un outil souple de financement pour le Musée du Louvre a été à l'origine de la création en droit français des fonds de dotation. Le Louvre demandait qu'un dispositif français permette de reproduire les « *endowment funds* » anglo-américains. Ces fonds sont organisés sous la forme de fondations privées ou de trusts. Le fonds de dotation aurait pu être conçu par le législateur comme une fiducie de droit français à but exclusivement philanthropique, dans laquelle, le fiduciaire aurait pu être une personne habilitée aujourd'hui à avoir cette qualité en France.<sup>1184</sup> Autrement, le Conseil d'administration du fonds de dotation aurait pu être remplacé par un ou plusieurs fiduciaires parmi lesquels les fondateurs personnes physiques ou morales, habilités expressément par la loi à être fiduciaires uniquement des fiducies à but charitable. Les autres règles concernant les fonds de dotation sont transposables facilement à la fiducie-gestion. La fiducie à but philanthropique serait donc constituée par contrat entre le constituant fondateur et le fiduciaire.

*1150.* En Amérique Latine, les fidéicomis avec libéralités sont constitués habituellement. L'interdiction d'ordre public des fiducies libéralités restreint fortement les applications de la fiducie-gestion. Les fiducies-gestion avec des constituants-bénéficiaires s'adaptent plus facilement aux contraintes de l'actuelle législation française sur la fiducie.

*1151.* Les fonds fiduciaires publics constitués par l'Etat sont très utilisés en Amérique Latine. Ils ne sont pas des trusts exprès privés car ils ont comme source la volonté de l'Etat qui les met en œuvre par décret.<sup>1185</sup> En France, des fiducies sont

---

<sup>1181</sup> Statuts du fonds de dotation du musée du Louvre, modifiés par la délibération du 9 avril 2010, article 1.

<sup>1182</sup> « Les premières assises de la Fiducie Philanthropiques », Centre de conférence de l'Institut Pasteur, 18 novembre 2009.

<sup>1183</sup> Source : site officiel du ministère de l'Intérieur [www.interieur.gouv.fr/sections/a\\_votre\\_service/.../fonds-dotation/](http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_votre_service/.../fonds-dotation/)

<sup>1184</sup> Selon l'article 2015 du Code Civil français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1185</sup> Certains praticiens boliviens estiment que dans certains cas, les trusts créés par l'Etat sont imposés aux citoyens. Voir les arguments du plaignant Andrés Atenor Soliz Rada qui n'ont pas été acceptés par le Tribunal Constitutionnel en Bolivie dans

établies par l'Etat français qui met en place de cette manière des fonds fiduciaires publics, ayant comme fiduciaires des institutions publiques habilitées par la loi à avoir une telle qualité, par exemple, la Caisse des dépôts et consignations.<sup>1186</sup>

1152. Il convient d'étudier, dans un premier temps, les fidéicommiss et fiducies ordinaires privés de gestion (A), et d'analyser, dans un deuxième temps, les fonds fiduciaires publics de gestion créés par les Etats (B).

### *A. Fidéicommiss et fiducies de gestion privée*

1153. Les trusts exprès « privés » ordinaires du modèle contractuel de droit civil sont des trusts de droit privé. Ils sont à but non-lucratif, à des fins de transmission avec des libéralités sous-jacentes, ou à but lucratif, commercial et de gestion sociétaire. Ces deux sortes de trusts remplacent aisément les personnes morales, notamment les sociétés.

1154. Nous allons examiner les trusts de gestion à but non-lucratif (a.) et les fidéicommiss et fiducies corporatifs à but lucratif (b.).

#### *a. Trusts de gestion privée à but non lucratif*

1155. Les trusts de droit civil de gestion ont comme but la gestion de biens provenant d'une libéralité, à des fins de transmission ultérieure à titre gratuit aux

---

sa décision N° 025/01 du 24 avril 2001, dans le recours direct ou abstrait d'inconstitutionnalité contre plusieurs articles de la « loi de propriété et crédit populaire » N°1864 du 22 juin 1998, du décret suprême N°24469 du 17 janvier 1997 instituant le « Règlement de la loi de Pensions » et contre les décrets suprêmes N° 24585 du 29 avril 1997, N° 24640 du 4 juin 1997 et N° 24667 du 21 juin 1997. Le troisième attendu énonce que « le plaignant estime que les actions des sociétés privatisées (capitalisées dans le texte) par disposition de la loi N° 1544, appartiennent en propriété aux boliviens et que les propriétaires n'ont pas exprimé leur volonté sur la façon de disposer des actions. Le Tribunal explique que par une mauvaise lecture des articles 6 et 7 de la loi de Capitalisation (c'est-à-dire de privatisation à 49% de certaines sociétés publiques), le plaignant considère que les propriétaires des actions sont les citoyens boliviens et que les actions des sociétés privatisées ont été transférées en propriété aux boliviens majeurs (âgés de plus de 21 ans), au 31 décembre 1995. Or, le plaignant ignore que le transfert auquel font référence les articles 6 et 7 de la loi de Capitalisation, a été effectué au Fonds de Capitalisation, que la loi de Pensions dénomme plus tard « Fonds de capitalisation collective », comme patrimoine autonome et divers, constituant un des éléments du fidéicommiss... L'article 6 de la loi de Capitalisation dispose que le pouvoir exécutif est autorisé à transférer « au bénéfice » des citoyens boliviens, les actions de propriété de l'Etat dans les sociétés d'économie mixte privatisées. Cette disposition n'énonce pas un transfert du domaine ou du droit de propriété des actions, mais uniquement du bénéfice de ces dernières. »

<sup>1186</sup> Article 2015 du Code Civil français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V) et l'article L518-1 du même Code, modifié par Ordonnance n°2010-420 du 27 avril 2010 - art. 112.

bénéficiaires. Ces fidéicommiss de gestion sont créés grâce à une libéralité afin de bénéficier à un tiers. Ils ressemblent à une donation ou à un legs, avec une différence essentielle : la durée du temps de gestion fiduciaire des biens ; un seul acte de transfert à titre gratuit directement au donataire caractérise les dons. La différence est basée, selon F. Weiser, sur la cause. Il explique que la « *causa donandi* » est différente de la « *causa fiduciae* » et « *nous ne pouvons pas dire que, s'il y a une similarité entre le geste mécanique d'une personne qui consent une donation et celui d'une personne qui constitue un trust, il existe la moindre ressemblance.* »<sup>1187</sup> Pour que le fidéicommiss existe, il faut que le constituant ou le testateur ait l'intention de constituer un trust et non une donation.

1156. Par acte authentique, le constituant réalise le transfert des biens meubles et immeubles et à un fiduciaire, afin que celui-ci, à son tour, les transmette gratuitement à un bénéficiaire désigné, à savoir un membre de la famille, un ami du constituant ou à une institution à but non lucratif. Le constituant peut aussi promettre qu'il fera le transfert de biens par testament s'il est encore vivant. Les dispositions entre vifs du constituant ont des effets pendant sa vie mais aussi après sa mort.<sup>1188</sup> Le contrat de fidéicommiss prend fin à la mort du constituant seulement si ce fait a été stipulé expressément dans le contrat comme cause d'extinction.<sup>1189</sup> Au décès, les héritiers devront attendre la fin du contrat de fidéicommiss constitué par contrat entre vifs pour recevoir la propriété des biens.

1157. Les fidéicommiss qui ont comme but sous-jacent une libéralité doivent respecter les formalités « *ad solemnitatem* » des actes de donation entre vifs, à savoir l'acte authentique. Ils doivent respecter les formalités testamentaires s'il s'agit de legs, et bien évidemment les réserves héréditaires. Le transfert de la propriété fiduciaire est un moyen de disposer à titre gratuit d'un immeuble, au bénéfice des bénéficiaires désignés. Si le fidéicommiss est constitué par acte sous seing privé, l'acte ne donne pas droit aux bénéficiaires d'exiger son exécution.<sup>1190</sup>

---

<sup>1187</sup> F. WEISER, *loc. cit.*, p. 57.

<sup>1188</sup> G. MEDINA, *article précité*, p. 10.

<sup>1189</sup> Article 1421 alinéa 3 du Code de Commerce bolivien.

<sup>1190</sup> M. A. CARREGAL, *El fidéicomiso : Régulation Jurídica y Posibilidades Practicas*, Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 99.

1158. Les libéralités sont aussi réalisées dans des fidéicommiss simples ou discrétionnaires à but philanthropique. Le champ d'application des fidéicommiss en faveur des bénéficiaires à des fins d'utilité publique est vaste. Par exemple, ils sont établis en faveur des pauvres, d'un hôpital traitant des cas d'invalidité ou handicap, des institutions d'enseignement, voire tout autre activité légale imaginable.<sup>1191</sup> Le constituant d'un trust de droit civil stipule contractuellement la gouvernance de la gestion des biens affectés au patrimoine fiduciaire. Le fidéicommiss peut être constitué en faveur des personnes désignées ou des sujets indéterminés mais déterminables, tels que des prix pour les meilleurs chercheurs pour financer une œuvre charitable de recherche scientifique sur un sujet précis.<sup>1192</sup> Dans ce cas, le fidéicommiss, en Bolivie, n'est pas limité à 30 ans de durée maximale des fidéicommiss ordinaires. Traditionnellement, la règle contre la durée excessive et contre l'inaliénabilité n'est pas applicable aux trusts à but charitable, car l'intérêt général veut que les trusts charitables durent pour toujours. En France, les fonds de dotation sont à durée illimitée.

1159. Les techniques de gestion fiduciaire sont aussi commerciales à but lucratif.

*b. Fidéicommiss et fiducies corporatifs à but lucratif*

1160. Contrairement aux sociétés anonymes dans lesquelles la structure est prévue par la loi, à savoir un Conseil d'administration<sup>1193</sup> et une assemblée générale d'actionnaires, les fidéicommiss ou la fiducie n'ont pas de structure d'organisation interne définie par la loi. En réponse aux caractéristiques particulières de chaque fidéicommiss et fiducie et aux besoins de leurs participants, une gouvernance interne peut être stipulée contractuellement. La mise en place d'organes de gouvernance est une pratique courante et conseillée ; elle devient une nécessité dans les cas des fidéicommiss et des fiducies avec de multiples constituants-bénéficiaires,<sup>1194</sup> notamment si ceux-ci ne participent pas activement à la gestion du but pour lequel le fidéicommiss ou la fiducie a été constitué.

---

<sup>1191</sup> C. MORALES GUILLEN, *Código de comercio concordado y anotado, loc. cit.*, p. 1332.

<sup>1192</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *op. cit.*, p. 84.

<sup>1193</sup> En France, un Conseil d'administration, avec cumul ou dissociations des fonctions ou un Conseil de surveillance et un Directoire.

<sup>1194</sup> Article 2016 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

1161. Selon le but du fidéicomis ou de la fiducie, une assemblée ou un comité de bénéficiaires, voire la nomination d'un « opérateur » ou d'un auditeur technique avec des fonctions spécifiques est envisageable.<sup>1195</sup> Les lois sur les fidéicomis argentine, bolivienne et panaméenne ainsi que la loi française sur la fiducie restent silencieuses sur les assemblées de bénéficiaires des fidéicomis ordinaires et des fiducies et laissent l'aménagement de cette éventualité à la liberté contractuelle. La loi argentine prévoit une assemblée de porteurs de parts ou de titres uniquement pour les fidéicomis financiers.<sup>1196</sup>

1162. Il est nécessaire de prévoir, dans le contrat, une clause stipulant des règles pour ces assemblées. Si le contrat ne les prévoit pas, l'acceptation expresse de chacun des bénéficiaires est nécessaire pour amender le contrat de fidéicomis ou de fiducie ; il en est de même pour prendre une décision collective par consultation organisée par le fiduciaire sur un sujet précis. Selon Adrian Diplotti, Pablo Gutierrez et Nicolas. Malumian,<sup>1197</sup> « *la pratique démontre que le manque de clauses d'amendement des fidéicomis est un obstacle au développement du projet ou but par lequel le fidéicomis a été créé, notamment dans un environnement où les règles changent fréquemment* ».

1163. Le nombre de bénéficiaires peut être important et ils peuvent être dispersés géographiquement, avec une difficulté palpable de les contacter. Des règles de déroulement des assemblées et des consultations écrites, avec des seuils de participation minimale des bénéficiaires pour constituer valablement une assemblée et des règles de majorité simple ou qualifiée pour la prise de décisions doivent être prévues. De cette manière, le fiduciaire a des règles claires qui lui permettent de consulter habituellement les bénéficiaires et facilitent ainsi la prise de décisions.

1164. Comme dans les sociétés par actions simplifiées (SAS) françaises, le contrat peut prévoir les moyens de connaître la volonté des constituants-bénéficiaires ; ce sont des consultations écrites par correspondance, voire des consultations orales par vidéoconférence. La convocation d'assemblées par catégories de bénéficiaires peut

---

<sup>1195</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *loc. cit.*, p. 67.

<sup>1196</sup> Voir la partie consacrée aux fidéicomis financiers argentins *infra* p. 443.

<sup>1197</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *ibidem*, p. 67 et suiv.

être aussi stipulée, avec des règles spécifiques de représentation. Autrement, il peut être expressément prévu que les règles de droit commun en la matière concernant les sociétés anonymes s'appliquent.

1165. Lorsqu'il est trop cher ou compliqué de réunir et consulter la totalité des bénéficiaires d'un trust de droit civil de gestion à but lucratif, un comité de gestion composé de constituants-bénéficiaires peut être établi. Cet organe prend les décisions et émet des opinions, contraignantes ou non, pour le fiduciaire. Le comité peut être constitué d'investisseurs détenant des participations importantes dans le fidéicomis. Les bénéficiaires avec des qualifications ou des connaissances utiles à la gestion et l'exécution du fidéicomis ou de la fiducie peuvent avoir une place dans le comité en agissant personnellement ou par l'intermédiaire de leurs représentants. Par exemple, un ingénieur ou un architecte reconnu par leur expérience peut être membre du comité dans un fidéicomis ou une fiducie de construction ; un ingénieur agricole a logiquement une place dans le comité d'un fidéicomis ou fiducie de production agro-industrielle ou d'élevage de bétail.<sup>1198</sup>

1166. Les droits et les obligations du comité de bénéficiaires sont fixés contractuellement, avec des droits de veto pour un achat d'un montant supérieur à un seuil déterminé. Des comptes rendus du fiduciaire au comité sur certaines opérations importantes peuvent être prévus, pour exercer un contrôle *a priori* ou *a posteriori* de la gestion fiduciaire. L'aménagement des droits de vote, avec des droits de vote double ou multiple ou simplement sans droits de vote, permet l'équilibre des intérêts des membres constituants-bénéficiaires.

1167. La jurisprudence argentine du tribunal commercial d'appel reconnaît tacitement la validité des décisions prises par les organes contractuels de gouvernance. Dans une procédure de redressement et de liquidation judiciaire,<sup>1199</sup> les juges expliquent que le contrat de fidéicomis stipule qu'il prend fin deux ans après sa date de signature, « sauf prorogation décidée par le comité de bénéficiaires ». Le contrat n'est pas terminé car il a été prorogé par décision de cet organe, en

---

<sup>1198</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *ibidem*, p. 67 et suiv.

<sup>1199</sup> « Banco Finansur s/inc. De rev. En Albus SRL s/concurso preventivo. » de la Salle E de la Chambre Nationale d'Appel Commerciale du 2 janvier 2004. L'arrêt est commenté par Adrian Diplotti, Pablo Gutierrez et Nicolas Malumian. A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *ibidem*, p. 67 et suiv.

application de la prévision contractuelle. Les juges ne remettent en question ni le comité, ni l'assemblée de bénéficiaires, ni la validité de leurs décisions et acceptent leurs facultés stipulées dans le contrat de fidéicommiss.

*1168.* Le contrat peut prévoir plusieurs autres organes de gestion, de contrôle, des audits ou conseils techniques, en fonction des besoins de chaque fidéicommiss ou fiducie. Lorsqu'il s'agit de fidéicommiss ou de fiducies d'investissement et de production, tels que les fidéicommiss ou les fiducies agricoles, forestiers, de construction ou d'élevage, le fiduciaire qui gère les investissements dans ces projets peut avoir l'aide d'une personne physique ou morale, appelée dans la pratique « opérateur gérant » ou « gestionnaire ». Celui-ci s'oblige à gérer les projets sous-jacents financés par le fidéicommiss ou la fiducie.

*1169.* Un auditeur technique peut être prévu pour contrôler les fonctions de l'opérateur gérant, valoriser les investissements, donner son avis sur les comptes et en général, pour assurer les tâches concernant le bon déroulement des projets financés par le trust de droit civil. Adrian Diplotti, Pablo Gutierrez et Nicolas Malumian<sup>1200</sup> donnent des exemples de tâches réalisées par l'auditeur technique : il doit vérifier le moment optimal de semence et de récolte dans les fidéicommiss agricoles, la croissance des arbres dans les fidéicommiss forestiers, l'engraissement et les conditions d'élevage du bétail. Dans le fidéicommiss de financement des activités du bâtiment, il est en charge de l'approbation des échéances des travaux de construction et des paiements correspondants.

*1170.* Il peut sembler risqué de s'aventurer à constituer un fidéicommiss ou une fiducie avec une gouvernance détaillée et minutieusement décrite dans le contrat de constitution. Nonobstant, comme dans les fiducies ou les fidéicommiss de gestion à but lucratif de ce genre, dans les sociétés par actions simplifiées (SAS) de droit français, les domaines qui échappent à la réglementation de la société anonyme, notamment les pouvoirs des dirigeants et des assemblées,<sup>1201</sup> sont aussi organisés par les statuts de la société. Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est

---

<sup>1200</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *ibid.*, p. 70.

<sup>1201</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER, *op.cit.*, n° 1998-1, p. 733.

dirigée<sup>1202</sup> et déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient.<sup>1203</sup>

*1171.* En ce qui concerne le pouvoir de représentation à l'égard des tiers, le fiduciaire a tous les droits et pouvoirs consubstantiels à la propriété fiduciaire mais il doit respecter les fins du fidéicommiss, les conditions et les obligations que lui impose la loi et l'instrument de constitution.<sup>1204</sup> Il exerce la représentation, la protection et la défense des biens du fidéicommiss contre les actes des tiers.<sup>1205</sup> Il peut exercer toutes les actions nécessaires à la défense des biens du fidéicommiss, contre les tiers ou contre le bénéficiaire.<sup>1206</sup> Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.<sup>1207</sup> Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention.<sup>1208</sup>

*1172.* De manière comparable, comme le directeur général ou le président directeur général de la société anonyme, dans la SAS, la société est représentée à l'égard des tiers par un président investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société, dans la limite de l'objet social. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances ; la publication des statuts ne suffit pas à constituer cette preuve. Les statuts de la SAS peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier.<sup>1209</sup> Le pouvoir de gérer la société est partagé entre les dirigeants et la collectivité d'associés. Celle-ci a des compétences imposées par la loi qui ne peuvent pas lui être retirées.<sup>1210</sup>

---

<sup>1202</sup> Article L227-5 du Code de Commerce français.

<sup>1203</sup> Article L227-9 du Code de Commerce français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 59 (V).

<sup>1204</sup> Article 25 de la loi n° 1-1984 sur le fidéicommiss panaméen du 5 janvier 1984.

<sup>1205</sup> Article 1414, alinéa 4 du Code de Commerce bolivien.

<sup>1206</sup> Article 18 de la loi argentine n° 24.441 sur les fidéicommiss

<sup>1207</sup> Article 2023 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1208</sup> Article 2021 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1209</sup> Article L227-6 du Code de Commerce français, modifié par Loi n°2003-706 du 1 août 2003 - art. 118 JORF 2 août 2003.

<sup>1210</sup> Article L227-9 du Code de Commerce français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 59 (V).

Les statuts déterminent si les dirigeants exercent toutes les autres compétences ou une partie d'entre elles et précisent la répartition de compétences entre les dirigeants.<sup>1211</sup>

1173. En ce qui concerne les pouvoirs de gestion interne, un ou plusieurs fiduciaires peuvent être nommés. Même si certaines de leurs fonctions ne peuvent pas être déléguées,<sup>1212</sup> ils peuvent déléguer certaines tâches de gestion, si la délégation est prévue dans le contrat de fiducie-gestion ou de fidéicomis et acceptée ainsi par les constituants et les bénéficiaires. La question est de savoir dans quelle mesure les décisions du comité technique de la fiducie ou du fidéicomis, qui s'imposent contractuellement au fiduciaire, diminuent sa responsabilité. Si les décisions respectent les stipulations du contrat, elles pourraient exonérer de responsabilité au fiduciaire.<sup>1213</sup>

1174. Bien entendu, le fiduciaire ne peut pas accepter ou exécuter les décisions du comité contraires à sa mission ou aux dispositions du contrat. Les pouvoirs et obligations stipulés de la compétence du comité ne seraient pas des obligations du fiduciaire. Ce n'est pas le fiduciaire qui réalise la délégation mais celle-ci est expressément consignée dans le contrat de fidéicomis ou de fiducie. Le fiduciaire n'est donc pas responsable « *in eligendo* » du choix du délégataire. Si les opinions émises par le comité ne sont pas contraignantes pour le fiduciaire et s'il agit selon les recommandations du comité, il reste responsable de ses actes de gestion mais l'influence de l'organe contractuel pourrait jouer en sa faveur en cas de déclenchement de sa responsabilité.<sup>1214</sup> Néanmoins, en Bolivie, la simple recommandation ou conseil dans l'intérêt exclusif de celui qui le reçoit, ne crée aucune obligation, sauf si, dans une relation contractuelle, il est donné avec négligence ou résulte d'un acte illicite.<sup>1215</sup>

1175. La délégation dans le contrat de fiducie ou de fidéicomis est valable car d'autres contrats proches comme le mandat l'acceptent. Les règles du mandat, notamment en ce qui concerne la responsabilité du fiduciaire en cas de délégation,<sup>1216</sup>

---

<sup>1211</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER, *op.cit.*, n° 2007, p. 738.

<sup>1212</sup> Voir *supra* p. 245-247.

<sup>1213</sup> M. A. CARREGAL, *Fideicomiso : Teoria y aplicacion a los negocios*, *op. cit.*, p. 183 et suiv.

<sup>1214</sup> M. A. CARREGAL, *ibid.*, p. 184.

<sup>1215</sup> Article 813 du Code Civil bolivien, dans le cadre des dispositions de l'article 804 du même Code sur le mandat.

<sup>1216</sup> Voir *supra* p. 209 et suiv.

pourraient s'appliquer.<sup>1217</sup> Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion lorsqu'il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ou lorsque ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle qu'il a choisi est notoirement incapable ou insolvable. Dans le mandat, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée.<sup>1218</sup> Un point fondamental pour les constituants-bénéficiaires de la fiducie ou du fidéicomis et les associés de la SAS est qu'ils ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports,<sup>1219</sup> sauf en France où le contrat de fiducie doit expressément limiter l'obligation du passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire<sup>1220</sup> et la clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée,<sup>1221</sup> ce qui devrait être corrigé par le législateur.<sup>1222</sup>

1176. Le financement et la gestion de projets existent aussi au travers des fidéicomis publics et des fiducies avec des fonds publics.

### ***B. Fonds fiduciaires publics de gestion créés par les Etats***

1177. La participation de l'Etat au travers des instances régionales, départementales, municipales et les institutions publiques, caractérise ce genre de fidéicomis, appelé « fidéicomis public ». Il est très utilisé en Amérique Latine et son importance est grandissante dans les domaines agro-industriels et financiers, notamment le support économique pour des secteurs productifs spécifiques, l'incitation à leur développement et leur consolidation. Depuis 1995, année dans laquelle pour la première fois, l'Etat bolivien a utilisé la figure du fidéicomis public,<sup>1223</sup> plus d'une vingtaine de fidéicomis publics ont été constitués en Bolivie.

1178. Lorsque l'Etat est le constituant, il transfère des biens du domaine public ou des biens du domaine privé lui appartenant ou il affecte des fonds publics à une

---

<sup>1217</sup> Article 1427 du Code de Commerce bolivien. Sont applicables au fidéicomis les dispositions qui régulent le dépôt et le mandat.

<sup>1218</sup> Article 1994 du Code Civil français, créé par Loi 1804-03-10 promulguée le 20 mars 1804. Les articles 1924 du Code Civil argentin et 818 du Code Civil bolivien sont des copies conformes de l'article 1994 français.

<sup>1219</sup> Article L227-1 du Code de Commerce français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 59 (V).

<sup>1220</sup> Article 2025 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1221</sup> Voir *supra* p. 221 et suiv.

<sup>1222</sup> Voir la proposition de projet de loi sur la fiducie *infra* p. 585.

<sup>1223</sup> Par décret suprême n° 24076 du 24 juillet 1995.

fiducie-gestion ou à un fidéicommiss de gestion géré par une institution financière publique ou privée. Les bénéficiaires peuvent être l'Etat lui-même ou une autre personne déterminée ou déterminable pour la réalisation d'une fin d'intérêt public.

1179. L'acte de constitution des fidéicommiss ou des fiducies publics est la loi, un règlement ou un décret<sup>1224</sup> dans lequel sont décrits l'objet et les conditions de son fonctionnement.<sup>1225</sup> Les fidéicommiss et la fiducie publics sont encadrés ensuite par la régulation des fidéicommiss et des fiducies ordinaires privés. Il peut arriver cependant que, par une autre loi spécifique, le législateur déroge ou s'écarte du droit commun applicable aux fidéicommiss ordinaires.<sup>1226</sup> La mise en place d'un contrat de fidéicommiss public est précédée d'une procédure juridique « *sui generis* ». Elle démarre avec l'acte juridique qui donne la viabilité au fidéicommiss (loi, décret). La loi ou le décret fixe les objectifs et les caractéristiques du fidéicommiss public et détermine les conditions et les termes auxquels l'accord sera soumis.<sup>1227</sup>

1180. Les exemples de fidéicommiss publics nationaux mis en place par l'Etat bolivien sont nombreux : le « Fonds d'appui au système financier (FASF) », constitué sous la forme d'un fidéicommiss public ;<sup>1228</sup> un fidéicommiss public créé pour financer un programme de crédits pour l'achat de tracteurs ;<sup>1229</sup> et un fidéicommiss qui finance un programme d'aide au repeuplement du bétail bovin.<sup>1230</sup> Ce dernier est constitué pour une durée de 5 ans ; en août de cette année 2012, tous les biens doivent retourner au constituant-bénéficiaire, à savoir le Ministère de Finances.<sup>1231</sup> Le décret autorise le FONDESIF, en qualité de fiduciaire, à transférer les biens du fidéicommiss, dans les

---

<sup>1224</sup> En Argentine, l'article 5 de la loi n° 25.152 prévoit que « toute création d'organisme décentralisé, entreprise publique, quelle que soit sa nature, ou fonds fiduciaire, composé totalement ou partiellement avec des biens ou des fonds publics ou étatiques, nécessite la promulgation d'une loi. Cet article a été repris par la loi n° 25.565, à son article 48, (Bulletin Officiel du 21/03/2002). Néanmoins, l'article premier du décret n° 2209/2002 (B.O. du 5/11/2002) a exempté la Banque de la Nation Argentine, la Banque d'Investissement et du Commerce Extérieur S.A., et le Fonds Fiduciaire d'assistance aux Entités Financières, sous certaines conditions.

<sup>1225</sup> Décret suprême n° 27336 du 31 janvier 2004 en Bolivie sur le fonctionnement des patrimoines autonomes constitués par fidéicommiss.

<sup>1226</sup> Par exemple en Bolivie, la Loi de Propriété et du Crédit Populaire prévoit la constitution d'un fidéicommiss irrévocable « de durée illimitée », appelé Fonds de capitalisation collective, alors que dans le droit commun, les fidéicommiss sont limités à une durée de 30 ans, sauf si l'on considère que la création d'un fonds de pensions par capitalisation tombe dans l'exception établie par l'article 1413, alinéa 3) du Code de Commerce bolivien, c'est-à-dire à des fins non-lucratives. Or, si on prend en compte la qualité du bénéficiaire et non le but charitable du fidéicommiss, car l'alinéa énonce, « sauf si le bénéficiaire est une institution d'assistance scientifique, culturelle ou technique, à but non lucratif », le fidéicommiss public n'est pas compris dans la dérogation : le fonds de pensions a comme bénéficiaires tous les boliviens.

<sup>1227</sup> S. LISOPRAWSKI, *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitizacion*, 2e éd., Depalma, 1996.

<sup>1228</sup> Constitué par décret suprême n° 27386 du 20 février 2004.

<sup>1229</sup> Décret suprême n° 28095, publié dans la Gazette n° 2741 du 22 avril 2005.

<sup>1230</sup> Ayant vu le jour par décret suprême n° 29231 du 17 août 2007. L'article 3. I. de ce décret autorise le FONDESIF à être le fiduciaire de ce fidéicommiss public, ce qui est prévu par l'article 5 du décret suprême n° 28999 du premier janvier 2007.

conditions établies par le constituant au travers des contrats de gestion qui peuvent être conclus avec les entités d'intermédiation financière (EIF) sélectionnées.<sup>1232</sup>

1181. Ces entités doivent évaluer les bénéficiaires potentiels et conclure des contrats de crédit avec eux pour la valeur du bétail qu'ils reçoivent. Le fidéicomis doit couvrir les coûts relatifs à l'importation du bétail en provenance des contrats souscrits par le Ministère de développement rural, agricole et de l'environnement avec les sociétés responsables de l'opération d'importation, jusqu'à la livraison du bétail.

1182. De même, en Argentine, les exemples de fidéicomis publics sont nombreux : le Fonds fiduciaire de capital social a le but de faciliter le développement du secteur de la micro-entreprise au niveau national ;<sup>1233</sup> le Fonds fiduciaire pour le développement provincial avait pour objet d'assister les banques et les entreprises publiques des provinces dans leurs processus de privatisation.<sup>1234</sup>

1183. Le Fonds fiduciaire de capitalisation bancaire a été constitué pour amortir les conséquences de l'effet « *Tequila* » et soutenir l'urgente restructuration du système financier national dont nécessitait ce moment de crise.<sup>1235</sup> Le Fonds fiduciaire pour le développement technologique a été mis en place pour la gestion des services et des résidus de moyenne et haute activité des centrales Atucha I et II et Embalse et le fonds fiduciaire fédéral d'infrastructure régional pour le financement du logement. Les différentes provinces argentines ont aussi constitué des fidéicomis publics avec les droits et biens provenant du régime de coparticipation des impôts, pour garantir l'émission de titres publics provinciaux.<sup>1236</sup>

---

<sup>1231</sup> Appelé à l'époque « *Ministerio de Hacienda* ».

<sup>1232</sup> La sélection devant se faire en application des dispositions de l'article 8 du décret suprême n° 26164 du 27 avril 2001, sous la modalité des « offres de ressources ».

<sup>1233</sup> Constitué par décret 675/97.

<sup>1234</sup> Créé par décret n° 286/95 ayant comme constituant le pouvoir exécutif argentin, modifié et complété par les décrets n° 445/95, 1289/98, 918/99, 181/2000, 724/2000 et 1004/2001. Un fidéicomis similaire est créé par décret n° 976/2001.

<sup>1235</sup> Créé par décret n° 445/95.

<sup>1236</sup> D'autres exemples des fidéicomis créés dans ce même cadre, constitués par les Etats des provinces argentines sont le fonds fiduciaire d'assainissement et de développement municipal de la province de Buenos Aires, le fonds fiduciaire de réalisation des actifs des provinces et le fonds fiduciaire pour le développement du plan d'infrastructure provincial. De même, la Province du Rio Negro a constitué le fonds fiduciaire des hydrocarbures Rio Negro, la Province du Chaco a constitué le fonds fiduciaire pour l'assistance aux producteurs agricoles et la province de Santa Fe, le fonds fiduciaire pour l'approvisionnement d'eau potable.

1184. De la même manière, la loi panaméenne sur les fidéicommiss<sup>1237</sup> prévoit un régime particulier pour les fidéicommiss publics de droit interne (*onshore*), constitués par des entités de droit public. Les institutions publiques peuvent transférer des biens leur appartenant en fidéicommiss, tout en étant les fiduciaires de leurs propres fidéicommiss, dans des buts d'intérêt général et dans le cadre du développement de leurs activités. Ces fidéicommiss sont constitués suivant les dispositions de la loi sur les fidéicommiss, avec toutes les formalités. Des règles spécifiques s'appliquent aux fondations d'intérêt privé qui reçoivent des fonds publics. Elles dérogent aux règles strictes de confidentialité et au secret bancaire.<sup>1238</sup>

1185. En France, une fiducie-gestion dénommée « fiducie-revitalisation » a été constituée, avec des fonds publics, par l'Association Fonds Mutualisé de Revitalisation 76 (FMR).<sup>1239</sup> Le fiduciaire est la Caisse des Dépôts, établissement public habilité à intervenir comme fiduciaire.<sup>1240</sup> La fiducie a été conclue dans le cadre de conventions de revitalisation des bassins d'emploi du département de Seine-Maritime. Les sommes versées à l'association FMR, organisme collecteur habilité par les entreprises qui procèdent à des licenciements à la suite de plans sociaux d'entreprises, sont transférées à la fiducie-gestion.

1186. Le fiduciaire a la mission de consentir des avances remboursables à taux zéro à des petites et moyennes entreprises bénéficiaires, créatrices d'emploi dans les bassins affectés par les plans sociaux. Les crédits sont définis en fonction des besoins des entreprises et des perspectives d'emplois nouveaux. Pour éviter que les prêts à taux zéro soient considérés comme une libéralité à l'égard des emprunteurs,<sup>1241</sup> des frais sont mis à leur charge et ils s'engagent en contrepartie à créer des emplois. Les emprunteurs ne sont, en réalité, que des « bénéficiaires intermédiaires ». Le recours à la fiducie permet d'optimiser les coûts de traitement des crédits de revitalisation des territoires et de sécuriser les sommes affectées à la revitalisation au sein d'un patrimoine d'affectation. La fiducie garantit à l'Etat français une bonne gestion de ses

---

<sup>1237</sup> Article 1 de la loi n° 1-1984 sur le fidéicommiss panaméen du 5 janvier 1984.

<sup>1238</sup> Voir le dernier chapitre de la première partie de cette thèse sur les fondations d'intérêt privé *supra* 270 et suiv et p. 294 et suiv.

<sup>1239</sup> Présentation séminaire « La fiducie en action » par Yann-Yves LE GOFFIC, Animateur, FMR 76 et Jean-François ADELLE, Jeantet Associés, Comité de Droit Financier de Paris EUROPLACE, 18 janvier 2012.

<sup>1240</sup> Article 215 du Code Civil français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1241</sup> Article 213 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

fonds dans une perspective de long terme (99 ans) et la réaffectation ultérieure du produit du remboursement des avances à de nouveaux crédits.

1187. Parmi les techniques d'investissement et de gestion fiduciaire du modèle contractuel des trusts de droit civil, les trusts de garantie constituent un autre procédé important.

## **II. Techniques fiduciaires de garantie « *fiducia cum creditore* »**

1188. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, certains trusts ont l'unique fonction de garantir une créance. Cette garantie est mise en place par les parties grâce à l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle. Ces fidéicommiss ou fiducies s'inspirent de la « *fiducia cum creditore* » romaine.

1189. Il existe certaines différences entre les trusts de gestion et les trusts de garantie, même si la nature juridique du transfert de propriété<sup>1242</sup> est identique dans les deux types de trusts de droit civil, c'est-à-dire, un transfert de propriété qui devient propriété fiduciaire temporaire et soumise aux stipulations du contrat de fidéicommiss ou de fiducie. Le transfert dans les trusts de gestion est effectué dans un but de gestion. La propriété des trusts de garantie est détenue par le fiduciaire à titre de garantie.<sup>1243</sup> Le but de la fiducie peut être de sûreté ou encore de gestion ; le but d'intention libérale est nul en France.<sup>1244</sup>

1190. La spécificité des trusts de garantie est la dualité des bénéficiaires : le constituant-débiteur est en principe l'unique bénéficiaire mais le créancier-fiduciaire peut devenir bénéficiaire, lui-aussi, au moment de l'exigibilité de l'obligation garantie. Le défaut de paiement du constituant-débiteur-bénéficiaire rend également le créancier-fiduciaire bénéficiaire du trust de garantie, pour un montant égal à la valeur de recouvrement de la créance, le surplus revenant de droit au débiteur bénéficiaire. Sinon, le paiement de l'obligation garantie par le patrimoine fiduciaire

---

<sup>1242</sup> Dont dispose l'article 2011 du Code Civil français, l'article 1 de la loi 24.441 sur les fidéicommiss argentins, l'article 1409 du Code de Commerce bolivien, et l'article 1 de la loi panaméenne sur les fidéicommiss n°1 de 1984.

<sup>1243</sup> En France, l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 a précisé le régime de la fiducie-sûreté en l'intégrant au Code Civil français dans deux titres identiques en matière immobilière et mobilière, dénommés « de la propriété retenue à titre de garantie ».

<sup>1244</sup> Ph. DUPICHOT, *op. cit.* p. 23, note en bas de page n° 97.

de la part du débiteur-constituant lui permet de garder sa qualité d'unique bénéficiaire et de récupérer les biens affectés au patrimoine fiduciaire en garantie de sa dette.

1191. C'est pourquoi, exceptionnellement, dans les trusts de garantie, le créancier peut être fiduciaire, même s'il devient bénéficiaire, au dénouement du trust de droit civil, en cas de non-paiement de l'obligation par le constituant-débiteur. Le cumul des qualités de fiduciaire et de bénéficiaire dans les trusts de garantie est l'objet de débats sulfureux en Amérique Latine, alors qu'en France, le législateur prévoit expressément, dès la première version de la loi sur la fiducie de 2007, que le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie.<sup>1245</sup> Le législateur français aurait dû spécifier que l'article 2016 du Code Civil s'applique exclusivement à la fiducie-sûreté et non à la fiducie-gestion.<sup>1246</sup>

1192. En Argentine, l'interdiction du cumul n'est pas consignée dans la loi 24.441 sur les fidéicomis ; elle se dégage d'une interprétation de l'article 7 de cette même loi. Selon Mario Carregal, « *ce n'est pas parce que le cumul des qualités de fiduciaire et de bénéficiaire sur la personne du créancier dans les trusts de garantie n'est pas expressément énoncé dans la loi argentine sur les fidéicomis, qu'il est illégal ou interdit.* »<sup>1247</sup>

1193. Le problème se pose aussi au Panama, avec l'article 33 alinéa 5 de la loi panaméenne n° 1 sur les fidéicomis. Il dispose que le fidéicomis prend fin par « confusion en une seule personne des qualités d'unique bénéficiaire et d'unique fiduciaire. » Néanmoins, dans les fidéicomis de garantie, le constituant-débiteur reste toujours bénéficiaire du trust de garantie, même si les biens du patrimoine fiduciaire passent à la libre disposition du fiduciaire créancier bénéficiaire pour couvrir sa créance, car le constituant débiteur reste toujours bénéficiaire du rémanent, même s'il y en a pas. Il y a donc toujours deux bénéficiaires dans les opérations fiduciaires de garantie.

1194. La situation est plus compliquée lorsque la loi bolivienne interdit expressément deux éléments importants des trusts de garantie. D'abord, l'article 1423

---

<sup>1245</sup> A l'article 2016 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1246</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2016 dans le projet de loi sur la fiducie *infra* 585.

du Code de Commerce bolivien énonce qu'est nulle toute stipulation disposant que le fiduciaire acquerra définitivement la propriété des biens provenant du fidéicomis. Ensuite, l'article 1424 du même Code prévoit qu'il n'est pas valable qu'une personne cumule les qualités de fiduciaire et de bénéficiaire. Si une telle situation se produit, elle ne peut pas être créancier des bénéfices du fidéicomis tant que la confusion subsiste.<sup>1248</sup>

*1195.* Dans ce contexte, dans les fidéicomis de garantie boliviens, le fiduciaire créancier ne peut pas acquérir la propriété des biens immeubles ou meubles pour couvrir sa créance. Rien ne l'empêche en revanche d'organiser contractuellement, avec l'accord du constituant-débiteur-bénéficiaire, les conditions dans lesquelles les biens seront cédés à un tiers, par exemple, par vente publique ou privée, aux enchères ou par offres ciblées. Le produit de la vente rembourse sa créance.

*1196.* En ce qui concerne le cumul des qualités de fiduciaire et de bénéficiaire dans les fidéicomis de garantie, le fiduciaire n'acquiert la qualité de bénéficiaire avec le constituant-bénéficiaire débiteur qu'en cas de non-paiement de la créance, c'est-à-dire, au dénouement du contrat de fidéicomis. Or, la dernière partie de l'article 1424 met fortement en doute la légalité en Bolivie d'un fidéicomis de garantie dans lequel le fiduciaire-créancier est aussi bénéficiaire, car, en cas de cumul de ces deux qualités, on ne peut pas recevoir les bénéfices du fidéicomis pendant que la confusion dure. Cet article ne précise pas que l'interdiction s'applique uniquement à la confusion en une seule personne des qualités d'unique bénéficiaire et d'unique fiduciaire, comme l'énonce la loi panaméenne, ce qui aurait permis de valider les fidéicomis de garantie boliviens qui ont toujours deux bénéficiaires, le débiteur constituant et le créancier fiduciaire. L'interdiction s'applique davantage aux fidéicomis de gestion. Le législateur bolivien aurait dû écarter l'application de ces deux articles aux fidéicomis de garantie.

*1197.* Si en France, en Argentine et au Panama, les trusts de garantie avec un constituant-débiteur-bénéficiaire et un créancier-fiduciaire-bénéficiaire sont valides,

---

<sup>1247</sup> M. A. CARREGAL, *op. cit.*, p. 234.

en Bolivie, la prudence conseille de constituer seulement des trusts de garantie dans lesquels le fiduciaire n'est pas bénéficiaire. Le constituant débiteur constituera un trust de garantie avec une banque fiduciaire au bénéfice d'un tiers créancier bénéficiaire. De cette manière, la Bolivie perd le bénéfice du cumul des qualités de fiduciaire-créancier-bénéficiaire, à savoir la réduction des coûts de constitution et de gestion de la garantie, considérée comme un moyen efficace pour élargir l'accès au crédit à moindre coût.

1198. En effet, lorsque le créancier et le débiteur peuvent, eux-mêmes et sans l'intervention d'un tiers, mettre en place les sûretés qu'ils estiment appropriées, il n'est pas nécessaire de payer des commissions à des tiers fiduciaires qu'il faut chercher dans le marché. Si le créancier a la capacité d'agir comme fiduciaire et bénéficiaire, ses honoraires sont moins importants, voire inexistantes. Les coûts d'accès au crédit sont considérablement diminués.<sup>1249</sup> L'efficacité économique de la règle de droit des sûretés réelles est nécessaire. Une règle est économiquement efficace lorsqu'elle garantit au créancier l'obtention effective de son dû, à moindre coût et délai, sans occasionner un gaspillage inutile des richesses du constituant de la sûreté.<sup>1250</sup> A ce titre, même si les trusts de garantie peuvent se réaliser à trois, voire à quatre, lorsque la quatrième personne garantit avec ses biens transférés en trust la dette d'autrui, les trusts de garantie « en duo » sont les plus attractifs et les plus utilisés.

1199. En France, l'opérationnalité de la fiducie-sûreté<sup>1251</sup> est récente,<sup>1252</sup> notamment grâce à son adaptation au droit français des procédures collectives. L'efficacité de

<sup>1248</sup> Le « Projet de Code de commerce bolivien en conformité à la nouvelle Constitution » de mars 2010 reprend ces deux articles et les énonce en un seul article 862.

<sup>1249</sup> M. A. CARREGAL, *ibid.*, p. 232.

<sup>1250</sup> Ph. DUPICHOT, « L'efficacité économique ... » *op. cit.*, p. 2.

<sup>1251</sup> La première fiducie-sûreté conclue en février 2008 a permis à une société, qui avait un passif fiscal et qui se trouvait en situation de conciliation, de transférer un immeuble dans un patrimoine fiduciaire pour garantir ses dettes. Le constituant était une société en difficulté, redevable de dettes fiscales et sociales. Le bien immeuble appartenant au débiteur est transféré à Natixis, intervenant comme fiduciaire, à charge pour lui de gérer le bien pour le compte de l'État français, jusqu'à complet paiement de la dette. Voir l'article « L'État baptise la première fiducie », dans *Newsmanagers avec Lamy patrimoine du 26 Février 2008* : Le premier contrat est signé. Il s'en est fallu de peu pour que la fiducie fête son premier anniversaire sans avoir jamais été appliquée. Après des décennies de tergiversations durant lesquelles bien des pays ont eu le temps de s'armer d'un dispositif perfectionné, il aura encore fallu attendre le 6 février 2008 pour que le premier contrat soit conclu. Ici, c'est l'État français qui montre l'exemple. Il est en effet le bénéficiaire de cette première opération. C'est un contrat de fiducie-sûreté qui a été signé à Bercy.

<sup>1252</sup> Ph. DUPICHOT, « La fiducie-sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », JCP G 2009, I, 132.

certaines sûretés réelles exclusives (fiducie-sûreté, rétention du gagiste sans dépossession) était si brutale que le législateur s'est résolu par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la tempérer afin de la rendre conciliable avec l'objectif premier de sauvetage de l'entreprise.<sup>1253</sup> Désormais, les parties greffent sur le contrat de fiducie-sûreté une convention de mise à disposition par laquelle le constituant conserve l'usage et la jouissance des biens intégrés dans le patrimoine fiduciaire.<sup>1254</sup>

*1200.* La différence entre la fiducie-sûreté avec dépossession et sans dépossession, créée de toutes pièces par le législateur français, sert uniquement à la sauvegarde des entreprises, en cas de procédure collective. Les biens et droits transférés dans le patrimoine fiduciaire qui restent physiquement entre les mains du constituant-débiteur défaillant participent au sauvetage de l'entreprise. La convention de mise à disposition est soumise aux règles de la continuation des contrats en cours s'il est encore question de sauvegarde ou de redressement,<sup>1255</sup> ce qui n'est plus le cas en liquidation judiciaire.<sup>1256</sup>

*1201.* Le droit français des procédures collectives édicte cette paralysie de la fiducie-sûreté justifiée par l'identification d'une convention conservant l'usage ou la jouissance au débiteur, à savoir d'une fiducie-sûreté sans dépossession.<sup>1257</sup> Il revient en ce cas à l'administrateur d'imposer la continuation d'un contrat en cours de mise à disposition des actifs fiduciaires réputés nécessaires à la continuation de l'entreprise (C. com., art. L. 622-13-VI).<sup>1258</sup> Le contrat supplémentaire de mise à disposition sert uniquement à l'application à celui-ci des règles de la continuation des contrats en cours car toute l'information pour savoir si les biens sont en possession du débiteur bénéficiaire et s'ils sont nécessaires à la poursuite de l'activité de la société défaillante devrait déjà être contenue dans le contrat de fiducie-sûreté. Ces règles s'appliquent exclusivement à la fiducie-sûreté car dans la fiducie-gestion, le constituant n'est pas débiteur du fiduciaire ou d'un autre bénéficiaire.

---

<sup>1253</sup> Ph. DUPICHOT, « L'efficacité économique ... », *ibid.*, p. 42-43.

<sup>1254</sup> Article 2018-1 du Code Civil, créé par loi n° 2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 V.

<sup>1255</sup> Article L622-13 du Code de Commerce français, modifié par Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 27 ; article L622-23-1 du même Code, créé par Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 32 ; article L631-14 de ce Code, modifié par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 138 (V).

<sup>1256</sup> Article L641-12-1 du Code de Commerce français, créé par Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 106.

<sup>1257</sup> L'article L. 622-23-1 du Code de commerce français

<sup>1258</sup> Ph. DUPICHOT, « L'efficacité économique... », *op. cit.* p. 41, note en bas de page n° 147.

1202. L'article 2018-1 du Code Civil français est inutile en cas de fiducie-gestion car le constituant n'a pas besoin d'un contrat supplémentaire de mise à disposition pour bénéficier lui-même ou pour faire profiter aux bénéficiaires des biens meubles et immeubles du patrimoine fiduciaire.<sup>1259</sup> L'article 2018-1 devrait être supprimé ou être restreint aux fiducies-sûretés car il dénature le contrat de fiducie.<sup>1260</sup> Cet article ne fait que confirmer la légalité d'une éventuelle convention de mise à disposition des biens affectés au bénéfice du constituant-débiteur, laquelle ne semblait pas interdite auparavant.<sup>1261</sup> L'article exclut aussi la réglementation d'ordre public sur les baux commerciaux et sur la location gérance lorsque le bien visé est un immeuble ou un fonds de commerce. Pourtant, il devrait être évident que cette réglementation ne s'applique pas. La convention stipule les modalités de mise à disposition des biens du patrimoine fiduciaire dans le cadre d'une fiducie-sûreté. Les règles applicables aux parties sont donc celles du contrat de fiducie qui doit déterminer dans quelles conditions les bénéficiaires profitent des biens du patrimoine fiduciaire. Le constituant-débiteur n'est donc ni locataire ni gérant mais il est bénéficiaire d'un contrat de fiducie.

1203. Il ne convient pas pour autant mettre en cause les règles en vigueur du Code de commerce français relatives à la fiducie-sûreté sans dépossession, comme instrument de sauvegarde des entreprises en cas de procédure collective.<sup>1262</sup> Le Code de commerce décrit parfaitement la procédure et énonce, à plusieurs reprises, l'existence de la convention de mise à disposition.<sup>1263</sup> Il n'est donc pas nécessaire de l'énoncer dans le Code Civil, car la convention de mise à disposition est un élément du droit des procédures collectives et non un élément de la structure de la fiducie.

---

<sup>1259</sup> Voir *supra* p. 205 et suiv.

<sup>1260</sup> Voir la proposition du projet de loi sur la fiducie (article 2018-1) *infra* p. 585.

<sup>1261</sup> J. L. ANSAULT, « La fiducie sûreté ressuscité ! », *Journal des sociétés*, n° 65, mai 2009, note n° 5, p. 22.

<sup>1262</sup> La situation du créancier n'est pas pour autant désespérée. Il peut revendiquer « à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles (...) transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant-bénéficiaire » (C. com., art. L. 624-16) ; surtout, il reste à l'abri de la loi de la majorité propre aux comités de créanciers dont il est avantageusement exclu (C. com., art. L. 626-30 *in fine*). Un nouvel équilibre entre des finalités concurrentes se dessine : si l'efficacité pourra courber l'échine de façon à permettre une sauvegarde ou un redressement, elle restera intacte toutes les fois que la situation du débiteur sera irrémédiablement compromise, c'est-à-dire au cas de liquidation qui compte pour l'immense majorité des procédures. C'est là encore la marque d'une tradition d'équilibre chère aux droits de tradition civiliste. Ph. DUPICHOT, *ibid.*, p. 41-42.

<sup>1263</sup> Article L622-13 du Code de Commerce français : ... Les dispositions du présent article ne concernent pas le contrat de fiducie, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ; article L622-23-1 du même Code : Lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance... ; article L631-14 de ce Code : Lorsque .. le débiteur a transféré des biens ou droits dans un patrimoine fiduciaire avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde ayant donné lieu au plan résolu, la convention en exécution de laquelle celui-ci conserve l'usage ou la jouissance de ces biens ou droits n'est pas soumise aux dispositions ...

1204. Les trusts de garantie comportent toujours une part de trusts de gestion : une stricte délimitation entre les deux types de trusts de droit civil n'est pas nécessaire ni prévue dans les lois étudiées. Les parties peuvent ainsi organiser le sort des revenus du patrimoine fiduciaire comme elles l'entendent. Le fiduciaire peut percevoir les fruits ; ils pourront devenir la propriété du créancier et s'imputer sur la dette, ou ils resteront dans le giron du constituant, ou encore ils serviront au paiement du service rendu par le fiduciaire.<sup>1264</sup>

1205. La différence entre les trusts de garantie et les trusts de gestion réside dans la délicate question du dénouement du trust de garantie. Si le débiteur acquitte la dette garantie, qui constitue l'objet du contrat, le but poursuivi est normalement accompli et le trust de garantie prend fin. Les biens en cause quittent le patrimoine fiduciaire pour retourner à celui du constituant-bénéficiaire. Par contre, en cas de défaillance du débiteur, à défaut de stipulation contraire, le mode de dénouement normal du trust de garantie consiste en l'acquisition, par le créancier, de la libre disposition des biens et des droits mis en trust à titre de garantie, même si le créancier cumule les qualités de fiduciaire et de bénéficiaire.<sup>1265</sup>

1206. Le contrat qui met en place une opération « *fiducia cum creditore* » doit prévoir, avec précision, les conditions dans lesquelles le fiduciaire, en fonction de ses pouvoirs et obligations, procédera à la vente des biens du fonds fiduciaire objet de la garantie. La clarté des instructions données au fiduciaire est essentielle dans les trusts de garantie. Les trusts de garantie sont constitués pour protéger le créancier de l'inexécution d'une obligation contractée par le débiteur, qui peut être une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.

1207. La mise en demeure du débiteur habilite le fiduciaire à vendre le bien pour payer le créancier avec le prix obtenu. En France, la valeur du bien cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte, pour les biens meubles d'une cotation officielle sur un marché organisé ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite. En outre, il est

---

<sup>1264</sup> J. L. ANSAULT, *ibid.*, p. 27.

nécessaire de définir clairement les règles pour constater l'inexécution, car une erreur d'appréciation peut déclencher la responsabilité du fiduciaire vis-à-vis non seulement du débiteur mais aussi du créancier.

1208. Selon Mario Carregal,<sup>1266</sup> « *il faut éviter de donner au fiduciaire un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de l'inexécution, qui le mettrait dans la position d'un juge ou d'un arbitre, avec la différence que ceux-ci ne sont pas responsables de leurs décisions, tandis que le fiduciaire est responsable s'il se trompe.* »<sup>1267</sup> Ainsi, le fiduciaire doit avoir les moyens nécessaires pour effectuer une appréciation objective de la mise en demeure et pour diminuer les responsabilités potentielles dérivées de sa décision. Il est encore plus difficile de constater l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Il est parfois nécessaire de stipuler que l'opinion technique d'un tiers suffit pour constater l'inexécution. En dernier recours, la mise en place d'une procédure d'arbitrage dont la décision permet au fiduciaire d'exécuter ou non la garantie peut être envisagée.

1209. Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, certains trusts de garantie sont appelés « *trusts as a security device* ». <sup>1268</sup> L'idée est similaire à celle des trusts de garantie de droit civil ; pour protéger les biens, en cas de faillite de celui qui les reçoit, étant bien entendu qu'il n'en bénéficie pas, il est logique de lui demander de les détenir en trust. A titre d'exemple, une somme d'argent est prêtée à une société avec un but précis, lequel, s'il est mené à bien, établira une relation classique de créancier et débiteur. Cependant, il peut être stipulé que si le but échoue, totalement ou partiellement, l'argent sera détenu en trust pour le prêteur. De cette manière, il récupère son argent si la société est dans une procédure de liquidation, avant d'avoir utilisé l'argent dans le but convenu.

1210. Dans les fidéicommiss et les fiducies de garantie de droit civil, le constituant transfère au fiduciaire des biens qui garantissent l'exécution d'obligations de natures

<sup>1265</sup> Articles 2372-3 et 2488-3 et suiv. du Code civil français, créés par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - arts. 5 et 7.

<sup>1266</sup> M. A. CARREGAL, *ibid.*, p. 254.

<sup>1267</sup> Article 2026 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1268</sup> Barclays Bank Ltd v Quistclose Investments Ltd [1970] A.C. 567. Voir aussi les explications de Lord Millet dans l'affaire Twinsectra Ltd v Yardley [2002] 2 A.C. 164.

diverses, que le constituant veut assumer, par exemple, un prêt, un crédit, un usufruit, une émission d'obligations qui peut donner lieu à l'émission de certificats fiduciaires.<sup>1269</sup> Les trusts de garantie sont constitués de biens corporels (A), de biens incorporels ou de droits (B).

### *A. Trusts de garantie sur des biens corporels*

*1211.* Les trusts de garantie de droit civil encadrent des opérations sur des biens immobiliers et sur des biens meubles. Reinhard Dammann et Gilles Poudeur<sup>1270</sup> donnent l'exemple de la première fiducie-sûreté sur laquelle ils sont intervenus. Elle portait sur des stocks et avait été conclue pendant la période d'observation d'une procédure de redressement judiciaire. Elle a permis au débiteur d'obtenir un financement bancaire à court terme pour faire face à un « trou d'air ». Les stocks ont été intégrés dans un plan de cession au profit d'un repreneur, avec l'accord du créancier et contre remboursement intégral de sa créance.

*1212.* Les trusts de garantie sont utilisés pour la structuration de projets complexes de financement de construction d'immeubles ou d'usines. Certains auteurs<sup>1271</sup> prônent son usage dans des opérations simples de garantie, en tant que sûreté relevant du droit de la consommation en droit bancaire, pour remplacer l'hypothèque et le gage. L'avantage du trust de droit civil de garantie par rapport à d'autres sûretés réelles, telles que l'hypothèque,<sup>1272</sup> l'antichrèse<sup>1273</sup> ou le gage,<sup>1274</sup> est que le transfert de

<sup>1269</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de comercio concordado y anotado, op. cit.*, note à l'article 1446, p. 1349.

<sup>1270</sup> R. DAMMANN G. POUDEUR « Fiducie-gestion et pacte d'actionnaires », *Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly*, août – septembre 2008, p. 652.

<sup>1271</sup> N. BAUCH-LABESSE, *article précité*.

<sup>1272</sup> En France, l'hypothèque est rechargeable. Elle peut être affectée après sa constitution à la garantie de créances autres que celles mentionnées dans l'acte d'origine, mais il faut que celui-ci le prévoie expressément, dans la limite de la somme stipulée dans l'acte constitutif, ouverte aussi à des nouveaux créanciers, encore que le créancier originaire n'ait pas intégralement payé. La fiducie-sûreté bénéficie également de cette possibilité de recharge : le constituant peut affecter une partie de la valeur des actifs fiduciaires en garantie d'une nouvelle créance. En Argentine, la loi n° 41/2007 du 7 décembre 2007 modernise le marché hypothécaire. La nouvelle rédaction de l'article 4 de la loi n° 2/1994 de subrogation et de novation des prêts hypothécaires semblerait mettre en place un régime pour l'hypothèque rechargeable. Son utilisation est néanmoins limitée aux seules institutions financières. En Bolivie, l'article 1360 et suivants du Code Civil considèrent encore l'hypothèque comme indivisible et non rechargeable. Le « Projet de Code de commerce en conformité à la nouvelle Constitution » de mars 2010, aux articles 711 à 716, ne prévoit pas l'hypothèque rechargeable et renvoie aux dispositions du Code Civil bolivien en vigueur.

<sup>1273</sup> L'usage de l'antichrèse en Bolivie est important, sur la base de l'article 1421 du Code Civil, même si sa nature juridique n'est pas définie. Le nantissement d'une chose immobilière s'appelle « antichrèse », lorsque son propriétaire cède la jouissance d'un bien à un créancier pour lui permettre de percevoir les revenus jusqu'à ce que leur valeur accumulée paye la dette. La valeur des revenus encaissés vient d'abord compenser les intérêts et elle est ensuite imputée sur le capital restant dû. Depuis la loi du 12 mai 2009, le terme antichrèse a été remplacé dans le code civil français par les mots « gage immobilier ». Selon Carlos Morales Guillen, ce contrat est d'origine grecque. A Rome, il cachait souvent une convention

propriété dans un patrimoine d'affectation assure une protection légale des biens affectés au projet car ils ne peuvent pas être saisis par les créanciers du constituant, du fiduciaire ou des bénéficiaires. Les bénéficiaires, par la mission confiée au fiduciaire, exercent un contrôle plus strict sur les biens du patrimoine fiduciaire et évitent la concurrence d'autres sûretés réelles.

*1213.* La loi française donne la possibilité de conclure des fiducies-sûretés rechargeables, c'est-à-dire susceptibles de garantir d'autres dettes que celles à la garantie desquelles elles ont été constituées. Le débiteur bénéficie ainsi d'une flexibilité accrue et réduit les coûts associés à la constitution de sûretés. Une fiducie rechargeable a été conclue au début de l'année 2008, avec le conseil du cabinet Clifford Chance à Paris, par une société industrielle, dans le cadre d'une restructuration de ses dettes, au profit de créanciers ayant des « rangs » différents. Il est prévu contractuellement qu'elle est « rechargeable » au profit d'autres créanciers. L'actif mis en fiducie est l'immeuble dans lequel la société exploite son activité ; la mise à disposition de cet immeuble est organisée contractuellement et le fiduciaire devient propriétaire, au profit du constituant.<sup>1275</sup>

*1214.* Habituellement, le constituant apporte un terrain, au fidéicomis ou à la fiducie, en garantie d'un prêt de financement de la construction, consenti par la banque créancière, qui peut cumuler ou non la qualité de fiduciaire. Les parties peuvent décider de confier l'ouvrage à une entreprise du bâtiment qui peut être en charge, ensuite, de la commercialisation des « unités » de vente des appartements. La définition de la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs de gestion

---

usuraires. Dans l'ancien droit français, ce contrat avait été nommé « gage mort » ou « Mort-gage », mot utilisé en langue anglaise pour l'hypothèque, qui, après avoir été condamné par le droit canonique, a été transformé en « gage vif » ou « vif-gage » ou gage à amortir, jusqu'à ce que le Code Civil de 1804, l'incorpore dans ses normes, de façon peu réfléchie et un peu trop vite. C. MORALES GUILLEN, *Codigo Civil concordado y anotado, ibid.*, note à l'article 1429, p. 1837.

<sup>1274</sup> En France, à partir de 2006, le bénéficiaire d'un gage sans dépossession bénéficie d'un droit de rétention fictif puisque le constituant conserve la possession du bien gagé, dont l'ordonnance du 18 décembre 2008 précise les contours. Cette possibilité de constituer un gage avec ou sans dépossession se rapproche de la possibilité ouverte aux parties d'une fiducie de conclure, en parallèle du contrat de fiducie, une convention de mise à disposition d'un ou plusieurs actifs fiduciaires en faveur du constituant, sauf que, bien entendu, dans le gage, le constituant ne transmet pas la propriété du bien gagé. En Argentine, l'article 14 de la loi n° 20.190 du 5 de juin 2007, crée un système de gage sans dépossession (*prenda sin desplazamiento*), qui remplace d'autres sortes de gage sans dépossession avant cette date. L'article 42 des normes contenues dans cet article, déroge les lois n° 4.097, 4.702, 5.687 et 18.112, l'article 43 du décret n° 164 de 1991, l'article 15 de la loi n° 19.542, l'article 3° de la loi n° 19.425, l'article 62 b du décret n° 1.939, l'article 16 de la loi n° 19.865 et l'article 60 de la loi n° 19.712. En Bolivie, l'article 1417 du Code Civil bolivien prévoit le gage sans dépossession agricole, hôtelier et industriel et renvoie au régime du gage sans dépossession commercial des articles 886 et suivants du Code de Commerce.

<sup>1275</sup> R. DAMMANN, G. POUDEUR, *ibid.*

et de disposition sont l'atout essentiel qui différencie les trusts de garantie des autres garanties de droit civil.<sup>1276</sup> Les trusts de garantie peuvent être limités à la protection des biens affectés au projet et le fiduciaire circonscrit son rôle au transfert des biens en trust aux bénéficiaires, suivant les stipulations contractuelles. Dans ce cas, le fiduciaire prend peu de risques étant donné que, dans sa mission, il n'est pas en charge du contrôle d'autres tâches sous-jacentes à la gestion des biens en garantie, par exemple, la supervision de la construction de l'immeuble.

1215. Autrement, il peut être ajouté, à la fonction de garantie de la fiducie ou du fidéicommiss, une mission pour le fiduciaire de gestion de l'ouvrage. Le fiduciaire assure les compétences managériales d'un opérateur d'un « *Special Purpose Vehicle* » (SVP) ou société de projet et délègue ce qu'il ne peut pas assumer. Il gère les contrats dans l'intérêt des bailleurs de fonds et des sponsors et alloue les flux selon les droits des différents constructeurs, contractants et financiers.<sup>1277</sup> Il a comme devoir le contrôle du rythme et de la qualité d'exécution du projet, à savoir la qualité du travail rendu et le respect des échéances contractuelles. Le fiduciaire doit conclure les contrats nécessaires à l'exécution du projet, contrôler l'exécution des différentes phases, gérer les revenus des ventes, le paiement des impôts et des sous-traitants.

1216. Le fiduciaire gère et développe les activités financées sur la base des garanties du fidéicommiss ou de la fiducie ; il exécute tous les engagements avec diligence. Les techniques d'investissement et de gestion des trusts de droit civil de garantie sont appliquées à des biens immeubles (a.) et au financement de projet (b.)

a. Fonds fiduciaires de garantie avec des biens immeubles

1217. La personne qui finance la construction d'un bâtiment peut protéger sa créance avec un trust de garantie. Le terrain ou le bâtiment en construction est transféré au fiduciaire qui ne doit participer ni au résultat ni aux bénéfices du projet entrepris.<sup>1278</sup> Le fiduciaire procède, selon ce qui est stipulé dans le contrat, à la vente de l'immeuble en cas d'inexécution des paiements échelonnés, convenus avec le

---

<sup>1276</sup> N. BAUCH-LABESSE, *article précité*.

<sup>1277</sup> J-F ADELLE, X. PAPER, « La Fiducie dans les Financements d'Infrastructures », Newsletters & tribunes, Jeantet Associés, AARPI, Septembre 2011.

<sup>1278</sup> Voir *supra* p. 60 le principe en droit des trusts selon lequel « le fiduciaire ne profite point du trust ».

débiteur-constituant. Selon Mario Carregal,<sup>1279</sup> « en pratique, étant donné que le financement est assuré, ce dénouement est exceptionnel ; le financement est versé au fur et à mesure de l'avancement de l'ouvrage. Les ressources provenant du crédit sont incorporées au bâtiment en construction et augmentent de cette manière proportionnellement la valeur de l'immeuble affecté à la garantie. »

1218. Les créanciers tiers au projet n'ont pas la possibilité de saisir le bien. Les créanciers des obligations conclues par la fiducie ou le fidéicomis, c'est-à-dire, le personnel de l'ouvrage et les fournisseurs, ne représentent pas un risque pour le projet car le financement est assuré. Le versement des paiements contre avance de l'ouvrage permet de recevoir, dans les délais convenus, le paiement de leurs créances. Le fiduciaire peut également être en charge de la gestion des entrées de fonds provenant des ventes et des versements financiers ; leurs montants sont libérés et utilisés selon les besoins du projet. Des clauses de révocation et de remplacement de la société en charge de la construction, en cas d'inexécution doivent être prévues ; elles autorisent le fiduciaire à agir en conséquence.

1219. Dans ce fidéicomis ou cette fiducie, les entrées de fonds provenant des ventes protègent plus les créances garanties et moins les acheteurs des unités du bien immeuble. Néanmoins, ceux-ci bénéficient indirectement de ce schéma qui est en ligne avec leurs intérêts.<sup>1280</sup> En principe, le fiduciaire invite à souscrire les promesses d'achat ou les formulaires de commande, mais il ne doit pas participer aux résultats de l'affaire. Cette tâche peut être assurée par la société de construction ; le fiduciaire se limite, dans ce cas, à faciliter le transfert de propriété aux acheteurs par la signature des actes authentiques.

1220. La flexibilité des trusts de garantie permet de structurer toutes les opérations dans lesquelles on veut protéger les biens affectés à un projet et de cette manière, assurer la gestion du financement du projet sous-jacent. La fiducie et le fidéicomis en général, mais principalement la fiducie-sûreté et les fidéicomis de garantie, sont des structures de protection des biens du projet. Les modalités pratiques de montages fiduciaires sont ainsi illimitées. A titre d'exemple, compte tenu de l'apport d'un

---

<sup>1279</sup> M. A. CARREGAL, *op. cit.*, p. 377.

terrain par le constituant dans le trust de droit civil de garantie pour participer à un projet immobilier, il peut être stipulé qu'il obtiendra en tant que constituant-bénéficiaire des droits sur l'immeuble, calculés en fonction du prix de vente des unités, voire une participation aux résultats et donc aux bénéfices du projet, adaptés aux buts du projet sous-jacent.

*1221.* Une clause d'échange du terrain contre des unités résultant du projet peut être envisagée. Le fiduciaire a alors des instructions précises pour transférer la pleine propriété des unités convenues au constituant-bénéficiaire, une fois le bâtiment terminé. D'autres unités peuvent aller à la société de construction, qui sera aussi bénéficiaire. Le principe consiste ainsi à échanger un bien présent, à savoir le terrain, contre des biens futurs résultant de l'exécution du projet. Une autre possibilité est un financement de la construction, sans participer directement à l'opération immobilière. Dans ce cas, le négoce sous-jacent est le contrat de prêt conclu entre la banque et la société de construction ; la banque obtient sa garantie d'un trust auquel sont transférés les biens affectés au projet financé.

*1222.* Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, des trusts sont créés dans l'industrie de la construction avec l'objectif de retenir des fonds en trust pour donner une garantie au maître d'ouvrage contre le mauvais travail ou la faillite du constructeur. Le trust prévoit aussi des garanties pour ce dernier et pour les sous-traitants en cas de faillite du maître d'ouvrage. Le propriétaire de l'ouvrage a l'obligation contractuelle de retenir 5% des fonds qui seront payés à l'architecte pour le travail réalisé et devront être mis en trust dans un compte séparé. Il n'a pas l'obligation d'investir cet argent. La moitié du montant devient payable une fois que l'architecte présente une certification de travaux finis et le reste lorsqu'il présente l'attestation de conformité. Sinon, le maître d'ouvrage peut réclamer l'argent du fonds fiduciaire pour les coûts encourus afin de remédier aux défauts et finaliser l'ouvrage.<sup>1281</sup>

---

<sup>1280</sup> M. A. CARREGAL, *ibid.*, p. 377.

<sup>1281</sup> D. J. HAYTON, *The law of trusts, op. cit.*, p. 72.

1223. Les trusts de garantie de droit civil sont créés pour des financements sur mesure destinés à des projets complexes d'infrastructure dans les domaines de la circulation, de l'énergie, de l'eau, de l'élimination des déchets et des loisirs. Ces financements concernent des investissements d'envergure du secteur privé ou public. Leur viabilité est calculée en fonction des flux de trésorerie et de la marge brute d'autofinancement (*cash-flow*) générés à long terme. Il s'agit du financement de projet.

*b. Trusts de garantie pour un financement de projet*

1224. Le financement de projet (*corporate financing*), traduit plus précisément de l'anglais par « financement sur projet »,<sup>1282</sup> consiste à rassembler, combiner et structurer les divers apports de fonds nécessaires à des investissements importants privés, publics ou mixtes dans les infrastructures de transport, les complexes industriels, les centrales de production d'énergie, le lancement de satellites de communications et l'infrastructure permettant de les exploiter, en assurant leur viabilité financière. Lorsque les investissements sont lourds, ils entrent difficilement dans une logique de « *corporate financing* ». Le financement de projet se différencie d'autres méthodes de financement par le fait que les apports de fonds sont majoritairement rémunérés par les liquidités (*cash flows*) générées par le projet lui-même.

1225. La différence avec le *corporate financing* résulte ainsi du regard porté sur l'investissement par les bailleurs de fonds. Dans le *corporate financing*, les investisseurs-crédanciers se fient à la situation patrimoniale de l'entreprise (vision du passé) tandis que dans le financement de projet, ils tablent uniquement sur les revenus futurs escomptés (vision de l'avenir).<sup>1283</sup> Ainsi, même une petite ou moyenne entreprise (PME) peut solliciter des financements sur son projet à une banque fiduciaire ou à un groupe de banques lorsqu'elle est en mesure de justifier la rentabilité de son projet d'investissement. Les entreprises ne financent pas la totalité de leurs investissements avec la source la moins chère de financement. En réalité,

---

<sup>1282</sup> N. TAVERDET-POPIOLEK, *Guide du choix d'investissement*, Editions d'Organisation, Groupe Eyrolles, 2006, p. 360.

<sup>1283</sup> N. TAVERDET-POPIOLEK, *ibid.*, p. 361.

chacune des sources n'est disponible qu'en quantité limitée et souvent l'entreprise n'a pas accès à toutes les sources.

1226. L'intérêt est multiple pour les investisseurs du projet car il permet de déconsolider le montant de l'investissement de leurs bilans propres, étant donné l'importance des sommes mises en jeu, et de transférer l'essentiel des risques inhérents au projet à un véhicule de gestion et de financement. La fiducie-sûreté<sup>1284</sup> ou le fidéicommiss de garantie remplace parfaitement la société de projet (appelée aussi *Special Purpose Vehicule SVP*), utilisée traditionnellement pour porter le projet. Mario Carregal<sup>1285</sup> affirme que « *la simple mention des principes de base du financement de projet amène directement à penser aux fidéicommiss de garantie, comme le moyen le plus approprié pour mettre en place des garanties sur les biens destinés au projet et sur les flux de fonds produits par ce dernier, qui pourront être affectés au paiement des obligations nanties.* »

1227. La fiducie et les fidéicommiss sont des entités *ad hoc*.<sup>1286</sup> Dans le cadre de financements d'infrastructures, les constituants sont généralement les sponsors.<sup>1287</sup> Ce sont eux qui sollicitent, auprès d'une banque, la mise en place d'un montage financier pour réaliser le projet d'investissement. On les appelle aussi les promoteurs.<sup>1288</sup> Ils veulent échapper à la consolidation de la fiducie ou du fidéicommiss. A cette fin, en France, étant donné que le constituant est présumé exercer le contrôle de la fiducie lorsqu'il est aussi le bénéficiaire, l'intervention de plusieurs constituants et bénéficiaires est recommandée, avec une mutualisation effective des risques et des avantages au sein de la fiducie. Des apports de biens fongibles sont prévus et, en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le passif est mis à la charge du fiduciaire.<sup>1289</sup>

1228. A la différence des sociétés de projet, les trusts de droit civil ne peuvent pas être placés en procédure collective.<sup>1290</sup> Dès lors, en cas de défaillance de la fiducie ou

---

<sup>1284</sup> J-F ADELLE, X. PAPER, *op. cit.*

<sup>1285</sup> M. A. CARREGAL, *loc. cit.*, p. 387.

<sup>1286</sup> Règlement n° 2008-01 du 3 avril 2008.

<sup>1287</sup> J-F ADELLE, X. PAPER, *ibid.*

<sup>1288</sup> N. TAVERDET-POPIOLEK, *ibid.*, p. 361.

<sup>1289</sup> Voir *infra* p. 532 et suiv. sur le traitement comptable de la fiducie pour la laisser en dehors du périmètre de consolidation.

<sup>1290</sup> Voir *infra* p. 221 sur l'insuffisance du patrimoine fiduciaire. Jean-François Adelle et Xavier Paper expliquent que « *l'intérêt est que, à la différence du SPV, la fiducie ne peut être, semble-t-il, placée en procédure collective* » (c'est nous qui soulignons). Il appartient donc au législateur de le préciser expressément dans la loi, sans attendre l'interprétation du juge. Voir notre proposition de modification du très critiqué article 2025 du Code Civil français en vigueur, *supra* p. 570.

du fidéicomis, les capacités opérationnelles, stipulées dans la mission du fiduciaire, sont réaménagées selon les prescriptions des créanciers, sans interférence d'un administrateur judiciaire. Pour remplacer complètement la société de projet, contrairement aux fidéicomis, la fiducie n'est pas autorisée, pour le moment, à émettre de titres obligataires ; ceux-ci sont émis par une société de financement détenue par les sponsors qui lui apportent le produit de l'émission.<sup>1291</sup>

1229. Etant donné le concept de financement sans recours,<sup>1292</sup> le but est d'optimiser les apports de fonds, sous la forme d'une combinaison de fonds propres provenant des apports des constituants du trust de droit civil de garantie et de la dette bancaire nantie par les biens du patrimoine fiduciaire apportés par les constituants, qui font partie du projet. Cette optimisation veille à maximiser la rentabilité des fonds propres des constituants et de l'entrepreneur du projet, tout en assurant le remboursement de la dette bancaire nantie, dans des conditions acceptables pour le prêteur en cas de scénarios de dégradation.

1230. Le financement de projet est une formule de financement fondée sur la seule rentabilité du projet. La question se pose de savoir qui va supporter les risques inhérents au projet d'investissement. Est-ce le promoteur du projet ou bien les bailleurs de fonds ? Le financement sans recours ou à recours limité<sup>1293</sup> est motivé par le désir des promoteurs d'exclure ou de limiter les risques au-delà de l'investissement et d'éviter que l'opération ne pèse sur leurs comptes. Dans la mesure où il est irréaliste de penser que la valeur de réalisation des actifs d'un projet permet aux

---

<sup>1291</sup> J-F ADELLE, X. PAPER, *ibid.* Les auteurs considèrent que « n'ayant pas la personnalité morale, la fiducie ne peut émettre de titres obligataires ». Pourtant, les fidéicomis n'ont pas la personnalité morale et ils sont autorisés par la loi à émettre des certificats de participation et de titres de dette (voir *supra* p. 425 pour la Bolivie et p. 432 pour l'Argentine). Le législateur français devrait autoriser la fiducie à émettre de titres, dans le même cadre que celui du droit des sociétés, car les besoins économiques et la pratique le demandent. Voir dans la conclusion *supra* p. 585 notre proposition de rédaction de l'article 2018-2 du Code Civil français.

<sup>1292</sup> Dans le financement sans recours contre le promoteur du projet (logique *project financing* pure), les bailleurs de fonds misent uniquement sur les flux financiers prévisionnels du projet. Les risques principalement liés à une mauvaise anticipation des flux financiers (ex : mauvaise anticipation des coûts, de la demande, des performances de la technologie, de l'évolution du cadre politique) sont entièrement supportés par les bailleurs de fonds. Dans le financement avec recours contre le promoteur de projet (logique *corporate financing*), l'apport de fonds est garanti sur les avoirs de l'emprunteur (ex : actifs physiques ou financiers, capitaux propres, patrimoine). Les risques majeurs associés sont la faillite et la liquidation de l'emprunteur. On retrouve ici la logique classique de financement basé sur la situation patrimoniale de l'entreprise qui emprunte. N. TAVERDET-POPIOLEK, *ibid.*, p. 362 et suiv.

<sup>1293</sup> En réalité, le montage du financement d'un projet d'investissement obéit rarement à une logique de *project financing* pure basée uniquement sur les revenus espérés. Un recours même limité assis sur le patrimoine du promoteur (ou d'un partenaire) est souvent exigé par la banque chef de file. Les risques sont partagés entre promoteur, partenaires et prêteurs. Les modalités financement avec recours et financement sans recours peuvent être simultanément utilisées dans les montages financiers (financement mixte basé sur un recours limité). N. TAVERDET-POPIOLEK, *ibid.*, p. 362 et suiv.

prêteurs de se rembourser, ceux-ci sont généralement impliqués et se trouvent dans une situation quasi opérationnelle dans le projet.

*1231.* Les bailleurs de fonds (banquiers pour la plupart) sont représentés par une banque appelée chef de file, directeur, « *arranger* »<sup>1294</sup> ou agent financier.<sup>1295</sup> Il peut y avoir plusieurs promoteurs ou directeurs de projet notamment pour les projets publics internationaux (ex : projet spatial européen).<sup>1296</sup> Le rôle d'une ou plusieurs banques est celui d'une société d'études qui doit démontrer aux autres partenaires financiers concernés que le projet est viable sur les plans technique, commercial et financier. Pour cela, elle élabore le cas bancaire associé au projet.<sup>1297</sup> Les banquiers, qui ont souvent le rôle de créanciers et le rôle du ou des fiduciaires peuvent assembler le montage. Ils doivent analyser les risques encourus, en évaluer les probabilités et les risques et les partager entre les différents intervenants de façon à ce que la concrétisation des risques ne remette pas en cause la réalisation et l'opération du projet.

*1232.* Dans les financements de projets d'infrastructures, en concessions ou en partenariats publics-privés (PPP), les trusts de droit civil de garantie renforcent la sécurité des prêteurs sur les actifs du projet. Selon un document de propositions de Paris Europlace,<sup>1298</sup> l'Europe, en particulier la France, a un besoin important en matière de financement des infrastructures (besoins en Europe d'ici 2020 entre 1500 et 2000 Md€). Pourtant, en 2011, la part de l'Europe dans les projets financés s'est réduite et représente 12 % des projets mondiaux (pour 57 Md\$, dont 21 en PPP), tandis que la France a progressé de 150 % (à 14 Md€). Dans ce domaine, l'équilibre dans le partage des risques et des financements entre acteurs publics et privés est souvent difficile à trouver.

---

<sup>1294</sup> N. TAVERDET-POPIOLEK, *ibid.*, p. 361.

<sup>1295</sup> M. A. CARREGAL, *ibid.*, p. 386-408.

<sup>1296</sup> La Bolivie a signé fin 2011 un protocole d'accord avec l'industrie aérospatiale chinoise et l'Union internationale des télécommunications (UIT) pour un premier satellite bolivien, construit et lancé par Pékin, qui devrait être mis sur orbite en 2013. Le premier satellite bolivien, qui représente un investissement de 300 millions de dollars américains, s'appelle Tupac Katari, du nom du héros aymara d'une révolte indienne contre l'occupation coloniale espagnole en 1781. Le protocole est signé par l'UIT, la Great Wall China Corporation, le ministère des Travaux publics bolivien et des représentant de l'Agence spatiale bolivienne. Le financement est effectué avec des fonds boliviens propres (50 Mios USD) et un crédit de la Chine (250 Mios USD).

<sup>1297</sup> N. TAVERDET-POPIOLEK, *ibid.*, p. 361.

<sup>1298</sup> « 20 propositions pour relancer le financement de l'économie et la croissance durable », Livre Blanc 2012-2015, Paris EUROPLACE, mars 2012.

1233. La mobilisation des financements nécessite la mise en place de nouveaux véhicules de financement de projets (en moyenne la répartition du financement dans le monde est de 80 % en prêts bancaires, 15 % en fonds propres et 5 % en obligations-projets). Les trusts de droit civil de garantie permettent d'optimiser et de sécuriser le modèle financier des projets dans lequel les droits de prêteurs sont gérés par le fiduciaire pendant la durée du projet. Ils constituent un outil appréciable lorsque la durée des projets excède l'horizon de portage de la dette par les financiers.

1234. Jean-François Adelle et Xavier Paper expliquent que « *c'est une tendance que les contraintes, annoncées dans le cadre de Bâle III d'une allocation de ressources à long terme pour le financement d'emplois longs, devraient renforcer* ». <sup>1299</sup> En effet, selon le rapport de Mme Nicole Bricq, Sénatrice, <sup>1300</sup> les ratios de liquidité imposés par les accords de Bâle III et leur impact sur les financements de long terme aux entreprises et aux collectivités territoriales conduisent à « une limitation des financements bancaires de long terme, ou du moins à un renchérissement de leur coût. Ce ratio contraindra les banques à disposer, en face de leurs emplois de long terme, de ressources longues, qui sont plus coûteuses et plus rares. » Ce renchérissement du coût du crédit de long terme risque de peser en particulier sur le financement des grandes opérations (infrastructures, aéronautique, etc.) et le financement des collectivités territoriales. <sup>1301</sup> Dans ce cas, le fiduciaire n'est pas une banque créancière mais, par exemple, une banque tierce voire une société de gestion qui gère une série de financements courts et longs de tous les bailleurs.

1235. Sans forcément se substituer au SPV, le contrat de fiducie ou de fidéicomis constitue un mécanisme de sûreté qui offre une meilleure maîtrise de la continuité en cas de défaillance de la société de projet (pour l'exemple ci-après AVAG KVA AG). Un fidéicomis ou une fiducie-sûreté peut être constituée sur les actifs du projet, notamment sur les flux, ce qui permet de les préserver par la maîtrise des contrats

---

<sup>1299</sup> J-F ADELLE, X. PAPER, *ibid.*

<sup>1300</sup> Rapport n° 467 fait au nom de la commission des finances sur la proposition de résolution européenne de M. Richard Yung, présentée au nom de la commission des affaires européennes, en application de l'article 73 *quater* du Règlement, sur la réglementation bancaire (E 6480 et E 6787). Sénat, session ordinaire de 2011-2012, enregistré à la Présidence du Sénat le 6 mars 2012.

<sup>1301</sup> Les créances aux collectivités territoriales sont, en France, des actifs très peu liquides et souvent contractés avec des maturités longues. Or, le ratio de liquidité de court terme (LCR) pourrait conduire les banques à réduire leurs encours peu liquides. Surtout, le ratio de liquidité de long terme (NSFR) oblige les banques à disposer davantage de ressources stables, qui sont plus onéreuses, face à leurs encours de crédit de long terme. Ces deux ratios n'entreront en vigueur de façon contraignante qu'en 2015 (LCR) et 2018 (NSFR). Rapport n° 467, *ibid.*, p. 32.

structurants en cas de défaillance de la société de projet ou de transfert du projet. Les sûretés sur les actifs autres que les recettes visent à assurer l'intégrité du SPV en cas de défaillance ou de transfert du projet.<sup>1302</sup> Dans l'exemple, la société de projet AVAG KVA AG est une filiale du sponsor. En décembre 2001, UBS Structured Finance, l'agent financier ou « *arranger* », conclut pour AVAG KVA AG un financement de projet d'un montant de 125 millions de CHF pour la construction d'une usine d'incinération de déchets, consécutif à un mandat de conseil en gestion financière. Le crédit du projet court sur une durée de 16 ans. Credit Suisse, Dexia Crédit Local et HVB Bank Ireland participent au financement. La société AVAG AG (ci-après AVAG), à Jaberg, collecte et élimine les déchets produits dans son secteur qui couvre 150 communes de la région.

*1236* Suite à l'interdiction de mise en décharge des déchets combustibles en vigueur depuis l'an 2000, AVAG décide de construire une usine d'incinération des déchets à Thoun, conçue pour traiter le volume de déchets combustibles de la région. L'usine est mise en service en 2004. Son coût total s'élève à 190 millions de CHF. Dans le cadre du mandat de conseil en gestion financière, l'agent financier UBS Structured Finance et AVAG définissent conjointement une structure de groupe et de contrat permettant un financement bancaire de la société de projet de droit privé. C'est ainsi qu'est créée la société AVAG KVA AG, une filiale d'AVAG, pour le projet. Le financement du projet à hauteur de 125 millions de CHF peut être utilisé par AVAG KVA AG pendant la phase de construction de 3 ans sous la forme d'un crédit de construction. Après la mise en service de l'usine, le financement serait entièrement amorti par le *cash-flow* d'exploitation de la société de projet sur une durée de 13 ans.

*1237* La prise de sûretés sur les contrats structurants de la société de projet, tels que les contrats de concession, de bail emphytéotique sur le terrain, de vente de la production ou les droits de la société de projet en découlant, facilite la maîtrise par les bailleurs de fonds, dans l'exemple, Credit Suisse, Dexia Crédit Local et HVB Bank Ireland, de la poursuite de ces contrats, essentiels à la pérennité du projet en cas de défaillance d' AVAG KVA AG. Selon les praticiens du cabinet Jeantet et de Paper

---

<sup>1302</sup> J-F ADELLE, X. PAPER, *ibid.*

Audit & Conseil,<sup>1303</sup> les créanciers garantis peuvent alors se substituer ou désigner un tiers se substituant à la société de projet dans ces contrats. De plus, ils peuvent se voir reconnaître le droit, lorsque le SPV est en défaut vis-à-vis de ses contractants, de faire surseoir à la résiliation du contrat par le contractant de la société de projet, pendant le temps nécessaire à la régularisation du défaut par le financier ou la recherche d'un autre SPV auquel le contrat sera transféré.

1238. Les contrats ou droits contractuels ne peuvent pas, en règle générale, être l'objet de sûretés classiques. Les praticiens expliquent que la substitution des financiers à la société de projet défaille (*step in rights*) ainsi que la paralysie temporaire du droit de résiliation du cocontractant la société de projet défaille donnent lieu à de simples accords contractuels entre les contractants et les financiers dont l'efficacité aurait été incertaine en cas d'éventuelle procédure collective en France de la société de projet. La fiducie-sûreté ou le fidéicomis de garantie permet d'élargir le champ des actifs apportés en garantie qui peuvent ainsi inclure le contrat de concession, le contrat de bail emphytéotique, d'assurer la maîtrise de ces contrats grâce aux droits conférés au fiduciaire et leurs transferts à un tiers qui aura fait l'objet d'un agrément préalable de l'autorité administrative publique concédante.

1239. Les sûretés classiques sur créances, telles que la cession de créances professionnelles à titre de garantie,<sup>1304</sup> le nantissement de créance et la délégation, confèrent aux créanciers bénéficiaires une exclusivité sur la créance, présente ou future, affectée en garantie, en cas de procédure collective. Cette exclusivité est limitée en cas de nantissement<sup>1305</sup> et retardée en cas de délégation simple<sup>1306</sup> jusqu'à la date de paiement par le débiteur délégué. Jean-François Adelle et Xavier Paper<sup>1307</sup> expliquent qu'à l'image de la cession Dailly en garantie, la « sûreté propriété fiduciaire » produit une exclusivité absolue. Cependant, à l'inverse de la cession Dailly, elle bénéficie à tous les bailleurs de fonds et non pas aux seuls établissements de crédit prêteurs.

---

<sup>1303</sup> J-F ADELLE, X. PAPER, *ibid.*

<sup>1304</sup> Articles L 313-23 et suivants du Code monétaire et financier français. Voir *infra* p. 385.

<sup>1305</sup> Voir *infra* p. 390 et suiv.

<sup>1306</sup> Article 1275 du Code Civil français, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

<sup>1307</sup> J-F ADELLE, X. PAPER, *ibid.*

1240. Si les titres de la société de projet, dans l'exemple, AVAG KVA AG, sont transférés en fiducie à titre de garantie,<sup>1308</sup> le fiduciaire peut prendre la main en cas de simple défaut potentiel, en fonction des stipulations du contrat de fiducie, s'opposer au déclenchement d'une procédure collective et même, en cas de procédure collective, céder le projet, pour autant que les prérogatives qui lui sont consenties ne conduisent pas à considérer que les actionnaires ont conservé l'usage ou la jouissance des titres de la fiducie ;<sup>1309</sup> c'est le cas s'ils n'assurent pas le contrôle opérationnel des titres et s'ils ne reçoivent pas de revenus pendant la phase de remboursement de la dette.<sup>1310</sup>

1241. Mario Carregal<sup>1311</sup> présente un cas de financement de projet, un des premiers réalisés en Argentine. Il s'agissait d'un projet de construction d'une usine de cogénération d'énergie et de vapeur, à bâtir sur les terrains d'une entreprise renommée. L'entreprise voulait une source propre d'énergie pour la distillation de combustibles liquides.<sup>1312</sup> Elle a considéré plus intéressant de donner à un tiers cette activité, au lieu de construire elle-même l'usine et produire l'électricité et la vapeur ; cette formule lui a permis d'atteindre l'objectif fixé.

1242. L'efficacité prouvée de producteur d'hydrocarbures n'implique pas forcément de l'être aussi pour la production d'énergie électrique et de vapeur. L'usine devait être située dans les locaux de la distillerie et être capable de satisfaire les besoins de celle-ci de façon continue, pendant vingt ans. Pour sa part, l'entreprise propriétaire de la distillerie s'obligeait à acheter à des prix déterminés et pendant la même période, la totalité de la production d'énergie et de vapeur convenue. Il s'agit de la modalité contractuelle « *take or pay* », dans laquelle l'acheteur s'engage à acheter toute

---

<sup>1308</sup> Article 2488-1 du Code Civil, modifié par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 138 (V).

<sup>1309</sup> Article L622-13 du Code de Commerce français, modifié par Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 27 ; article L622-23-1 du même Code, créé par Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 32 ; article L631-14 de ce Code, modifié par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 138 (V).

<sup>1310</sup> Selon les mêmes auteurs, les titres du SPV sont souvent nantis en faveur des financiers. Le pacte commissaire, attaché au nantissement, assure l'attribution des titres et par conséquent, la maîtrise du projet aux créanciers en cas de défaut du SPV ; cependant, il a deux inconvénients : d'une part, l'absence de toute prérogative de contrôle des créanciers sur la gestion du SPV jusqu'à un tel événement, d'autre part la possibilité pour le management du SPV de paralyser la réalisation de la sûreté par le déclenchement d'une procédure collective. J-F ADELLE, X. PAPER, *ibid.*

<sup>1311</sup> M. A. CARREGAL, *ibid.*, p. 386-408.

<sup>1312</sup> Les combustibles liquides proviennent essentiellement du traitement des pétroles bruts. En vue de leur utilisation industrielle, les pétroles bruts sont soumis à divers traitements. La distillation fractionnée permet de séparer les hydrocarbures légers des éléments lourds. A température croissante, on obtient des fractions. Les produits de la distillation des pétroles bruts présentent des variations de propriétés. Il est donc nécessaire de les contrôler aussi bien au niveau de la fabrication qu'à celui du stockage ou de l'utilisation.

l'énergie et la vapeur convenues, même s'il ne les consomme pas. L'engagement principal du constructeur dans ce genre de contrats est de mettre à disposition de l'acquéreur la totalité de la production convenue, même si l'acheteur ne la demande pas.<sup>1313</sup>

1243. L'agent financier de l'opération, le groupe de banques dans lequel l'une d'entre elles peut être la fiduciaire ou une des fiduciaires, doit avoir l'assurance que le flux de fonds générés ne s'interrompra pas et suffira à payer l'usine et le crédit. Il doit être sûr que l'usine produira le volume et la qualité convenus pendant au moins la période stipulée.<sup>1314</sup> Il doit s'assurer que le destinataire de la production, c'est-à-dire, la distillerie ou raffinerie, aura la capacité de paiement suffisante pendant le délai stipulé, étant donné qu'en principe, selon Mario Carregal, « *l'agent financier n'a pas de recours juridique contre le constructeur, à partir du démarrage de l'usine.* »<sup>1315</sup>

1244. Habituellement, le prix à payer est fixé en fonction des seuils maximum et minimum prédéterminés car il peut varier suite aux changements du marché de l'électricité. Le prix peut évoluer aussi en fonction des éventuels risques de change, voire de la variation du prix du combustible nécessaire pour que l'usine génère la production de vapeur et d'électricité convenue.<sup>1316</sup> En ce qui concerne les risques financiers, ils peuvent être limités grâce à des techniques de financement faisant appel au marché financier de gestion des risques (ex : swap de devises, swap de taux d'intérêt, option). Pour se prémunir contre les risques de non-remboursement de la dette, les bailleurs de fonds souscrivent des contrats de garantie auprès de différents partenaires.<sup>1317</sup>

1245. Dans la rédaction des contrats, l'agent financier doit traiter avec précaution la couverture des risques à assurer, la détermination de l'impact d'une clause de force

---

<sup>1313</sup> Les clients peuvent aussi offrir une garantie sur les revenus futurs pendant toute la période d'exploitation. La garantie apportée par des clients se rencontre notamment pour les investissements de réseau (ex : gazoduc) où un « droit de passage » (« *Throughput Agreement* ») est réservé sur la base d'un prix contractuel. Si pour une raison ou pour une autre, le réseau était hors service, les clients seraient obligés d'assurer quand même au promoteur un revenu. N. TAVERDET-POPIOLEK, *ibid.*, p. 363.

<sup>1314</sup> Il faut avoir un niveau de confiance important dans la capacité du constructeur et de l'opérateur de fournir les matériaux et autres facteurs de production nécessaires à maintenir la production dans les niveaux prévus.

<sup>1315</sup> M. A. CARREGAL, *ibid.*, p. 386-408.

<sup>1316</sup> L'acheteur a l'obligation de payer le prix de l'énergie stipulé même si des nouvelles avancées technologiques permettraient d'obtenir la même quantité de production à un prix inférieur.

<sup>1317</sup> N. TAVERDET-POPIOLEK, *ibid.*, p. 363 et suiv.

majeure sur l'entreprise et le mécanisme de résolution des contrats en cas d'inexécution.<sup>1318</sup> Sur « la part sans recours » du montage financier d'un projet, les prêteurs cherchent des garanties contractuelles pour assurer le remboursement de la dette si un problème survient lors de l'exploitation. La répartition des risques est réalisée selon leur nature (risques techniques, commerciaux ou politiques) ou bien à l'intérieur de chacun d'eux.<sup>1319</sup>

*1246.* Le trust de garantie assure le droit des créanciers au remboursement de leurs créances. Par un contrôle sur le processus de renouvellement des contrats, par exemple, des accords de départ et d'exploitation (*off-take*) dont les créances cédées ont un terme plus court que le financement, il permet aussi de rendre déterminables les créances à naître de ces contrats alors même que le débiteur et le prix ne sont pas connus.<sup>1320</sup> Le rôle du fiduciaire est de gérer les flux au bénéfice des créanciers concernés de rang différent. Le fiduciaire peut se limiter à l'administration des garanties, mais il peut aussi être en charge de mener à bien la gestion de l'opération selon les instructions qu'il reçoit des constituants ou des bénéficiaires.

*1247.* Le constructeur-constituant transfère les droits provenant des contrats au fiduciaire qui les détient dans le patrimoine fiduciaire ; l'agent financier peut être le bénéficiaire et le fiduciaire. Il doit avoir en tant que fiduciaire une description précise de sa mission, de ses devoirs et de ses obligations. Il exerce sa mission au profit des bénéficiaires, parmi lesquels peuvent se trouver les créanciers. Il gère les flux futurs de fonds générés par les ventes. Il est nécessaire de stipuler un système de gestion des fonds qui assurera un fonctionnement efficace de l'usine, dans les conditions prévues pour le projet. De cette manière, la source de revenus qui permettra de rembourser les créanciers, dans les conditions stipulées dans le contrat de constitution du trust de garantie, est préservée.

*1248.* Le trust est tellement flexible que sa garantie peut être constituée par des droits de créance.

---

<sup>1318</sup> M. A. CARREGAL, *ibid.*, p. 386-408.

<sup>1319</sup> Les contrats de garantie peuvent être signés avec des compagnies d'assurance (ex : la COFACE), le promoteur du projet (ex : garantie de l'État), la maison mère qui apporterait son soutien en cas de difficultés uniquement (« sleeping partner »). N. TAVERDET-POPIOLEK, *ibid.*, p. 363 et suiv.

<sup>1320</sup> J-F ADELLE, X. PAPER, *ibid.*

## B. Trusts de garantie sur des biens incorporels

1249. La notion d'obligation comporte, dans le domaine patrimonial, un lien de droit entre deux personnes mais aussi une valeur ou un bien. En tant que bien, l'obligation est cessible et transmissible. Elle est aussi un instrument de crédit dans le droit des sûretés.<sup>1321</sup> Les trusts de garantie du modèle contractuel de droit civil présentent divers atouts par rapport aux sûretés classiques. Ils sont constitués avec des actifs de toute nature y compris certains droits.<sup>1322</sup> Ces droits peuvent être, par exemple, un droit d'exploitation d'une centrale photovoltaïque, un droit de passage dans un câble de télécommunication ou encore des fonds de commerce avant l'apparition d'une clientèle, qui ne sont pas éligibles aux sûretés classiques et ce, sous un régime uniforme. En revanche, les règles hétérogènes de réalisation des sûretés classiques rendent la synchronie dans la réalisation des différentes sûretés délicate.<sup>1323</sup> La totalité des actifs du patrimoine fiduciaire peut être attribuée au créancier-bénéficiaire désigné alors que le pacte comissoire est interdit dans certaines sûretés, comme le nantissement de fonds de commerce.<sup>1324</sup>

1250. La cession de créances contribue, dans une économie de marché, à la mobilité des richesses. Elle peut avoir pour objet une créance déjà échue ou, plus fréquemment, une créance à échoir ; la cession est, dans ce dernier cas, un moyen pour le créancier de la mobiliser, c'est-à-dire d'en percevoir la contre-valeur par anticipation.<sup>1325</sup> Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, un principe du droit de l'*Equity* énonce que « l'Equité regarde un acte accompli comme il aurait dû être accompli ». Ce principe s'applique à la société « X Ltd ». Elle veut de l'argent rapidement et décide de vendre à « Y Ltd » le droit d'encaisser ce qu'elle doit recevoir de ses créances, ou d'autres droits qui deviendront payables, voire des revenus qu'elle espère recevoir d'une affaire de parking de voitures. Une fois que « Y Ltd » a payé à « X Ltd » le prix de vente, tous les paiements que « X Ltd » reçoit

---

<sup>1321</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1270, p. 1259-1260.

<sup>1322</sup> Voir *infra* p. 531 sur la fiducie-défaillance d'actifs douteux.

<sup>1323</sup> J-F ADELLE, X. PAPER, *ibid.*

<sup>1324</sup> Article L142-1 du Code de Commerce français.

<sup>1325</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 1275, p. 1264.

seront détenus<sup>1326</sup> dans un trust au bénéfice de « Y Ltd » pour les écarter de la portée des créanciers de « X Ltd », si celle-ci tombe en faillite avant de payer l'argent à « Y Ltd ».<sup>1327</sup>

*1251.* La fiducie-sûreté et les fidéicomis de garantie permettent la cession de créances à titre de garantie, c'est-à-dire une cession des droits en garantie de nouveaux crédits. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, lorsque les créances sont cédées à titre de garantie, la transmission de la propriété de la créance se réalise à titre fiduciaire. En Argentine, après la promulgation de la loi n° 24.441 sur le fidéicomis, la jurisprudence et la doctrine ont confirmé qu'une cession de créances en garantie met en place une transmission d'ordre fiduciaire.<sup>1328</sup>

*1252.* L'assiette de la cession fiduciaire de créances à titre de garantie est large. Toutes les créances, quelle que soit leur nature, peuvent être transférées au trust de garantie. Elles sont de nature contractuelle, délictuelle, civile ou commerciale. Elles sont éventuelles s'il y a une forte probabilité de leur existence. Les créances futures peuvent également être transférées dans un trust de garantie. Le Code civil français dispose, de façon pédagogique, qu'il s'agit non seulement de biens mais aussi de droits et sûretés.<sup>1329</sup>

*1253.* Les créances garanties et les créances nanties sont désignées dans le contrat de constitution du trust de garantie de droit civil.<sup>1330</sup> Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments la permettant, tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance.<sup>1331</sup> La date du contrat de constitution du trust de garantie détermine la prise d'effet de l'acte entre les parties et l'opposabilité aux tiers. La cession est opposable au débiteur de la créance par la notification que lui

---

<sup>1326</sup> Les biens sont détenus et non « retenus » car il y a obligatoirement un transfert de la propriété, même si la société « X Ltd » cumule les qualités de constituant et de trustee. Sans transfert, il n'y a pas de trust.

<sup>1327</sup> Re Lind [1915] 2 Ch. 345 ; Palette Shoes Pty Ltd v Krohn (1937) 58 C.L.R. 27; Associated Alhoys Pty Ltd v A CN 001 452 106 Pty Ltd (2001) A.L.T.R. 862.

<sup>1328</sup> Famatex S.A. v. Ferrocarril General Belgrano, du 6 décembre 1972, jugé en première instance, prononcé par le juge Augusto César Belluscio, juge national fédéral de la Capital, commentaire de E. P. Guastavino ; C. 1er Civ. y Com. de la Plata, 20 décembre 1946 (en JA, 1947-I-749).

<sup>1329</sup> Article 2181 du Code Civil français, modifié par loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1330</sup> Article 2181 alinéa 1° du Code Civil français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1331</sup> Les dispositions de l'article 2356 du Code Civil français sur la désignation des biens du nantissement peuvent être utiles par analogie (créé par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 12 JORF 24 mars 2006).

adresse le cédant ou le fiduciaire.<sup>1332</sup> L'idée générale est que la cession, tout en étant pleinement valable par le seul accord de volontés,<sup>1333</sup> n'est opposable au débiteur que moyennant une signification,<sup>1334</sup> héritière directe de la « *denunciatio* » romaine.<sup>1335</sup> Le transfert ne doit pas être contraire à la loi ou à ce qui a été convenu avec le débiteur.<sup>1336</sup>

*1254.* Certaines variétés particulières de cession sont dispensées du formalisme de notification au débiteur ; c'est le cas des titres de créance négociables au porteur, au nominatif ou à ordre<sup>1337</sup> et de la cession par bordereau à des fins de titrisation.<sup>1338</sup> Dans ce dernier cas, les débiteurs sont avertis par simple lettre, sans le formalisme de l'article 1690 du Code Civil français. La cession de créances dans une fiducie à des fins de titrisation devrait bénéficier de cet allègement de formalité.<sup>1339</sup>

*1255.* En Argentine, si le nantissement est une créance ou des actions qui ne sont pas négociables par endos, le contrat doit être notifié au débiteur de la créance cédée et doit donner le titre au créancier ou à un tiers, même si sa valeur est supérieure au montant de la dette.<sup>1340</sup> Lorsque des droits composant un portefeuille de créances sont cédés pour garantir l'émission de titres valeurs avec offre au public ou pour constituer le patrimoine d'un fonds commun de créances, la cession peut être effectuée par acte unique.<sup>1341</sup> Il faut individualiser chaque créance et son montant, les délais, les intérêts et garanties accessoires. Si nécessaire, elles sont inscrites dans les registres concernés. Il en est de même lorsque des droits d'un portefeuille de créances sont cédés pour constituer l'actif d'une société. L'objet de celle-ci est d'émettre des titres

<sup>1332</sup> Article 2018-2 du Code Civil français, créé par loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1333</sup> Article 384 du Code Civil bolivien ; articles 1434 et 1457 du Code Civil argentin. Ce dernier article énonce que « la propriété d'une créance est transmise au cessionnaire par l'effet de la cession, avec la remise du titre, s'il existe ».

<sup>1334</sup> La rédaction de l'article 389 du Code Civil bolivien est simple : « La cession ne produit effet contre le débiteur cédé que lorsqu'il a été notifié ou lorsqu'il a accepté. » En revanche, l'article 1459 du Code Civil argentin est moins claire : « En ce qui concerne les tiers qui ont un intérêt légitime à contester la cession afin de conserver des droits acquis, la propriété de la créance n'est transmissible au cessionnaire que par la notification de la cession au débiteur cédé ou son acceptation du transfert » (c'est nous qui soulignons). Pourtant, la note de commentaire de cet article du Code le compare à l'article 1690 du Code Civil français. Sa rédaction est en contradiction avec l'article 1457 précédemment cité. Si la propriété d'une créance est transmise au cessionnaire par le seul effet de la cession, comment peut-elle n'être transmissible que par la notification au débiteur cédé ? La propriété est transmise mais elle n'est pas opposable au débiteur-cédé avant sa notification.

<sup>1335</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 1271, p. 1261. L'idée d'une véritable cession d'obligations ne fut reconnue à Rome que tardivement. Comme le débiteur restait étranger à la convention et risquait, par conséquent, de s'acquitter entre les mains du cédant plutôt que du cessionnaire qu'il ne connaissait pas, on imagina de compléter cette opération par une notification (*denunciatio*) au débiteur, lui enjoignant de payer, à l'échéance, au cessionnaire.

<sup>1336</sup> Article 389 du Code Civil bolivien.

<sup>1337</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 1297 et suiv, p. 1285-1287.

<sup>1338</sup> Voir *infra* p. 459 sur les organismes de titrisation en France.

<sup>1339</sup> Voir *infra* p. 466 la fiducie de titrisation, la proposition de modification de rédaction de l'article 2018-2 du Code Civil français dans la conclusion de cette thèse *infra* p. 585 et le projet de loi sur les fonds communs de titrisation *infra* p. 596.

<sup>1340</sup> Article 3209 du Code Civil argentin.

valeurs avec offre au public dont le paiement du capital et des intérêts est garanti par les actifs.

*1256.* Le document doit stipuler que les droits cédés seront transmis au cessionnaire ou fiduciaire ou, éventuellement, à un dépositaire ou au dépositaire du fonds commun de créances. La notification au débiteur cédé n'est pas nécessaire si elle n'a pas été convenue dans le contrat. La cession est valide à partir de la date de signature. Seules les exceptions fondées sur l'invalidité de la relation de crédit ou le paiement documenté antérieur à la date de cession sont opposables au cessionnaire. L'institution financière qui émet des titres garantis par un portefeuille de valeurs mobilières qui sont déposées chez elle, est la propriétaire fiduciaire des actifs. A ce titre, les créances ne font pas partie de son patrimoine.

*1257.* Dans le cadre de la cession fiduciaire, seul le fiduciaire est titulaire de la créance cédée fiduciairement. Il reçoit les paiements des débiteurs cédés, dans le patrimoine d'affectation et conserve les sommes, à charge pour lui de les restituer au constituant débiteur qui exécute son obligation et sous réserve des dispositions particulières prévues dans le contrat de fidéicomis ou de fiducie.

*1258.* La cession de créances à titre de garantie a un caractère fiduciaire (a.) et doit être expresse. Elle est proche du nantissement (b.).

*a. Caractère fiduciaire de la cession des créances à titre de garantie*

*1259.* Pour réaliser une cession de créances à titre de garantie, il faut transférer les créances ou les droits au cessionnaire, en stipulant expressément qu'en cas de non-exécution de l'obligation garantie, le cessionnaire affecte au paiement de l'obligation garantie les sommes nettes perçues du débiteur cédé, et doit, en outre, rendre au cédant les excédents éventuels des sommes perçues, après le paiement total de la dette. La transmission de la propriété de la créance s'opère à titre fiduciaire. La fonction de garantie exclut l'intention du cédant de transférer les créances définitivement. Un contrat de cession de droits peut donc avoir une finalité de

---

<sup>1341</sup> Articles 70, 71 et 72 de la loi argentine n° 24.441.

garantie en faveur du cessionnaire. La cession en garantie constitue une opération indirecte de type fiduciaire. Sous la qualification de cession fiduciaire, la cession de créance peut être constitutive d'une sûreté. La garantie consiste dans le transfert temporaire de la propriété de la créance.<sup>1342</sup>

1260. Le transfert a un caractère réel et le cessionnaire exerce le droit cédé en tant que propriétaire, mais il a l'obligation contractuelle de retransmission du droit si la créance garantie est payée. Le cessionnaire a l'obligation de rendre le solde au cédant si la garantie est exécutée par lui et si, une fois le montant total de la dette payée, il y a un reliquat en faveur du débiteur-cédant. La banque cessionnaire ne peut pas transférer les droits cédés à un tiers. Mario Carregal<sup>1343</sup> explique qu'il s'agit d'une garantie atypique de droit réel. Afin d'éviter le débat sur le « *numerus clausus* » des droits réels, elle est assimilée au régime de nantissement de créances des biens incorporels. Il s'agit d'un nantissement constitué sur une créance qui s'éloigne des formes énoncées par la loi argentine pour le contrat de nantissement, privilégiant la forme de la cession. Avant la promulgation de la loi 24.441 sur le fidéicomis, la nature de l'opération de cession de créances à titre de garantie de droit commun était débattue.<sup>1344</sup> Certains auteurs la considéraient comme un nantissement de créances. D'autres voyaient déjà dans la cession à titre de garantie une transmission d'ordre fiduciaire.

1261. La cession des droits à titre de garantie constitue une opération fiduciaire de droit civil qui n'est pas un nantissement de créances ou de droits. Le nantissement ne transmet pas la propriété du bien au créancier qui est un simple détenteur du bien ; la propriété du bien reste sur la tête du débiteur. En revanche, lorsqu'il y a une cession de créances à titre de garantie, le cessionnaire agit vis-à-vis du débiteur cédé en son nom propre, en tant que véritable titulaire du droit qu'il exerce. La cession de créances en garantie transmet la pleine propriété au cessionnaire des créances ou d'autres droits à des fins de gestion et de garantie, avec l'obligation concomitante pour le cessionnaire de restituer le droit au cédant, voire de le transférer à un tiers déterminé.

---

<sup>1342</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 1275, p. 1265.

<sup>1343</sup> M. A. CARREGAL, *op. cit.*, p. 258.

<sup>1344</sup> E. P. GUASTAVINO, « La transmisión de créditos en garantía (incidencia de la depreciación monetaria) », *JA*, 18, p. 504 et suiv. ; « Actos fiduciarios », in *Estudios de derecho civil en homenaje a Hector Lafaille*, Buenos Aires, 1968, p. 365, n° 1.

1262 En France, le caractère fiduciaire de la cession Dailly à titre de garantie était déjà admis par la doctrine française bien avant la promulgation de la loi sur la fiducie. C'est précisément pour certaines catégories de créances<sup>1345</sup> que la cession fiduciaire a connu, en droit positif, les applications les plus remarquables, telles que la loi Dailly du 2 janvier 1981. Mais ces dispositions dérogatoires au droit commun ne devraient pas être exclusives du recours à la cession de créances ordinaires à titre de garantie.<sup>1346</sup> Nonobstant, en dehors des cas prévus par la loi, c'est-à-dire, sans le caractère exprès d'un contrat de fiducie-sûreté, tout acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier à titre de garantie ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance.<sup>1347</sup>

*b. Caractère exprès de la cession à titre de garantie et nantissement*

1263 La technique juridique la plus proche de la cession de créances à titre de garantie est celle du nantissement de créances, sauf que le nantissement de créances n'est pas translatif de propriété.<sup>1348</sup> Le créancier nanti n'est pas titulaire de la créance nantie qui ne sort pas du patrimoine du constituant-débiteur. Le nantissement de créance est l'affectation en garantie d'une créance, présente ou future. En France, le recours à cet instrument s'est généralisé depuis l'ordonnance du 23 mars 2006. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 19 décembre 2006, amplement commenté par la doctrine, refuse d'admettre la validité de la cession de créances à titre de garantie de droit commun, en la qualifiant de nantissement de créances.<sup>1349</sup> Dans un arrêt plus récent rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation française le 26 mai 2010,<sup>1350</sup> la Haute juridiction française qualifie, une

---

<sup>1345</sup> Article L.313-23 du Code Monétaire et financier français. Contrairement aux trusts de garantie de droit civil dans lesquels toutes les créances peuvent faire l'objet d'une affectation fiduciaire au bénéfice de toute personne physique ou morale, la cession Dailly ne permet que la cession à des établissements de crédit de créances professionnelles.

<sup>1346</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 1275, p. 1265.

<sup>1347</sup> Article 2355 du Code Civil français, 4ème alinéa, créé par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 12 JORF 24 mars 2006. Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre (Chapitre III : Du nantissement de meubles incorporels.)

<sup>1348</sup> Le Code Civil argentin traite de la cession de créances aux articles 1434 à 1484 et du nantissement de créances à l'article 3209. De même, le Code Civil bolivien traite de la cession de créances aux articles 384 à 394, et du nantissement de créances et autres droits aux articles 1413 à 1416.

<sup>1349</sup> Cass. Com. 19 déc. 2006 : JCP E 2007, 1131, rapport M. Cohen-Branche, note D. Legeais ; JCP E 2007, 176, n° 26, obs. Ph. Delebecque ; RTD Civ. 2007, 160, obs. P. Crocq ; D. 2007, J. 344, note Ch. Laroumet ; Défrenois avr. 2008, p. 414, note Ph. Théry.

<sup>1350</sup> Cass. Com., 26 mai 2010, n° 09-13.388, D. 2010. 1340, obs. A. Lienhard.

fois de plus, la cession de créance de droit commun à titre de garantie de nantissement de créance.

*1264.* La Cour de Cassation confirme ainsi la solution énoncée dans son arrêt du 19 décembre 2006. A l'époque, la Haute juridiction avait affirmé « qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance ». Selon Nicolas Borgia,<sup>1351</sup> l'opération qui « *dans l'esprit des parties est une opération fiduciaire* » est requalifiée et ramenée, une fois de plus, dans le giron du nantissement.

*1265.* L'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 relative à la fiducie-sûreté crée au sein du Code Civil français, un nouvel article 2372-1 qui prévoit désormais que la propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie, conclu en application des articles 2011 à 2030 du même Code. Pierre Crocq<sup>1352</sup> se demande si ce texte a ou non, un caractère limitatif ; il impliquerait alors qu'une cession à titre de garantie ne peut avoir lieu que dans la mesure où un texte de loi l'admet expressément. Selon l'auteur, ce caractère limitatif est contestable puisque les auteurs de l'article 2372-1 du code civil emploient la formule « la propriété... peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu... » au lieu de « la propriété... ne peut être cédée à titre de garantie d'une obligation qu'en vertu... ».

*1266.* Selon le même auteur, la reconnaissance du caractère limitatif explique l'arrêt du 26 mai 2010 ; l'arrêt trouve alors, dans le nouvel article 2372-1 du code civil, une assise légale qui manquait cruellement à l'arrêt rendu le 19 décembre 2006.<sup>1353</sup> Le caractère limitatif de l'article 2372-1 renvoie expressément au contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 du Code civil français. Philippe Dupichot explique que « *les règles de constitution de cette fiducie-sûreté nommée,*

---

<sup>1351</sup> N. BORGHA « L'attrait d'une cession fiduciaire requalifiée », *Recueil Dalloz* 2010, p. 2201.

<sup>1352</sup> P. CROCC « Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à exécution successive ! », *RTD Civ.*, 2010, p. 597.

<sup>1353</sup> François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette affirment que cet arrêt, « fortement critiqué en doctrine, notamment au regard de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006, est rendue obsolète par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 et par la loi dite de simplification n° 2009-526, qui ont largement ouvert le champ de la fiducie sûreté ». Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 1275, note en bas de page n° 3, p. 1265. Toutefois, l'arrêt du 26 mai 2010 confirme l'arrêt du 19 décembre 2006.

*avec patrimoine d'affectation, se superposent à celles du droit commun à la manière de dispositions gigognes ; tenu de faire allégeance au droit spécial autant qu'au droit commun (art. 2011 et s.), le contrat de fiducie-sûreté apparaît comme une nouvelle espèce du contrat spécial de fiducie.* ».<sup>1354</sup> A ce titre, la créance cédée à titre de garantie qui n'est pas constatée dans un contrat de fiducie, en vertu des articles 2011 et suivants du Code Civil, est considérée par la Cour de Cassation française comme un nantissement de créance. La Haute juridiction exige un caractère exprès et dans un contrat de fiducie-sûreté aux cessions fiduciaires de créances à titre de garantie. Elle refuse de reconnaître le caractère fiduciaire tacite ou implicite de toute cession de créance à titre de garantie de droit commun.

1267. La loi « Dailly » du 2 janvier 1981, modifiée par la loi bancaire du 24 janvier 1984, autorise le nantissement ou la cession de créances. C'est la technique de la cession qui est souvent employée. Elle est constitutive, soit d'un escompte, si la cession des créances donne lieu au paiement de leur valeur, diminuée d'une commission, soit, plus fréquemment, d'une « opération fiduciaire », si elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation de prix.<sup>1355</sup> Le transfert de propriété est « fiduciaire » car la cession a été consentie à titre de garantie et il est provisoire.<sup>1356</sup> Le cessionnaire reçoit la propriété grevée d'une obligation de restitution.<sup>1357</sup> Le cessionnaire détient et gère, d'une certaine manière, les créances cédées. Mais le caractère « fiduciaire » (ou de fiducie innomée) de la cession Dailly s'arrête là. Les créances cédées deviennent la propriété de l'établissement cessionnaire. Elles prennent place dans le patrimoine général de l'établissement, au côté des autres éléments d'actif. Aucun patrimoine d'affectation n'est créé.<sup>1358</sup> Un principe général en droit des trusts énonce que si la propriété fiduciaire se mélange et n'est pas séparée des biens du trustee, il n'y a pas de trust.<sup>1359</sup> Dans la cession Dailly, le cédant transfère la propriété ordinaire (celle de l'article 544 du Code Civil) des créances

---

<sup>1354</sup> Ph. DUPICHOT, *op. cit.* p. 24.

<sup>1355</sup> Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 1302, p. 1288.

<sup>1356</sup> Il en est autrement dans l'hypothèse d'une cession à titre d'escompte. Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 sept. 2007, Bull. Civ. I, n° 275, D. 2007, Act. p. 2532, obs. Delpech, JCP G 2007, IV, 2861. L'arrêt attaqué est censuré pour n'avoir pas apporté cette précision.

<sup>1357</sup> Si la créance garantie est finalement acquittée par son débiteur, les créances cédées doivent être restituées. C'est ce qu'a jugé la Cour de Cassation par un arrêt du 22 novembre 2005, mais en ajoutant que la restitution « reste subordonnée à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie », donc à un paiement intégral. Com. 22 nov. 2005, Bull. civ. IV, n° 230, D. 2005, Act. p. 3081, obs. Delpech, JCP G 2005, IV, 3743. Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 1302, p. 1291.

<sup>1358</sup> Fr. BARRIERE, *La Réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, n° 296 p. 237.

<sup>1359</sup> Voir *supra* p. 218 et suiv.

cédées et non la propriété fiduciaire de l'article 2011 du même Code.<sup>1360</sup> A ce titre, le cessionnaire n'a aucun devoir fiduciaire vis-à-vis du cédant, par exemple, d'information,<sup>1361</sup> de représentation<sup>1362</sup> ou de gestion libre de toute faute.<sup>1363</sup>

*1268.* La cession fiduciaire de créances à titre de garantie de droit commun donne au créancier une garantie plus solide que celle du nantissement de créances. Le transfert de la créance au cessionnaire met celui-ci dans une position plus libre et indépendante vis-à-vis du débiteur cédé. En outre, le transfert met les biens à l'abri d'éventuelles dispositions postérieures du débiteur cédant.<sup>1364</sup> Dans la pignoration normale, celui qui donne la garantie conserve juridiquement la possibilité d'employer le même objet ou droit pour d'autres pignurations ultérieures. Cela est valable pour le gage, avec ou sans dépossession.<sup>1365</sup> En revanche, dans la cession à titre de garantie, celui qui donne la garantie est privé de la possibilité d'utiliser les mêmes biens plusieurs fois comme garantie d'autres créances, car il n'a plus la faculté de disposition.<sup>1366</sup>

*1269. Conclusion du premier chapitre.* Les techniques d'investissement et de gestion des deux modèles de trusts sont similaires, même si traditionnellement le modèle anglo-américain a privilégié les trusts discrétionnaires, avec des clauses conditionnelles, des pouvoirs de trust et des pouvoirs simples, fiduciaires ou personnels et les trusts de protection qui ont le but ultime de sauvegarde des bénéficiaires prodigues. Le modèle contractuel des trusts de droit civil favorise les trusts simples de gestion, soumis à une condition ou à un terme et les trusts de garantie. Un contrat ou un testament stipule que les biens, fruits et revenus seront distribués aux bénéficiaires. C'est au propriétaire fiduciaire que reviennent les fruits des biens de sa propriété. Mais, puisque la loi le permet et l'ordre public n'est pas mis en cause, il est stipulé que les fruits iront aux bénéficiaires d'un trust de droit civil.<sup>1367</sup>

---

<sup>1360</sup> Voir *supra* p. 91 et suiv.

<sup>1361</sup> Article 2022 du Code Civil français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1362</sup> Article 2023 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1363</sup> Article 2026 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007. Voir notre proposition de rédaction de cette article dans le projet de loi en conclusion de cette thèse *infra* p. 573.

<sup>1364</sup> M. A. CARREGAL, *op. cit.*, p. 259.

<sup>1365</sup> Article 3.210 du Code Civil Argentin.

<sup>1366</sup> M. A. CARREGAL, *ibid.*, p. 259.

<sup>1367</sup> C. M. KIPER, S. V. LISOPRAWSKI, *op. cit.*, p. 417-420.

*1270.* Les droits des bénéficiaires ne sont pas exclusifs, car un ou plusieurs bénéficiaires sont désignés tous en même temps ou successivement. Le constituant peut aussi désigner des substituts aux bénéficiaires, en cas de décès ou d'empêchement de ces derniers. L'acte constitutif du trust de droit civil fixe librement les montants et modalités des transferts finaux des biens et des distributions. En cas de silence du contrat, tous les bénéficiaires profitent à parts égales. Le fiduciaire exécute les transferts de biens en faveur des bénéficiaires, en fonction des stipulations du document de constitution du trust de droit civil ou, si le constituant est en vie, suivant ses instructions, s'il en a été ainsi stipulé. Les transferts de propriété aux bénéficiaires peuvent être subordonnés à une modalité suspensive de condition ou de terme. Les bénéficiaires reçoivent la propriété des biens objet du trust de droit civil, une fois la condition réalisée ou le terme échu. Au terme du fidéicommis ou de la fiducie, la propriété fiduciaire est subordonnée à la réalisation d'une condition résolutoire ou à l'arrivée d'un terme résolutoire. L'arrivée de l'évènement résolutoire met fin à la propriété fiduciaire et les biens sont transférés aux bénéficiaires.

*1271.* Les applications, dans les deux modèles, sont fondées sur la confiance accordée au fiduciaire pour gérer les biens transférés en trust au profit des bénéficiaires et pour exécuter convenablement les consignes du document de constitution. La protection et la garantie qui accompagnent le transfert des biens en trust à un tiers fiduciaire sont la base des opérations fiduciaires. Une autre technique d'investissement et de gestion fiduciaire a lieu au travers des trusts financiers, appelés « Unit Trusts » en Angleterre et fidéicommis financiers en Amérique Latine.

## CHAPITRE II. Trusts d'investissements financiers

*« Le style d'un « hedge fund » est déterminé par la personnalité de son gérant. La formule est ainsi liée aux qualités et à l'esprit d'entreprise d'individus. Le nombre des personnes d'exception étant par définition limitée, la capacité de multiplication de ces fonds reste elle aussi limitée. »<sup>1368</sup>*

1272. Afin d'orienter l'épargne vers le financement des entreprises, l'industrie de la gestion collective s'est développée sur la base de fonds fiduciaires prenant la forme de « Unit trusts »,<sup>1369</sup> de sociétés d'investissement et de fonds communs de placement de valeurs mobilières (FCP). Les trois institutions sont étroitement liées. Leur point commun est le contrat auquel sont parties les trustees/dépositaires, les gérants/mandataires sociaux et les porteurs de parts ou actionnaires.

1273. Le Unit trust est une extension du trust privé au domaine commercial. Sa nature s'explique en décrivant les points de contact entre le trust et le contrat. Pour fonctionner comme un fonds commun de placement, tout en gardant sa flexibilité, le trust est intégré dans la constitution contractuelle du fonds. Kam Fan Sin<sup>1370</sup> affirme : « en tant qu'extension du trust exprès privé au domaine de l'investissement, le Unit Trust a des ingrédients contractuels qui le différencient des autres trusts exprès privés ». Le trust dans un Unit trust existe parce qu'il a été convenu. Il y a « l'intention mutuelle » d'avoir la propriété « en trust » et non pas dans une autre structure juridique, car l'objet et la cause du contrat sont déterminés et convenus. Cette structure contraste avec celle du trust exprès privé « *inter vivos* » ordinaire, où le constituant constitue un trust par acte unilatéral en nommant un trustee en faveur des bénéficiaires.

1274. Un Unit Trust est géré par une société de gestion de portefeuille habituellement appelée « le Manager » ou le gérant. Il est constitué par un contrat conclu entre le manager et le trustee. Le trustee détient les capitaux des investisseurs

---

<sup>1368</sup> Interview à Antoine Bernheim, in A. MERIEUX, C. MARCHAND, *Les marchés financiers américains, Recueil des articles de l'Agence financière de New York*, Revue d'économie financière, Le Monde, 1995, p. 345.

<sup>1369</sup> Nous avons choisi de ne pas faire l'éclision concernant « le Unit Trust » car nous avons gardé le terme en langue anglaise.

appelés « porteurs de parts ». Les capitaux sont mis en trust par le trustee et sont investis par le gérant selon les termes du document de constitution du trust.

1275. Dans les pays de droit civil tels que l'Argentine, la Bolivie ou la France, les fonds communs de placement de valeurs mobilières sont une adaptation critiquable en droit civil du « *Unit Trust* » car ils ne donnent pas la propriété fiduciaire des biens du FCP au dépositaire. Ni société, ni véritable copropriété, le FCP obéit à un régime qui reflète une absence de parti pris ou, plus exactement, le rejet des structures classiques.<sup>1371</sup> Les « Fonds Communs d'investissement », en Argentine<sup>1372</sup> ont une structure similaire aux FCP français. Ils sont des copropriétés indivises.<sup>1373</sup> Les législateurs de ces pays ont choisi la copropriété ordinaire, et non la propriété fiduciaire du fidéicomis ou la fiducie, pour mettre en place des fonds communs de placements. En Bolivie, les « Fonds d'investissement »<sup>1374</sup> sont des patrimoines d'affectation autonomes, séparés et indépendants.<sup>1375</sup> Les porteurs de parts sont propriétaires de leurs parts et non des actifs du fonds.<sup>1376</sup> Les montants des souscriptions des investisseurs sont « confiés »<sup>1377</sup> à une société de gestion qui investit les fonds collectés en valeurs ; elle gère le fonds. Le dépositaire n'est pas propriétaire fiduciaire des actifs du patrimoine autonome. Il conclut avec ses clients un contrat de dépôt.<sup>1378</sup>

1276. En Argentine, les fonds communs fermés immobiliers sont constitués en donnant la propriété fiduciaire des immeubles, des créances hypothécaires ou des antichrèses aux sociétés depositaires. Cette propriété fiduciaire est complémentaire à la copropriété (ordinaire) des bénéficiaires.<sup>1379</sup> Les depositaires agissent comme fiduciaires et détiennent le fonds au bénéfice des porteurs de parts, conformément aux instructions de la société de gestion. La société de gestion doit accepter expressément

<sup>1370</sup> KAM FAN SIN, *The Legal Nature of the Unit Trust*, Clarendon press-Oxford, 1997.

<sup>1371</sup> A. J-CI BOUGNOUX, Banque et crédit, fasc. 2238, V° OPCVM, formes juridiques (SICAV et FCP), éd. 1996, spéc. n° 75, p. 10.

<sup>1372</sup> Définition de la loi 24.083 sur les « *Fondos Comunes de Inversion* », modifiée par la loi 24.441.

<sup>1373</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *op. cit.*, p. 94.

<sup>1374</sup> Ils sont définis par le titre IX de la loi n° 1834 du 31 mars 1998 dénommée « *La ley de mercado de valores* », aux articles 87 à 94.

<sup>1375</sup> Articles 90, 99, de la loi bolivienne du marché des valeurs n° 1834.

<sup>1376</sup> Articles 93 de la loi n° 1834.

<sup>1377</sup> Articles 87 de la loi n° 1834.

<sup>1378</sup> Articles 45 et 48 b), d) e) et 54 de la loi bolivienne du marché des valeurs n° 1834.

<sup>1379</sup> A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, N. MALUMIAN, *ibid.*, p. 94.

les actes d'acquisition et de disposition des biens. Ces fidéicommiss sont plus proches de leurs homologues anglo-américains, les « Unit trusts », que les fonds communs d'investissement.

1277. En Angleterre et en France, la Société d'investissement à capital variable,<sup>1380</sup> comme son nom l'indique, suit les règles de la régulation des sociétés de structure ouverte.<sup>1381</sup> Elle est dirigée par un conseil d'administration, sous l'autorité d'un président directeur général (*Authorised Corporate Director*), agréé par l'Autorité des Marchés Financiers britannique ou française, la FSA (*Financial Services Authority*) ou l'AMF.<sup>1382</sup> A la différence des « Unit Trusts », les SICAV britanniques peuvent avoir un fonds à plusieurs compartiments indépendants, chacun avec un objectif différent de gestion.

1278. Les Unit trusts ont été le véhicule de placement collectif le plus populaire au Royaume-Uni depuis les années 1930. Or, de nombreux Unit trusts ont été convertis en Sicav de droit anglais (OEICs) pour être commercialisées plus facilement dans les pays de droit civil et un nombre restreint de nouveaux Unit trusts a été constitué. Les Sicav de droit anglais (OEICs) constituent aujourd'hui 63% de la valeur totale des Sicav et des Unit trusts.

1279. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, les fidéicommiss financiers en Argentine sont des fidéicommiss ordinaires d'investissement. Ils sont un bon véhicule de titrisation. La titrisation est effectuée en Bolivie au travers de patrimoines autonomes, gérés par des sociétés de gestion spécialisées. Les patrimoines autonomes sont différents des fidéicommiss ordinaires de l'article 1409 du Code de commerce bolivien. En Argentine, le fiduciaire du fidéicommiss financier est une entité financière ou une société expressément autorisée par la Commission Nationale de Valeurs de ce pays à agir comme fiduciaire financier.<sup>1383</sup> Comme les Unit trusts, les

---

<sup>1380</sup> Appelées en anglais « *Investment Company with Variable Capital* » ou « *Open-Ended Investment Company* » (OEIC), (Société d'investissement de structure ouverte).

<sup>1381</sup> The Open-Ended Investment Companies Regulations 2001, Statutory Instruments 2001 n° 1228, Financial Services and Markets, March, 27<sup>th</sup> 2001.

<sup>1382</sup> En 1945 étaient créées, en France, les « sociétés d'investissement à capital fixe » (SICAF), qui gèrent un portefeuille de valeurs mobilières et qui sont cotées en Bourse. Ce n'est qu'en 1964, à la suite des travaux du Comité Lorain, président de la Société Générale et de la publication des textes réglementaires nécessaires, que les premières SICAV au nombre de huit voient le jour. G. GALLAIS-HAMONNO, *SICAV et Fonds Communs de Placement les OPCVM en France, Que sais-je ?*, Presse universitaires de France, 1995.

<sup>1383</sup> Article 19 de la loi argentine n° 24.441.

fidéicommiss financiers et les patrimoines autonomes des deux pays émettent des certificats fiduciaires qui ont le caractère de titres-valeurs<sup>1384</sup> et doivent être approuvés par l'autorité administrative de régulation. Les bénéficiaires sont les titulaires des certificats de participation ou des titres représentatifs de dette, garantis par les biens transférés au fideicommiss ou au patrimoine autonome. Ces titres-valeurs peuvent être l'objet d'offres au public.

*1280.* L'objet des fideicommiss financiers est de garantir des titres de dette avec les biens du fideicommiss ou d'organiser la participation aux biens et à leur produit au travers de certificats. Cludio Kiper et Silvio Lisoprawski affirment que « *les certificats de participation sont au fideicommiss ce que les parts sont aux fonds communs d'investissement, c'est-à-dire, des sortes de titres de participation.* »<sup>1385</sup> Les fideicommiss ordinaires de l'article 1409 du Code de commerce bolivien peuvent émettre<sup>1386</sup> des certificats de participation au profit des bénéficiaires<sup>1387</sup> qui ont le caractère de titres valeurs.<sup>1388</sup>

*1281.* Il convient d'approfondir notre analyse des trusts financiers qui émettent des unités, c'est-à-dire, des parts, dans les deux modèles de trusts : dans un premier temps, les Unit trusts de droit anglo-américain, comparés aux FCP (Section 1), et dans un deuxième temps, les trusts d'investissement financier de droit civil (Section 2).

### **Section 1. Unit Trusts de droit anglo-américain et FCP**

*1282.* Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, les Unit Trusts sont une catégorie particulière appartenant à celle des trusts d'investissement.<sup>1389</sup> L'existence d'un gérant et d'un trustee qui partagent les prérogatives données

---

<sup>1384</sup> Articles 83 de la loi n° 1834.

<sup>1385</sup> C. M. KIPER, S. V. LISOPRAWSKI, *op. cit.*, p. 651.

<sup>1386</sup> Selon l'alinéa 6 de l'article 3 et l'alinéa 14 de l'article 39 de la loi bolivienne sur les banques et entités financières, Décret suprême n° 26581 du 3 avril 2002.

<sup>1387</sup> Article 1443 du Code de Commerce bolivien.

<sup>1388</sup> Article 1444 du Code de Commerce bolivien.

<sup>1389</sup> L'expression « trusts d'investissement » (*investment trusts*) couvre de façon large même les trusts organisant des fonds de pensions, lorsque les contributions des employés et employeurs sont investies par les trustees pour optimiser les bénéfices pour les bénéficiaires. Il peut s'agir aussi des trusts de commerce (*trading trust*), dans lesquels les trustees mènent des activités de commerce en faveur des bénéficiaires. Ils sont différents des trusts passifs d'investissement. Ces trusts sont

exclusivement aux trustees dans un trust exprès privé ordinaire, constitue une différence caractéristique des Unit trusts. Ils constituent une alternative à la société en tant que véhicule d'investissement. En 1967, en France, l'ordonnance du 17 avril institue la participation des salariés aux fruits de l'expansion (l'intéressement) et introduit, dans le droit français, les fonds communs de placement. Il s'agit d'un système d'indivision permanente, géré par une société de gestion.<sup>1390</sup>

*1283.* Les Unit trusts et les FCP collectent les fonds auprès du public.<sup>1391</sup> Dans les Unit trusts, comme dans les FCP, les fonds sont investis par « le gérant » qui est obligatoirement une société (la société de gestion de portefeuille du FCP).<sup>1392</sup> Sous la supervision des trustees du Unit trust ou du dépositaire du FCP,<sup>1393</sup> le gérant a comme objectif de générer un maximum de bénéfices aux porteurs de parts, des revenus et des plus-values sur le capital.<sup>1394</sup> Le principe de la séparation des fonctions de gérant et de dépositaire (trustee) est un élément essentiel.<sup>1395</sup> Contrairement à ce que certains auteurs ont affirmé, ce n'est donc pas le trustee qui gère les actifs,<sup>1396</sup> et ce n'est pas la société de gestion qui doit avoir la propriété fiduciaire des actifs dans une fiducie-gestion<sup>1397</sup> de placements collectifs qui remplace les FCP, mais c'est le dépositaire-fiduciaire qui a la propriété fiduciaire des actifs du fonds au bénéfice des porteurs bénéficiaires.<sup>1398</sup>

*1284.* Les souscripteurs sont des détenteurs d'unités ou de parts qui représentent leurs intérêts dans le fonds, d'où le nom de « Unit Trusts » ou de « fonds communs ». Les Unit trusts, comme les FCP et les fidéicommiss financiers, sont agréés par les Autorités de services financiers. Ils suivent les dispositions de la loi sur les services

---

généralement discrétionnaires. Comme c'est le cas pour tous les trusts, le trustee est responsable personnellement des dettes commerciales. Le trustee est habituellement une société qui détient et gère le fonds fiduciaire dans une telle qualité.

<sup>1390</sup> G. GALLAIS-HAMONNO, *op.cit.*

<sup>1391</sup> Article L214-1 du Code Monétaire et financier français, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 1.

<sup>1392</sup> Article L214-8-1 du Code Monétaire et financier français, créé par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1393</sup> Article L214-10 du Code Monétaire et financier français, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1394</sup> La gestion d'un fonds commun de placement est par essence aléatoire : on ne peut garantir l'obtention de plus-values. L'application du critère de l'aléa à ces fonds conduit à affirmer que, comme les banques, la société de gestion et le dépositaire sont seulement tenus d'une obligation de moyen : dans l'exécution des opérations qu'ils effectuent, ils doivent uniquement apporter les soins que l'on peut attendre d'un « professionnel avisé ». Th. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil, *RTD Civ.* 1991 n° 85, p. 28. Voir la proposition de rédaction de l'article 2026 dans le projet de loi sur la fiducie *infra* p. 573.

<sup>1395</sup> Th. BONNEAU, *ibid.*, n° 3, p. 2.

<sup>1396</sup> F. BARRIERE, *op. cit.*, n° 279, p. 226.

<sup>1397</sup> C. WITZ, *La fiducie en droit privé français, op. cit.*, n° 133, p. 123.

financiers et les marchés de 2000,<sup>1399</sup> et sur la régulation des organismes de placements collectifs.<sup>1400</sup> Comme les FCP, ils doivent se conformer aux exigences concernant les méthodes de calcul des frais de gestion, le rachat des parts à la valeur liquidative nette, la supervision et le contrôle périodique du trustee (ou du dépositaire du FCP) au gérant. Les « unités » ou parts sont émises contre paiement au gérant et déposées chez les trustees (ou le dépositaire). Les droits des bénéficiaires sont créés sous la forme d'unités ou parts par le document de constitution du Unit trust ou par le règlement du FCP.

1285. Les points communs entre les Unit trusts et le contrat sont frappants, notamment lorsqu'ils sont comparés aux FCP. Dans les Unit trusts et les FCP, le document de constitution (*trust deed* ou règlement) est un contrat.<sup>1401</sup> C'est lui seul qui détermine les relations juridiques entre le gérant, le trustee (dépositaire) et les porteurs de parts ; seul le contrat explique les obligations de la société de gestion (gérant) qui gère le portefeuille et les droits des porteurs de parts bénéficiaires.

1286. En revanche, le trust est utilisé uniquement dans les Unit trusts -et non dans les FCP- comme un moyen pour lever, détenir et gérer des fonds en « propriété collective » au profit des porteurs de parts bénéficiaires. La détention des fonds, les droits et obligations des parties au FCP proviennent ainsi du contrat et d'un statut de copropriété « *sui generis* » très restreint des bénéficiaires,<sup>1402</sup> tandis que les droits et obligations des parties au Unit trust proviennent du contrat et du trust simultanément. Le caractère dualiste de contrat et de trust des Unit trusts permet aux parties de bénéficier des règles de l'*Equity* et de la Common Law devant un juge, en fonction de la nature du conflit.

---

<sup>1398</sup> Voir dans la conclusion de cette thèse la proposition de rédaction du projet de loi sur les fonds communs de placement, *infra* p. 590.

<sup>1399</sup> Financial Services and Markets Act 2000

<sup>1400</sup> Regulations for Collectif Investment Schemes.

<sup>1401</sup> Thierry Bonneau explique que le règlement du FCP est un contrat d'adhésion. Il peut être défini comme « l'adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties et auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier ». L'auteur préfère de s'en tenir à une analyse contractuelle. Il démontre que la théorie de l'organe qui a été développée en matière de société n'est pas applicable aux fonds communs. Th. BONNEAU, *ibid.*, n° 58 et suiv., p. 19.

<sup>1402</sup> La propriété des copropriétaires des fonds communs est tellement limitée que Thierry Bonneau les compare à des « mineurs frappés d'une incapacité d'exercice : ceux-ci peuvent être titulaires de droits, notamment du droit de propriété, mais ils ne peuvent les exercer eux-mêmes ; ils ont besoin d'un représentant légal ». (Sauf que les porteurs de parts sont pleinement capables). Selon l'auteur, ils acceptent cette situation, en raison de l'affectation des actifs des fonds communs au profit du groupe des souscripteurs, dans la mesure où les actifs sont destinés à la satisfaction de l'intérêt collectif de ce groupe. Th. BONNEAU, *ibid.*, n° 35 et 36, p. 12-13.

1287. Kam Fan Sin<sup>1403</sup> explique que l'utilisation contractuelle du « Unit Trust » comme moyen de gérer et de réinvestir les capitaux des investisseurs conduit à penser que les droits des porteurs de parts sont majoritairement contractuels. L'auteur affirme que « *la similarité entre les droits d'un porteur de parts d'un Unit trust et ceux d'un actionnaire d'une société est révélatrice de la juxtaposition du droit des trusts et du droit des sociétés.* » Par contre, le législateur français semble conférer aux souscripteurs du FCP le statut de copropriétaires<sup>1404</sup> avec un droit réel sur les actifs du fonds qu'ils ne peuvent pas faire valoir.<sup>1405</sup>

1288. En réalité, comme les actionnaires des sociétés ou les bénéficiaires des Unit trusts, les souscripteurs des FCP sont propriétaires titulaires uniquement de leurs parts, qui sont des valeurs mobilières,<sup>1406</sup> et non copropriétaires des actifs du fonds. Les parts représentent un droit de propriété sur les actifs, qui est un droit personnel et non un droit réel.<sup>1407</sup> Même dans les Unit trusts, les intérêts équitables des bénéficiaires porteurs de parts sur les biens du trust sont substantiellement modifiés et amoindris par le contrat de Unit trust, par rapport aux droits équitables des bénéficiaires des trusts anglo-américains ordinaires. Ce n'est pas parce qu'un patrimoine d'affectation n'a pas la personnalité morale qu'il ne peut pas émettre des parts qui ont la qualité de titres valeurs. Le meilleur exemple est le fonds commun de placement, voire le fidéicomis.<sup>1408</sup> Tout patrimoine d'affectation doit avoir un propriétaire. Il convient de donner la propriété fiduciaire des actifs du FCP au dépositaire avec une mission fiduciaire<sup>1409</sup> de contrôle de la gestion du gérant.<sup>1410</sup>

1289. L'étroite relation entre le Unit trust, le contrat et la société (I) explique les relations entre les trustees, le gérant et les porteurs de parts (II).

---

<sup>1403</sup> KAM FAN SIN, *op. cit.*, p. 2 et suiv.

<sup>1404</sup> Article L214-8 du Code Monétaire et financier français, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1405</sup> Si les porteurs de parts de fonds communs ont des droits qu'ils exercent sur leurs parts, en revanche ils n'en ont aucun sur les actifs des fonds. Dès lors, conférer la qualité de propriétaire aux souscripteurs tout en ne leur permettant pas d'exercer les attributs du droit de propriété paraît contradictoire. Th. BONNEAU, *ibid.*, n° 26, p. 10.

<sup>1406</sup> Article L211-1 du Code Monétaire et financier français, modifié par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

<sup>1407</sup> Qu'il s'agisse d'un titre représentant une quotité du capital (action) ou un titre conférant un droit de créance général sur le patrimoine (obligation), il s'agit toujours d'un droit de créance dont la structure s'oppose à celle du droit réel : contrairement à ce dernier qui est un droit direct sur la chose, le droit de créances est un droit à l'encontre des personnes. Th. BONNEAU, *ibid.*, n° 16, p. 7.

<sup>1408</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2018-2 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 585.

<sup>1409</sup> Article 2018 6° du Code Civil français, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

## I. *Unit trusts, contrat et société*

1290. La société à responsabilité limitée est le résultat de l'union du trust et de la société ; le « Unit trust » est ensuite le produit du mariage de la société à responsabilité limitée et du trust.<sup>1411</sup> De la même manière, aux Etats-Unis d'Amérique, le « *business trust* » est le résultat du croisement de la société par actions non enregistrée (*Unincorporated joint stock company*) et du trust. Au Royaume Uni, et non aux Etats Unis, l'expression « trust d'investissement » est utilisée pour dire « société d'investissement », c'est-à-dire, une société qui a l'activité exclusive d'investir en actions d'autres sociétés.<sup>1412</sup>

1291. Les sociétés d'investissement ne sont pas des trusts. Les actionnaires d'une société d'investissement (*investment trust company*) n'ont ni la propriété légale ni la propriété équitable sur les actions dans lesquelles la société a investi ni sur les autres actifs détenus par la société. La valeur de leurs actions dépendra de la valeur des actions et autres actifs détenus par la société mais aussi de la politique d'investissement et de distribution de dividendes mis en place par les mandataires sociaux assurant la direction de la société. Ces derniers sont soumis à moins de contrôle que les gérants des Unit Trusts.

1292. Le trust a toujours été un moyen pour mobiliser les capitaux des personnes avec un objectif commun : le commerce ou l'investissement. Or, contrairement au contrat et malgré sa flexibilité, le trust n'est pas un outil pour rassembler un grand nombre d'individus, comme c'est le cas de la société anonyme. Les grandes sociétés par actions comptent des milliers d'actionnaires. Le concours nécessaire d'un certain nombre de personnes répond traditionnellement au but économique de l'acte juridique : il s'agit de réunir des capitaux en vue d'une œuvre commune qui colore le consentement des associés.<sup>1413</sup> Pour arriver à réaliser cet objectif, le trust a dû se greffer au contrat et être constitué par contrat. De cette manière, la structure du Unit trust se rapproche de la structure des sociétés anonymes, notamment en ce qui

<sup>1410</sup> Voir dans la conclusion de cette thèse la proposition de rédaction du projet de loi sur les fonds communs de placement, notamment l'article L214-10 du Code Monétaire et financier, *infra* p. 590.

<sup>1411</sup> L. C. B. GOWER, *The principles of Modern Company Law*, 5e éd., Sweet & Maxwell, 1992.

<sup>1412</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 65.

<sup>1413</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER, *op.cit.*, n° 1056-11, p. 9.

concerne la responsabilité limitée des actionnaires et des porteurs de parts au montant de leurs apports. Les fidéicommiss d'investissements ordinaires ou les fiducies-gestion avec un nombre important de constituants-bénéficiaires, adoptent une structure similaire à celle des sociétés. Ils ont moins de contraintes légales et ont une responsabilité limitée des constituants-bénéficiaires.<sup>1414</sup>

1293. Les apports des associés forment un patrimoine social distinct du patrimoine personnel de chacun des associés. Comme les actionnaires des SA, les porteurs de parts du FCP ne sont tenus des dettes du patrimoine d'affectation qu'à concurrence de l'actif du fonds et proportionnellement à leur quote-part.<sup>1415</sup> Si le patrimoine social doit être séparé du patrimoine des associés, il faut qu'il appartienne à une personne. La conception d'une société de capitaux, dans laquelle la personnalité des associés est indifférente, impliqua la nécessité de personnifier la société elle-même.

1294. Dans les grandes compagnies où aucun associé n'est personnellement responsable, l'idée de la « personnalité du corps » s'imposa. C'est la notion anglaise de l'« *incorporation* ». <sup>1416</sup> Dans les Unit trusts, (et non dans les FCP), qui n'ont pas la personnalité morale, la propriété du patrimoine d'affectation est donnée au fiduciaire-dépositaire-trustee (*clearing bank, custodian*, compagnie d'assurances). Les Unit trusts et les FCP sont différents des sociétés non-incorporées, c'est-à-dire, sans personnalité morale (*unincorporated companies*), même si les deux structures sont constituées par contrat et ne sont pas enregistrées. Aux Etats-Unis, la « *joint stock company* » c'est-à-dire la société par actions à responsabilité illimitée, définie comme une « entreprise sans personnalité morale » (*unincorporated business*) est établie à la suite d'une entente entre les associés qui la constituent et qui, contrairement aux actionnaires d'une société ordinaire de capitaux, sont personnellement et solidairement responsables des dettes de l'entreprise.

1295. Dans le passé, le Unit trust courait le risque d'être considéré comme un large partenariat, une grosse association ou un groupement de nombreux individus et de transgresser ainsi l'interdiction des grands groupements à but commercial sans personnalité morale et non enregistrés (*unincorporated business associations*),

---

<sup>1414</sup> Voir *supra* p. 352 et suiv.

<sup>1415</sup> Article L214-8-5 du Code Monétaire et financier français, créé par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1416</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER, *ibid.*, n° 1056-15 et 1056-16, p. 11.

énoncée dans la loi sur les sociétés (*Company Act*). En revanche, en France, tant que la société a été considérée comme un simple contrat, il n'y a eu aucune hésitation à classer les participations au nombre des sociétés,<sup>1417</sup> sans personnalité morale, occultes ou ostensibles et à durée illimitée ou à reconnaître en droit civil les sociétés de fait.<sup>1418</sup> Les anciens auteurs étudient la société en participation sous le nom de société anonyme. Le Code de Commerce français de 1807 énonçait « les associations commerciales en participation ».<sup>1419</sup>

*1296.* Dans une affaire célèbre,<sup>1420</sup> les porteurs de parts d'un Unit trust étaient plus de 20 personnes. Néanmoins, la Cour d'Appel jugea que ce groupement de personnes ne constituait ni une association ni une société et n'était pas contraire aux dispositions énoncées par la loi sur les sociétés de 1862 (*Companies Act 1862*). Les juges expliquent que même si, dans un Unit trust, les investissements sont à but lucratif, ils sont réalisés exclusivement par le trustee et le gérant et non par les bénéficiaires ; les juges affirment le rôle passif de ces derniers. Il n'y a pas de mandat entre le trustee et le gérant ; contrairement aux sociétés ou aux FCP,<sup>1421</sup> le gérant d'un Unit trust n'est pas non plus mandataire des porteurs de parts. Le trustee, le gérant et les porteurs de parts contractent en tant que parties indépendantes dans un seul contrat de constitution d'un Unit trust ; le trustee s'engage à agir en qualité de fiduciaire et le gérant à gérer les actifs du fonds fiduciaire au bénéfice des porteurs de parts.

*1297.* En revanche, dans les FCP, deux contrats de mandat « *sui generis* » (de gestion entre les porteurs et le gérant et de surveillance<sup>1422</sup> entre les porteurs et le dépositaire) résultent de la nature du règlement du FCP qui incontestablement lie les trois parties. Il est envisageable de considérer le règlement d'un FCP comme un contrat plurilatéral de fiducie de placements collectifs dans lequel le dépositaire détient les biens du FCP en qualité de fiduciaire et a une mission de contrôle du

---

<sup>1417</sup> Article 1871 du Code Civil français, créé par Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978.

<sup>1418</sup> Article 803 du Code Civil bolivien.

<sup>1419</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER, *ibid.*, n° 1239 et 1240, p. 191 et 192.

<sup>1420</sup> Smith v. Anderson (1880) 15 Ch. D 247.

<sup>1421</sup> Les pouvoirs de la société de gestion semblent provenir d'un contrat de mandat irrévocable « *sui generis* », imposé par la loi aux mandants porteurs de parts du FCP qui ne nomment pas la société de gestion. Th. BONNEAU, *op.cit.*, n° 66 à 72, p. 22 à 24. Le mandat est représentatif, puisque le FCP est représenté à l'égard des tiers par la société de gestion qui peut agir en justice pour défendre ou faire valoir les droits ou intérêts des porteurs de parts, conformément à l'article L214-8-8 du Code Monétaire et financier français, créé par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

gérant au bénéfice des porteurs de parts bénéficiaires. Exceptionnellement, et uniquement parce qu'il s'agit d'une fiducie de placements collectifs similaire aux Unit trusts, dans le même contrat (le règlement du fonds), le gérant s'engage à gérer les actifs du fonds fiduciaire sous le contrôle du propriétaire fiduciaire ; les bénéficiaires acceptent le contrat lorsqu'ils souscrivent des parts.

*1298.* La caractéristique des véhicules d'investissement collectif, à savoir la société le Unit trust et le FCP, est le rôle passif des investisseurs dans la conduite des activités d'investissement, la séparation entre ceux qui fournissent les capitaux de ceux qui les gèrent. Parce que les souscripteurs n'ont aucun pouvoir sur les actifs du FCP, ils ne peuvent pas s'immiscer dans la gestion de celui-ci.<sup>1423</sup> Le trust du modèle anglo-américain est un véhicule efficace d'investissement et de gestion car sa particularité est précisément la séparation de la détention et de la gestion de la propriété de sa jouissance économique. De la même manière, la société sépare les apporteurs de capitaux des personnes qui vont les utiliser et gérer pour qu'ils produisent. Cette structure remonte aux origines de la société et date de l'époque impérialiste des monopoles de commerce de l'Empire britannique. Les sociétés par actions constituent l'armature du régime capitaliste. Les ressemblances historiques et structurelles sont donc importantes : le trust et la société se concurrencent pour gagner la préférence des investisseurs, mais ils se sont aussi complétés et aidés tout au long de leur histoire.

*1299.* Le trust du modèle anglo-américain de propriété réalise un dédoublement de la propriété en propriété légale et propriété équitable en imposant au propriétaire légal, le trustee, l'obligation de détenir les biens en trust au bénéfice des bénéficiaires. Kam Fan Sin<sup>1424</sup> affirme que le Unit trust réalise un deuxième dédoublement de cette obligation : la séparation de la détention des biens du trust par le trustee de la gestion de ces biens donnée au gérant. L'auteur explique que « *si le trust est une*

---

<sup>1422</sup> Thierry Bonneau affirme que « *le prétendu dépositaire d'un fonds commun est en réalité un mandataire chargé de la surveillance du gestionnaire* ». Th. BONNEAU, *ibid.*, n° 79, p. 27.

<sup>1423</sup> La défense d'immixtion se manifeste à tous les stades de la vie du fonds. Par exemple, lors de la création du FCP, qui est constitué à l'initiative de la société de gestion, seule cette dernière va déterminer, dans les limites légales, la composition des actifs. Elle va gérer ensuite de façon indépendante les achats et les ventes d'actifs, conformément aux dispositions du règlement qu'elle a rédigé. Elle désigne toute seule le dépositaire. Article L214-8-1 du Code Monétaire et financier français, créé par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

*manipulation des facettes de la propriété, dont le résultat est une relation bipartite trustee-bénéficiaires, la manipulation dans le Unit trust va plus loin, en une relation tripartite trustee-gérant-bénéficiaires. »*

1300. Dans un Unit trust, le trust est utilisé au sein du contrat comme un outil qui permet la propriété collective des bénéficiaires en leur faveur. Le caractère contractuel et non d'acte unilatéral de disposition du Unit trust ne permet pas l'application des règles concernant les perpétuités ou la règle jurisprudentielle « *Saunders v Vautier* ». De manière similaire, dans les fonds communs de placement français et les fonds communs d'investissement latino-américains, sauf stipulations contraires du règlement du fonds, l'indivision est expressément rejetée, en proscrivant la possibilité aux porteurs de parts ou à leurs ayants droit de provoquer le partage du fonds.<sup>1425</sup> La dissolution « *ad nutum* » a été remplacée par le principe de la permanence du fonds en créant la procédure de retrait : les uns partent, d'autres rentrent et l'indivision subsiste. Les FCP constituent des patrimoines dont l'unité est réalisée autour, non pas de la personne des souscripteurs, mais d'un but de gestion des fonds communs dans l'intérêt collectif du groupe des souscripteurs.<sup>1426</sup>

1301. En plus de la relation contractuelle dans les Unit Trusts, les FCP et les sociétés, il existe une relation fiduciaire entre les parties de ces institutions, à savoir, le trustee (dépositaire), le gérant (les mandataires sociaux des sociétés) et les porteurs de parts bénéficiaires ou actionnaires. Le gérant (mandataire social) est la partie qui contrôle le processus d'investissement et les opérations de gestion ; il est considéré comme ayant une relation fiduciaire avec les porteurs de parts actionnaires. Il engage ainsi sa responsabilité et doit toujours agir en leur faveur.<sup>1427</sup>

1302. Les caractères contractuel et consensuel des relations d'un Unit trust montrent que sa constitution n'est pas celle d'un trust « pur » (A), permettant aussi d'importantes dérogations aux règles de propriété (B).

---

<sup>1424</sup> KAM FAN SIN, *op. cit.*, p. 186.

<sup>1425</sup> Article L214-8-4 du Code Monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1426</sup> Th. BONNEAU, *ibid.*, n° 40, p. 14 et n° 55, p. 19.

<sup>1427</sup> Article L214-9 du Code Monétaire et financier, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

### A. *Constitution des Unit Trusts*

1303. Contrairement au document de constitution d'un trust ordinaire, le document de constitution d'un Unit trust a lieu sans la participation d'un constituant. Il est constitué par contrat conclu entre le gérant et le trustee. L'acte de constitution stipule les engagements concernant les services respectifs convenus par eux en faveur des porteurs de parts et les clauses nécessaires à l'émission des parts. La structure du fonds fiduciaire est le résultat des termes contractuels accordés dans le but de réaliser des investissements collectifs.

1304. Le Unit trust est la création du trustee et du manager ; le trustee est le récepteur des biens transférés et le gérant reçoit certains pouvoirs de gestion. Les trois certitudes du test de validité des trusts du modèle anglo-américain de propriété sont applicables aux Unit Trusts. Il existe l'intention mutuelle de créer un trust et non une autre figure analogue. Les biens et les bénéficiaires sont stipulés, c'est-à-dire, ils sont déterminés contractuellement ou bien les conditions pour leur déterminabilité sont prévues dans le contrat.

1305. En France, auparavant,<sup>1428</sup> les FCP étaient constitués de manière similaire aux Unit Trusts, à l'initiative conjointe d'une société de gestion de portefeuille, chargée de sa gestion, et d'une personne morale, dépositaire des actifs du fonds. Cette société et cette personne établissaient le règlement du fonds. Aujourd'hui, les FCP sont constitués à l'initiative uniquement de la société de gestion de portefeuille ; elle choisit le dépositaire des actifs et établit le règlement du fonds.<sup>1429</sup> La constitution n'est pas un acte unilatéral<sup>1430</sup> de la société de gestion mais elle s'effectue par contrat.<sup>1431</sup> Lorsque la société de gestion désigne le dépositaire, celui-ci doit accepter, dans les conditions établies dans le règlement. Les bénéficiaires adhèrent aussi à ce contrat lors de l'acquisition de parts. La souscription emporte acceptation du

---

<sup>1428</sup> L'ordonnance portant transposition de la directive n° 2009/65/CE du 13 juillet 2009 (« OPCVM IV ») et modification du cadre juridique relatif aux organismes de placement collectif a substitué l'article L214-24 du Code Monétaire et financier par un nouvel article L 214-8-1.

<sup>1429</sup> Article L214-8-1 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1430</sup> Voir *infra* p. 456 et suiv. la constitution de patrimoines autonomes par acte unilatéral des sociétés de titrisation en Bolivie.

<sup>1431</sup> La loi du 23 décembre 1988 invitait déjà à recourir au droit des contrats pour expliquer les relations de la société de gestion, du dépositaire et des souscripteurs. Les contrats présentent nécessairement des particularités qui s'expliquent par l'idée qu'ils constituent une mesure d'exécution du règlement et qu'ils empruntent à ce dernier certains de ses traits spécifiques. Th. BONNEAU, *op. cit.*, n° 65, p. 22.

règlement et du contrat d'adhésion puisqu'il est rare de négocier une modification ou une évolution du règlement. De manière comparable aux FCP, la constitution d'un Unit trust procède en deux étapes. La première étape consiste en la mise en place et l'exécution du document de constitution par le trustee et le gérant, les deux parties au contrat de Unit trust. La deuxième étape se réalise lorsque les investisseurs souscrivent au Unit trust en achetant des parts.

*1306.* La loi « *Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991* » énonce les pouvoirs et les obligations du trustee et du gérant.<sup>1432</sup> Elle est applicable exclusivement aux Unit trusts autorisés.<sup>1433</sup> Le gérant et le trustee doivent avoir les licences respectives.<sup>1434</sup> La loi et le contrat nomment expressément les parties au contrat du Unit trust « gérant » et « trustee ». L'intention logique des parties est que le gérant agisse en sa qualité et gère le fonds fiduciaire et que le trustee soit le fiduciaire et agisse en tant que tel. En revanche, aucun des deux n'a l'intention d'agir comme constituant, car aucun des deux ne transfère sa propriété au Unit trust.

*1307.* Les Unit trusts ont une clause dans laquelle les trustees se déclarent trustees de tous les fonds apportés par les souscripteurs des parts et au bénéfice de ceux-ci, dans les conditions stipulées dans le document de constitution et dans la loi. Un investisseur devient porteur de parts et bénéficiaire lorsqu'il achète des parts d'un autre porteur de parts ou directement au gérant. Les investisseurs n'ont pas l'intention de créer un trust à leur bénéfice quand ils souscrivent des parts, mais ils ont l'intention de transférer des biens, c'est-à-dire, de l'argent, dans un trust déjà constitué et d'acquérir des droits contractuels, énoncés dans la loi sur les placements collectifs en tant que bénéficiaires du Unit trust. Cette opération a un caractère commercial ; si la création du trust est mutuelle ou collective, les droits et obligations (*consideration*) que chaque partie entend fournir dans la relation contractuelle d'un Unit trust, montrent que l'opération a un caractère lucratif.

---

<sup>1432</sup> Partie 7 « *Powers and Duties of the Manager and Trustees* ». Les amendements à cette même loi « *Financial Services (Regulated Schemes) (Amendment) Regulations 1999* » réitérent les obligations et les devoirs du trustee et du gérant sur des points spécifiques tels que les rachats de parts.

<sup>1433</sup> Les pouvoirs et les devoirs des trustees sont définis contractuellement dans les Unit trusts non autorisés et ils n'appliquent pas les règles énoncées dans la septième partie du « *Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991* ».

<sup>1434</sup> *Financial Services and Markets Act 2000*, Chapter 8, Part XVII, Collective Investment Schemes, Chapter III, Authorised Unit Trust Schemes, point 243 (7).

1308. La structure du fonds fiduciaire dans un Unit trust (a.) est différente de celle des trusts exprès privés classiques, notamment en ce qui concerne les émissions des parts et les droits des bénéficiaires (b.)

a. Structure du fonds fiduciaire dans un Unit trust

1309. Contrairement aux trusts anglo-américains, à la fiducie ou au fidéicommis ordinaires, la structure flexible du fonds fiduciaire est spécifique aux Unit trusts et aux FCP agréés, conformément à la directive 2009/65/ CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 :<sup>1435</sup> la liquidité constitue la base des fonds fiduciaires dits ouverts (*open-ended trusts*) et permet aux investisseurs de vendre à tout moment leurs parts qui sont rachetées par le fonds.<sup>1436</sup> Le nombre de parts et la taille des investissements augmentent ou diminuent en fonction des rachats des parts par les nouveaux et les anciens porteurs. Le fonds fiduciaire du Unit trust a évolué d'un fonds composé d'une quantité déterminée d'actions et autres instruments financiers vers un fonds fiduciaire liquide.

1310. Deux formules d'investissement, conçues pour recueillir l'épargne collective, ont été développées dans le monde. Les fonds mutuels ouverts (*Mutual Funds*) sont des sociétés ou des trusts qui ont une structure ouverte de capital. Ils émettent continuellement des nouvelles parts et rachètent les anciennes, généralement sans passer par la bourse. Les fonds fermés (*Closed-end funds*), contrairement aux fonds mutuels ouverts, émettent une seule fois un nombre fixe de parts, en une seule offre au public ; leurs parts peuvent coter sur un marché réglementé.<sup>1437</sup>

1311. Les écossais inventent vers 1870 la formule du « fonds fermé ». Des petits épargnants confient leur épargne à des « trusts » gérés par des spécialistes qui la placent en Bourse. Le capital est fixe. L'entrée ou la sortie du fonds s'effectuent par l'intermédiaire de la Bourse où le fonds est coté. Les Américains trouvent la formule qui aura un succès mondial : une structure ouverte du capital. En 1924, le «

---

<sup>1435</sup> Article L214-2 du Code Monétaire et financier français, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1436</sup> Article premier, 2 b) de la directive 2009/65/ CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009.

<sup>1437</sup> U.S.A. SECURITY EXCHANGE COMMISSION (SEC), « Invest wisely : an introduction to mutual Funds », p.7 [www.sec.gov/investor/pubs/inwsmf.htm](http://www.sec.gov/investor/pubs/inwsmf.htm).

*Massachusetts Investors Trust* » de Boston (*business trusts*) adopte une idée simple : émettre continuellement de nouvelles parts et racheter les anciennes sans passer par la Bourse. Les fonds ouverts, contrairement à leurs frères « fermés », survivent au *krach* de 1929 et se développent rapidement après 1945. La formule ouverte se diffuse dans le monde entier et en Grande Bretagne, avec les Unit Trusts.

1312. Le fonds fiduciaire est fondé sur le principe de la liquidité permanente (*cash fund trust*). Le gérant reçoit l'argent des investisseurs et émet des parts sans avoir obligatoirement réalisé des investissements. Une fois les parts ou unités émises et achetées par les souscripteurs, les fonds sont ajoutés au fonds fiduciaire en liquide afin de réaliser des investissements. L'argent du fonds fiduciaire ne provient pas d'un transfert d'un seul constituant mais des apporteurs de capitaux porteurs de parts bénéficiaires, avec un objectif d'investissement à but lucratif ; les fonds sont investis pour produire des revenus et des plus-values sur le capital.

1313. La liquidité et le contrôle des risques sont les préoccupations permanentes du gérant et du trustee. Les Unit trusts et les FCP permettent aux petits et aux gros investisseurs de diluer les risques en diversifiant les investissements dans un portefeuille de participations. Le gérant est en charge de la diversification des investissements en fonction des instruments financiers utilisés et de leur répartition sectorielle et géographique. Le gérant évalue les différents investissements et détermine la valeur liquidative de chaque catégorie de parts. La valeur liquidative est obtenue en divisant l'actif net par le nombre de parts émises. Elle tient compte des dividendes des actions et des coupons courus des obligations.

1314. Les porteurs de parts ont des droits de propriété sur leurs parts et des droits contractuels sur la gestion et l'investissement.

#### *b. Parts et droits des bénéficiaires*

1315. Il existe aujourd'hui, dans les marchés financiers, de nombreux Unit trusts différents car ils sont structurés dans les termes et conditions stipulés dans le document de constitution de chaque trust. Les droits des porteurs de parts des Unit trusts sont plus complexes que les simples droits des bénéficiaires des trusts

classiques. Le Unit trust mélange des composants légaux, contractuels et équitables. Le composant légal de régulation financière, s'il s'agit d'un Unit trust autorisé, comprend les dispositions de la loi sur les services et les marchés financiers.<sup>1438</sup> Les clauses contractuelles du document de constitution ajoutent des droits et des obligations pour les bénéficiaires. La propriété fiduciaire, dans un Unit trust, est soumise à des obligations équitables et au pouvoir contractuel du gérant dans la gestion des investissements, au bénéfice des porteurs de parts.

*1316.* Les parts du Unit trust, comme celles du FCP, sont composées de la contribution en capital des investisseurs, plus les éventuels revenus, plus les obligations contractuelles des tiers qui ont été conclues avec le gérant ou le trustee (dépositaire). Chaque part est un bien qui peut être cédé librement. La part donne des droits à une bonne gestion par le gérant et le trustee (dépositaire) des biens et des investissements et des droits contractuels conclus entre le trustee, le gérant et les porteurs de parts. La part est un bien indivisible, cessible au rachat par le même fonds fiduciaire ou transférable selon les conditions stipulées dans le document de constitution du Unit trust ou du FCP.

*1317.* Les droits des bénéficiaires d'un Unit trust ou d'un FCP sont différents des droits des bénéficiaires des trusts ordinaires anglo-américains ou de droit civil. Sauf stipulation expresse du document de constitution du Unit trust qui confère des intérêts spécifiques sur les biens du trust, en principe, comme dans les FCP, une part ne donne pas la propriété sur les biens du trust, c'est-à-dire sur les instruments financiers composant le portefeuille du Unit trust<sup>1439</sup> ou du FCP. Elle confère une proportion de la valeur nette du fonds fiduciaire, calculée selon la méthode stipulée dans le document de constitution. Les bénéficiaires porteurs de parts ont donc des droits de propriété individuels sur leurs parts.

*1318.* Si la structure du fonds fiduciaire d'un Unit trust ou d'un FCP est similaire à la structure du capital social d'une société par actions où les actionnaires n'ont pas des droits sur les biens qui appartiennent à la société,<sup>1440</sup> les porteurs de parts des

---

<sup>1438</sup> Financial Services and Markets Act 2000.

<sup>1439</sup> KAM FAN SIN, *ibid.*, p. 264-331.

<sup>1440</sup> Macaura v. Northern Assurance Co. [1925] AC 619 ; CSD (NSW) v. Millar (1932) 48 CLR 618 ; Short v. Treasury Commissioners [1948] AC 534 à 545.

Unit trusts ont des droits équitables sur les biens du trust, même si cette propriété équitable est différente de celle des bénéficiaires des trusts anglo-américains ordinaires car elle est limitée par le contrat. Pour lever le doute sur l'intérêt équitable des porteurs de parts sur les biens du Unit trust, les juges CJ Winneke et J Menhennitt expliquent que de toute façon, il ne peut pas y avoir de trust sans des bénéficiaires qui ont des droits équitables.<sup>1441</sup> Sinon, la propriété fiduciaire du trustee serait absolue et non fiduciaire.

1319. Les porteurs de parts des Unit trusts et des FCP bénéficient des dérogations aux principes du droit commun des trusts et du droit des biens.

### ***B. Dérogations dans les Unit trusts et FCP aux règles de propriété***

1320. Deux règles du droit de propriété des trusts du modèle anglo-américain ne s'appliquent pas aux Unit trusts, à savoir les règles concernant la période de perpétuité et contre les accumulations (a.) et le principe jurisprudentiel de la décision *Saunders v. Vautier*, qui, par analogie, peut être assimilé à la contrainte de l'indivision permanente des FCP (b.).

#### ***a. Dérogation à la règle contre les perpétuités***

1321. Les règles contre les perpétuités ne sont pas applicables aux Unit trusts. Il n'y a pas de restriction quant à leur durée. La règle contre l'éloignement excessif de la jouissance effective des droits des bénéficiaires ne s'applique pas, puisqu'elle est systématiquement respectée. Les bénéficiaires d'un Unit trust sont toujours investis de leurs droits pendant la période légale. Un porteur de parts qui souscrit au fonds fiduciaire du Unit trust obtient son intérêt au moment où les parts sont émises, c'est à dire, presque en même temps que la souscription. Après plusieurs transferts successifs, une personne peut acquérir la qualité de bénéficiaire en dehors de la période légale des perpétuités.

---

<sup>1441</sup> New Zealand Insurance Co. Ltd. [1973] VR 659.

1322. Ce transfert lui donne la totalité de ses droits car il acquiert son intérêt dans le trust en tant que bénéficiaire porteur de parts et non comme bénéficiaire d'un trust ordinaire. Ces règles s'appliquent aussi aux trusts fermés (*close-end funds*) qui ne sont pas autorisés par la loi anglaise « *Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991* ». De même, en Amérique, le « *Massachusetts business trust* » et en général les *business trusts* ne sont pas concernés par des limitations futures, des restrictions d'aliénation ou d'accumulation des revenus ou du capital.<sup>1442</sup>

1323. La règle contre l'éloignement excessif de la jouissance effective des bénéficiaires ne s'applique pas aux contrats. Etant donné que les Unit trusts sont créés par contrat, que la détention des biens en trust par le trustee fait partie de la structure contractuelle et que les parts du fonds comprennent aussi des droits contractuels pour les bénéficiaires, les règles contre les perpétuités sont en pratique inadaptées.

1324. Les règles contre les perpétuités sont des règles du droit de la propriété ou du droit des biens et non du droit des contrats ou des obligations. Elles n'invalident pas un contrat qui stipule une obligation de paiement effectué au-delà de la période des perpétuités. Les contrats créent des obligations personnelles et ne sont pas, par conséquent, assujettis aux règles contre les perpétuités. Les transferts de parts sont des novations du contrat de Unit trust.<sup>1443</sup> Les règles contractuelles prévalent sur les règles des trusts.<sup>1444</sup> Un nouveau porteur de parts qui achète des parts directement du fonds ou reçoit des parts par cession, devient partie au contrat avec le trustee, le manager et les autres porteurs.

1325. De façon semblable, le fonds commun de placement présente le double caractère d'être permanent et évolutif.<sup>1445</sup> Il a un actif qui évolue dans le temps, en ce sens que la société de gestion décide librement des achats et des ventes de valeurs mobilières, selon la politique d'investissement qu'elle a déterminée, dans les limites légales. Si le règlement doit mentionner la durée du fonds, ce qui implique que celui-ci ne soit pas à durée perpétuelle, les achats et les ventes se succèdent sans incidence

---

<sup>1442</sup> *Howe v. Morse* (1899) 55 NE 213 à 213-214.

<sup>1443</sup> KAM FAN SIN, *ibid.*, p. 109.

<sup>1444</sup> KAM FAN SIN, *ibid.*, p. 48 et suiv.

<sup>1445</sup> Th. BONNEAU, *op. cit.*, n° 6, p. 4.

sur l'existence du fonds. L'article 411-13 du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers<sup>1446</sup> énonce que « le règlement prévu à l'article L. 214-8-1 du code monétaire et financier mentionne la durée du FCP », sans préciser une durée minimale ou une durée maximale.

*1326.* Les pouvoirs du gérant d'un Unit trust pour accumuler les revenus des investissements réalisés en accord avec le trustee ne sont pas contraires à la loi sur la propriété de 1925<sup>1447</sup> qui interdit les accumulations excessives.<sup>1448</sup> Dans un arrêt célèbre,<sup>1449</sup> la Cour examine la clause d'un contrat de Unit trust qui stipulait qu'aussitôt le montant du revenu net distribuable aux porteurs de parts, il devait être ajouté au capital du fonds fiduciaire. Cette clause est soumise au contrôle de la Cour pour savoir si elle est contraire aux règles du droit des trusts sur les accumulations.

*1327.* Le jugement énonce qu'avec cette clause, les parties au Unit trust n'ont pas établi une stipulation contraire à la règle contre les accumulations, car des clauses de ce genre, mises en place dans les Unit trusts, ne tombent pas dans le champ d'application de la section 164 de loi sur la propriété de 1925.<sup>1450</sup> Cet arrêt est fondé sur le précédent de l'affaire *Basil v. Lister*<sup>1451</sup> et exclut les Unit trusts du champ d'application des règles sur les accumulations.

*1328.* En droit français, le règlement du FCP mentionne les principes de distribution des sommes distribuables du fonds ainsi que, le cas échéant, ceux régissant les droits attachés aux différentes catégories de parts.<sup>1452</sup> Les modes d'affectation du résultat sont au nombre de trois. Dans la distribution pure, en fin d'exercice, le FCP doit distribuer l'intégralité de son résultat et mettre au report à nouveau uniquement les arrondis de coupons. Dans la capitalisation pure, le résultat annuel n'est pas distribué aux porteurs ou actionnaires ; il est mis en réserve (réinvestissement automatique). Dans la distribution et/ou capitalisation, la société de gestion du FCP choisit à chaque fin d'exercice l'affectation du résultat. Les FCP à vocation générale peuvent avoir

---

<sup>1446</sup> Arrêté du 3 octobre 2011, modifié par arrêté du 14 juin 2012, Journal officiel du 11 juillet 2012.

<sup>1447</sup> Law of Property Act 1925, section 164 (1).

<sup>1448</sup> « Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991 », pour les Unit Trusts autorisés

<sup>1449</sup> Re AEG Unit Trust (Managers) Ltd.'s deed [1957] 1 Ch 415.

<sup>1450</sup> Law of Property Act 1925, section 164.

<sup>1451</sup> *Basil v. Lister* (1851) 9 Hare 177.

<sup>1452</sup> Article 411-13 du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers cité précédemment.

deux sortes de parts de distribution du résultat, les parts C (parts de capitalisation pure) ou les parts D (parts de distribution pure).<sup>1453</sup>

1329. Le caractère contractuel des Unit trusts écarte aussi les règles du droit de propriété applicables aux trusts ordinaires telles que le précédent de la décision *Saunders v. Vautier*. Ce principe produit les mêmes effets que l'indivision permanente des FCP.

*b. Dérogation à l'arrêt Saunders v. Vautier*

1330. La totalité des bénéficiaires majeurs et pleinement investis de leurs intérêts équitables, dans un trust ordinaire du modèle anglo-américain de propriété, peuvent demander au trustee ou à un juge de mettre fin au trust. Lorsque cette règle est transposée au contexte contractuel du Unit trust, il ne peut y être mis fin, sauf si toutes les personnes qui ont des intérêts dans le Unit trust donnent leur consentement. Or, le gérant et le trustee ont des intérêts contractuels dans le Unit trust ; en tant que parties au contrat de Unit trust, ils doivent donner, eux aussi, leur consentement pour y mettre fin.

1331. La règle *Saunders v. Vautier* s'applique plutôt aux trusts ordinaires de disposition à titre gratuit en faveur des bénéficiaires.<sup>1454</sup> Elle n'est pas adaptée aux relations contractuelles d'un Unit trust. De cette manière, le modèle anglo-américain de propriété garantit la pérennité et la stabilité du fonds fiduciaire des Unit trusts en tant que véhicule de placements collectifs.

1332. De manière similaire, les FCP de droit civil invoquent l'intérêt collectif pour justifier la copropriété en indivision permanente. Les dispositions relatives aux FCP sacrifient les intérêts individuels des copropriétaires afin de consacrer la primauté de l'intérêt collectif. L'unité du patrimoine d'affectation du FCP n'est pas réalisée autour de la personne du souscripteur mais d'un but, à savoir la gestion dans l'intérêt collectif d'un groupe de personnes ; c'est l'intérêt collectif des souscripteurs qui

---

<sup>1453</sup> Dans ce cas, il y aura une valeur liquidative pour chaque catégorie de parts et donc un code *ISIN* (*International Securities Identification Number*) pour chaque catégorie de parts.

<sup>1454</sup> *Berry v. Geen*, [1938] AC 535.

assure l'unité du FCP en tant que véhicule d'épargne collective. L'intérêt collectif justifie que les souscripteurs de parts, qualifiés de « copropriétaires », subissent des altérations de leurs prérogatives de propriétaires et que ce mécanisme de copropriété chasse l'application des dispositions relatives à l'indivision.<sup>1455</sup>

1333. Etant donné que la jurisprudence *Saunders v Vautier* ne s'applique pas, le caractère contractuel du Unit Trust permet d'appliquer « l'impossibilité d'exécution » (*doctrine of frustration*), importée du droit des contrats, en cas d'impossibilité d'exécution de l'objet du contrat de Unit Trust.<sup>1456</sup> Peter J. Heffey, Jeannie Marie Paterson et Peter Hocker<sup>1457</sup> expliquent qu'il y a impossibilité d'exécution (*frustration*) de l'objet d'un contrat de Unit trust lorsque le but convenu ne peut plus se réaliser :<sup>1458</sup> le contrat de Unit trust prend fin. Il ne peut pas être exécuté pour des raisons qui sont hors du contrôle des parties, par exemple, lorsque l'objet même du contrat cesse d'exister.

1334. Il peut s'agir de l'impossibilité ou de l'impraticabilité. L'impossibilité d'exécution (*impossibility of performance*) désigne les cas où l'exécution est irréalisable, alors que la « *impracticability* » désigne les cas où, bien qu'elle soit possible, des difficultés extrêmes ou déraisonnables empêchent l'exécution : par exemple, un embargo ou une nouvelle loi interdisant les investissements dans certains pays qui géographiquement composaient la totalité des investissements du Unit trust, ou une nouvelle loi fiscale qui change totalement l'avantage fiscal pour lequel le Unit trust a été conçu et mis en place. La « *frustration* » ne s'applique pas dans le cas où le contrat est inexécutable au moment de sa formation : il est nul « *ab initio* ». <sup>1459</sup>

1335. L'impossibilité d'exécution du Unit trust peut apparaître lorsque la société de gestion qui gère les investissements est dissoute ou liquidée et lorsque « *l'intuitu personae* » du gérant pour ce genre d'investissements est tellement important que sa dissolution frustre l'objet du contrat et le rend impossible à exécuter. Néanmoins, le

---

<sup>1455</sup> Article L214-8-4 du Code Monétaire et financier français, créé par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1456</sup> *Braithwaite v Attorney General* [1909] 1 Ch. 510.

<sup>1457</sup> P. J. HEFFEY, J. M. PATERSON AND P. HOCKER, *Contract Commentary And Materials*, 8e éd., Law Book Co. of Australasia, 1998.

<sup>1458</sup> *Codelfa Constructions Pty. Ltd. v State Real Authority of NSW* (1982) 149 CLR 337; *Maine v Lyons* (1913) 15 CLR 671; *RS Howard & Sons Ltd. v Brunton* (1916) 21 CLR 366.

<sup>1459</sup> *Chitty on Contracts*, 25e éd., vol. 1, (by A. G. Guest), Sweet & Maxwell, 1983, par. 1521.

trustee a la possibilité de remplacer le gérant.<sup>1460</sup> Si des clauses de remplacement sont stipulées dans le contrat de Unit trust, « *l'intuitu personae* » du gérant peut être contestée.

1336. Les conséquences de la frustration en droit des contrats sont la fin du contrat et la résiliation des obligations des parties à partir de la date de l'événement provoquant l'impossibilité d'exécution.<sup>1461</sup> Le caractère contractuel et la régulation financière sur les Unit trusts déterminent les relations entre les parties au contrat.

## **II. Relations entre la FSA, les trustees, le gérant et les porteurs de parts**

1337. Les Unit trusts autorisés par l'Autorité des services financiers britannique (FSA) sont des trusts créés par document de constitution approuvé par cette autorité<sup>1462</sup> et soumis à son contrôle permanent, suivant les dispositions de la loi sur les services et les marchés financiers de 2000.<sup>1463</sup> Ils doivent se conformer à la régulation sur les investissements collectifs,<sup>1464</sup> établie pour encadrer les relations de contrôle du trustee sur le gestionnaire. Le trustee et le gérant sont des sociétés indépendantes enregistrées au Royaume Uni ou dans un autre Etat de l'Espace Economique Européen (EEE), qui ont des filiales en activité sur le sol britannique. Le Unit trust autorisé doit avoir une dénomination, des objectifs raisonnables de gestion et donner le droit aux participants de céder leurs parts au fonds qui les rachète. Les Unit trusts non autorisés ne sont pas offerts au public.

1338. Des relations de régulation ont lieu avec l'Autorité de services financiers britannique (A) mais aussi entre le gérant, le trustee et les porteurs de parts (B).

### **A. Relations avec l'Autorité de services financiers britannique**

1339. La régulation dictée par l'Autorité des services financiers est obligatoire et impérative pour le trustee, le gérant et les porteurs de parts, indépendamment du

---

<sup>1460</sup> « Financial Services and Markets Act 2000 » et « Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991 ».

<sup>1461</sup> *Hirsch v. Zinc Corporation Ltd.* (1917) 24 CLR 34; *Appleby v. Myers* (1867) LR 2 CP 651 ; *Stubbs v. Holywell Ry. Co.* (1867) LR 2 Ex. 311.

<sup>1462</sup> La demande doit être accompagnée d'une copie du document de constitution du Unit trust et d'une attestation signée par un avocat certifiant que le Unit trust est conforme à la section 242 de la loi sur les services et les marchés financiers (Financial Services and Markets Act 2000).

<sup>1463</sup> Financial Services and Markets Act 2000.

contenu du document de constitution du Unit trust.<sup>1465</sup> L'Autorité a le pouvoir d'imposer des règles particulières (*scheme particulars rules*) : elle peut demander au gérant d'un Unit trust agréé de rendre consultable, voire d'améliorer sa stratégie de gestion et les informations qu'elle considère nécessaires au bon fonctionnement du Unit trust. Une régulation individuelle peut ordonner à des personnes responsables le paiement de toute perte occasionnée par une information fautive ou peu transparente, l'omission ou le non-respect des règles sur les placements collectifs du Unit trust.

1340. Les pouvoirs de l'Autorité des services financiers (FSA) sont étendus (a.) ; l'Autorité régule les devoirs du trustee et du gérant (b.).

a. Pouvoirs de l'Autorité des services financiers (FSA)

1341. L'Autorité a des pouvoirs d'intervention et de révocation de l'autorisation du Unit trust.<sup>1466</sup> Elle donne des ordres au fonds lorsqu'il ne répond plus aux conditions établies lors de sa demande d'autorisation. Elle intervient si le trustee et le gérant d'un Unit trust agréé ne respectent pas les règles énoncées dans la loi sur les services et les marchés financiers de 2000, ou les ordres émanant de l'Autorité pour remédier aux manquements dans l'information financière donnée par les fonds. Son intervention protège les intérêts des porteurs de parts actuels et potentiels du fonds. L'Autorité peut requérir que le gérant du Unit trust arrête d'émettre ou de racheter des parts ou mettre directement fin au trust. En droit français, la société de gestion peut suspendre le rachat et l'émission de parts à titre provisoire<sup>1467</sup> quand « des circonstances exceptionnelles l'exigent et si l'intérêt des porteurs de parts ou du public le commande »,<sup>1468</sup> dans les conditions stipulées par le règlement du FCP.<sup>1469</sup>

---

<sup>1464</sup> Regulations for Collective Investment Schemes.

<sup>1465</sup> Le Trésor britannique (*The Treasury*) peut modifier les pouvoirs de l'Autorité en cas de changements importants de la loi ou de modifications importantes des droits et devoirs des personnes qui ont des intérêts équitables sur des parts ou actions d'une société mais qui n'ont pas la propriété légale.

<sup>1466</sup> Selon la section 257 de la loi sur les services et les marchés financiers (Financial Services and Markets Act 2000).

<sup>1467</sup> Article L214-8-7 du Code Monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3. Cet article n'est pas modifié dans la proposition de rédaction du projet de loi sur les fonds communs de placement du Code Monétaire et financier. Voir dans la conclusion de cette thèse infra p. 590.

<sup>1468</sup> Voir le document de recommandations de l'AMF à destination des sociétés de gestion gérant des OPCVM de droit français susceptibles d'être impactés par l'affaire Madoff du 17 décembre 2008 : « Un nombre significatif d'OPCVM détient des parts de fonds d'investissement (FCP, Unit Trust, SICAV,...) susceptibles d'être eux-mêmes directement impactés par l'affaire Madoff... La situation de ces fonds d'investissement est aujourd'hui incertaine, tous n'ayant pas communiqué sur leur exposition à l'affaire Madoff. En particulier, plusieurs fonds d'investissement coordonnés, de droit respectivement luxembourgeois et irlandais, sont d'après des sources concordantes, susceptibles d'être impactés par l'affaire Madoff.

1342. La révocation de l'autorisation du Unit trust est décidée par la seule Autorité lorsqu'elle considère que de graves défaillances concernant le trustee, le gérant ou toute personne employée ou associée à ces derniers, ou un de leurs mandataires sociaux mettent en péril le fonds. Le pouvoir d'appréciation donné à l'Autorité par la loi<sup>1470</sup> est large et sa décision prend en compte les actes des personnes qui exercent une influence sur le trustee ou le gérant, ou d'une société appartenant au groupe des sociétés du trustee ou du gérant, ou des mandataires sociaux de ces dernières, ou de toute personne exerçant une influence sur celles-ci.

1343. L'Autorité peut recourir à la Cour pour demander la révocation du trustee ou du gérant. Les nouvelles personnes nommées doivent être des sociétés indépendantes et agréées pour agir en qualité de trustee ou de gérant.<sup>1471</sup> Si l'Autorité ne trouve pas de candidats aptes à remplacer le trustee ou le gérant d'un Unit trust dans leurs fonctions, elle demande au juge de nommer une personne pour liquider le fonds fiduciaire. La « *High Court* » anglaise est compétente pour traiter ces requêtes.<sup>1472</sup>

1344. L'Autorité réalise un contrôle strict sur l'exécution des devoirs du trustee et du gérant vis-à-vis des porteurs de parts.

#### *b. Devoirs légaux du trustee et du gérant*

1345. Les relations entre le trustee et le gérant sont fondées sur une répartition des tâches et des devoirs prévue par la loi. Comme le dépositaire d'un FCP,<sup>1473</sup> le trustee a un devoir de surveillance sur le gérant et sur sa gestion. Il s'assure que le gérant

D'après les éléments dont dispose l'AMF, au 16 décembre 2008, ces fonds d'investissement n'avaient cependant pas communiqué sur l'existence de pertes, et a fortiori sur leur ampleur... Lorsque la société de gestion considère que l'information disponible ne permet pas de valoriser de façon précise les participations détenues dans ces fonds d'investissement, elle doit évaluer la pertinence et la faisabilité de procéder à une suspension des souscriptions et des rachats de parts ou actions de l'OPCVM, dans l'attente de la clarification de la situation sur les fonds d'investissement concernés. »

<sup>1469</sup> Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers énonce les conditions dans lesquels le règlement du fonds prévoit que l'émission des parts est interrompue de façon provisoire ou définitive.

<sup>1470</sup> Points (1) (e) et (2) (e) à (h) de la section 254 dans la loi sur les services et les marchés financiers (Financial Services and Markets Act 2000).

<sup>1471</sup> Les nominations pour les remplacements doivent se conformer aux dispositions des points (4) et (7) de la section 243 de la loi sur les services et les marchés financiers (Financial Services and Markets Act 2000).

<sup>1472</sup> Section 258 (7) (a) de la loi sur les services et les marchés financiers (Financial Services and Markets Act 2000).

<sup>1473</sup> Article L214-10 du Code Monétaire et financier français, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

respecte la méthode de valorisation des actifs pour déterminer la valeur liquidative de rachat des parts, stipulée dans l'acte de constitution du Unit trust et suivant les dispositions de la 4ème partie de la régulation financière sur les placements collectifs.<sup>1474</sup> S'il n'est pas satisfait de la gestion du gérant, il informe son association professionnelle de trustees de Unit trusts des manquements du gérant. Le trustee avertit en même temps la FSA, s'il le considère nécessaire.<sup>1475</sup> En France, l'Autorité des marchés financiers peut obtenir du dépositaire, sur simple demande, toutes les informations qu'il a obtenues dans l'exercice de ses fonctions et qui sont nécessaires à l'exercice des missions de l'autorité.<sup>1476</sup>

1346. Le trustee exerce ses droits de propriété fiduciaire et effectue les actes et les documents nécessaires pour sécuriser les investissements, les acquisitions, les cessions et les prêts réalisés par le gérant. Le trustee, inscrit dans le registre de détention de titres en tant qu'actionnaire des sociétés où le Unit trust est investi, communique au gérant les convocations aux assemblées générales, les documents de référence et les circulaires envoyés par les sociétés du portefeuille. Il donne les instructions au gérant pour l'exercice des droits de propriété. En France, le même résultat pourrait être obtenu en donnant la propriété fiduciaire des actifs du FCP au dépositaire.<sup>1477</sup> Aujourd'hui, par une curieuse construction de la loi,<sup>1478</sup> dans les cas où des dispositions relatives aux sociétés et aux titres financiers exigent l'indication des nom, prénoms et domicile du titulaire du titre ainsi que dans les opérations effectuées pour le compte des copropriétaires, la désignation du FCP, qui n'a pas la personnalité morale, est substituée à celle des copropriétaires. Si les Unit trusts, les patrimoines d'affectation (FCP) ou les fiducies-gestion peuvent avoir aujourd'hui un nom, par exemple, « fiducie-revitalisation », <sup>1479</sup> les fiducies de placements collectifs qui donnent la propriété au dépositaire pourraient aussi avoir une dénomination qui identifie chaque patrimoine d'affectation.<sup>1480</sup>

---

<sup>1474</sup> « Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991 ».

<sup>1475</sup> Le trustee peut réaliser toute investigation qu'il considère nécessaire sur les activités du gérant, dans un délai de 90 jours avant de notifier du résultat de son enquête à l'Autorité de services financiers. Section B, point 7.09A de la régulation financière sur les placements collectifs « Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991 ».

<sup>1476</sup> Article L214-10-1 du Code Monétaire et financier français, créé par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1477</sup> Voir dans la conclusion de cette thèse la proposition de rédaction du projet de loi sur les fonds communs de placement dans le Code Monétaire et financier, *infra* p. 590.

<sup>1478</sup> Article L214-8-3 du Code Monétaire et financier français, créé par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1479</sup> Voir *supra* p. 361, n° 1185.

<sup>1480</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article L214-8-3 dans le projet de loi sur les fonds communs de placement, *infra* p. 590.

1347. Le gérant d'un Unit trust peut instruire par écrit le trustee sur l'exercice des droits attachés aux investissements, dans tous les cas où le trustee n'a le droit de prendre les décisions qu'après consultation du gérant : c'est le cas pour l'exercice des droits de vote. En France, c'est la société de gestion qui exerce les droits de vote,<sup>1481</sup> effectue les déclarations de franchissements de seuils des participations<sup>1482</sup> et des opérations de cessions temporaires de titres<sup>1483</sup> pour l'ensemble des actions détenues<sup>1484</sup> par le FCP,<sup>1485</sup> comme si elle était propriétaire fiduciaire des actifs du FCP, dans le cadre de son mandat irrévocable imposé par la loi aux porteurs de parts. Si le dépositaire était le propriétaire fiduciaire, il effectuerait légitimement ces tâches, en consultation et en déléguant certaines d'entre elles à la société de gestion.

1348. Le devoir du gérant est de rectifier une valorisation incorrecte ou contraire aux dispositions du document de constitution du Unit trust. Après consultation préalable du trustee, il procède à tout paiement de compensation ou remboursement. Lorsque la cause de la contravention se produit en dehors du contrôle du trustee et du gérant, celui-ci peut entamer des négociations pour arriver à une transaction, avec le consentement écrit du trustee. Le gérant réalise tous les actes nécessaires et raisonnablement praticables pour rétablir la normalité et se conformer à la régulation et aux stipulations de l'acte du Unit trust. Le trustee doit s'assurer que le gérant remédie au problème. Le gérant a un délai de 6 mois pour se conformer à la régulation, sauf lorsqu'il s'agit d'instruments dérivés, de contrats à terme (*futures*) et des fonds d'options, pour lesquels il a jusqu'à l'arrivée de leur terme plus 5 jours ouvrés.<sup>1486</sup> Si, à la connaissance du gérant, il y a d'autres moyens de conclure une transaction, il négocie avec les parties intéressées. Le trustee (dépositaire) et la

---

<sup>1481</sup> Le vote est effectué conformément à l'article 314-100 du règlement général de l'AMF, sur la base d'un document intitulé « politique de vote ». Ce document explique l'organisation de l'exercice des droits de vote, les cas dans lesquels sont exercés ou non les droits de vote et les conflits d'intérêts. La société rend compte de la manière dont elle a exercé ses droits de vote dans un rapport (article 314-101 du règlement général de l'AMF).

<sup>1482</sup> Article L233-7 du Code de commerce français, modifié par LOI n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - arts. 49 et 50.

<sup>1483</sup> Article L225-126 du Code de commerce français, modifié par LOI n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 49.

<sup>1484</sup> Les dispositions du II et du III de l'article L. 225-126 et L. 233-14 du Code de commerce français de privation des droits de vote et de l'article L. et L. 247-2 du même Code énonçant une amende pour les dirigeants sont applicables.

<sup>1485</sup> Article L214-8-9 du Code Monétaire et financier français, créé par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1486</sup> La même période s'applique lorsqu'il s'agit d'opérations dans le cadre de la section K de la 5<sup>ème</sup> partie de la régulation financière sur les placements collectifs « Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991 », concernant la gestion efficace du portefeuille (*efficient portfolio management*). Il en est de même lorsqu'il s'agit des fonds de propriété immobilière « inamovible » pour une période de deux ans. Le délai peut être allongé de 5 à 20 jours ouvrés lorsqu'il s'agit des fonds de « *commodities* », périssables ou non.

société de gestion doivent agir de façon indépendante et dans le seul intérêt des porteurs de parts.<sup>1487</sup>

1349. En plus d'être encadrées par la régulation, les relations du gérant et du trustee avec les porteurs de parts sont stipulées contractuellement.

### ***B. Relations du gérant et du trustee avec les porteurs de parts***

1350. Le trustee d'un Unit trust a des fonctions différentes par rapport aux trustees des trusts exprès privés ordinaires car, dans un Unit trust, le gérant réalise toutes les activités d'investissement et de gestion. La dualité de gestion des Unit trusts est une étape logique dans la spécialisation des pouvoirs et des responsabilités du trustee, qui préalablement, étaient exclusivement donnés à une seule personne. Le Unit trust constitue la structure pionnière de ce développement vers la dualité des fonctions fiduciaires.

1351. Un gérant actif ne veut pas dire que le trustee n'a pas de pouvoirs et d'obligations fiduciaires à accomplir en qualité de trustee. Comme le dépositaire d'un FCP, la fonction principale du trustee d'un Unit trust est la surveillance active du gérant et de sa gestion. Dans une décision célèbre,<sup>1488</sup> le juge confirme que le trustee d'un Unit trust a le devoir principal de recevoir l'argent dont il a la propriété légale suite au transfert et de le détenir dans le fonds fiduciaire. Grâce à sa qualité de trustee, il a le pouvoir de chercher des directives de la Cour au bénéfice des porteurs de parts. De façon comparable, en France, le dépositaire s'assure que, dans les opérations portant sur les actifs du FCP, la contrepartie lui est remise dans les délais d'usage,<sup>1489</sup> comme s'il était le propriétaire fiduciaire des biens du FCP.

1352. Le trustee d'un Unit trust n'est pas un trustee passif (*bare trustee*) car il a des devoirs à accomplir et il est rémunéré. Il n'est pas non plus trustee d'un « *bare trust* » ou un simple dépositaire des biens du Unit trust. Par analogie, la Cour d'appel

---

<sup>1487</sup> Article L214-9 du Code Monétaire et financier français, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1488</sup> *Bank of New South Wales v. Vale Corporation (Management) Ltd.*, en liquidation. NSW Court of Appeal, CA n° 428 – 1979, 21 oct. 1981.

<sup>1489</sup> Article L214-10 III 4° du Code Monétaire et financier français, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

décida<sup>1490</sup> qu'un trustee dépositaire (*custodian trustee*), obligé par la loi sur les trusts publics (*Public Trustee Act*) de 1906 d'exécuter les directives du trustee-gérant (*managing trustee*), n'est pas un « *bare trustee* ». La Cour explique que le trustee a l'obligation de ne pas obéir aux ordres du trustee-gérant s'il considère qu'ils sont contraires au trust ou s'ils impliquent une mauvaise exécution du trust (*breach of trust*). En France, le dépositaire exécute les instructions de la société de gestion, sauf si elles sont contraires aux dispositions législatives ou réglementaires et au prospectus du FCP.<sup>1491</sup>

1353. La première réglementation de 1939<sup>1492</sup> sur les Unit trusts énonce la structure dualiste du trustee et du gérant comme modèle de gestion et de gouvernance des Unit trusts. Ce modèle est repris par les lois sur les Unit trusts de plusieurs pays du modèle anglo-américain des trusts de propriété. La complexité des investissements contemporains a entraîné l'évolution du rôle du trustee. Dans les trusts privés ordinaires, les trustees partagent certains pouvoirs et devoirs avec d'autres trustees. Un développement dans ce sens, réalisé avec la promulgation de la section 23 du « *Trustee Act de 1925* », permet la délégation par le trustee de certaines tâches à des agents plus qualifiés, sans déclencher la responsabilité du trustee qui agit de bonne foi. La section 23 du Trustee Act 1925 a été abrogée et remplacée par le Chapitre 29 du Trustee Act 2000, le premier février 2001, qui prévoit des pouvoirs de délégation étendus.

1354. C'est l'évolution dans le temps de l'activité de gestion fiduciaire du trustee qui a entraîné la mise en place de trustees, personnes morales spécialisées. Il y avait un besoin de trustees spécialisés dans la gestion. Le trustee a été amené à partager, dans les Unit trusts, certains pouvoirs de gestion avec des experts en gestion d'investissements complexes.

1355. En raison de l'analogie de structure entre la société et le Unit trust, le gérant a des devoirs fiduciaires et les porteurs de parts ont un pouvoir de décision lorsqu'ils sont réunis en assemblée générale. Nous allons examiner, dans un premier temps, les

---

<sup>1490</sup> IRC v Silvert [1951] 1 Ch. 521.

<sup>1491</sup> Article L214-10 III 3° du Code Monétaire et financier français, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

devoirs et les pouvoirs fiduciaires du gérant (a.) et, dans un deuxième temps, les relations des porteurs de parts entre eux (b.).

a. Devoirs et pouvoirs fiduciaires du gérant

1356. La qualité fiduciaire du gérant provient du fait qu'il contrôle des biens qui ne lui appartiennent pas. Il les gère dans l'intérêt d'autres personnes, c'est-à-dire, les porteurs de parts. Ceux-ci sont en position vulnérable car ils n'ont pas le droit de s'immiscer dans la gestion de leur propre argent. Ils « font confiance » au gérant, à sa capacité et à son expertise dans le domaine de la gestion d'actifs. Les pouvoirs de gestion qui lui donnent un certain contrôle sur les biens du Unit trust et les obligations auxquelles il s'est engagé contractuellement, font naître en lui des devoirs fiduciaires à respecter vis-à-vis des porteurs de parts. Ceux-ci peuvent les faire valoir devant un juge. Le gérant peut acheter des actifs pour le trust avec la condition contractuelle que le Unit trust soit effectivement mis en place. La relation fiduciaire peut donc être créée même avant la mise en place du Unit trust.<sup>1493</sup>

1357. Le gérant est le promoteur du Unit trust ;<sup>1494</sup> il le propose au public en tant que véhicule de placement collectif.<sup>1495</sup> Les décisions d'investissement sont prises exclusivement par lui. Il donne ensuite les ordres d'acquisition au trustee qui les exécute sans aucun pouvoir de discussion ou de veto. Les obligations du gérant se restreignent à ce qui est convenu dans le prospectus du fonds (*scheme particulars*) et aux actes contractuels d'investissement qu'il réalise au nom du Unit trust. Il émet tous les jours de nouvelles parts et achète les anciennes.<sup>1496</sup> Il adapte la composition de son portefeuille d'investissements aux besoins de liquidités.

1358. Le gérant peut demander conseil à des analystes, des experts comptables et financiers, pour prendre les décisions d'investissement, notamment sur des

---

<sup>1492</sup> Prevention of Fraud (Investments) Act 1939.

<sup>1493</sup> Swain v Law Society [1981] 3 All ER 797 à 805-806.

<sup>1494</sup> Elders Trustee and Executor Co. Ltd. v. EG Reeves Pty. Ltd. (1987) 78 ALR 193.

<sup>1495</sup> Il a été décidé qu'un promoteur commercial n'est pas seulement une personne qui met en place une société à cette fin mais toute personne qui invite le public à joindre un partenariat. Whaley Bridge Calico Printing Co. v. Green (1879) 5 QBD 109 à 111, par le juge Bowen J.; United Dominions Corporations v. Brian Pty. Ltd (1985) 157 CLR 1.

instruments financiers complexes. Il peut se faire aider, voire déléguer la gestion d'instruments financiers spécifiques, la valorisation des actifs ou la gestion des souscriptions et des rachats des parts. Le gérant peut déléguer n'importe quelle fonction à une personne qu'il estime convenable, y compris au trustee. La délégation est conventionnelle et acceptée par la loi.<sup>1497</sup> En revanche, le trustee ne peut pas déléguer au gérant des tâches de contrôle ou de surveillance ni la détention des titres de propriété des actifs du trust.

1359. En France, les fonctions de gestion et de dépositaire ne peuvent pas être exercées par la même société.<sup>1498</sup> Comme en France, l'entité dépositaire en Bolivie (*administradora*)<sup>1499</sup> assure la tenue de comptes - conservation des avoirs titres de ses clients. Elle enregistre leurs opérations, traite leurs règlements-livraisons, les paiements de dividende, les souscriptions, avec l'autorisation préalable du déposant qui a obtenu, lui aussi, des instructions affirmatives de ses propres clients.<sup>1500</sup> Le dépositaire est le gardien de l'ensemble des actifs (titres, espèces, dérivés, opérations de gré à gré). Il garantit la sécurité des valeurs en dépôt. En cas de faillite du dépositaire, les biens en dépôt ne font pas partie de son patrimoine propre et ne sont pas utilisés pour satisfaire ses créanciers. Les biens en dépôt sont expressément déclarés hors concours des créanciers.<sup>1501</sup> Les dépositaires boliviens ou français n'ont pas la propriété fiduciaire des biens en dépôt, mais ils ont les obligations du contrat « *sui generis* » de dépôt de valeurs à accomplir. Le dépositaire est agréé par l'autorité de supervision.<sup>1502</sup>

1360. Le dépositaire ne peut pas déléguer le contrôle de la régularité des décisions du FCP de droit français.<sup>1503</sup> En revanche, il peut recourir, en France ou en

---

<sup>1496</sup> Régulation financière sur les placements collectifs « Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991 » points 4.15 et 4.18.

<sup>1497</sup> Le point 7.15 de la 7<sup>ème</sup> partie de la régulation financière sur les placements collectifs « *Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991* » valide ces délégations.

<sup>1498</sup> Article L214-9 du Code Monétaire et financier français, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3. Voir la proposition de rédaction de cet article dans le projet de loi sur les fonds communs de placement, *infra* p. 590 et suiv.

<sup>1499</sup> Les entités dépositaires sont régulées par le titre V, chapitre premier, aux articles 42 à 55 de la loi bolivienne du marché des valeurs n° 1834 du 31 mars 1998. Articles 43 et suiv.

<sup>1500</sup> L'entité dépositaire ne peut pas assister aux assemblées générales d'actionnaires, représenter ses clients ou voter par procuration, sans mandat exprès de ces derniers.

<sup>1501</sup> Article 54 de la loi n° 1834.

<sup>1502</sup> Article 45 de la loi n° 1834.

<sup>1503</sup> Article 323-15 du règlement général de l'AMF.

Bolivie,<sup>1504</sup> à un ou plusieurs mandataires<sup>1505</sup> pour effectuer tout ou partie des tâches liées à son activité de conservation des actifs du FCP<sup>1506</sup> ou du fonds d'investissement. Sa responsabilité n'est pas affectée par le fait qu'il confie à un tiers tout ou partie des actifs dont il a la garde, c'est-à-dire lorsqu'il mandate un tiers pour conserver les actifs du fonds.<sup>1507</sup> Le dépositaire français est responsable, à l'égard de la société de gestion et des porteurs de parts, de tout préjudice subi par eux résultant de l'inexécution injustifiable ou de la mauvaise exécution de ses obligations.<sup>1508</sup> Selon l'Autorité des marchés financiers française, le dépositaire a des devoirs fiduciaires<sup>1509</sup> car, « *l'activité de dépositaire s'exerce avec diligence, loyauté, équité, dans le respect de la primauté des intérêts du FCP, du porteur de parts et de l'intégrité du marché. Le dépositaire s'efforce d'éviter les conflits d'intérêts et, lorsque ces derniers ne peuvent être évités, il veille à ce que ses clients soient traités équitablement* ».<sup>1510</sup>

1361. La crise financière, notamment avec l'affaire Madoff qui a éclaté le 11 décembre 2008, a exposé au grand jour les carences des règles régissant les obligations incombant aux dépositaires et leur responsabilité. L'affaire Madoff a, en particulier, soulevé la question de la responsabilité du dépositaire dans le cas où la conservation des actifs d'un OPCVM est déléguée à un sous-conservateur. Dans cette affaire, pour décider si le conservateur principal d'un OPCVM était responsable de la restitution d'actifs de ce fonds perdus alors qu'ils étaient conservés par un sous-conservateur, les tribunaux des États membres de la Communauté européenne ont opté pour des approches divergentes. Selon un document de la Commission,<sup>1511</sup> une « responsabilité stricte », obligeant les dépositaires à restituer les instruments perdus

<sup>1504</sup> Deuxième et dernier paragraphe de l'article 45 de la loi n° 1834.

<sup>1505</sup> Le mandataire est une personne habilitée en vue de l'administration ou de la conservation d'instruments financiers. Article L. 542-1 du code monétaire et financier, modifié par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 138 (V).

<sup>1506</sup> Lorsqu'il délègue la conservation des actifs de l'OPC, le dépositaire établit une convention qui précise l'étendue de la délégation ainsi que les procédures et moyens qu'il a mis en place afin d'assurer le contrôle des opérations effectuées par le mandataire (article 323-14 du règlement général de l'AMF).

<sup>1507</sup> Lorsque les parties prévoient de désigner des tiers pour remplir leurs fonctions respectives, elles établissent une déclaration selon laquelle la responsabilité du dépositaire, telle qu'elle est mentionnée au II de l'article L. 214-10 du code monétaire et financier, « n'est pas affectée par le fait qu'il confie à un tiers tout ou partie des actifs dont il a la garde » Article 323-11 8° c) du Règlement général de l'AMF (Arrêté du 3 octobre 2011).

<sup>1508</sup> Article L214-11 du Code Monétaire et financier français, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

<sup>1509</sup> Voir dans la conclusion de cette thèse la proposition de rédaction de l'article L214-11 du projet de loi sur les fonds communs de placement, *infra* p. 590.

<sup>1510</sup> Article 323-9 du règlement général de l'AMF.

<sup>1511</sup> Commission européenne, SWD(2012) 186 final, document de travail des services de la commission, résumé de l'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive 2009/65/ce portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (opcv), pour ce qui est des fonctions de dépositaire, des politiques de rémunération et des sanctions {com (2012) 350 final} {SWD (2012) 185 final}, Strasbourg, le 3.7.2012.

alors qu'ils étaient en conservation, indépendamment de la notion de faute ou de négligence, est susceptible à la fois de garantir un haut niveau de protection des investisseurs et de permettre l'instauration d'une norme uniforme dans l'ensemble de l'UE.

1362 Eu égard au profil des investisseurs des OPCVM (clientèle de détail), la responsabilité en cas de perte d'un instrument en conservation devrait entraîner une obligation de restitution de l'instrument perdu aux dépens du conservateur principal. Le conservateur principal ne devrait avoir aucun moyen de se décharger de sa responsabilité, même en cas de conservation locale obligatoire dans un pays tiers. Si le dépositaire est propriétaire fiduciaire des biens du FCP, le fondement juridique de la propriété fiduciaire est plus solide pour justifier qu'il réponde sur ses biens propres des délégations des tâches de sa mission de conservation. Même s'il délègue, il reste propriétaire fiduciaire des actifs. En tant que propriétaire fiduciaire, il procède à la restitution des actifs perdus du FCP.<sup>1512</sup>

1363 L'analogie avec la société conduit à examiner les relations des bénéficiaires entre eux, toujours dans le cadre du contrat de Unit Trust.

*b. Relations entre les porteurs de parts*

1364 A l'image des sociétés qui ont un nombre important d'actionnaires, les porteurs de parts des Unit trusts se réunissent en assemblée générale pour prendre des décisions. En tant que propriétaires de parts, ils ont un droit de vote attaché à chaque part du fonds qu'ils ont achetée.<sup>1513</sup> Kam Fan Sin affirme que « *les décisions de l'assemblée générale des porteurs de parts d'un Unit trust peuvent, par analogie, être comparées aux consentements des bénéficiaires d'un trust ordinaire.* »<sup>1514</sup> Pourtant, la possibilité donnée aux porteurs de parts de modifier le document de constitution du Unit trust montre une fois de plus que le Unit trust est différent des trusts privés ordinaires.

---

<sup>1512</sup> Voir dans la conclusion de cette thèse la proposition de rédaction du projet de loi sur les fonds communs de placement, notamment l'article L214-10 I et II du Code Monétaire et financier, *infra* p. 590.

<sup>1513</sup> Tout porteur qui détient des parts 7 jours avant la convocation à l'assemblée générale, inscrit au nominatif ou au porteur, est considéré comme propriétaire de ses parts et peut exercer son droit de vote. Régulation financière sur les placements collectifs « *Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991* » point 11.07 6.

<sup>1514</sup> KAM FAN SIN, *op. cit.*, p. 173.

1365. Le caractère contractuel et la ressemblance de la structure du Unit trust avec la société expliquent que les porteurs de parts bénéficiaires ont le droit de se réunir pour prendre des décisions importantes. Les trusts exprès ordinaires ne donnent pas cette possibilité aux bénéficiaires. Pour prendre les décisions collectives, des règles de majorité simple ou qualifiée sont établies et permettent à la majorité de porteurs de prendre des décisions qui sont obligatoires pour tous les porteurs, même si certains ont voté contre. De la même manière, lorsque des changements dans les objectifs de gestion ou le prospectus (*scheme*) des Sicav de droit français ou de droit anglais (ICCV ou OEICs)<sup>1515</sup> sont importants, ils nécessitent l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires, par résolution extraordinaire en assemblée. En revanche, contrairement aux porteurs de parts des fidéicommissaires financiers argentins et des patrimoines autonomes boliviens qui peuvent se réunir en assemblée, bien qu'ils soient copropriétaires, les souscripteurs d'un FCP de droit français ne bénéficient pas d'une représentation collective sous la forme d'assemblée.<sup>1516</sup> Les droits des porteurs sont limités au retrait du fonds et au droit de céder leurs parts.<sup>1517</sup> Le seul droit qu'ils exercent est le droit reconnu aux actionnaires des sociétés de révocation<sup>1518</sup> ou de demande en justice de récusation pour juste motif du commissaire aux comptes.<sup>1519</sup>

1366. Un changement de but ou de la nature du fonds peut matériellement causer préjudice à un ou plusieurs porteurs de parts, modifier le profil de risque ou introduire des nouveaux frais de gestion à la charge des porteurs. Le gérant d'un Unit trust détermine si le changement proposé doit être approuvé par les porteurs : par exemple, un changement de la politique d'investissement pour obtenir des bénéfices en investissant dans un pays plutôt que dans un autre, ou le changement de l'objectif de gestion pour investir dans des instruments financiers d'intérêt fixe (fonds monétaires), plutôt qu'en actions.<sup>1520</sup>

---

<sup>1515</sup> « Collective Investment Schemes », FSA Handbook, COLL 4 : Investor Relations, Section 4.3 : Approvals and notifications. Release 106, Octobre 2010, point 4.34., p. 20 et point 4.3.5 G Release 079, Juillet 2008, p. 21.

<sup>1516</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article L214-12 dans le projet de loi sur les fonds communs de placement, *infra* p. 590.

<sup>1517</sup> Th. BONNEAU, *op. cit.*, n° 3, p. 3.

<sup>1518</sup> Article L823-7 du Code de commerce français, modifié par Ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009 - art. 10.

<sup>1519</sup> Article L823-6 du Code de commerce français, modifié par Ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009 - art. 10.

<sup>1520</sup> D'autres changements importants sont, par exemple, de permettre au gérant d'investir dans des produits dérivés, car ceux-ci augmentent considérablement la volatilité, la distribution des revenus annuellement plutôt que trimestriellement ou la mise en place des règles dérogatoires aux rachats journaliers de parts.

1367. Toute modification du document de constitution du Unit trust doit être réalisée par document écrit expressément annexé, cosigné par le gérant et le trustee, suite à la convocation en assemblée générale des porteurs de parts et à leur approbation par résolution extraordinaire. Les décisions concernant des changements de politique ou d'objectifs d'investissement, le départ d'un membre du management du fonds, l'absorption ou la fusion avec un autre Unit trust ou Sicav<sup>1521</sup> doivent être l'objet d'un projet de résolution extraordinaire.<sup>1522</sup>

1368. La convocation à l'assemblée mentionne les circonstances qui amènent le trustee à proposer la résolution.<sup>1523</sup> L'information qui accompagne la notification doit être suffisante pour permettre aux porteurs de parts de prendre une décision. La convocation est nécessaire, sauf si le gérant et le trustee conviennent que la modification proposée n'a pas besoin de l'approbation des porteurs de parts.<sup>1524</sup> Le trustee fixe la date et l'endroit de l'assemblée générale, après consultation du gérant. Il doit obtenir l'accord écrit des porteurs de parts représentant au moins un dixième du capital du fonds. Le gérant est invité à assister à l'assemblée, sans droit de vote. Ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum.

1369. Une assemblée des porteurs de parts, légalement convoquée et tenue suivant les dispositions de la 11<sup>ème</sup> partie de la loi de régulation financière sur les placements collectifs,<sup>1525</sup> a la compétence des assemblées générales extraordinaires pour requérir, autoriser ou approuver tout acte ou document pour lequel une résolution extraordinaire est expressément prévue par cette loi, mais elle ne peut pas avoir d'autres pouvoirs. Dans une affaire célèbre,<sup>1526</sup> le prix de rachat des parts stipulé dans le document de constitution du Unit trust était calculé sur la valeur liquidative du

---

<sup>1521</sup> Les opérations d'absorption (*amalgamation*) ou de fusion (*reconstruction*) doivent être notifiées à l'Autorité lorsqu'un Unit trust autorisé en fait partie et les porteurs de parts de l'organisme de placement collectif absorbé reçoivent des parts du Unit trust autorisé. Il en est de même lorsqu'il s'agit de la conversion d'un Unit trust autorisé en Sicav de droit anglais. Régulation financière sur les placements collectifs « *Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991* », point 11.06 A.

<sup>1522</sup> Une résolution extraordinaire est celle qui a été proposée et soumise au vote de l'assemblée générale des porteurs de parts, convoquée et tenue selon les dispositions énoncées dans la 11ème partie de la Régulation financière sur les placements collectifs « *Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991* ». La convocation doit contenir expressément la proposition de la résolution extraordinaire. Le vote doit être effectué à main levée ou par bulletins de vote secrets. La résolution extraordinaire doit obtenir 75% de votes pour ou contre, ou un pourcentage supérieur à 75% stipulé dans le document de constitution du Unit trust. Régulation financière sur les placements collectifs « *Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991* », point 11.17 b.

<sup>1523</sup> Les résolutions ordinaires sont approuvées à la majorité simple des votes.

<sup>1524</sup> Régulation financière sur les placements collectifs « *Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991* », point 11.02 de la 11ème partie.

<sup>1525</sup> « *Financial Services (Regulated Schemes) Regulations 1991* ».

<sup>1526</sup> Gra-ham Australia Pty. Ltd v. Perpetual trustees WA Ltd (1989) 1 WAR 65.

septième jour avant la demande. Suite à la crise du marché boursier d'octobre 1987, le gérant n'avait réalisé aucun rachat jusqu'à ce qu'une assemblée générale extraordinaire des porteurs de parts décide que les rachats soient réglés à la valeur liquidative du jour suivant l'assemblée. La Cour décide que la majorité des porteurs de parts réunis en assemblée, légalement convoquée et tenue, a la compétence pour amender ainsi le document de constitution du Unit trust, même si ces changements enlèvent des droits à certains porteurs de parts.

*1370.* Dans cette affaire, la Cour applique aux Unit trusts un principe du droit des sociétés, établi dans une autre décision,<sup>1527</sup> énonçant que le pouvoir de modifier les statuts de la société doit être exercé « de bonne foi » et ne doit pas être contraire à l'intérêt commun de la société. Selon le juge, le fait qu'une modification des statuts porte préjudice ou diminue les droits d'un actionnaire n'est pas en soi une cause d'invalidité de la modification. Sinon, les statuts qui donnent des droits à une catégorie d'actionnaires deviendraient permanents et inaltérables, lorsqu'un actionnaire souhaiterait que ces droits continuent à exister. Le pouvoir de modifier les statuts doit être exercé de bonne foi, dans l'intérêt commun de la société.

*1371.* Kam Fan Sin<sup>1528</sup> s'interroge sur la pertinence de la transposition de ce principe du droit des sociétés aux Unit trusts. Il estime qu'après la décision *Smith v. Anderson*,<sup>1529</sup> les Unit trusts ne peuvent pas être considérés comme des structures identiques aux sociétés. Dans les Unit Trusts, le trustee et le gérant sont en charge des investissements et dans les sociétés, ce sont les mandataires sociaux qui sont en charge de réaliser les activités commerciales. Il considère que cette différence n'a pas été traitée dans l'arrêt *Graham Australia Pty. Ltd v. Perpetual trustees WA Ltd*<sup>1530</sup> car l'origine du principe de modification de bonne foi se trouve dans la doctrine de la fraude, appliquée en droit des sociétés et non dans les principes fiduciaires. Pourtant, le juge est convaincant lorsqu'il compare l'assemblée générale des porteurs de parts à celle d'une société d'actionnaires. L'exigence de la bonne foi pour une modification importante du prospectus ou des statuts est garantie par le contrôle du juge et évite les abus.

---

<sup>1527</sup> *Delicacy Co. Ltd. v. Heath* (1936) 61 CLR 457.

<sup>1528</sup> KAM FAN SIN, *ibid.*, p. 175.

<sup>1529</sup> (1880) 15 Ch. D. 247.

<sup>1530</sup> (1989) 1 WAR 65 et suiv.

1372. Lorsque la résolution des porteurs de parts est contestée, la charge de la preuve pour démontrer que le pouvoir de modification statutaire n'a pas été exercé correctement appartient au plaignant, car la Cour ne peut pas présumer la fraude ou l'abus de droit.

1373. **Conclusion de la première section.** Les Unit trusts sont des trusts du modèle anglo-américain de propriété qui sont constitués par contrat, d'où leur nature fortement contractuelle. Les Unit trusts n'ont pas de constituant. Ce sont le trustee et le gérant qui concluent contractuellement la mise en place du fonds. Le gérant n'est pas considéré comme un constituant puisque, même si par sa volonté d'entrepreneur il conclut un contrat avec un trustee pour créer un fonds fiduciaire de placement collectif, il ne réalise pas un transfert de ses propres biens en trust. Comme dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, les bénéficiaires d'un Unit trust ont des droits personnels de nature contractuelle et des droits énoncés dans la loi de régulation financière. Leur propriété est limitée à la valeur liquidative de rachat de leurs parts. Leur intérêt équitable sur les biens du trust est considérablement limité par le contrat de Unit trust.

1374. Les Unit trusts dérogent à deux principes du droit commun des trusts du modèle anglo-américain de propriété : les règles contre les perpétuités et la jurisprudence *Saunders v. Vautier*. Ces principes sont écartés des Unit trusts pour assurer la stabilité du fonds fiduciaire en tant que véhicule de placement collectif. Le droit civil assure le même résultat en disposant l'indivision permanente de la copropriété des fonds communs de placement. L'unité du patrimoine d'affectation du FCP est effectuée en fonction d'un but commun aux parties au contrat : la gestion collective des actifs du FCP par le gérant et le dépositaire au bénéfice des porteurs de parts.

1375. Les fonctions de contrôle exercées par le trustee des Unit trusts ont été transposées et sont similaires à celles des dépositaires d'OPCVM de droit français. Par contre, les dépositaires d'OPCVM en France n'ont pas la propriété des biens du fonds. Si le législateur français donne la propriété fiduciaire des actifs du FCP au dépositaire, toutes les règles du Code Monétaire et financier régissant les organismes

de placement collectif deviennent plus cohérentes et n'entraînent pas de grands changements aux textes des articles du chapitre IV sur les placements collectifs, selon l'ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011, comme le montre le projet de loi sur les fonds communs de placement proposé dans la conclusion de cette thèse.<sup>1531</sup> Rien n'empêche à une SICAV de donner la propriété fiduciaire de ses actifs au dépositaire avec une mission de contrôle et de surveillance des actes de gestion du gérant.

1376. Les structures du Unit trust, du FCP et de la société sont similaires car ils sont constitués par contrat et émettent des titres valeurs, représentant des parts dans le capital. Ces parts sont détenues par des porteurs de parts ou par des actionnaires en contrepartie de leurs investissements. Historiquement, les Unit trusts, les sociétés à responsabilité limitée, les FCP les sociétés en participation voire les indivisions sont étroitement liés à l'idée de patrimoine d'affectation avec ou sans la personnalité morale. Des groupements de personnes qui voulaient investir ou mener des activités commerciales s'associant pour exercer une activité à but lucratif existent depuis toujours. La différence entre les Unit trusts ou les FCP et les sociétés à responsabilité limitée est la personnalité morale : les trusts contraints à s'enregistrer sont devenus des sociétés d'investissement. A ce point précis, la différence entre Unit trust et société devient floue.<sup>1532</sup> Même actuellement, les Unit trusts cèdent la place aux sociétés ; ils se transforment en sociétés d'investissement à capital variable (OEICs), afin d'être commercialisés plus facilement sur le continent européen, notamment dans les pays qui ne reconnaissent pas les trusts du modèle anglo-américain de propriété.

1377. L'activité de gestion est menée, dans les Unit trusts, par le gérant et, dans les sociétés, par les mandataires sociaux, au bénéfice des porteurs de parts ou des actionnaires. Les devoirs fiduciaires du trustee, dans le Unit trust, découlent de sa qualité de trustee ; les devoirs fiduciaires des mandataires sociaux des sociétés ne sont donc pas les mêmes. Les devoirs fiduciaires du gérant des Unit trusts ressemblent aux devoirs fiduciaires des dirigeants des sociétés, même si le gérant d'un Unit trust n'est mandataire ni du trustee ni des porteurs de parts, mais partie au contrat de Unit trust.

---

<sup>1531</sup> Voir *infra* p. 590 et suiv.

<sup>1532</sup> KAM FAN SIN, *ibid.*, p. 8-46.

1378. Les fidéicommiss financiers ont pratiquement la même structure que leurs homologues de droit anglais, les Unit trusts.

## Section 2. Trusts d'investissements financiers de droit civil

1379. Le trust d'investissement de droit civil est une opération de transmission de ressources financières en propriété fiduciaire ; il a comme but principal l'investissement à travers un fiduciaire, suivant les dispositions ou le règlement établis par le fiduciaire ou les constituants, au bénéfice de ceux-ci ou de tiers bénéficiaires. Les fiducies<sup>1533</sup> et les fidéicommiss ne sont pas concernés par l'interdiction des opérations de crédit bancaire réservées aux établissements de crédit. Le fiduciaire doit être un établissement habilité à exercer les fonctions de fiduciaire et il peut consentir des crédits au travers de fiducies-sûretés ou des fidéicommiss de garantie.

1380. Les fidéicommiss ou les fiducies d'investissement sont constitués de titres valeurs, d'actions de sociétés cotées ou non cotées et d'obligations privées ou publiques. Habituellement, les constituants bénéficient des rendements produits par le trust de droit civil et reçoivent à la fin le capital, ce qui les distingue des trusts de droit civil constitués au bénéfice de tiers bénéficiaires. Les investisseurs bénéficiaires ont ainsi la possibilité de recevoir périodiquement les rendements, pour eux ou pour un tiers qu'ils désignent, ou bien de réinvestir les bénéfices dans la fiducie ou le fidéicommiss et le fiduciaire achète de nouveaux titres-valeurs.

1381. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, les fidéicommiss qui émettent des titres de participation avec des offres au public sont contrôlés par les autorités de régulation bancaire et financière de chaque pays. Le fidéicommiss ordinaire d'investissement est appelé fidéicommiss financier en Argentine. Les fidéicommiss financiers peuvent faire des offres au public.<sup>1534</sup>

---

<sup>1533</sup> Présentation séminaire « La fiducie en action » par Yann-Yves LE GOFFIC, Animateur, FMR 76 et Jean-François ADELLE, Jeantet Associés, Comité de Droit Financier de Paris EUROPLACE, 18 Janvier 2012.

<sup>1534</sup> En fonction des dispositions de la loi argentine 17.811.

1382. Le trust financier de droit civil est utilisé dans le processus de titrisation. L'Argentine et le Panama ont choisi expressément le fidéicomis comme véhicule servant à titriser des actifs. La titrisation est effectuée aussi par des fonds communs de placement de créances en Argentine, des fonds communs de titrisation en France et dans des « patrimoines communs autonomes » gérés par des sociétés de titrisation en Bolivie.

1383. Il convient d'approfondir l'étude des fidéicomis financiers latino-américains (I) et d'expliquer leur rôle dans la titrisation d'actifs (II).

### ***I. Fidéicomis financiers latino-américains***

1384. La loi bolivienne du marché des valeurs de 1998<sup>1535</sup> a pour objectif de promouvoir un marché de valeurs boursières et extra boursières, en régulant les offres au public et l'intermédiation financière, au travers de la bourse de valeurs, des agences de bourse, des sociétés de gestion de fonds d'investissement et des sociétés de titrisation. La loi régule les agences de notation,<sup>1536</sup> les sociétés émettrices, les entités de dépôt de valeurs et en général toutes les activités et les personnes physiques ou morales qui agissent dans le marché financier bolivien. Elle a donné un coup d'accélérateur aux échanges boursiers, à la titrisation d'actifs de flux futurs et à la mise en place de fonds d'investissement de placements collectifs. L'autorité de régulation bolivienne, dénommée « Autorité de supervision du système financier », est en charge de la régulation et du contrôle du marché financier des valeurs mobilières.

1385. Le marché boursier est défini, dans cette loi,<sup>1537</sup> comme la rencontre de l'offre et de la demande des valeurs inscrites dans le Registre du marché des valeurs, réalisée dans les bourses de valeurs par les intermédiaires autorisés. Le marché extra-boursier est celui qui a lieu en dehors des bourses de valeurs, avec la participation d'intermédiaires autorisés, sur des valeurs inscrites dans le Registre du marché des valeurs. Seules les valeurs autorisées par l'Autorité de supervision du système financier sont négociées dans le marché extra-boursier.

---

<sup>1535</sup> Loi bolivienne du marché des valeurs n° 1834 (*Ley del Mercado de Valores*), du 31 mars 1998.

<sup>1536</sup> Appelées en espagnol « *calificadoras de riesgo* ».

<sup>1537</sup> A l'article 3 de la loi bolivienne du marché des valeurs.

1386. Les « agences de bourse », exclusivement autorisées en tant qu'intermédiaires, agissent pour leur propre compte ou pour le compte de tiers. Le marché primaire<sup>1538</sup> concerne l'émission d'actifs financiers (actions et obligations). Par opposition au marché secondaire, il est appelé « marché du neuf ». C'est l'un des métiers des groupes bancaires boliviens que d'être « arrangeurs » de ces émissions, en organisant et en centralisant les souscriptions des épargnants et des organismes financiers. Le marché secondaire<sup>1539</sup> ou « marché de l'occasion » comprend l'achat et la vente d'actifs financiers déjà existants.

1387. En Argentine, la promulgation de loi n° 24.441 de 1994<sup>1540</sup> organise les financements du logement et de la construction pour diminuer le déficit de logement et promouvoir l'industrie du bâtiment. L'introduction de la titrisation, notamment des crédits hypothécaires, a joué un rôle important dans le but poursuivi par la loi.<sup>1541</sup> Celle-ci prévoit un régime complet sur le fidéicomis ordinaire et financier, sur les fonds communs fermés de titrisation et une retouche aux fonds communs d'investissement (similaires au FCP français). Une majorité de praticiens ont opté pour le fidéicomis comme véhicule de titrisation de créances.

1388. Un régime spécial de cessions de crédits hypothécaires destinés à être titrisés et de règles spécifiques de subordination des créances qui facilitent l'émission de dette junior et senior sont prévus dans cette loi. La titrisation de crédits hypothécaires est efficace grâce à la mise en place d'un régime spécial de lettres hypothécaires et de règles innovantes d'exécution des garanties hypothécaires au travers un système mixte judiciaire et extrajudiciaire. Cette loi de modernisation des outils financiers, structurée autour du fidéicomis, met en place un fidéicomis financier de droit argentin.

1389. Sont mis en place des fonds d'investissement, en Bolivie (A), et des fidéicomis financiers, en Argentine (B).

---

<sup>1538</sup> Article 4.

<sup>1539</sup> Article 5.

<sup>1540</sup> Intitulée « Loi de financement pour le logement et la construction » (*Ley de financiamiento para la vivienda y la construction*).

<sup>1541</sup> En 1993, la Commission Nationale des Valeurs d'Argentine avait manifesté le souhait d'une adéquation législative aux besoins du marché et publia une première régulation sur la titrisation, dans la Résolution Générale n° 237. Une grande partie du projet établi par la CNV a été repris par la loi n° 24.441.

### *A. Fonds d'investissement boliviens*

1390. La loi bolivienne du marché des valeurs n° 1834<sup>1542</sup> prévoit la création de « patrimoines communs autonomes », appelés fonds d'investissements pour la titrisation, gérés par des sociétés de titrisation. Les fonds sont composés d'actifs, présents ou futurs, destinés à garantir le paiement des valeurs émises en faveur des investisseurs. Ils sont indépendants du patrimoine des cédants.

1391. Les fonds communs de placement des valeurs mobilières sont appelés « fonds d'investissement » et, comme les fonds de titrisation, il s'agit de « patrimoines communs autonomes » séparés de la société de gestion. Ils recueillent les apports des investisseurs, personnes physiques ou morales, et les investissent ensuite en valeurs, en biens et en tout actif, pour compte et au risque des porteurs. La société de gestion a la charge de l'investissement du « patrimoine commun » ; ses rendements sont établis en fonction des « résultats collectifs. »<sup>1543</sup>

1392. La loi n° 1834 énonce l'existence de « patrimoines communs autonomes » et séparés et ne fait pas référence expresse au fidéicomis classique, prévu à l'article 1409 du Code de Commerce bolivien. Pourtant, les fidéicomis ordinaires de garantie permettent l'exécution d'obligations de natures diverses, telles que les émissions d'obligations garanties par les biens transférés en fidéicomis.<sup>1544</sup> Ces fidéicomis ont besoin d'une autorisation de l'autorité administrative de fiscalisation bolivienne pour l'émission des certificats du fidéicomis.<sup>1545</sup>

1393. Parmi les actifs transférés au fidéicomis de garantie bolivien, des biens ou des droits incorporels peuvent servir de garantie à une émission d'obligations, représentées par des certificats fiduciaires. L'article 1409 du Code de Commerce bolivien s'inspire du modèle anglo-américain des trusts de propriété qui utilise le trust comme véhicule indépendant d'émission d'instruments financiers pour les

---

<sup>1542</sup> « *Ley No. 1834 – Ley del Mercado de Valores* », du 31 mars 1998.

<sup>1543</sup> Article 87 de la loi du marché des valeurs n° 1834.

<sup>1544</sup> C. MORALES GUILLEN, *Codigo de Comercio concordado y anotado*, op. cit., p. 1349.

<sup>1545</sup> Article 1443 du Code de Commerce bolivien et article 9 du Décret-Loi n° 9428.

porteurs de titres obligataires. Une société transfère des biens aux trustees en tant que garantie à être détenue en trust au bénéfice des porteurs de titres obligataires, qui, à leur tour, prêtent de l'argent à la société et reçoivent les titres.

*1394.* Les trustees anglo-américains, propriétaires légaux des biens du trust, ont le droit exclusif d'ester en justice pour faire exécuter les termes de l'accord, de payer et traiter tous les défauts ou les problèmes de l'émission et de négocier tout amendement du document de constitution du trust.<sup>1546</sup> Comme dans les fidéicommiss financiers argentins ou selon une clause expresse du fidéicommiss ordinaire de garantie bolivien, le document de constitution du trust exprès privé anglo-américain peut stipuler des pouvoirs de décision à la majorité des porteurs d'obligations, réunis en assemblée générale.<sup>1547</sup>

*1395.* Si les biens du fidéicommiss bolivien sont des biens immeubles, les certificats fiduciaires doivent être émis au nominatif.<sup>1548</sup> Au Panama, les fidéicommiss d'investissements immobiliers sont très utilisés dans l'environnement boursier.<sup>1549</sup> Ils sont créés pour détenir des actions de sociétés, qui détiennent, à leur tour, des actifs immobiliers. Si le trust n'est pas enregistré à la bourse panaméenne, il n'a pas besoin de se conformer aux lois boursières et aux régulations financières de ce pays. En outre, si les parts du trust ne sont pas offertes au public à plus de 25 investisseurs potentiels, il n'y a pas besoin d'enregistrer le trust auprès de l'Autorité nationale de valeurs de Panama. Ces fidéicommiss panaméens sont enregistrés, suivant les dispositions de la loi de régulation financière, dans la section des fonds communs de placement de valeurs mobilières.<sup>1550</sup>

*1396.* L'acte de constitution du fidéicommiss bolivien mentionne l'autorisation expresse de création de certificats fiduciaires.<sup>1551</sup> Les certificats fiduciaires ont le caractère de titres valeurs. Ils donnent à leurs titulaires le droit à une quote-part des

---

<sup>1546</sup> La section 192 du « Companies Act » de 1985 invalide toute clause qui exclurait contractuellement la responsabilité du trustee pour inexécution ou pour exécution négligente. Néanmoins, cette même loi permet aux porteurs de titres obligataires d'octroyer une décharge aux trustees pour des actes ou des omissions spécifiques.

<sup>1547</sup> D. J. HAYTON, *op.cit.*, p. 70-71.

<sup>1548</sup> Article 1446 du Code de Commerce bolivien.

<sup>1549</sup> RAMSES OWENS, MOSSACK FONSECA & CO./MOSSFON TRUST CORPORATION, *article précité*, p. 489-490.

<sup>1550</sup> Les trusts étrangers peuvent avoir des constituants locaux ou des investisseurs bénéficiaires locaux, c'est-à-dire, des porteurs de parts du fonds locaux pourvu qu'ils soient préalablement reconnus par la Commission Nationale de Valeurs Panaméenne comme des fonds de placements collectifs de droit étranger. Les trusts étrangers qui n'ont pas de porteurs de parts panaméens peuvent acheter librement de la propriété immobilière au Panama.

<sup>1551</sup> Article 1442 du Code de Commerce bolivien.

produits des biens en fidéicomis, à une quote-part du droit de propriété des biens ou de la valeur obtenue par leur vente ou un droit de propriété sur une partie déterminée de l'immeuble.<sup>1552</sup> Ils doivent mentionner expressément leur caractère de certificat fiduciaire, les données du document de constitution du fidéicomis et l'autorisation de l'autorité administrative compétente. Ils incluent une description des biens en fidéicomis, leur évaluation ou la valeur nominale des certificats. Les pouvoirs et devoirs du fiduciaire ainsi que les droits des bénéficiaires sont décrits succinctement. Les certificats comportent le lieu et la date de leur émission et la signature des représentants légaux du fiduciaire.<sup>1553</sup>

*1397.* Les fonds d'investissement (comme les Unit trusts) diffèrent des fidéicomis ordinaires car ils n'ont pas de constituant. Ils sont créés par des sociétés de gestion à objet unique sans qu'il y ait un transfert des biens par un constituant en fidéicomis au profit des bénéficiaires. Ce sont les porteurs-bénéficiaires qui souscrivent et acquièrent des parts du fonds d'investissement. Les fonds d'investissement boliviens sont un hybride de fonds communs de placement et de fidéicomis ordinaires car les bénéficiaires ne sont pas copropriétaires des actifs du fonds. Une société de gestion ou de titrisation, en accord avec une entité dépositaire, est en charge de la gestion du fonds, sans mention d'une quelconque qualité de fiduciaire. Le patrimoine d'affectation du fonds d'investissement est tellement indépendant qu'il n'a pas de propriétaire.

*1398.* La notion de « patrimoine autonome » est déjà énoncée à l'article 1410 sur le fidéicomis du Code de Commerce bolivien bien avant son utilisation par la loi n° 1834. Cet article prévoit que « les biens objet du fidéicomis constituent un « patrimoine autonome » et ne font pas partie de la garantie générale des créanciers du fiduciaire. Le législateur bolivien mentionne implicitement, dans la loi n° 1834, que les fonds des porteurs de parts sont « confiés » à la société de gestion, avec la notion de « patrimoine commun » et autonome. Les fonds d'investissement ne sont donc pas des fidéicomis classiques ou des fonds communs de placement, comparables aux fonds communs de placement français ou argentins.

---

<sup>1552</sup> Article 1444 du Code de Commerce bolivien.

<sup>1553</sup> Article 1445 du Code de Commerce bolivien.

1399. La loi crée plusieurs sortes de fonds d'investissement (a.) et un cadre de régulation des offres au public (b.)

a. Différents fonds d'investissement

1400. Les fonds d'investissement, créés par la loi n° 1834, sont ouverts ou fermés. Ils sont ouverts lorsque leur patrimoine est variable et lorsque les parts souscrites par le public sont rachetées directement par le fonds. Les fonds ouverts sont appelés aussi « fonds communs » ou « fonds mutuels ». Leur durée est illimitée<sup>1554</sup> (comme les Unit trusts) par opposition à l'article 1413 du Code de commerce qui limite les fidéicommissaires à 30 ans. Les fonds d'investissement fermés ont leur patrimoine fixe et les parts souscrites par les porteurs ne peuvent être rachetées directement par le fonds que dans les termes ou circonstances spécifiés et suivant la procédure du règlement.<sup>1555</sup>

1401. Les fonds d'investissement sont « financiers » ou « non-financiers ». Les fonds d'investissement financiers, ouverts ou fermés, ont la totalité des actifs investis en titres valeurs, instruments financiers et tout instrument représentant des actifs financiers. Les fonds d'investissement non-financiers, ouverts ou fermés, ont comme objectif principal l'investissement en valeurs représentatives d'actifs non financiers, résultant d'un processus de titrisation.<sup>1556</sup>

1402. La différence entre les fonds d'investissement financiers et non financiers sert à distinguer les fonds d'instruments financiers classiques, notamment les actions et les obligations, des fonds avec des valeurs résultant de processus de titrisation. Pourtant, les fonds d'investissement non-financiers produisent, eux aussi, des valeurs financières commercialisées dans le marché financier. Les actifs pour la titrisation, considérés par la loi bolivienne comme « non-financiers », sont les actifs qui génèrent des droits de flux futurs.

---

<sup>1554</sup> Article 91 a. de la loi n° 1834.

<sup>1555</sup> Par la résolution ASFI n° 67/2009 du 22 juillet 2009, l'Autorité bolivienne de Supervision du Système financier prévoit un délai d'émission et de souscription des parts des fonds d'investissement fermés de 270 jours ouvrés à partir de la date d'émission. La société de gestion peut demander à l'Autorité un délai de 90 jours supplémentaires en fonction des conditions du marché.

<sup>1556</sup> Les fonds d'investissement non financiers sont énoncés à l'article 91 d. de la loi n° 1834.

1403. La titrisation, effectuée à l'origine sur des prêts immobiliers, s'est étendue aux prêts à la consommation et aux crédits commerciaux. Ces actifs sont, selon la loi bolivienne, des actifs non-financiers. Les titres produits par la titrisation peuvent être adossés à des actifs, appelés « *asset backed securities* ». Ceux-ci sont des titres de créance, adossés à des actifs ou garantis (*collateralized*) par des « cash flows » générés par un ensemble déterminé d'actifs. Les actifs sont regroupés et constituent un portefeuille qui représente une valeur suffisante ; ils sont diversifiés afin de réduire les risques. Ils peuvent être des créances correspondant à des prêts automobiles, des locations de véhicules, d'avions, des paiements de « royalties » ou des recettes de supermarchés.

1404. Les fonds d'investissement internationaux, ouverts ou fermés, sont constitués en Bolivie, soit avec des apports exclusivement étrangers pour l'investissement dans le marché interne, soit avec des apports nationaux ou étrangers, avec le but de réaliser des investissements dans le marché national et international, suivant les lois boliviennes. Autrement, ils sont constitués en dehors de Bolivie, en conformité aux lois du pays d'origine du fonds ; ils investissent dans le marché interne bolivien et reçoivent des apports nationaux ou étrangers.<sup>1557</sup>

1405. Les fonds d'investissement sont classés en fonction des valeurs qui les composent, le rendement et le niveau de risque qu'elles génèrent.<sup>1558</sup> L'Autorité bolivienne de supervision du système financier énonce trois fonds : les fonds à rendement fixe, variable et mixte.<sup>1559</sup> Le portefeuille des fonds à rendement fixe est composé notamment d'obligations corporatives ou d'Etat, de dépôts à terme émis par les banques et les institutions financières coopératives et de lettres du Trésor. Dans les fonds à rendement variable, le portefeuille est composé d'investissements à rendement non établi, comme c'est le cas des actions. Les fonds à rendement mixte sont composés de valeurs à rendement fixe et variable.

---

<sup>1557</sup> Article 91, alinéa e. 3) de la loi n° 1834. Ces fonds doivent être, bien entendu, autorisés par l'autorité de régulation bolivienne.

<sup>1558</sup> Article 84 a) et l'annexe 1 du Règlement sur les fonds d'investissement « Texte Ordonné » de la Normative pour les fonds d'investissement et les sociétés de gestion, annexe à la Résolution administrative SPVS-IV-no. 421 en date du 13 aout 2004, modifiée par les résolutions administratives SPVS-IV-No.107 du 18 février 2005, SPVS-IV-No.443 du 27 mai 2005, SPVS-IV-No.1103 du 2 décembre 2005, SPVS-IV-No.114 du 9 février 2006, SPVS-IV-No.718 du 5 juillet 2006, SPVS-IV-No.742 du 12 septembre 2007, SPVS-IV-No. 069 du 10 février 2009.

<sup>1559</sup> Bourse bolivienne des valeurs, Bulletin de bourse « feuille boursière » (*hoj@ bursatil*) « Fonds d'investissement, une alternative pour investir en valeurs » n°12, année I, mai 2004.

1406. Les apports réalisés par les investisseurs aux fonds d'investissement sont considérés comme des participations et sont divisés en parts. Le document accréditant le montant investi et le nombre de parts peut adopter la forme de titre valeur.<sup>1560</sup> Les porteurs de parts sont titulaires de leurs parts et non des valeurs mobilières qui constituent le patrimoine du fonds d'investissement. La responsabilité des porteurs du fonds est limitée au montant de leurs apports. En aucun cas ils ne sont responsables des obligations de la société de gestion. Etant donné que le fonds d'investissement est un patrimoine autonome et séparé de celui de la société de gestion, celle-ci tient une comptabilité séparée pour chaque fonds d'investissement qu'elle gère. La comptabilité est contrôlée par des commissaires aux comptes.

1407. La société de gestion doit obtenir l'autorisation de fonctionnement et l'inscription du fonds d'investissement dans le registre du marché de valeurs auprès de l'autorité de supervision du système financier (ASFI).<sup>1561</sup> Le fonds d'investissement n'a pas de constituant qui transfère des biens ; c'est la société de gestion qui le met en place. Les porteurs de parts, dénommés « participants », signent un contrat dans lequel sont inclus le règlement du fonds, l'information relative aux commissions de gestion et l'information financière que la société de gestion doit fournir (prospectus).<sup>1562</sup>

1408. L'autorité de supervision du système financier a la compétence pour contrôler les activités des fonds d'investissement.

*b. Cadre de régulation des offres au public*

1409. Une différence essentielle entre les fidéicomis ordinaires et les fonds d'investissement est que ces derniers ont vocation à être commercialisés auprès du public, par des offres au public ou des placements privés, en tant que fonds communs de placement collectif. Les relations entre les acteurs du marché financier, notamment

---

<sup>1560</sup> Article 89 de la loi n° 1834.

<sup>1561</sup> Les documents et informations qui doivent accompagner à la demande d'autorisation pour la constitution d'un fonds d'investissement sont énoncés à l'article 40 du Règlement sur les fonds d'investissement « Texte Ordonné » de la Normative pour les fonds d'investissement et ses sociétés de gestion.

les agences de bourse, les sociétés de gestion qui gèrent et commercialisent des fonds d'investissement et les porteurs de parts consommateurs de produits d'épargne, sont encadrées par l'Autorité bolivienne de Supervision du Système financier. Cette Autorité a des pouvoirs étendus de régulation, de contrôle et de sanction. Les fidéicomis ordinaires, qui sont des opérations bancaires, sont régulés au travers des banques fiduciaires. Plusieurs autres acteurs économiques participent aux fonds d'investissement, avec des fonctions qui tombent dans le champ des compétences de l'Autorité de supervision du système financier.

*1410.* L'article 332 de la Constitution de l'Etat bolivien, promulguée le 7 février 2009, prévoit que les entités financières sont régulées et supervisées par une institution de droit public de régulation des banques et des entités financières, dénommée « Autorité de supervision du système financier ». Cette institution a fusionné l'ancienne Superintendance des banques et des entités financières et la Superintendance de pensions, des valeurs et des assurances.<sup>1563</sup> Elle a repris toutes les compétences prévues par la loi pour contrôler, réguler et superviser les activités des marchés financiers.<sup>1564</sup>

*1411.* L'article 104 de la loi n° 1834 énonce une interdiction générale : « aucune personne physique ou morale n'effectue, dans le territoire de la République, des activités réservées par la loi aux personnes, entités ou sociétés autorisées pour opérer et participer aux activités du marché de valeurs mobilières, sans l'autorisation préalable de l'Autorité. » Celle-ci autorise, suspend ou supprime les offres au public de valeurs mobilières, les émissions de nouvelles valeurs et leur inscription dans le Registre du marché des valeurs.<sup>1565</sup>

*1412.* Une offre au public est une invitation ou proposition au public en général ou à des secteurs spécifiques de la population, réalisée par tout moyen de communication

<sup>1562</sup> L'obligation de signature de ce contrat est énoncée à l'article 40, alinéa f) du Règlement sur les fonds d'investissement et les caractéristiques de ce contrat sont détaillées à l'Annexe 2 dudit règlement.

<sup>1563</sup> L'article 137 du Décret Suprême n° 29894 du 7 février 2009 prévoit que les fonctions et attributions de contrôle et de supervision des activités économiques des valeurs mobilières et des assurances sont désormais assumées par l'Autorité de supervision du système financier. En outre, le Décret Suprême n° 0071 du 9 avril de 2009, à son article 34, énonce l'extinction de la Superintendance de pensions, des valeurs et des assurances et des normes transitoires à cet effet.

<sup>1564</sup> Ces compétences et attributions sont énoncées à l'article 15 de la loi n° 1834.

ou de diffusion, avec l'objectif de réaliser des opérations dans le marché de valeurs mobilières.<sup>1566</sup> L'offre s'effectue directement ou au travers les agences de bourse.<sup>1567</sup> Les caractéristiques et les risques de l'émission sont indiqués dans le prospectus d'émission, dans la publicité et, si nécessaire, sur le titre valeur. L'autorité peut inclure, dans le prospectus ou dans d'autres documents d'information financière, les avertissements qu'elle considère raisonnablement nécessaires pour la sécurité des investisseurs et la transparence du marché.<sup>1568</sup>

1413. Les fidéicomis financiers en Argentine, sont, eux aussi, encadrés par la régulation financière.

### ***B. Fidéicomis financiers en Argentine***

1414. Le fidéicomis financier est un contrat dans lequel le fiduciaire est une entité financière ou une société spécialement autorisée par la Commission Nationale de Valeurs d'Argentine, pour agir en qualité de fiduciaire financier. Les bénéficiaires sont les titulaires de certificats de participation (des parts du fonds fiduciaire) ou de titres représentatifs de dette, garantis par les biens transférés au fidéicomis. Ces derniers sont des titres valeurs et peuvent être l'objet d'offres au public.<sup>1569</sup>

1415. Le fidéicomis financier, malgré sa spécialité et sa régulation spécifique, demeure substantiellement un fidéicomis ordinaire.<sup>1570</sup> Il n'échappe pas, sauf à quelques exceptions, aux dispositions générales de la loi sur les fidéicomis ordinaires. Mario Carregal explique que le fidéicomis financier et le fidéicomis testamentaire sont les deux fidéicomis régulés spécifiquement par la loi 24.441 sur le fidéicomis. Les normes de ce que l'auteur appelle « le fidéicomis général » leur sont toujours appliquées de manière subsidiaire.<sup>1571</sup>

---

<sup>1565</sup> Article 15, points 12, 13 et 14 de la loi n° 1834.

<sup>1566</sup> Article 6 de la loi n° 1834.

<sup>1567</sup> Article 19 a, e et g de la loi n° 1834.

<sup>1568</sup> Article 8 de la loi n° 1834.

<sup>1569</sup> Article 19 de la loi argentine N° 24.441 sur les fidéicomis.

<sup>1570</sup> C. M. KIPER, S. V. LISOPRAWSKI, *op. cit.*, p. 646.

<sup>1571</sup> M. A. CARREGAL, *op. cit.*, p. 336.

*1416.* Les fidéicommiss financiers sont utilisés à des opérations propres du marché financier, notamment à la titrisation d'actifs. Le législateur argentin n'a pas choisi le fidéicommiss comme structure pour organiser les fonds communs de placement de valeurs mobilières. C'est pourquoi, dans la loi et la réglementation financière, le fidéicommiss financier a la fonction principale de servir de véhicule de titrisation d'actifs. Le fidéicommiss financier est un fidéicommiss de gestion et de garantie et réalise ses fonctions avec les biens en fidéicommiss.

*1417.* La Commission Nationale de Valeurs est l'autorité de régulation du fidéicommiss financier.<sup>1572</sup> Le fiduciaire doit être une entité financière, privée ou publique, autorisée à fonctionner par la loi n° 21.526 des entités financières.<sup>1573</sup> Cette loi et ses normes réglementaires s'appliquent aux personnes ou entités privées, publiques ou mixtes de l'Etat, les provinces ou les municipalités qui réalisent de l'intermédiation habituelle entre l'offre et la demande d'actifs financiers. Sont comprises dans son champ d'application les banques commerciales, d'investissement, hypothécaires, les compagnies financières, les sociétés d'épargne, des prêts pour le logement ou d'autres immeubles et les caisses de crédit.

*1418.* Le fiduciaire peut être une société autorisée à fonctionner et enregistrée à la Commission Nationale de Valeurs, en conformité avec la régulation, ce qui exclut les autres personnes juridiques qui ne sont pas des sociétés.<sup>1574</sup> Deux tutelles coexistent pour contrôler les fiduciaires financiers, à savoir la Commission Nationale de Valeurs (CNV) pour les sociétés fiduciaires et la Banque Centrale de la République Argentine (BCRA) pour les établissements financiers.

*1419.* Le fiduciaire financier gère, lui-même ou par délégation à des tiers gérants professionnels, les actifs ou biens en fidéicommiss qui garantissent le paiement de

---

<sup>1572</sup> La Commission de valeurs a été créée en 1937. A l'époque, elle dépendait de la Banque Centrale de la République Argentine, avec des fonctions de nature consultative. La loi n° 17.811 du 16 juillet 1968, de nature fédérale, crée la Commission Nationale de Valeurs en tant qu'institution nationale indépendante, avec juridiction dans tout le territoire.

<sup>1573</sup> La loi n° 21.526 des entités financières promulguée le 14.02.77 (B.O.21.02.77) est en conformité avec les lois et décrets réglementaires n° 22.529, loi promulguée le 22.01.82 (B.O. 26.01.82) ; Loi n° 22.871, promulguée le 08.08.83 (B.O. 10.08.83) ; Loi N° 24.144, promulguée le 23.9.92 (B.O. 22.10.92) ; Décret n° 1860 du 13.10.92 (B.O. 22.10.92) ; Décret n° 1887 du 15.10.92 (B.O. 22.10.92) ; Décret n° 146 du 31.01.94 (B.O. 21.02.94) ; Décret n° 13 du 04.01.95 (B.O. 11.01.95) ; Loi n° 24.485, promulguée le 05.04.95 (B.O. 18.04.95) ; Loi n° 24.627, promulguée le 21.02.96 (B.O. 18.03.96) ; Décret n° 1311 du 22.10.01 (B.O. 26.10.01) ; Décret n° 214 du 03.02.02 (B.O. 04.02.02) ; Loi n° 25.562, promulguée le 23.01.02 (B.O. 08.02.02) ; Décret n° 248 du 06.02.02 (B.O. 08.02.02) ; Décret n° 738 du 05.09.03 (B.O. 08.09.03) ; Loi 25.782, promulguée le 01.10.03 (B.O. 31.10.03) ; Loi 26.173, promulguée le 22.11.2006 (B.O. 12/12/2006).

<sup>1574</sup> Résolutions Générales 368/01, 400/02 et 437/03 de la Commission Nationale de Valeurs.

titres de dette ou l'émission des parts du fonds, donnant droit à des certificats de participation. Le risque porte sur l'éventualité du paiement des titres de dette en fonction des actifs qui génèrent des flux de trésorerie avec lesquels sont payés les investisseurs porteurs de ces titres. La solidité financière de l'émetteur, lorsqu'il s'agit d'un émetteur tiers garanti par les actifs d'un fidéicommiss financier, de même que les biens qui produisent les revenus aux participants porteurs des certificats de cette nature sont des facteurs de risque à prendre en compte.<sup>1575</sup>

1420. Il convient d'approfondir notre étude sur les titres émis par le fiduciaire financier (a.) et d'analyser les compétences de l'assemblée générale de bénéficiaires (b.)

a. Titres émis par le fiduciaire financier

1421. Le fiduciaire d'un fidéicommiss financier émet deux sortes de titres :<sup>1576</sup> les certificats de participation qui sont des parts du fonds, émis exclusivement par le fiduciaire, et des titres représentatifs de dette, garantis par les biens en fidéicommiss et émis par le fiduciaire ou par une société tiers. En effet, contrairement aux certificats de participation dans lesquels l'émetteur est le titulaire de la propriété des biens en fidéicommiss, c'est-à-dire le fiduciaire, l'émetteur des obligations peut être une société anonyme qui émet des obligations négociables garanties par le fidéicommiss financier. Les titres de dette peuvent être émis également par un fidéicommiss émetteur ; le fiduciaire doit détenir aussi une partie des biens dans celui-ci, même si les obligations émises sont garanties principalement par le fidéicommiss de garantie.

1422. Les montages fiduciaires d'émissions obligataires sont similaires dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété. Dans ces montages, la société « Y Ltd » achète des créances et emprunte sur la base de cette garantie, suite à la mise en place d'une émission de dette par le trustee (*trustee debenture bonds*). « Y Ltd » est souvent une société à objet unique, servant exclusivement de véhicule à l'opération (SPV) pour recevoir directement l'argent des créances cédées ou indirectement par la nomination de « X Ltd » en qualité d'agent financier de services.

---

<sup>1575</sup> C. M. KIPER, S. V. LISOPRAWSKI, *ibid.*, p. 649.

1423. L'agent financier reçoit les paiements en trust, dans un compte séparé, au bénéfice de « Y Ltd », avant de transférer les fonds reçus à celle-ci. « Y Ltd » utilise les fonds pour payer les porteurs des obligations qui lui ont fourni les fonds nécessaires. « Y Ltd » peut être constituée par « X Ltd » qui a cédé, à l'origine, les créances et les droits ou par un tiers. Tant que la société « Y Ltd » n'est pas contrôlée par « X Ltd », toutes les réclamations contractuelles n'entrent pas dans le bilan de cette dernière. A cet effet, les actions du véhicule « Y Ltd » sont généralement détenues dans des trusts charitables, même s'il reste peu de fonds au bénéfice de ces derniers, après avoir remboursé les porteurs des titres obligataires.<sup>1577</sup>

1424. Le contrat de fidéicommiss financier argentin contient les conditions d'émission des certificats de participation ou des titres représentatifs de dette, en plus des mentions obligatoires des fidéicommiss ordinaires. Les certificats de participation et les titres de dette sont des titres-valeurs et peuvent être l'objet d'offres au public.<sup>1578</sup> Selon Mario A. Carregal,<sup>1579</sup> « *les titres de participation représentent le bénéfice résiduel, s'il y en a, de la liquidation des actifs en fidéicommiss, après avoir payé les titres de dette garantis par ces biens ; ils sont destinés à assurer le maintien des flux de fonds nécessaires au service de la dette garantie.* »

1425. Les certificats fiduciaires ne donnent pas un droit de copropriété sur les biens ou sur les revenus du fidéicommiss financier, mais seulement des droits personnels de créance afin d'exiger une part de la propriété en fidéicommiss ou de sa valeur. Dans les certificats de participation fiduciaire, la relation des porteurs de parts avec les biens du fidéicommiss est indirecte ou de caractère personnel : le fiduciaire est le propriétaire.<sup>1580</sup> Les titres de dette, comme leur nom l'indique, sont des obligations garanties par le flux de fonds issu des biens du fidéicommiss.

---

<sup>1576</sup> Article 21 de la loi N° 24.441 sur le fidéicommiss argentin.

<sup>1577</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 71-72.

<sup>1578</sup> Article 20 de la loi argentine n° 24.441 sur le fidéicommiss.

<sup>1579</sup> M. A. CARREGAL, *ibid.*, p. 341.

<sup>1580</sup> C. M. KIPER, S. V. LISOPRAWSKI, *ibidem*, p. 651.

1426. Les certificats de participation et les titres de dette sont au nominatif ou au porteur, endossables ou non, ou dématérialisés, par renvoi de la loi 24.441 sur les fidéicomis au régime de dématérialisation des obligations négociables. Les coupons sont, dans tous les cas, au porteur et contiennent la numérotation du titre auquel ils appartiennent. Mario O. Kenny<sup>1581</sup> explique que le renvoi de loi 24.441 aux dispositions de l'article 8 de la loi n° 23.576 sur les obligations négociables, modifiée par la loi n° 23.962,<sup>1582</sup> est exclusivement restreint à leur régime de dématérialisation. Le régime des obligations négociables, énoncé par cette loi, ne s'applique ni aux certificats de participation ni aux titres de dette émis par les fidéicomis financiers.

1427. Les obligations dématérialisées sont appelées en espagnol « *escriturales* ». <sup>1583</sup> Les conditions de l'émission peuvent prévoir que les certificats de participation et les titres de dette ne se représentent pas en « titres matériels ». Dans ce cas, ils sont inscrits dans des comptes, au nom de leurs titulaires, dans un registre de titres dématérialisés, tenu par l'émetteur, par des banques commerciales ou d'investissement ou par des caisses de valeurs.<sup>1584</sup> La qualité de porteur est présumée par les constats dans les comptes ouverts du registre (*escrituras*). L'émetteur est responsable, vis-à-vis des porteurs, des erreurs ou des irrégularités des comptes, sans préjudice de la responsabilité de l'entité qui les tient au nom de l'émetteur.<sup>1585</sup> Les certificats de participation et les titres de dette émis par un fidéicomis financier peuvent être transférés, sans les formalités du Code Civil argentin sur la cession des droits, ce qui confère à ces titres l'agilité et l'autonomie nécessaires à la circulation dans le marché secondaire.

1428. De manière identique, en Bolivie, l'expression « valeur »<sup>1586</sup> comprend les valeurs mobilières ou les titres financiers énoncés dans le Code de Commerce bolivien. Il s'agit de titres de propriété, tels que les actions, ou de créance

---

<sup>1581</sup> M. O. KENNY, *Titulizacion y fideicomiso financiero*, Errepar, Buenos Aires, 2002 ; et du même auteur *Obligaciones negociables*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

<sup>1582</sup> B.O. 06/08/1991.

<sup>1583</sup> En conformité à l'article 31 de la loi n° 23.576. (Article modifié par l'article 1° de la Loi n° 23.962).

<sup>1584</sup> En France, la dématérialisation des titres, recommandée par le rapport de la Commission Pérouse (octobre 1980), est effective à partir du 5 novembre 1984. Le Journal Officiel publie le 2 mai 1984 le décret qui transforme le régime des valeurs mobilières françaises en dématérialisant les titres. Les titres imprimés sont donc remplacés par de simples lignes dans les livres de banques. La SICOVAM (Société Interprofessionnelle pour la Compensation des Valeurs Mobilières), renommée depuis Euroclear, assure la compensation des titres.

<sup>1585</sup> Ce dernier, la banque ou la caisse de valeurs doit donner au porteur un récépissé de l'ouverture de son compte et de tout mouvement qui est enregistré dans celui-ci. Les porteurs ont le droit de demander à tout moment un état de leurs comptes, à leurs frais. Les dispositions de la loi n° 20.643 et ses normes réglementaires s'appliquent à leur négociation par le système des caisses de valeurs.

(obligations) aux caractéristiques et droits standardisés, c'est-à-dire chacun pour une émission donnée ayant le même montant nominal, le droit au même coupon ou dividende, cotée sur la même ligne en bourse. La loi prévoit leur dématérialisation, autrement dit le remplacement des titres physiques par des écritures dans des comptes titres gérés électroniquement.

1429. L'Etat bolivien et ses institutions peuvent aussi émettre des titres valeurs. Les valeurs identifient le bénéficiaire des revenus obtenus par l'émission. Leur offre au public doit être autorisée par l'Autorité bolivienne de supervision du système financier. Elles représentent l'existence d'une obligation effective assumée par l'émetteur. Au plan procédural, la loi confère aux valeurs une « force exécutoire ». En tant que titres exécutoires, elles sont susceptibles de justifier l'utilisation d'une voie d'exécution. Elles sont librement cessibles ; toute limitation à leur circulation est nulle.

1430. En Argentine, des certificats de participation fiduciaire globaux peuvent être émis. Ils sont définitifs, négociables et divisibles. Un seul document, le certificat global, peut représenter la totalité de la valeur de l'émission, ou du moins une grande partie de celle-ci. L'article 22 de la loi 24.441 sur les fidéicomis prévoit que plusieurs catégories de certificats de participation peuvent être émises, avec des droits différents. L'article se réfère seulement aux certificats de participation et non aux titres de dette, même si logiquement il devrait s'appliquer davantage aux titres de dette. Mario Carregal<sup>1587</sup> souligne qu'à plusieurs reprises, la loi n° 24.441 sur le fidéicomis omet de mentionner, soit les titres de dette (article 21, dernier paragraphe et article 22 premier paragraphe), soit les certificats de participation (article 23).

1431. Chaque catégorie octroie les mêmes droits à tous les porteurs. L'émission peut être divisée aussi en séries. Des titres de préférence (*senior*) ou subordonnés (*junior* ou *mezzanine*) peuvent être émis et la priorité de paiement est effectuée grâce aux flux des fonds produits par le patrimoine fiduciaire. En cas d'insuffisance des flux de

---

<sup>1586</sup> Définie à l'article 2 de la loi bolivienne du marché des valeurs n° 1834.

<sup>1587</sup> M. A. CARREGAL, *ibid.*, note en pied de page n° 15, p. 343.

trésorerie (*cash-flow*) pour payer une catégorie, les porteurs de titres d'une même catégorie reçoivent les paiements au prorata des créances. Diverses séries peuvent être émises dans une même catégorie de titres, en fonction du schéma de l'émission.<sup>1588</sup>

1432. De façon semblable, dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, un trust de subordination de dette peut être constitué ; un créancier, le « *junior* » ou subordonné s'engage à ne pas être payé par le débiteur jusqu'à ce qu'un autre créancier de ce débiteur, le créancier « *senior* » soit payé avant lui. A cet effet, le document de constitution du trust stipule que la dette junior sera payable par le débiteur au trustee qui détiendra l'argent en trust, d'abord pour payer le créancier senior d'un montant équivalant à la dette senior et puis, pour payer ce qui restera au créancier junior. De cette manière, le créancier senior a le droit de réclamer le paiement avant le créancier junior et avant les créanciers de ce dernier, en cas de faillite du débiteur ou du créancier junior.<sup>1589</sup>

1433. Les porteurs d'un fidéicomis financier de droit argentin entrent en scène en cas d'insuffisance de patrimoine du fidéicomis.

#### b. Assemblée générale de bénéficiaires

1434. L'assemblée générale des porteurs de titres est une voie alternative à la recherche de solutions en cas d'insuffisance de patrimoine du fidéicomis financier, lorsqu'il n'est pas convenu autrement dans le contrat.<sup>1590</sup> L'assemblée permet de connaître la volonté des porteurs de titres et de prendre des décisions importantes. Ces décisions concernent notamment le transfert du fidéicomis financier à une autre société fiduciaire, les modifications du contrat d'émission par la remise des dettes, le changement des termes ou des conditions initiales ou la continuité de la gestion des biens du fidéicomis. Sont aussi décidées la cession des actifs du fidéicomis, la nomination de la personne en charge des aliénations ou toute autre façon de liquider le fonds fiduciaire. La liquidation du fonds fiduciaire, en cas d'insuffisance de

---

<sup>1588</sup> M. A. CARREGAL, *ibid.*, p. 343.

<sup>1589</sup> D. J. HAYTON, *op. cit.*, p. 71.

<sup>1590</sup> Articles 23 et 24 de la loi 24.441 sur les fidéicomis.

patrimoine du fidéicomis, est réalisée par le fiduciaire, sans qu'il y ait lieu à une procédure collective des créanciers.<sup>1591</sup>

*1435.* De manière semblable, en Bolivie, les porteurs de parts de fonds d'investissement ouverts se réunissent en assemblée générale pour la défense et la protection de leurs intérêts, en cas de dissolution, liquidation, transfert de la gestion ou fusion du fonds.<sup>1592</sup> Les porteurs de parts de fonds d'investissement fermés ont, au moins une fois par an, une assemblée générale afin d'approuver le rapport financier et de gestion du fonds. Les porteurs de parts bénéficiaires donnent leur accord sur toute modification du règlement du fonds, notamment les frais de gestion et la nomination des commissaires aux comptes.<sup>1593</sup>

*1436.* L'assemblée générale de porteurs de parts constitue l'organe compétent pour prendre les décisions concernant le patrimoine autonome. L'existence, les fonctions et les compétences de la réunion de porteurs de parts doivent être prévues dans le contrat irrévocable de transfert des biens et d'actifs ou dans l'acte de transfert unilatéral irrévocable d'actifs réalisé par la société de titrisation.

*1437.* L'article 23 de la loi 24.441 sur les fidéicomis argentin se réfère seulement « à l'assemblée des porteurs de titres de dette » en omettant les porteurs des certificats de participation ; logiquement l'article devrait s'appliquer aux deux. Claudio Kiper et Silvio Lisoprawski recommandent de remédier à l'erreur du législateur en stipulant, expressément dans le contrat de fidéicomis, que tous les bénéficiaires, porteurs de parts ou d'obligations, seront convoqués à l'assemblée.<sup>1594</sup>

*1438.* L'assemblée de porteurs de titres du fidéicomis financier est souveraine pour décider du destin du fidéicomis. L'article 24 de la loi 24.441 énonce les règles de quorum et de majorité simple et qualifiée pour approuver les résolutions. Pour tout ce qui n'a pas été prévu dans le contrat, certains auteurs<sup>1595</sup> prônent l'application, par analogie, des dispositions relatives aux assemblées générales d'actionnaires prévues

---

<sup>1591</sup> Article 16 de la loi 24.441 sur les fidéicomis.

<sup>1592</sup> Article 75 du Règlement sur les fonds d'investissement boliviens.

<sup>1593</sup> Article 98 du Règlement sur les fonds d'investissement.

<sup>1594</sup> C. M. KIPER, S. V. LISOPRAWSKI, *op. cit.*, p. 653-655.

<sup>1595</sup> M. O. KENNY, *Titulizacion y fideicomiso financiero, op. cit.*, p. 129-130.

par la loi sur les sociétés commerciales<sup>1596</sup> ou les dispositions de la loi sur les obligations négociables<sup>1597</sup> pour les porteurs d'obligations. D'autres voies de consultation des porteurs de titres peuvent être utilisées valablement même si, dans le contrat, une assemblée générale est expressément stipulée.

*1439.* Les clauses contractuelles de la mise en place de l'assemblée de porteurs doivent être équilibrées pour préserver raisonnablement le droit d'expression et de vote de tous les bénéficiaires, sur un principe d'égalité, notamment en ce qui concerne la publicité de la convocation, les conditions de participation à l'assemblée, le quorum et les règles des majorités.

*1440.* En Bolivie, le représentant des porteurs de parts, nommé par l'assemblée générale des porteurs de titres, agit pour le compte des détenteurs de titres émis dans les processus de titrisation. Le « représentant commun » des porteurs de parts a la responsabilité d'accomplir tous les actes nécessaires à l'exercice des droits et de défendre les intérêts communs des titulaires des parts du fonds. Il représente les porteurs pour les questions relatives à l'intérêt commun ou collectif. Il peut demander des rapports de gestion à la société de titrisation et il en informe les porteurs. Il alerte l'Autorité de contrôle de toute violation des obligations de la société de titrisation.

*1441.* Lors de la liquidation du FCP de droit français, les copropriétaires n'ont pas de pouvoir sur les actifs de celui-ci. Les conditions de liquidation ainsi que les modalités de répartition des actifs sont déterminées par le règlement du FCP. La possibilité pour les porteurs de parts de se réunir en assemblée pour décider les modalités de continuation ou de liquidation du fonds n'est pas expressément énoncée. La société de gestion ou le dépositaire assume les fonctions de liquidateur ;<sup>1598</sup> à défaut, le liquidateur est désigné en justice à la demande de toute personne intéressée.<sup>1599</sup> Le liquidateur est investi des pouvoirs les plus étendus pour réaliser les actifs, payer les créanciers éventuels et répartir le solde disponible entre les porteurs de parts. Pour

---

<sup>1596</sup> Loi n° 19.550 sur les sociétés commerciales (Texte ordonné par l'Annexe du Décret N°841/84 B.O. 30/03/1984).

<sup>1597</sup> Loi n° 23.576 sur les obligations négociables, modifié par la Loi n° 23.962 (B.O. 06/08/1991).

<sup>1598</sup> Par dérogation aux dispositions du titre III du livre II du Code de commerce français, lorsque la société de gestion ou le dépositaire peut justifier de graves difficultés à exercer ces fonctions de liquidateur, celles-ci sont assumées par une tierce personne désignée par le président du tribunal de grande instance de Paris à la demande du président de l'Autorité des marchés financiers.

<sup>1599</sup> Article L214-12 du Code Monétaire et financier, modifié par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

cette raison, même si le partage du solde disponible peut se faire en nature, ce sera après l'attribution que les porteurs auront un véritable pouvoir sur les valeurs mobilières. Mais le fonds aura alors totalement et définitivement disparu.<sup>1600</sup> Les porteurs de parts devraient être habilités par la loi à se réunir en assemblée pour décider les modalités de continuation ou la liquidation du fonds, dans les conditions fixées dans le règlement.<sup>1601</sup>

1442. Le fidéicomis financier constitue un patrimoine séparé des patrimoines du fiduciaire et du constituant,<sup>1602</sup> affecté au paiement des bénéficiaires de titres-valeurs émis au travers d'un processus de titrisation d'actifs.

## II. *Fonds fiduciaires et titrisation*

1443. Le mot titrisation provient de l'anglais « *securitization* » et « *security* », et signifie tout titre ou valeur financière. Titrifier une obligation est la représenter avec des titres. La titrisation ou le financement au travers de l'émission de titres-valeurs est le résultat d'une procédure particulière par laquelle des actifs de créances, structurés et réunis en un seul paquet, sont affectés au paiement du capital et des intérêts des titres émis.

1444. Le titulaire des actifs de créance les utilise comme support à l'émission de titres qui vont faciliter l'obtention des liquidités. Claudio M. Kiper et Silvio V. Lisoprawski<sup>1603</sup> observent que la titrisation n'est pas une procédure innovante car les certificats hypothécaires, émis à l'époque par la Banque Hypothécaire Nationale d'Argentine, constituaient déjà une forme de titrisation des crédits hypothécaires. De même, les parts d'un fonds commun de placement représentent la titrisation des participations d'un portefeuille d'investissements.

1445. La titrisation peut être définie comme la transformation de la dette peu liquide en titres valeurs. Il s'agit de réunir des créances pour les convertir en titres valeurs qui seront placés entre les mains d'investisseurs ; les créances sont liées aux titres,

---

<sup>1600</sup> Th. BONNEAU, *op. cit.*, n° 30, p. 11.

<sup>1601</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article L214-12 dans le projet de loi sur les fonds communs de placement, *infra* p. 590 et de l'article L214-49-10 sur les fonds communs de titrisation, *infra* p.596.

<sup>1602</sup> Article 14 de la loi 24.441 sur le fidéicomis argentin.

<sup>1603</sup> C. M. KIPER, S. V. LISOPRAWSKI, *loc. cit.*, p. 566-567.

eux-mêmes garantis par les actifs sous-jacents et leurs flux de fonds associés. Une ou plusieurs entités, financières ou non, vendent à une autre entité, un fidéicomis ou autre véhicule (*special purpose vehicle* ou *SPV*), un ou plusieurs prêts ou droits de créances aux caractéristiques similaires, que le véhicule rassemble. Avec leur garantie, il émet ensuite des valeurs, de telle sorte qu'il existe une relation entre le flux de trésorerie (*cash-flow*) généré par les actifs cédés et les paiements du capital et des intérêts résultant des valeurs émises. C'est pourquoi ils sont appelés en anglais « *asset-backed-securities* ». <sup>1604</sup>

1446. Le constituant est la personne qui transfère à un fiduciaire financier des biens homogènes, capables de générer des revenus de façon prévisible, en échange d'obtenir leur valeur présente par le placement dans le marché financier des titres que le fiduciaire va émettre, garantis par les actifs du patrimoine séparé et affecté à ce but. Ce patrimoine d'affectation qui sert de véhicule à la titrisation (*Special purpose vehicle*) est un trust anglo-américain, un fidéicomis financier en Argentine ou au Panama, un fonds commun de créances fermé (Argentine), ou un patrimoine autonome géré par une société à objet spécifique en Bolivie.

1447. En France, une rénovation du cadre juridique de la titrisation <sup>1605</sup> introduit, en particulier, les fonds communs de titrisation dotés de la personnalité morale, <sup>1606</sup> en plus des fonds communs de créances rebaptisés « fonds communs de titrisation », constitués sous la forme de copropriétés. <sup>1607</sup> La loi française portant création des fonds communs de créances (FCC), appelés aujourd'hui fonds communs de titrisation, adoptée en 1988, introduit en France la titrisation. Les créances sont cédées à une structure *ad hoc*, le fonds commun de titrisation, qui en finance l'achat par l'émission de parts ayant le statut de valeurs mobilières. La fiducie pourrait, avec

---

<sup>1604</sup> M. E. PAOLANTONIO, *Operaciones financieras internacionales*, Rubinzal-Culzoni, 2002, Santa Fe, Argentine, p. 318-319.

<sup>1605</sup> Articles L214-42-1 à L214-49-14 du Code monétaire et financier, modifiés par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16. Une loi du 17 décembre 2007 autorise le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les dispositions nécessaires pour améliorer le recours à la titrisation.

<sup>1606</sup> La société de titrisation est un organisme de titrisation constitué sous la forme de société anonyme ou de société par actions simplifiée. La société doit faire figurer sur tous les actes et documents destinés aux tiers sa qualité de société de titrisation. La gestion de la société de titrisation est assurée par une société de gestion de portefeuille relevant de l'article L. 532-9 Code monétaire et financier ou par une société de gestion de fonds communs de créances. Cette société est désignée dans les statuts de la société de titrisation.

<sup>1607</sup> Les fonds communs de créances constitués avant la date de publication de l'ordonnance n° 2008-556 du 13 juin 2008 transposant la directive 2005 / 68 / CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005 relative à la réassurance et réformant le cadre juridique des fonds communs de créances demeurent soumis aux articles L. 214-43 à L. 214-49 du Code

quelques retouches du législateur, être un véhicule efficace de titrisation en droit français. L'ordonnance du 13 juin 2008 sur la titrisation a été promulguée juste avant les améliorations effectuées au régime de la fiducie, et notamment au régime de la fiducie-sûreté.<sup>1608</sup>

*1448.* En Argentine, il est possible de titriser au travers des fonds communs qui ont cet objet spécifique.<sup>1609</sup> Ces fonds peuvent titriser et émettre ensuite des parts, des groupes homogènes de biens réels ou personnels, des droits de créances, avec des garanties réelles ou non, sous le contrôle de la Commission Nationale de Valeurs Argentines.<sup>1610</sup> Ils sont appelés « fonds communs fermés de créances » (*fondo comun cerrado de credito FCCC*).<sup>1611</sup> Il s'agit de fonds communs de placement fermés, constitués avec une quantité maximale de parts qui, une fois souscrites, ne peuvent pas être rachetées jusqu'à la dissolution du fonds ou la fin du plan d'investissements établi dans le règlement. Les parts de ce fonds peuvent être offertes au public.<sup>1612</sup> Ces fonds ont un objet spécifique d'investissement : les actifs financiers.<sup>1613</sup>

*1449.* Des véhicules de titrisation (A), ont été mis en place par la législation de chaque pays. Le cadre juridique de la titrisation de droit civil (B.) s'adapte aux besoins des marchés.

### ***A. Véhicules de titrisation***

*1450.* Un élément essentiel de la structure légale du processus de titrisation est la séparation effective des actifs transférés qui empêche les actions individuelles ou collectives des créanciers du constituant-cédant. De même, le flux de trésorerie (*cash-flow*) généré par les actifs n'est pas affecté en cas de problèmes financiers ou faillite du cédant.

---

monétaire et financier dans leur rédaction antérieure à cette date, sauf modification de leur règlement destinée à les soumettre aux dispositions concernant les fonds communs de titrisation.

<sup>1608</sup> Par la loi de Modernisation de l'Economie en août 2008; l'adaptation au droit des procédures collectives se met en place par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et au droit des sûretés par l'ordonnance du 30 janvier 2009.

<sup>1609</sup> A partir de la promulgation de la loi n° 24.441 et de son article 78, qui modifie l'article premier de la loi n° 24.083.

<sup>1610</sup> Article 32 de la loi n° 24.083.

<sup>1611</sup> Article 2 de la loi 24.083, modifié par l'article 78 de la loi 24.441.

<sup>1612</sup> Suivant les dispositions de la loi n° 17.881.

1451. Le transfert de la propriété des actifs au trust ou à un autre véhicule (*special purpose vehicle*) doit être effectif et irrévocable, de manière à ne pas être contesté par les créanciers du cédant. L'article 80 de la loi bolivienne n° 1834 du marché des valeurs,<sup>1614</sup> prévoit que la cession des biens et des actifs à une société de titrisation est « absolue », en termes juridiques et comptables et opposable aux tiers à partir de la signature du contrat de cession ou de transfert. Ces biens ne peuvent pas être utilisés pour satisfaire des obligations en faveur des créanciers de la société cédante ni satisfaire des dettes de la société de titrisation. Les actifs sont transmis par vente, cession, endossement, voire par un bordereau de cession de créances.<sup>1615</sup>

1452. Le trust ou la société (SPV) sert de lien entre le constituant cédant et les investisseurs finals. Il est recommandé que le véhicule soit indépendant vis-à-vis du constituant-cédant, c'est-à-dire, qu'il n'ait pas de liens capitalistiques entre le cédant et le fiduciaire ou le SPV. En fonction de la structure de l'opération, l'entité de titrisation cherche un portefeuille d'actifs à titriser ou, dans d'autres cas, le constituant-cédant, possédant déjà le portefeuille de créances, contribue à la création d'un organisme de titrisation. Le trust ou le SVP reçoit les actifs à titriser et émet les titres ou certificats garantis par les actifs.

1453. Il est nécessaire de contrôler le risque de faillite ou le « risque entreprise » du véhicule qui sert à la titrisation. La structure du trust de droit civil est adaptée car elle sépare les actifs dans un patrimoine d'affectation et donne au fiduciaire la mission spécifique de gestion des actifs transférés et d'émission de titres valeurs, garantis par les actifs du fonds fiduciaire. Le trust de droit civil est un moyen approprié de séparer les actifs transférés pour la titrisation et d'émettre les certificats de participation ou de dette. Le patrimoine d'affectation est séparé de celui du cédant et de celui du fiduciaire ; leur faillite n'affecte pas le patrimoine fiduciaire. En cas d'insuffisance du patrimoine d'affectation, elle ne donne pas lieu à une procédure collective.

---

<sup>1613</sup> Article 15 du décret 174/1993.

<sup>1614</sup> Modifiée par la loi de relance économique n° 2064 du 3 avril 2000.

<sup>1615</sup> Article L214-43 du Code monétaire et financier français, modifié par la Loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 69.

1454. Lorsqu'il s'agit de sociétés à objet spécial, la diminution des risques de faillite est obtenue par la mise en place d'une série de limitations légales,<sup>1616</sup> statutaires et contractuelles aux activités de la société et de leurs mandataires sociaux qui s'engagent à respecter certaines limitations. A titre d'exemple, aux Etats Unis, les statuts de la société, rédigés pour créer des sociétés de titrisation à objet spécial, dites de « faillite éloignée » (*bankruptcy remote*) empêchent la société et les dirigeants de se déclarer en faillite et leur interdisent de vendre les actifs.

1455. Un arrangement, entre un trust et une société, est fréquent : le trustee détient, dans le fonds fiduciaire, les actifs transférés qui servent de garantie à une société à objet spécial pour que celle-ci procède à une émission de dette. Différents véhicules de titrisation sont mis en place dans les pays de droit civil, tels que les patrimoines autonomes gérés par des sociétés de titrisation, en Bolivie, et les organismes de titrisation, dotés de la personnalité morale ou sous la forme de copropriétés, en France.

1456. Il convient d'analyser, dans un premier temps, la nature des fonds de titrisation en Bolivie (a.), et d'examiner, dans un deuxième temps, la nature des organes de titrisation, en France (b.).

#### a. Nature des fonds de titrisation en Bolivie

1457. Les patrimoines autonomes gérés par une société de titrisation à objet exclusif sont autorisés à titriser en Bolivie. La loi bolivienne n° 1834 du marché de valeurs<sup>1617</sup> et le règlement<sup>1618</sup> sur le régime de la titrisation ne se réfèrent pas au fidéicomis du Code de Commerce. L'article 77 de la loi n° 1834<sup>1619</sup> définit le cédant (*originador*) comme la personne « dans l'intérêt de laquelle » est constitué le patrimoine

---

<sup>1616</sup> En France, lorsque la société de titrisation est constituée sous forme de société anonyme, par dérogation aux règles de droit commun du code de commerce pour ces sociétés, l'assemblée générale ordinaire peut se tenir sans qu'aucun quorum ne soit requis ; il en est de même sur deuxième convocation de l'assemblée générale extraordinaire. L'assemblée générale extraordinaire qui décide de la transformation, fusion ou scission donne pouvoir au conseil d'administration ou au directoire d'évaluer les actifs et de déterminer la parité de l'échange à une date qu'elle fixe ; ces opérations s'effectuent sous le contrôle du commissaire aux comptes sans qu'il soit nécessaire de désigner un commissaire à la fusion ; l'assemblée générale est dispensée d'approuver les comptes si ceux-ci sont certifiés par le commissaire aux comptes.

<sup>1617</sup> Modifiée par la loi de relance économique n° 2064 du 3 avril 2000 « *Ley de Reactivacion Economica* » n° 2064 du 3 avril 2000.

<sup>1618</sup> Dans le cadre du pouvoir réglementaire prévu dans la loi sur le marché des valeurs mobilières, l'exécutif a promulgué le décret suprême 25514 du 17 Septembre 1999, qui établit les règles générales régissant l'organisation du processus de titrisation et les activités des sociétés de titrisation.

autonome, car le cédant s'oblige à transférer à la société de titrisation les actifs qui intégreront le patrimoine. Néanmoins, le constituant-cédant n'est la personne dans l'intérêt de laquelle le patrimoine d'affectation se constitue que s'il est aussi bénéficiaire des titres valeurs qui seront émis par la société de titrisation, garantis par les actifs du patrimoine autonome. Le constituant cède, de façon absolue et irrévocable, ses actifs<sup>1620</sup> et perd logiquement tout intérêt sur eux.

*1458.* La constitution de patrimoines autonomes de titrisation est effectuée par une personne physique ou morale, non liée à la société de titrisation. Elle est matérialisée par la signature d'un contrat de cession, irrévocable des biens et des actifs, entre le cédant et la société de titrisation. La constitution de patrimoines autonomes de titrisation par acte unilatéral de la société de titrisation de cession irrévocable d'actifs est possible.<sup>1621</sup> Les sociétés de titrisation qui créent des patrimoines autonomes par acte unilatéral sont obligées de maintenir en permanence un ratio de solvabilité d'au moins 10 % de la valeur des biens ou actifs en titrisation.<sup>1622</sup>

*1459.* Lorsque le patrimoine autonome est constitué de biens ou d'actifs de propriété de la société de titrisation, à la suite de l'acte unilatéral qui met en place le patrimoine autonome,<sup>1623</sup> la société de titrisation n'acquiert pas la qualité de cédant-constituant (*originador*).<sup>1624</sup> La cession de biens ou actifs à la constitution de patrimoines autonomes pour la titrisation a le caractère contraignant énoncé à l'article 519 du Code Civil bolivien.<sup>1625</sup> La cession des biens a lieu par acte unilatéral de contenu patrimonial, en tant qu'obligation engagée de façon unilatérale.<sup>1626</sup> L'article 451 du même Code prévoit l'application des normes générales des contrats à d'autres

---

<sup>1619</sup> Modifiée par la loi de relance économique n° 2064 du 3 avril 2000.

<sup>1620</sup> Article 80 de la loi n° 1834 modifiée par la loi n° 2064.

<sup>1621</sup> Articles 77 et 80 de la loi n° 1834, modifiée par la loi n° 2064.

<sup>1622</sup> La modification de la loi n° 1834 du marché des valeurs pour admettre la constitution de patrimoines autonomes par acte unilatéral de la seule société de titrisation n'est pas en harmonie avec certaines dispositions qui n'ont pas été modifiées. Elles énoncent clairement : « le cédant transfère les actifs à la société de titrisation » (article 77) et « les sociétés de titrisation sont les réceptrices des actifs à titriser » (article 78).

<sup>1623</sup> Article 14 du Règlement Décret suprême N° 25514.

<sup>1624</sup> Article 77 de la loi n° 1834, modifiée par la loi n° 2064. Avant la promulgation de cette dernière, le règlement « Normes générales régulant l'organisation et les activités des sociétés de titrisation et le processus de titrisation », du Décret suprême N° 25514 du 17 septembre 1999, à son article 7, énonçait, à notre avis en toute illégalité, le droit des sociétés de titrisation de constituer des patrimoines autonomes par acte unilatéral, dérogeant ainsi aux dispositions de la loi du marché des valeurs.

<sup>1625</sup> L'article 519 du Code Civil bolivien est une copie exacte de l'article 1134 du Code civil français (créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804). Les articles, bolivien et français, énoncent que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que par leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. »

actes, notamment aux actes unilatéraux de contenu patrimonial conclus entre vifs. L'engagement unilatéral à une prestation n'a d'effet obligatoire que dans les cas expressément prévus par la loi.<sup>1627</sup> L'acte unilatéral comme source d'obligations est un cas exceptionnel du droit financier bolivien et déroge au droit commun des obligations.

*1460.* Les sociétés de titrisation reçoivent les actifs transférés à titriser.<sup>1628</sup> Elles ont un droit de propriété absolu, dans des termes juridiques et comptables sur les biens qui composent le patrimoine autonome destiné à la titrisation.<sup>1629</sup> Elles devraient avoir plutôt la propriété fiduciaire sur les biens du patrimoine autonome car leur propriété est temporaire et limitée par un but, à savoir la titrisation. Sauf clause contraire, le transfert inclut les garanties et accessoires qui accompagnent les actifs.<sup>1630</sup> Les sociétés de titrisation représentent et gèrent les patrimoines autonomes<sup>1631</sup> et ont la mission d'émettre des titres valeurs, résultat du processus de titrisation.<sup>1632</sup> Etant donné que la société de titrisation est propriétaire des actifs d'un ou plusieurs patrimoines autonomes, avec la mission de gérer au bénéfice des porteurs, son rôle est similaire à celui d'un fiduciaire. Ainsi, le législateur bolivien, en 1998 et en 2000, aurait pu mettre en place un régime de titrisation au travers de fidéicomis ordinaires prévus à l'article 1409 du Code de Commerce.

*1461.* Le régime du fidéicomis de droit commun et les règles énoncées dans le Code de commerce pour l'émission de certificats fiduciaires de participation ou de dette ont été ignorés. Le fidéicomis de garantie permet l'émission d'obligations garanties par les biens transférés en fidéicomis. L'émission est agréée par l'Autorité bolivienne de supervision du système financier. En revanche, la constitution des fidéicomis ordinaires par acte unilatéral de la société fiduciaire de titrisation est contraire à l'article 1409 du Code de Commerce qui exige le transfert de la propriété des biens d'un constituant-cédant à une banque fiduciaire.

---

<sup>1626</sup> Prévu à l'article 451 du même Code, en accord avec les dispositions des articles 955 et 956 du Code Civil.

<sup>1627</sup> Article 955 du Code Civil.

<sup>1628</sup> Article 78 de la loi n° 1834.

<sup>1629</sup> Article 80 de la loi n° 1834, modifiée par la loi n° 2064. Article 2 c) du règlement n° 25514.

<sup>1630</sup> Article 2 c) du règlement n° 25514.

<sup>1631</sup> Article 18 du règlement n° 25514.

<sup>1632</sup> Article 2 e) du règlement n° 25514.

1462. La titrisation en France est réalisée par l'intermédiaire d'organismes de titrisation et non par contrat de fiducie.

*b. Organismes de titrisation en France*

1463. En droit français, l'entité *ad hoc* qui sert de véhicule à la titrisation d'actifs est un organisme de titrisation. Les organismes de titrisation sont, d'une part, exposés à des risques, y compris les risques d'assurance, par l'acquisition de créances ou la conclusion de contrats constituant des instruments financiers à terme ou transférant des risques d'assurance. D'autre part, ils assurent le financement ou la couverture des risques par l'émission d'actions, de parts ou de titres de créances, par la conclusion de contrats qui constituent des instruments financiers à terme ou qui transfèrent des risques d'assurance, ou par le recours à l'emprunt ou à d'autres formes de ressources.<sup>1633</sup>

1464. Les fonds communs de titrisation sont constitués à l'initiative<sup>1634</sup> d'une société de gestion et d'un dépositaire. La réforme du cadre juridique relative aux organismes de placement collectif n'a pas touché les fonds communs de titrisation.<sup>1635</sup> Aujourd'hui, les FCP classiques sont constitués à l'initiative uniquement de la société de gestion de portefeuille<sup>1636</sup> qui choisit le dépositaire et établit le règlement du fonds.<sup>1637</sup> Il s'agit d'un oubli du législateur et non d'une intention de différencier les fonds communs de titrisation des FCP de valeurs.

1465. La société chargée de la gestion des fonds communs de titrisation est une société de gestion de portefeuille, agréée par l'Autorité des marchés financiers. Les sociétés de gestion de portefeuille sont aussi habilitées à être fiduciaires des fiducies de droit français.<sup>1638</sup> La personne morale, dépositaire de la trésorerie et des créances acquises par le fonds, s'assure de la régularité des décisions prises par la société de

---

<sup>1633</sup> Article L214-42-1 du Code monétaire et financier français, créé par l'ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16.

<sup>1634</sup> Article L214-49-6 du Code monétaire et financier français, créé par l'Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16

<sup>1635</sup> L'ordonnance portant transposition de la directive n° 2009/65/CE du 13 juillet 2009 (« OPCVM IV ») et modification du cadre juridique relatif aux organismes de placement collectif a substitué l'article L214-24 du Code Monétaire et financier par un nouvel article L 214-8-1.

<sup>1636</sup> Voir *supra* p. 407.

<sup>1637</sup> Article L214-8-1 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3.

gestion. La société de gestion, avec l'accord du dépositaire, établit les règles de fonctionnement du fonds de titrisation et des divers compartiments, notamment le rôle des fondateurs, les droits des porteurs de parts, l'actif et le passif du fonds, la stratégie, les règles de couverture, le sort des liquidités et le recours à l'emprunt ou à des produits de couverture. L'organisme de titrisation a, à son actif, les créances acquises auprès de l'opérateur qui initie le montage et, à son passif, les titres qu'il a émis en contrepartie et qui ont été souscrits par les investisseurs.

*1466.* La société de gestion définit la stratégie de gestion du fonds, dynamique ou statique,<sup>1639</sup> avec le consentement du dépositaire. Depuis la loi de sécurité financière de 2003, les organismes de titrisation explicitent leurs stratégies, à l'instar des fonds communs de placement. Lorsque la gestion est dynamique, le fonds place ses liquidités dans un grand nombre d'actifs ; il a recours, dans la limite de 100% de son actif, à des opérations de pension ou de cession temporaire de titres et il peut céder ses créances non échues ou déchues de leur terme.<sup>1640</sup> Cette stratégie renseigne les investisseurs potentiels sur les risques encourus et limite les actes du gestionnaire. Le règlement du fonds commun de titrisation détermine la nature des risques auxquels l'organisme propose de s'exposer ainsi que les caractéristiques des créances, lorsque l'organisme envisage de les acquérir.

*1467.* De même, lorsque l'organisme conclut des contrats constituant des instruments financiers à terme à des fins d'exposition, le règlement doit contenir les conditions de conclusion et de dénouement des contrats et les caractéristiques des sous-jacents. Lorsque ces instruments répondent aux caractéristiques des dérivés de crédit, le règlement décrit la nature et les caractéristiques des personnes sur lesquelles repose le

---

<sup>1638</sup> Article 2015 du Code Civil français, modifié par Loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1639</sup> On appelle stratégies statiques les positions qui, une fois mises en place, ne nécessitent pas de suivi particulier de la part du gérant. Par opposition, les stratégies dynamiques sont suivies régulièrement et peuvent être modifiées au cours des opérations. Les stratégies statiques sont obligatoirement défensives ou neutres. Les stratégies offensives comportent toujours une part de risque, que ce soit un risque d'opportunité ou un risque réel, et il convient de réagir en cas de réalisation de pertes afin d'éviter leur aggravation. Adopter une stratégie dynamique est préférable aux positions statiques, car cela permet de profiter des opportunités de marché, d'adapter sa stratégie aux conditions économiques et à la situation du fonds. Une stratégie dynamique est cependant plus lourde à mettre en place, car elle nécessite des moyens techniques et humains plus importants.

<sup>1640</sup> Selon les dispositions des articles L214-49-1 et L 214-49-7 du Code monétaire et financier, créés par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16.

risque de crédit. Les caractéristiques des contrats transférant des risques d'assurance sont, le cas échéant, exposées.<sup>1641</sup>

*1468.* La gestion incombe à la société de gestion, sous le double contrôle des commissaires aux comptes et du dépositaire des instruments financiers. En contrepartie, les porteurs de parts ne supportent qu'une responsabilité limitée ; ils ne sont tenus des dettes du fonds et, le cas échéant, du compartiment qu'à concurrence de la valeur d'émission de ces parts.<sup>1642</sup> La société de gestion représente le fonds à l'égard des tiers, veille à la régularité de la cession des créances, contrôle leur conformité aux déclarations et aux garanties émises par l'établissement cédant et gère la trésorerie. Elle représente le fonds dans une action en justice, en demande et en défense.<sup>1643</sup> Sauf exception prévue contractuellement dans le règlement du fonds, les porteurs de parts n'ont aucun droit d'ingérence dans la gestion du fonds. Ils exercent deux droits reconnus aux actionnaires des sociétés,<sup>1644</sup> seul le premier étant reconnu aux porteurs de FCP de valeurs :<sup>1645</sup> ils peuvent demander, en justice, la récusation pour juste motif d'un ou plusieurs commissaires aux comptes<sup>1646</sup> et l'expertise de gestion des minoritaires.<sup>1647</sup>

*1469.* La société de gestion reçoit les actifs à titriser par la remise du bordereau de créances ou par tout autre mode de cession de droit français ou étranger et les dépose chez l'établissement dépositaire. L'établissement exerçant la fonction de conservation des actifs doit ouvrir, au nom de l'OPCVM, un compte espèces et un compte de titres, ainsi que tout compte nécessaire à la tenue des positions sur les marchés dérivés. L'organisme de titrisation peut ouvrir des comptes d'affectation spéciale destinés à neutraliser le risque de crédit sur l'entité en charge de recevoir ou de détenir des

---

<sup>1641</sup> Le règlement du fonds doit aussi contenir la stratégie de financement ou de couverture de ces risques, notamment : a) Les conditions d'émissions de parts, actions ou titres de créances ; b) Les conditions de recours à l'emprunt ; c) Les conditions de conclusion et de dénouement des contrats constituant des instruments financiers à terme ou transférant des risques d'assurance à des fins de couverture. Le règlement détaille en outre les garanties que l'organisme se propose de recevoir, consenties à son bénéfice ou à celui des porteurs de parts, actions ou titres de créances qu'il a émis et les garanties que l'organisme se propose de consentir. La stratégie d'investissement de l'actif de l'organisme doit être décrite : a) La stratégie d'investissement des liquidités ; b) Les conditions de recours à des opérations d'acquisition ou de cession temporaire d'instruments financiers ; c) Les conditions de recours à des opérations de cession de créances non échues ou non déchuées de leur terme. Article R214-92 du Code Monétaire et financier. Modifié par Décret n°2008-711 du 17 juillet 2008 - art. 1.

<sup>1642</sup> Article L214-49-8 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16.

<sup>1643</sup> Article L214-49-7 I du Code Monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16.

<sup>1644</sup> Article L214-49-9 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16.

<sup>1645</sup> Voir *supra* p. 427 et suiv.

<sup>1646</sup> Article L. 823-6 du Code de commerce français.

<sup>1647</sup> Enoncée à l'article L. 225-231 du même Code, modifié par Ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009 - art. 7.

fonds, appartenant ou dus à l'organisme.<sup>1648</sup> Il ne s'agit pas de comptes fiduciaires (*trust accounts*) puisque la propriété de ces comptes n'est pas donnée à un trustee ou fiduciaire avec un but déterminé. La remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers, sans autre formalité.

1470. A l'image de la fiducie, les organismes de titrisation ne tombent pas dans le champ d'application du droit commun des procédures collectives. La loi interdit l'ouverture d'une procédure à leur encontre, même si la baisse de valeur de leurs actifs les amène à une situation de défaut à l'égard de leurs créanciers. La saisie d'actifs est subordonnée aux règles d'affectation des paiements de l'organisme. Une autre avancée, obtenue en 2008, concerne la cession de créances futures qui demeure pleinement efficace malgré l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le cédant. En outre, lorsque les créances résultent d'un contrat de bail ou de crédit-bail, l'ouverture d'une procédure n'est pas un obstacle à la poursuite du contrat leur donnant naissance.

1471. Le patrimoine de l'organisme de titrisation est scindé en autant de compartiments que de besoins, parfaitement indépendants les uns des autres. Les organismes peuvent conclure des contrats constituant des instruments financiers à terme afin de supporter des risques de crédit d'une ou plusieurs entités de référence de toute nature. A présent, un organisme de titrisation peut se présenter comme vendeur de protection et inclure, dans sa stratégie de gestion, le fait de supporter des risques de crédit d'autres entités.

1472. Le cadre juridique des activités de titrisation de droit civil s'adapte aux besoins des marchés financiers.

### ***B. Cadre juridique de la titrisation en droit civil***

1473. Dans les marchés financiers en constant développement, un des principaux défis est de générer un nombre suffisant d'instruments financiers qui répond aux besoins des investisseurs et facilite le financement des émetteurs. La structuration des

---

<sup>1648</sup> Article L214-46-1 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16.

processus de titrisation élargit l'éventail des possibilités d'émission de titres sur le marché. La titrisation facilite, ainsi, l'accès à de nouveaux participants qui trouvent avantageux d'agir en tant que cédants-constituants (*originadores*) dans le processus, sans être tenus de se conformer aux exigences en tant qu'émetteurs de valeurs.

1474. La réglementation, adoptée en Bolivie, réussit à incorporer des paramètres qui permettent la mise en place de plusieurs patrimoines autonomes et des sociétés de titrisation, à l'initiative des grands groupes bancaires boliviens. L'ensemble des règles permet la structuration de processus de titrisation d'une variété d'actifs, y compris de portefeuilles de prêts hypothécaires de bonne qualité.

1475. En France, des avancées majeures concernant la titrisation d'actifs voient le jour, avec la réforme de 2008. La loi du 17 décembre 2007 autorise le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, les dispositions nécessaires pour améliorer le recours à la titrisation dans le domaine de la réassurance et à moderniser son cadre juridique. Simultanément à l'introduction des organismes de titrisation avec personnalité morale, le législateur n'a pas pensé à la fiducie comme organisme de titrisation pour remplacer le régime discutable de copropriété des fonds communs de titrisation. Les organismes de titrisation auraient pu prendre la forme, soit de sociétés de titrisation, soit de fiducies de droit français.<sup>1649</sup> La fiducie est un contrat qui offre un cadre à la titrisation d'actifs. Elle a été conçue pour la cession et la gestion de droits immatériels, dont les créances de tout genre.

1476. Nous étudierons, dans un premier temps, le cadre juridique de la titrisation en Bolivie (a.), et analyserons, dans un deuxième temps, la fiducie et la titrisation en France (b).

#### a. Cadre juridique de la titrisation en Bolivie

1477. Les parties qui interviennent dans le processus de titrisation, en plus du cédant-initiateur, de la société de titrisation et du dépositaire sont diverses. Le distributeur (*colocador*) intervient en tant qu'entité spécialisée dans le placement de

---

<sup>1649</sup> L'Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 aurait pu l'énoncer à l'article Article L214-42-1 du Code monétaire et financier.

titres sur le marché primaire. Il est également connu sous le nom de « *Underwriter* ». L'arrangeur (*estructurador*) est responsable de la collecte des actifs ayant des caractéristiques communes aux fins de la constitution des patrimoines autonomes. Il procède fréquemment à la structuration financière et juridique du processus de titrisation. Ces tâches peuvent être effectuées par la société de titrisation. Les agences de notation de risques (*Calificadora de Riesgo*) sont spécialisées dans la qualification financière des titres émis dans les processus de titrisation, même si elles émettent juste des opinions et n'ont pas de responsabilité sur leurs notations.

1478. Deux points importants, énoncés par la loi,<sup>1650</sup> assurent l'efficacité des processus de titrisation : la qualité de « titre valeur » des certificats fiduciaires émis dans le processus de titrisation et l'obligation de notation financière des valeurs de dette ou de contenu mixte (convertibles) émises dans la titrisation. Le décret réglementaire<sup>1651</sup> prévoit l'obligation d'évaluation des actifs et des valeurs transférés dans les patrimoines autonomes et la durée maximale de remboursement. Afin d'accélérer l'exécution des garanties sur les prêts hypothécaires et sur les privilèges qui ont été transférés dans les patrimoines autonomes, le règlement renvoie aux dispositions contenues dans la « loi d'allègement de la procédure civile et d'assistance à la famille ».<sup>1652</sup> Applicables de plein droit aux créances cédées, elles facilitent leur exécution.

1479. L'article 79 de la loi du marché des valeurs énumère les biens ou actifs qui peuvent être titrisés : des portefeuilles de prêts hypothécaires, commerciaux ou de consommation, de flux futurs provenant de l'industrie du bâtiment ou des projets immobiliers, des contrats de biens et services, des documents de crédit, voire des titres de dette publique. Sont utilisés dans le processus de titrisation des titres valeurs enregistrés dans le Registre du marché des valeurs, des contrats de crédit-bail ou d'affacturage et tout autre actif autorisé par l'Autorité de supervision du système financier bolivien.

---

<sup>1650</sup> Loi n° 1834 du 31 Mars 1998.

<sup>1651</sup> Décret suprême n° 25514 du 17 septembre 1999.

<sup>1652</sup> « *Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar* No. 1760 de 1.997 », au titre II, chapitre unique de la Loi n° 1760 de 1997.

1480. Les certificats émis dans un processus de titrisation sont d'une période minimum d'un an. La durée maximale est égale à la durée de la convention ou de la déclaration unilatérale de cession. Ils doivent être notés par les agences, sauf dans le cas où il s'agit de titres de participation ou de titres de créance émis ou garantis par l'Etat ou par la Banque Centrale de Bolivie. La loi prévoit un large éventail de possibilités pour émettre des valeurs dans le processus de titrisation. Parmi les formes existantes, les parts ou « valeurs de participation » représentent des droits de participation dans le patrimoine autonome. Ces titres n'ont pas un revenu fixe mais correspondent aux bénéfices ou pertes générés par le patrimoine autonome. Les valeurs de créance (*Valores de contenido crediticio*) intègrent le droit de recevoir le paiement du capital et des rendements financiers du fonds, dans les termes et conditions énoncés dans le prospectus. Les valeurs mixtes résultent d'une combinaison des valeurs « de participation » et de « créance ».

1481. Les mécanismes de couverture protègent les investisseurs contre les risques qui affectent les actifs du patrimoine autonome. La loi bolivienne prévoit l'existence de mécanismes internes et externes de couverture. Les mécanismes externes consistent à mettre en place des cautions et garanties de banques et assureurs qui ne sont pas liés à la personne qui transfère la propriété ou des biens (Assurance-crédit). Parmi les mécanismes internes, la subordination et la technique de surdimensionnement (*Sobrecolateralización*) sont les plus courantes.

1482. La subordination comporte la souscription d'un pourcentage de valeurs émises du patrimoine autonome, soit par le cédant, soit par la société de titrisation lorsque celle-ci crée par acte unilatéral le patrimoine autonome, soit par un tiers. Les valeurs subordonnées couvriront tout défaut de paiement ou sinistre des actifs, de telle sorte que la partie non subordonnée recevra, en premier, les flux nécessaires à l'attention du principal et des intérêts sur ces titres. La partie subordonnée est négociée sur le marché boursier, à condition d'être soumise à notation ; son statut subordonné doit être pris en compte dans la note financière, octroyée par l'agence de notation.

1483. Dans le deuxième mécanisme de couverture, le « surdimensionnement » (*Sobrecolateralización*), la protection des investisseurs est assurée par l'excédent de la valeur des actifs composant le patrimoine autonome, par rapport au montant de

l'émission. A cet excédent, sont imputés les défauts de paiement dans le flux de fonds. Une autre couverture est obtenue par le flux de trésorerie excédentaire qui crée une marge de réserve ou un excédent entre le rendement généré par le portefeuille d'actifs et le rendement versé aux investisseurs.

*1484.* La substitution de portefeuille est une autre technique de couverture : le cédant ou la société de titrisation si elle a transféré les actifs unilatéralement au patrimoine autonome s'engage à remplacer les créances qui, au cours du processus de titrisation, changent de notation financière et sont dégradées, selon les règles établies par l'Autorité de supervision du système financier, de façon à contrôler le risque normal de la collecte de fonds de titrisation.

*1485.* Des « fonds de liquidité » peuvent être mis en place pour répondre aux besoins de liquidité du patrimoine autonome. Ils sont renfloués avec les fonds provenant du cédant initiateur ou de la société de titrisation, si cette dernière cède unilatéralement les actifs au patrimoine autonome, ou en affectant au « fonds de liquidité » une partie du produit obtenu par le placement des valeurs. Des accords de crédits subordonnés peuvent être mis en place. Le cédant ou la société de titrisation met en place des lignes de crédit qui sont automatiquement utilisées pour répondre aux besoins en liquidité. Le cédant ou la société de titrisation se porte caution de l'émission des valeurs mobilières dans le processus de titrisation lorsqu'ils ont la capacité patrimoniale d'offrir la garantie.

*1486.* En Bolivie, le véhicule qui sert au processus de titrisation n'est pas un fidéicomis mais un patrimoine autonome. En France, ce n'est pas la fiducie mais les organismes de titrisation qui sont prévus expressément pour titriser.

#### *b. Titrisation et fiducie en France*

*1487.* Les trusts de droit civil sont des véhicules conçus pour la titrisation d'actifs. La fiducie de droit français devrait servir à cette activité. Il est cohérent qu'un fiduciaire soit propriétaire des créances transférées au patrimoine de la fiducie et qu'il ait la mission fiduciaire d'émettre des parts et des titres de créance négociables au bénéfice des porteurs souscripteurs bénéficiaires.

1488. Lorsque les fonds communs de créances français n'émettaient que des parts de copropriété, ils ne séduisaient pas les investisseurs internationaux, notamment anglo-américains ; cette situation obligeait à céder les parts à un trust anglo-américain « *offshore* » qui lui-même émettait des titres de créances. Pour échapper à cette contrainte, la réforme de 2004 a permis aux fonds communs de créances français d'émettre des titres de créances au-delà de deux parts. Le passif de l'organisme de titrisation comprend désormais, outre les parts, des titres de créance négociables.<sup>1653</sup> L'avantage d'une fiducie, en tant que véhicule de titrisation, est d'éviter le régime critiquable de copropriété des fonds communs de titrisation<sup>1654</sup> qui n'attire pas les investisseurs internationaux.

1489. Le mécanisme de la fiducie-gestion comme véhicule collectif de titrisation au bénéfice d'un grand nombre de porteurs de parts ou de titres de créance est transposable à la loi sur les organismes de titrisation du Code Monétaire et financier.<sup>1655</sup> L'adaptation du régime de la titrisation et de la fiducie permettrait aux fonds communs de titrisation, sous la forme de fiducies, de devenir un outil juridique et financier de titrisation compétitif au niveau mondial. Les dispositions communes aux organismes de titrisation en vigueur du Code monétaire et financier<sup>1656</sup> n'ont pas besoin de modification. Les règles concernant les fonds communs de titrisation<sup>1657</sup> et les textes relatifs à la régulation de l'Autorité de tutelle des activités de titrisation des sociétés de gestion de portefeuille en tant que fiduciaires, peuvent être adaptés et donner à la société de gestion la propriété fiduciaire des actifs du fonds. La propriété fiduciaire serait accompagnée d'une mission fiduciaire de procéder à la titrisation des actifs. Il conviendrait de modifier l'article L214-49-4 sur la copropriété des porteurs de parts.<sup>1658</sup> De même, les dispositions relatives aux organismes de titrisation qui supportent des risques d'assurance devraient être aussi applicables à la fiducie de titrisation.<sup>1659</sup>

---

<sup>1653</sup> Article L214-49-5, 3<sup>ème</sup> alinéa du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16.

<sup>1654</sup> Article L214-49-4 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16.

<sup>1655</sup> Voir dans la conclusion de cette thèse la proposition de rédaction du projet de loi sur les fonds communs de titrisation, *infra* p. 596 et suiv.

<sup>1656</sup> Articles L214-42-1 à L.214-48.

<sup>1657</sup> Paragraphe 3, articles L214-49-4 à L214-49-10. du Code monétaire et financier.

<sup>1658</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article L214-49-4 dans le projet de loi sur les fonds communs de titrisation, *infra* p. 596.

<sup>1659</sup> Sous-section 2, articles L214-49-11 à L214-49-13-1 du Code monétaire et financier.

1490. Aujourd'hui, le contrat de fiducie du Code Civil permet la gestion par un fiduciaire d'un ensemble de biens, de droits et de sûretés, présents ou futurs, au profit de tiers bénéficiaires ou du cédant-constituant lui-même qui est aussi bénéficiaire.<sup>1660</sup> Pour constituer une fiducie-gestion ordinaire sur des créances conformément à l'article 2011 du Code Civil, le constituant-cédant transfère les créances<sup>1661</sup> à un fiduciaire habilité par l'article 2015 du même Code. Dans la fiducie de titrisation des fonds communs de titrisation du Code Monétaire et financier, étant donné qu'il s'agit d'un organisme de placement collectif, le fonds de titrisation pourrait être constitué à l'initiative du cédant et d'une société propriétaire fiduciaire des actifs du fonds et chargée de sa gestion ou à l'initiative uniquement de cette dernière.<sup>1662</sup> La société de gestion fiduciaire ferait appel à une personne morale dépositaire<sup>1663</sup> des créances du fonds et de la trésorerie. Les bénéficiaires donneraient une contrepartie en argent, équivalente à leurs apports au moment de la souscription et ne seraient tenus des dettes du fonds ou d'un compartiment du fonds qu'à concurrence de la valeur d'émission de ces parts.<sup>1664</sup>

1491. Comme nous l'avons révélé, dans les fidéicommiss financiers de titrisation argentins voire dans les patrimoines autonomes de titrisation de droit bolivien, la propriété des actifs à titriser est donnée au fiduciaire et non au dépositaire. Dans le modèle anglo-américain de propriété, le trustee est le propriétaire légal et a la mission fiduciaire de titriser les actifs transférés au trust anglo-américain (SPV). En fonction de la complexité du montage, le trustee peut faire appel à un dépositaire (*custodian*). Traditionnellement, le dépositaire (*custodian*) collecte et distribue les liquidités et la trésorerie en plus de la conservation des titres. Le dépositaire est un intermédiaire de collecte de la trésorerie pour le propriétaire des actifs, c'est-à-dire, le fiduciaire ; par exemple, il reçoit les dividendes et les paiements d'intérêts.

1492. Contrairement aux Unit trusts, aux FCP de droit français ou aux fonds d'investissement de valeurs latino-américains, les fonds de titrisation n'ont pas besoin

---

<sup>1660</sup> Article 2016 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1661</sup> Article 2018-2 du Code Civil, créé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1662</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article L214-49-6, *infra* p. 596.

<sup>1663</sup> Article L214-49-6 du Code Monétaire et financier.

<sup>1664</sup> Article L214-49-8 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16. Voir la proposition de rédaction de cet article *infra* p. 596 et suiv.

en plus de la gestion du fiduciaire d'un autre gérant actif et spécialisée pour effectuer les investissements et les allocations successives (achats et vente de titres, en fonction des objectifs de cours et des opportunités du marché). Les FCP de valeurs ont un caractère évolutif et ont besoin en plus du fiduciaire-dépositaire d'un gérant spécialisé dans la gestion financière. Leurs actifs évoluent dans le temps, en ce sens que la société de gestion décide librement des achats et des ventes de valeurs mobilières, selon la politique d'investissement qu'elle détermine.

*1493.* Les fonds communs de titrisation de droit français ont un caractère moins actif que les FCP de valeurs qui émettent et rachètent à tout moment les parts des porteurs. Les conditions dans lesquelles les fonds communs de titrisation émettent de nouvelles parts après émission initiale sont limitées et définies dans leur règlement ;<sup>1665</sup> les parts ne peuvent pas être rachetées par le fonds.<sup>1666</sup> Cette gestion moins active justifie que la société de gestion agisse comme fiduciaire et non comme gérant, comme dans les FCP de valeurs ou les Unit Trusts. Elle aurait la propriété des actifs du patrimoine d'affectation de titrisation et la mission fiduciaire de gestion du processus de titrisation au bénéfice des porteurs de parts.

*1494.* Le dépositaire s'assurerait, en vertu d'un contrat de mandat de contrôle et de surveillance donné par la société fiduciaire, de la régularité des décisions de la société de gestion, selon les modalités prévues par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers.<sup>1667</sup> Il n'est pas nécessaire de donner la propriété fiduciaire des actifs du fonds de titrisation (bordereau, créances et trésorerie) au dépositaire car d'une part, ils sont différents par rapport aux actifs des FCP de valeurs et d'autre part, la mission de conservation de ceux-ci n'est pas exclusive au dépositaire. Les créances cédées sont représentées par un bordereau, l'article L214-43 alinéa 9 du Code Monétaire et financier<sup>1668</sup> vise la remise du bordereau qui réalise la cession de créances. Les créances ont aussi la forme d'instruments financiers. La personne morale chargée de la conservation des actifs est dépositaire du bordereau, des créances et de la trésorerie.<sup>1669</sup> Cependant, la conservation des créances peut être

---

<sup>1665</sup> Article L214-49-5 du Code Monétaire et financier français.

<sup>1666</sup> Article L214-43 du Code Monétaire et financier français.

<sup>1667</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article L214-49-7, paragraphe II dans le projet de loi sur les fonds communs de titrisation, *infra* p. 596.

<sup>1668</sup> Modifié par LOI n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 69.

<sup>1669</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article L214-49-7, II, *infra* p. 596.

assurée, sous leur responsabilité, par le cédant ou l'entité chargée du recouvrement de la créance. En ce qui concerne la trésorerie, la loi prévoit que la société de gestion voire une autre entité chargée de l'encaissement des sommes bénéficiant à l'organisme peuvent convenir que celles-ci sont portées au crédit d'un compte affecté au profit de l'organisme. Les créanciers de l'entité chargée de l'encaissement ne peuvent poursuivre le paiement de leurs créances sur ce compte, même en cas de procédure collective.<sup>1670</sup> Aucune résiliation de la convention ou clôture de ce compte ne peut résulter de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant ou de l'entité chargée du recouvrement.<sup>1671</sup>

*1495.* Aujourd'hui, la fiducie de droit commun du Code Civil met en place un seul patrimoine d'affectation par contrat de fiducie. Les éléments d'actif et de passif transférés forment ce patrimoine d'affectation, indépendant du patrimoine du constituant-cédant et de celui du fiduciaire. Les opérations sont l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire. L'ouverture d'une procédure collective au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire.<sup>1672</sup> Les fonds communs de titrisation peuvent comporter des compartiments. Chaque compartiment donne lieu à l'émission de parts ou de titres de créances. Sauf stipulation contraire du règlement,<sup>1673</sup> les actifs d'un compartiment ne répondent que des dettes, engagements et obligations et ne bénéficient que des droits et actifs qui concernent ce compartiment,<sup>1674</sup> par dérogation aux dispositions de l'article 2285 du Code Civil.<sup>1675</sup> Chaque compartiment fait l'objet, au sein de la comptabilité de l'organisme, d'une comptabilité distincte.<sup>1676</sup> Un compartiment n'est tenu de ses dettes, y compris envers les porteurs de titres de créance, qu'à concurrence de son actif et selon le rang de ses créanciers défini par la loi ou tel qu'il résulte du règlement ou des contrats conclus par lui.<sup>1677</sup> Chaque compartiment est en réalité un patrimoine d'affectation. Les fonds de titrisation créent autant de patrimoines d'affectation que de compartiments prévus au sein d'un même organisme, réunis sous une dénomination commune. Nous proposons que pour toutes les opérations réalisées pour le compte des porteurs de

---

<sup>1670</sup> Mentionnée au livre VI du Code de commerce ou d'une procédure équivalente sur le fondement d'un droit étranger.

<sup>1671</sup> Article L214-46-1 du Code Monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16.

<sup>1672</sup> Article 2024 du Code Civil français, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1673</sup> Par dérogation à l'article 2285 du Code Civil.

<sup>1674</sup> Article L214-43 du Code Monétaire et financier.

<sup>1675</sup> Modifié par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - arts. 2 et 3 JORF 24 mars 2006.

<sup>1676</sup> Article L214-48 II du Code Monétaire et financier.

<sup>1677</sup> En application du troisième alinéa de l'article L. 214-43 du Code Monétaire et financier.

parts bénéficiaires, la désignation du fonds ou, le cas échéant, d'un compartiment du fonds puisse être valablement substituée à celle de la société de gestion fiduciaire.<sup>1678</sup>

1496. Les sociétés de gestion de portefeuille<sup>1679</sup> peuvent avoir la qualité de fiduciaires<sup>1680</sup> et gérer des organismes de titrisation.<sup>1681</sup> Elles sont sous le contrôle permanent de l'Autorité des marchés financiers et doivent obtenir de celle-ci l'autorisation préalable pour gérer des fonds de titrisation. Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers,<sup>1682</sup> en son nouvel article 315-74, fixe les modalités de calcul du montant minimal de capital d'une société de gestion de portefeuille gérant au moins un organisme de titrisation ; un chapitre<sup>1683</sup> a été inséré relatif aux organismes de titrisation dont les titres font l'objet d'une offre au public ou d'une admission aux négociations, sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation organisé.<sup>1684</sup> Actuellement, aucune autorisation de l'AMF n'est nécessaire aux sociétés de gestion de portefeuille pour conclure des contrats de fiducie en qualité de fiduciaires. L'Autorité des marchés financiers ne s'est pas encore prononcée sur les activités fiduciaires des sociétés de gestion. Un programme d'activités spécifique les autorise à gérer les organismes de titrisation. Par dérogation à l'article 2015 du Code Civil, seule les sociétés de gestion de portefeuille agréées par l'AMF pour gérer des organismes de titrisation pourraient être fiduciaires de ces fiducies de titrisation.

1497. Comme dans les fiducies de droit commun, dans les fonds communs de titrisation le fiduciaire aurait la mission de gérer le portefeuille de créances transférées et de procéder à la titrisation des actifs.<sup>1685</sup> La mission du fiduciaire d'un fonds de titrisation consisterait à acquérir des créances et à émettre des parts ou des titres de créances garantis par le patrimoine fiduciaire. La fiducie serait exposée aux risques des créances et assurerait le financement ou la couverture de ces risques par l'émission de parts et des titres de créance. Les transferts pourraient aussi concerner

---

<sup>1678</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article L214-49-4, dernier paragraphe, dans le projet de loi sur les fonds communs de titrisation, *infra* p. 596.

<sup>1679</sup> Article L532-9 du Code monétaire et financier, modifié par Ordonnance n°2009-107 du 30 janvier 2009 - art. 1.

<sup>1680</sup> Article 2015 du Code Civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1681</sup> Article L214-49-7 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16.

<sup>1682</sup> Homologué par l'arrêté du 5 janvier 2011 paru au Journal Officiel du 9 janvier 2011.

<sup>1683</sup> Ier bis (articles 421-17-1 à 421-17-18).

<sup>1684</sup> Dans le Titre II du Livre IV du règlement général de l'AMF.

<sup>1685</sup> Alinéa 6<sup>ème</sup> de l'article 2018 du Code Civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

des risques d'assurance. Le fiduciaire pourrait avoir recours à l'emprunt ou à d'autres formes de ressources.

*1498.* Les cessions de créances à la fiducie de droit commun sont notifiées aux débiteurs-cédés. Elles ne deviennent opposables que par la notification qui leur est adressée par le cédant ou le fiduciaire.<sup>1686</sup> Elles sont opposables aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. La cession du portefeuille de créances à la fiducie de titrisation du Code Monétaire et financier profiterait de la procédure allégée octroyée aux organismes de titrisation. De cette manière, la cession évite les formalités de l'article 1690 du Code Civil.<sup>1687</sup> Elle prendrait effet entre les parties et deviendrait opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances, sans autre formalité.<sup>1688</sup>

*1499.* La cession des créances à la fiducie de droit commun ou à celle de titrisation du Code Monétaire et financier transfère, outre la propriété de la créance, l'ensemble des accessoires attachés à celle-ci,<sup>1689</sup> sauf s'il s'agit d'instruments financiers dont la cession emprunte les règles classiques applicables à ces instruments. Il faudra déterminer si le recouvrement des créances est du ressort du cédant,<sup>1690</sup> ou s'il fait partie des tâches du fiduciaire, ou s'il est confié à un tiers. Tout ou partie du recouvrement peut être confié à une autre entité désignée à cet effet, dès lors que les débiteurs cédés sont informés par lettre simple.<sup>1691</sup> Le périmètre et le prix de la cession des créances, les modalités d'information des débiteurs cédés et la rémunération du fiduciaire devraient être stipulées.

*1500.* L'actif des fiducies servant de véhicule de titrisation du Code Monétaire et financier serait composé des créances de toute nature, résultant d'actes déjà intervenus mais aussi des créances d'actes à intervenir ; peu importe que le montant

---

<sup>1686</sup> Article 2018-2 du Code Civil créé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)

<sup>1687</sup> Créé par Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804.

<sup>1688</sup> Alinéa 8<sup>ème</sup> de l'article L214-43 du Code monétaire et financier, modifié par LOI n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 69.

<sup>1689</sup> Article 1692 du Code Civil français, créé par la loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804 ; article L214-43 du Code Monétaire et financier, modifié par LOI n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 69.

<sup>1690</sup> Par analogie à l'article L214-46 du Code monétaire et financier, modifié par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16.

<sup>1691</sup> Article L214-46, deuxième alinéa, du Code monétaire et financier, modifié par Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16,

et la date d'exigibilité de ces créances sont ou ne sont pas encore déterminés.<sup>1692</sup> Pourront ainsi être titrisées des créances futures et indéterminées, immobilisées, douteuses et litigieuses.<sup>1693</sup> Le patrimoine fiduciaire du fonds commun de titrisation ou de chaque compartiment comprendrait l'ensemble des moyens qui permettent au fiduciaire de se couvrir contre les risques que la fiducie supporte : des sûretés, des hypothèques du premier rang et les accessoires des créances cédées, des prêts subordonnés et des contrats à terme, plus les liquidités des souscriptions des porteurs et des flux générés par les créances cédées. La fiducie émettrait des parts ou des titres de créance négociables qui accorderont des droits différents sur le capital et les intérêts du fonds fiduciaire ou subordonneront la dette aux différentes catégories de porteurs.<sup>1694</sup> Les parts devront être librement négociables et notées par les agences de notation. La société de gestion de portefeuille, en tant que fiduciaire, procédera au démarchage et au placement des parts du fonds de titrisation, émises de façon privée ou avec des offres au public.

**1501. Conclusion du second chapitre.** Les Unit trusts du modèle anglo-américain sont des trusts d'investissement financier et de placements collectifs de structure contractuelle. Leurs homologues dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, les fonds commun de placement, sont des copropriétés discutables des porteurs de parts.

**1502.** Les fonds communs de placement sont une transposition en droit civil des Unit trusts, et comme eux, ils disposent d'un gérant et d'un dépositaire. Les bénéficiaires porteurs de parts sont présents, eux aussi, dans les FCP et les Unit trusts. Or, dans les Unit trusts, le trustee-dépositaire (*custodian*) est le propriétaire légale des biens (titres et liquidités) qui forment le fonds fiduciaire, tandis que, dans les fonds communs de placement, le dépositaire n'est pas propriétaire fiduciaire des biens du fonds.

---

<sup>1692</sup> L'article L214-43 du Code Monétaire et financier, modifié par LOI n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 69 prévoit que, nonobstant l'ouverture éventuelle d'une procédure collective à l'encontre du cédant postérieurement à la cession, cette cession conserve ses effets après le jugement d'ouverture. En effet, le principe de l'inopposabilité de l'ouverture d'une procédure collective au cessionnaire d'une créance d'un contrat à exécution successive, avait déjà été consacré par un arrêt de la Cour de Cassation, pour autant que le montant des créances futures soit déterminé à l'avance, et ce, même si, au jour de la cession de la créance, l'exigibilité de celle-ci n'est pas encore acquise. Cass. Com., 7 décembre 2004 : D. 2000, jur. P. 717, note C. Larroumet.

<sup>1693</sup> Par analogie aux dispositions de l'article D214-94 du Code Monétaire et financier, créé par Décret n°2008-711 du 17 juillet 2008 - art. 1.

<sup>1694</sup> Article L214-43 du Code Monétaire et financier, modifié par LOI n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 69.

*1503.* La copropriété des porteurs de parts est critiquée, étant donné que les copropriétaires ne sont pas vraiment propriétaires des biens du fonds commun. Comme les bénéficiaires des Unit trusts, ils sont simplement propriétaires des parts émises qu'ils ont achetées, et en aucun cas des titres et liquidités qui composent le fonds commun de placement. Le dépositaire a donc le rôle du trustee des Unit trusts sans avoir la propriété fiduciaire sur les actifs du FCP qu'il « garde ». De même que le trustee d'un Unit trust, le dépositaire a un droit de regard et une obligation de contrôle juridique et comptable des FCP qui sont déposés chez lui.

*1504.* Les trusts financiers du modèle anglo-américain de propriété tels que les Unit trusts et les trusts de titrisation, émettent des parts et des titres de dette, subordonnés par catégories et par séries. De la même manière, dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, les fidéicommiss financiers argentin, panaméen, bolivien voire les patrimoines autonomes de titrisation boliviens émettent des parts ou des titres de dette avec de nombreux droits et des subordinations contractuelles. La fiducie de droit français devra être habilitée, elle aussi, à émettre des parts et des titres obligataires négociables et devenir un outil de titrisation.

*1505.* La titrisation est une activité financière nécessairement fiduciaire car le constituant-cédant transfère la propriété d'un portefeuille de créances à un fiduciaire qui s'engage à les gérer, en les tenant séparées de son propre patrimoine et de celui du cédant. Le fiduciaire émet, en outre, des parts ou des titres de créance négociables au profit des bénéficiaires qui les souscriront. Ces « unités », parts ou certificats fiduciaires, sont garanties par les actifs du trust et par les flux de fonds qu'ils génèrent.

*1506.* L'ensemble de l'activité de gestion collective des fonds communs de placement de valeurs mobilières devient plus logique lorsque la propriété fiduciaire des actifs du FCP est donnée au dépositaire-fiduciaire. Le gérant spécialisé gère le fonds activement et la mission du fiduciaire est de contrôler les activités de gestion au bénéfice des porteurs de parts. La gestion est moins active dans les organismes de titrisation. C'est pourquoi la société de gestion fiduciaire (et non le dépositaire) devrait être propriétaire des actifs du fonds de titrisation. Le dépôt du bordereau, des créances et des liquidités chez le dépositaire et un contrat de mandat de surveillance

des activités de titrisation avec l'entité dépositaire suffissent pour donner au processus d titrisation une cohérence qui manque aujourd'hui.

*CONCLUSION TITRE I*

1507. Les techniques fiduciaires d'investissement et de gestion des deux modèles de trust sont similaires, notamment celles appliquées aux activités commerciales et d'investissement financier, même si, dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, les techniques discrétionnaires et conditionnelles sont plus utilisées que dans le modèle contractuel des trusts de droit civil. La « *fiducia cum amico* » et la « *fiducia cum creditore* » sont la base des montages fiduciaires dans le modèle contractuel des trusts de droit civil. Néanmoins, pratiquement toutes les applications des trusts anglo-américains, des fidéicommiss et de la fiducie se résument à la gestion des biens et à l'utilisation du patrimoine fiduciaire comme garantie, grâce à l'indépendance de ce patrimoine vis-à-vis de ceux propres au constituant et au fiduciaire.

1508. La frontière qui sépare les Unit trusts et les sociétés à responsabilité limitée est fine. Les Unit trusts et les sociétés canalisent l'épargne collective dans le but de réaliser des plus-values pour les porteurs de parts ou pour les actionnaires. Leurs droits et leurs organes de délibération se ressemblent beaucoup. Lorsque, dans un fidéicommiss ou dans une fiducie, un grand nombre de constituants-bénéficiaires verse des apports financiers au fonds fiduciaire, avec l'objectif que le fiduciaire finance, voire mette en place une activité commerciale, industrielle, dans la construction ou une activité de services, le fidéicommiss ou la fiducie correspond largement à la structure d'une société. L'avantage est que les constituants-bénéficiaires organisent contractuellement leur propre gouvernance, avec des comités de direction et une assemblée générale de bénéficiaires.

1509. D'autres applications en droit des sociétés et de la famille sont l'objet de fiducies de droit français.

## TITRE II. SPECIFICITES DE LA GESTION FIDUCIAIRE EN FRANCE

1510 Notre étude consacre un titre aux spécificités de la fiducie contemporaine de droit français, dues à l'introduction récente de la fiducie dans le Code Civil, à sa constitution exclusivement « entre vifs », sans effets « *post mortem* » et à l'interdiction des fiducies-libéralités. Les autres trusts étudiés n'ont pas ces particularités ; le trust anglais et le trust américain ont plusieurs siècles de vie ; le fidéicommiss bolivien est en vigueur depuis 1928, sans modifications postérieures ; les fidéicommiss argentin et panaméen contemporains sont parfaitement opérationnels depuis 1984 et 1995 respectivement. Tous sont constitués par testament ou par des libéralités entre vifs.

1511. La réintroduction tardive de la fiducie en 2007, dans le Code Civil, a produit des particularités spécifiques à la France. Les cessions temporaires de valeurs mobilières telles que le portage, les ventes en rachat et la pension, considérées avant l'existence de l'article 2011 du Code Civil comme des « fiducies innomées », peuvent désormais être effectuées par un contrat de fiducie conclu sur la base de cet article. En revanche, les prêts de titres, considérés aussi avant l'entrée de la fiducie dans le Code Civil comme des « fiducies innomées » sont incompatibles avec la « fiducie nommée » de l'article 2011. Michel Grimaldi explique que, durant le XIXe siècle et les trois premiers quarts du XXe siècle, la question de la fiducie n'émerge pas en France ; le Code civil relève « *des sortes de fiducie, comme le prêt à la consommation qui semble bien réaliser un transfert temporaire de la propriété. Mais l'on voit là des institutions marginales qui tiennent leur spécificité du particularisme des choses consommables.* »<sup>1695</sup> Le prêt de titres n'est pas de nature fiduciaire car il ne s'agit pas d'un transfert de propriété de type fiduciaire mais d'un prêt.

1512 La réintroduction récente de la fiducie et les modifications législatives consécutives pour qu'elle soit opérationnelle nous conduisent à exposer des applications pratiques accomplies par les acteurs de la vie économique française, les

cabinets d'avocats rédacteurs de contrats de fiducie et les sociétés de gestion de portefeuille en tant que fiduciaires. En effet, jusqu'à la fin de l'année 2009, personne ne savait exactement quelles seraient les applications de la fiducie.

1513. La fiducie a des applications commerciales « entre vifs » en droit boursier et en droit des sociétés. Néanmoins, tant que la fiducie n'émet pas des parts et des titres de dette négociables, elle est moins efficace que la société (notamment la société par actions simplifiée). La fiducie est le véhicule « *ad hoc* » des opérations de « défaisance » en droit français. Elle est porteuse de financements « lourds » d'actifs ou de projets et isole dans le même véhicule l'actif et le passif (la dette d'acquisition) qui servent de garantie. Elle sort l'actif du patrimoine du constituant, au profit des bénéficiaires créanciers.<sup>1696</sup>

1514. En ce qui concerne les relations familiales et patrimoniales en droit civil, le contrat de fiducie a des applications limitées. Il permet de prévoir à l'avance les mesures adaptées à la gestion de sa propre dépendance ou incapacité. Un majeur, déjà protégé sous un régime de curatelle, peut aussi confier ses biens à un fiduciaire. Pour éviter la nullité des fiducies-libéralités, les donations sont réalisées avec des clauses graduelles ou résiduelles, à charge pour le bénéficiaire de la donation de constituer une fiducie à son bénéfice, dans les conditions stipulées dans l'acte de donation. Les biens en fiducie à la mort du constituant-bénéficiaire passent à un nouveau bénéficiaire par le mécanisme graduel ou résiduel stipulé dans l'acte de donation.

1515. La fiducie évoluera naturellement vers une fiducie-transmission à titre gratuit, par contrat entre vifs avec des libéralités ou par testament. La propriété des biens sera transférée au fiduciaire dans le patrimoine d'affectation, comme dans les fidéicomis, par donation du constituant ou par testament à la mort de celui-ci, afin que le fiduciaire gère les biens dans l'intérêt des bénéficiaires et qu'à terme, ou à la réalisation d'une condition, les bénéficiaires désignés recueillent gratuitement la pleine propriété de ces biens. Nous proposons que cette évolution respecte les

---

<sup>1695</sup> M. GRIMALDI, « L'introduction de la fiducie en droit français, » in *Les transformations du droit civil français, Universidad externado de Colombia, Revue de droit Henri Capitant*, n° 2, 1er mai 2010.

<sup>1696</sup> Th. BRUN, B. TESTON, « La fiducie comme structure de défaisance », *Actualité de la fiducie N° 8*, février 2011. Jeantet Associés AARPI.

réserves héréditaires ou les aménage, dans certains cas, pour les prolonger dans le temps tout en gardant leurs proportions. Toutes ces particularités de la fiducie, qui n'ont pas d'équivalence dans les autres trusts étudiés, nous conduisent à les traiter isolément dans ce titre, en exposant des cas concrets de la pratique d'aujourd'hui et en les comparant très ponctuellement aux trusts anglo-américains et aux fidéicomis latino-américains.

CHAPITRE I. Fiducie en droit des affaires.

CHAPITRE II. Perspectives de la fiducie en droit civil.

## CHAPITRE I. Fiducie en droit des affaires

1516. Parmi les applications développées par la pratique, la fiducie-gestion permet d'assurer que les termes des accords entre les actionnaires sont respectés (promesses de vente, pactes de préférence) ou de donner une mission spécifique en droit des sociétés au fiduciaire ; la propriété des actions lui est transférée, à charge pour lui de la transférer à tel ou tel bénéficiaire en fonction des événements.<sup>1697</sup> Le fiduciaire se voit transférer des sommes d'argent et a pour mission de les verser comme prévu au contrat (par exemple, pour financer des travaux, des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE)). L'obligation de payer pèse directement sur le fiduciaire, sans dépendre d'un défaut de paiement des sommes dues par le constituant.

1517. La fiducie est utilisée dans des opérations de marché, avec des valeurs mobilières dématérialisées. Des transferts temporaires de valeurs mobilières s'effectuent tous les jours dans le marché où les titres souscrits ou acquis sont cédés. Celui qui les cède peut vouloir récupérer les mêmes titres à terme, après un certain délai ou à l'arrivée d'un certain événement ainsi que vendre et acheter des nouveaux titres. La loi et la pratique offrent divers outils juridiques aux titulaires de valeurs mobilières pour les mobiliser temporairement, dont désormais le contrat de fiducie. Dans les années 1980, la pratique développe les conventions fiduciaires comme les conventions de portage, qui sont des formes de fiducie-gestion. Il s'agit de conventions par lesquelles une personne s'engage envers une autre à acquérir des actions, puis à les céder au bout d'un certain temps à un prix convenu, soit au donneur d'ordre, soit à un tiers. L'opération trouve sa cause dans le service de nature variable que le porteur rend au donneur d'ordre : la discrétion rendue à un investisseur qui veut prendre une participation dans une société concurrente dont il redoute une réaction hostile, l'arbitrage fourni à des actionnaires dont le désaccord bloque la gestion sociale, le relais procuré à un acquéreur qui n'est pas encore en mesure d'acquérir les actions qu'il désire.<sup>1698</sup>

---

<sup>1697</sup> R. DAMMANN G. POUDEUR, *op. cit.*, p. 652.

<sup>1698</sup> M. GRIMALDI, *ibid.*

1518. Les techniques de transfert temporaire de titres sont anciennes et connaissent un développement récent et important en raison des nouveaux besoins des opérateurs de marché. Avec les cessions temporaires, les gestionnaires cherchent à rentabiliser leurs portefeuilles et à éviter les risques de contrepartie et de liquidité. Le législateur est intervenu, à plusieurs reprises, pour encadrer ces opérations afin de sécuriser et d'optimiser leur régime juridique. Des organismes professionnels ont élaboré des conventions-cadres en harmonisant les pratiques. A présent, il appartient aux praticiens de façonner contractuellement ces pratiques, au travers, par exemple, d'un contrat de fiducie.

1519. En droit des sociétés, le propriétaire d'une entreprise familiale peut créer une société holding pour contrôler et gérer son entreprise, et lui céder la majorité des actions ou parts sociales de l'entreprise familiale. Sinon, il peut transférer un pourcentage important d'actions de son entreprise à un fiduciaire, pour que celui-ci gère les droits économiques et les droits de vote attachés en attendant, par exemple, de réaliser une transmission définitive aux membres de sa famille. La fiducie est utilisée à titre de garantie, dans le cadre de la souscription d'un emprunt, pour permettre le financement de l'achat de la participation. Elle est un outil de gestion du pacte familial qui donne au fiduciaire la gestion centralisée des droits de vote et un instrument temporaire de gestion de l'entreprise familiale en cas de conflits familiaux, en attendant qu'une solution soit trouvée. Le fiduciaire assure la gestion de l'entreprise jusqu'à ce que le bénéficiaire désigné soit capable de prendre le relais ou que la question capitalistique, objet du conflit, soit tranchée. Néanmoins, l'interdiction de l'article 2013 du Code Civil empêche toute utilisation à des fins de transmission de l'entreprise.<sup>1699</sup> Dans la même fiducie ou dans une nouvelle, le constituant donne au fiduciaire la mission d'acheter des titres d'autres sociétés émettrices ou de procéder au ramassage d'actions d'une société concurrente, afin d'obtenir une position confortable de négociation avant, par exemple, la demande d'un poste d'administrateur ou le lancement d'une offre publique d'achat.

---

<sup>1699</sup> V. TANDEAU de MARSAC, *Guide pratique des entreprises familiales : Manuel opérationnel, juridique et fiscal*, Eyrolles, 17 mars 2011, p. 236.

1520. Il convient d'analyser, dans un premier temps, les opérations fiduciaires de transfert temporaire de titres (Section 1) et d'exposer, dans un second temps, la fiducie en droit de sociétés (Section 2).

### **Section 1. Opérations fiduciaires de transfert temporaire de titres**

1521. Les transferts temporaires de valeurs mobilières peuvent être réalisés par un contrat de fiducie. Le portage de titres valeurs est effectué dans le cadre d'un contrat de fiducie-gestion ou de fiducie-sûreté. De même, les ventes en rachat et la pension de valeurs mobilières sont réalisés comme des fiducies-sûretés. En revanche, les prêts de titres ne peuvent pas se mettre en place au travers d'un contrat de fiducie car les titres transférés entrent dans le patrimoine propre de l'emprunteur par un prêt de consommation et non par un transfert temporaire de la propriété à titre de garantie. La propriété des titres obtenue par un prêt ne peut pas constituer un patrimoine d'affectation ; les titres sont partie du patrimoine de l'emprunteur qui en a besoin pour son usage et consommation. Un principe fondamental du droit des trusts du modèle anglo-américain de propriété est que celui qui reçoit la propriété des biens transférés avec l'intention de constituer un trust ne peut pas être fiduciaire s'il mélange les biens reçus avec ses propres biens. Dans ce cas, il est un simple débiteur du cédant. Bien entendu, un trust est créé par un transfert de propriété ; l'acte de transfert ne peut pas être un prêt. Nous doutons de la nature fiduciaire ou du caractère de « fiducie innommée » du prêt de titres.

1522. De nature expresse, la fiducie résulte de la loi ou d'un contrat.<sup>1700</sup> La loi ne donne pas, pour l'instant, d'exemple de qualification expresse de fiducie à d'autres opérations de cession temporaire de valeurs mobilières à titre de garantie. Il n'est donc pas opportun de classer des contrats spéciaux ou des mécanismes légaux sous la qualification de fiducie. En revanche, puisque la fiducie peut être constituée par contrat et le caractère exprès de celle-ci est requis, les opérations qui se prêtent à un raisonnement par analogie, à savoir les fiducies innommées, doivent pouvoir être constituées expressément comme des fiducies énoncées aux articles 2011 et suivants du Code Civil, ce qui prouve leur nature fiduciaire et leur caractère de fiducie

---

<sup>1700</sup> Article 2012 du Code Civil, modifié par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 1.

innommée. Il s'agit de remplacer des « fiducies innommées », désignées ainsi avant l'entrée de la fiducie dans le Code Civil français, par le mécanisme de la fiducie issue de la loi du 19 février 2007, avec l'objectif d'appliquer les principes encadrant les pratiques fiduciaires à des opérations de cession temporaire de titres à des fins de gestion ou de garantie et de savoir lesquelles, parmi le portage, la pension, la vente en rachat et le prêt de titres, ont une nature fiduciaire et peuvent légitimement être qualifiées de fiducies innommées.

*1523.* La fiducie du Code civil se distingue des autres opérations appelées jadis des « fiducies innommées », telles que le portage, la pension, la vente en rachat, et même le prêt de titres, car elles ne comportent pas de séparation de patrimoine entre les mains du fiduciaire et ne créent pas un patrimoine fiduciaire d'affectation. Le contrat de portage est une fiducie-gestion innommée sans patrimoine d'affectation.<sup>1701</sup> Toutes les opérations de cession temporaire de titres, réalisées dans un contrat de fiducie, doivent créer un patrimoine d'affectation composé des valeurs transférées. Ce patrimoine est séparé de celui du fiduciaire, du constituant et du bénéficiaire, même si le fiduciaire ou le constituant sont bénéficiaires.

*1524.* Les intervenants sur les marchés financiers qui disposent de quantités importantes d'actions et n'envisagent pas de les céder définitivement à court terme ont intérêt à les mobiliser temporairement, pour obtenir des liquidités et une rémunération. A cet effet, en obtenant d'un fiduciaire les espèces dont le remboursement est garanti par les titres transmis de manière temporaire au créancier-fiduciaire, ils constituent une fiducie-sûreté. La sécurité que confèrent les titres transférés en garantie à la fiducie, conduit à obtenir un taux d'intérêt inférieur à celui d'un prêt conventionnel d'espèces. Ce transfert temporaire de titres contre espèces échappe au monopole des établissements de crédit et permet aux personnes physiques ou morales, qui ont la qualité de fiduciaires mais ne sont pas des établissements de crédit (par exemple, les sociétés d'investissement ou les membres de la profession d'avocat), de les mettre en place, sans qualification spécifique requise des constituants-débiteurs.

1525. Les transferts temporaires de titres sont interdits pour des raisons fiscales.<sup>1702</sup> En revanche, un transfert temporaire de titres avec un contrat de fiducie portant sur des titres financiers qui, pendant la durée du contrat, sont susceptibles de détachements de droits à dividende, ou de paiements d'un intérêt soumis à la retenue à la source,<sup>1703</sup> ou ouvrant droit au crédit impôt<sup>1704</sup> est valide car, par principe, les droits attachés aux titres restent dans le patrimoine fiduciaire et ne peuvent pas profiter au créancier-fiduciaire. Sinon, le fiduciaire ne respecte pas le principe de séparation du patrimoine d'affectation.

1526. Le constituant d'une fiducie-sûreté qui fournit ses titres en garantie, a la sécurité qu'ils restent dans le patrimoine d'affectation de la fiducie, sur le compte-titres ouvert par le fiduciaire, pendant la durée du contrat. Le fiduciaire a le devoir de tenir le patrimoine d'affectation séparé du sien. Il ne peut pas mélanger les titres en fiducie avec ses propres titres. S'il ne respecte pas ses obligations, il est responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission sur son patrimoine propre.<sup>1705</sup> En cas de défaillance du constituant-débiteur, le fiduciaire devient bénéficiaire de la fiducie et peut de plein droit se payer avec les titres, suivant les stipulations du contrat.

1527. Les prêts de titres ne peuvent pas être réalisés au travers d'un contrat de fiducie, au sens de l'article 2011 du Code Civil, car les titres donnés en prêt vont directement au patrimoine propre de l'emprunteur par la voie du prêt de consommation. Un prêt de consommation ne peut pas constituer un patrimoine d'affectation. En principe, la consomptibilité des titres a pour source la volonté de l'homme exprimée contractuellement.<sup>1706</sup> Autrement, la seule fongibilité des titres suffirait au prêt de consommation. Pourtant, le Code civil exige cumulativement la

<sup>1701</sup> M. GRIMALDI, F. BARRIERE, « La fiducie en droit français », in *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, sous la direction de M. CANTIN CUMYN, Bruylant Bruxelles, 1999, n° 6, p. 241-242.

<sup>1702</sup> Articles L211-28 et L211-22, deuxième alinéa, du Code monétaire et financier, créés par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

<sup>1703</sup> Prévue au 1° de l'article 119 bis ou à l'article 1678 bis du code général des impôts.

<sup>1704</sup> Prévu au b du 1 de l'article 220 du même CGI. 1.

<sup>1705</sup> Article 2026 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1706</sup> Les parties à un prêt d'actions stipulent expressément la qualification des actions en biens consommables. Cette stipulation rend les actions consommables conventionnellement. F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome II, L.G.D.J., 1957, n° 24, p. 27. Pourtant, il n'est pas logique que des titres puissent se consommer par l'usage alors qu'en réalité ils sont utilisés sans être détruits ou aliénés. Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 1ère éd., L. G. D. J., 1993, n° 266, p. 330.

fongibilité et la consomptibilité pour qu'il puisse avoir prêt de consommation.<sup>1707</sup> L'emprunteur n'a pas une mission fiduciaire<sup>1708</sup> car il emprunte pour son bénéfice, c'est-à-dire, l'usage des titres et ne fournit aucun service au prêteur ; la commission est payée par l'emprunteur au prêteur. Au terme du prêt, l'emprunteur restitue les titres au prêteur. Le prêt de titres financiers étant un prêt de consommation, les titres rendus sont fongibles avec ceux ayant fait l'objet du prêt (même quantité, nature, émetteur, catégorie...). Les titres restitués ne sont pas exactement les mêmes que ceux prêtés. Le fiduciaire ne peut pas rendre d'autres biens au bénéficiaire même s'ils sont fongibles. Le prêteur restitue la somme d'argent qui lui a été prêtée, somme qui sera augmentée d'un intérêt *prorata temporis* ou d'une indemnité fixée par les parties.

1528. Certaines opérations de transferts temporaires de titres sont réalisées avec un contrat de fiducie (I), d'autres opérations ne sont pas fiduciaires (II).

### ***I. Transferts temporaires de titres avec un contrat de fiducie***

1529. Le portage de titres peut être organisé avec un contrat de fiducie-gestion, car le trait essentiel de la convention de portage réside dans le service rendu par le porteur au donneur d'ordre ;<sup>1709</sup> cette caractéristique est partagée avec le contrat de fiducie. Lorsque le portage se réalise avec un contrat de fiducie-gestion, une personne, le constituant, demande à une autre, le fiduciaire, qu'elle devienne, en qualité de fiduciaire, actionnaire temporaire d'une société, en procédant à l'investissement et à la gestion des participations. Le portage peut aussi être mis en place au travers d'une fiducie-sûreté.

1530. Le contrat de fiducie-sûreté peut concurrencer les opérations de vente en rachat<sup>1710</sup> et de pension.<sup>1711</sup> Les ventes, avec faculté mais non obligation de rachat par le vendeur, sont aussi des instruments de crédit car elles permettent au propriétaire d'un bien de se procurer les fonds dont il a besoin par la cession de ses biens ou de

<sup>1707</sup> Y. GUYON, « Prêts de titres », *JCl. Sociétés*, 1991, fascicule n° 2125.

<sup>1708</sup> Au sens de l'article 2018 alinéa 6° du Code Civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1709</sup> TGI Lille, 2 octobre 1986 : *Rev. Sociétés* 1987, p. 600, qui met l'accent sur cette notion de service rendu pour retenir la qualification de portage. Voir J. M. MOULIN, *op. cit.*, p. 353-354.

<sup>1710</sup> Depuis la Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, le "réméré" est dénommé le "rachat", la vente à réméré devient, la "vente avec clause de rachat" ou encore la "vente en rachat".

<sup>1711</sup> Cette transaction est appelée aussi pension livrée, prise ou mise en pension de titres valeurs. Elle est appelée en anglais « *Sale and Repurchase Agreement* » (REPO).

ses titres, tout en conservant le droit d'en recouvrer la propriété, en restituant à l'acheteur le prix et ses accessoires. La pension de titres désigne, de façon similaire, une transaction dans laquelle deux parties s'entendent simultanément sur la vente de titres au comptant, suivie d'un rachat à terme, à une date et un prix convenus d'avance. Pour l'emprunteur de liquidités, l'avantage consiste à utiliser un investissement dans son portefeuille afin d'obtenir des fonds à taux moindre, ou tout simplement d'être en mesure d'emprunter. La pension peut, elle-aussi, s'organiser comme une fiducie-sûreté.

1531. Les portages de titres ont lieu dans des fiducies-gestion et des fiducies-sûreté (A), les ventes en rachat ou la pension de titres peuvent être structurées comme des fiducies-sûretés (B).

#### ***A. Portage de titres dans une fiducie de gestion***

1532. La doctrine est divisée sur la qualification du contrat de portage. La spécificité du portage ne permet pas de l'inscrire dans une catégorie juridique connue du droit positif.<sup>1712</sup> Juridiquement le portage est un contrat « *sui generis* » - ni vente, ni prêt, ni société, ni dépôt - dans lequel l'élément caractéristique est la prestation de service fournie par la banque aux clients ; il y a là une convention complexe irréductible à une simple vente.<sup>1713</sup> Il s'agit d'une fiducie innomée sans patrimoine d'affectation. Désormais, le contrat de fiducie répond parfaitement aux multiples facettes du portage de titres. La fiducie répond aux deux caractéristiques principales du portage, à savoir, la détention et la gestion effective par un tiers des titres transmis et la notion de service rendu par le fiduciaire,<sup>1714</sup> contre rémunération.

1533. Lorsqu'une personne (le fiduciaire) reçoit la propriété des titres, prête l'équivalent en liquide à une autre (le constituant-débiteur) et lorsque les titres reviennent à celle-ci à la fin du contrat après remboursement de sa dette, nous ne sommes plus dans le cadre d'un contrat de portage, dénommé jadis « portage-sûreté

---

<sup>1712</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, « Conventions de portage », *Thémexpress en ligne*, réalisée avec la collaboration de Fabrice Sève. 2011.

<sup>1713</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Litec, 1997, n° 1837.

<sup>1714</sup> D. SCHMIDT, « Les opérations de portage de titres de sociétés », in *Les opérations fiduciaires ; Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, Feduci L.G.D.J. 1985, préf. B. OPPETIT, p. 30.

», car le portage se réalise à titre de garantie ; il s'agit d'un contrat de fiducie-sûreté. Dominique Schmidt<sup>1715</sup> explique qu'il est préférable de ne pas confondre portage et sûreté et de réserver au transfert des actions à titre de garantie la qualification de fiducie-sûreté. Puisque le but du portage est de fournir un service au donneur d'ordre, par l'acquisition et la conservation des actions, le portage ne peut pas être une sûreté, car, dans ce dernier cas, le principal bénéficiaire de l'acquisition et de la conservation des titres ne sera pas le donneur d'ordre mais le porteur qui trouve, dans cette propriété, un moyen efficace pour garantir sa créance. De même, selon Pierre Crocq,<sup>1716</sup> lorsque le porteur acquiert les actions portées du donneur d'ordre en garantie d'une avance de fonds, il ne fait aucun doute que l'opération ne s'analyse pas en un portage mais en une opération de fiducie-sûreté. En outre, lorsque le porteur acquiert les titres d'un tiers, ceux-ci constituent une garantie intrinsèque au remboursement de la créance due par le donneur d'ordre.

*1534.* Dans un contrat de fiducie de portage, la mission du fiduciaire est de gérer les actions transférées par le constituant dans le patrimoine de la fiducie et/ou d'acheter de nouvelles actions pour celle-ci, soit avec les liquidités transférées par le constituant au fonds fiduciaire, soit avec les liquidités prêtées par le créancier fiduciaire, dans le cadre d'une fiducie-sûreté. Le contrat de fiducie doit préciser la portée des droits et des obligations du fiduciaire, notamment en ce qui concerne l'exercice des droits de vote attachés aux actions du patrimoine fiduciaire. Le fiduciaire est le propriétaire des droits sociaux et a la qualité d'associé.

*1535.* Selon Yves Guyon, la validité du contrat de portage est discutable au regard du droit des sociétés car il repose sur une convention de vote conclue dans le seul intérêt du donneur d'ordre qui n'est pas actionnaire de la société, alors que le critère de validité d'une telle convention est l'intérêt social.<sup>1717</sup> Dans le contrat de fiducie, ce problème ne se pose pas. Le fiduciaire propriétaire temporaire a droit aux dividendes et exerce le droit de vote pour les décisions collectives. Il peut être convenu que le fiduciaire recueille l'avis du constituant, se concerta avec lui et reçoive les consignes de vote. L'aménagement du droit de vote<sup>1718</sup> dans un contrat de fiducie est laissé à la

---

<sup>1715</sup> D. SCHMIDT, *ibid.*, p. 41.

<sup>1716</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, L.G.D.J., 1994.

<sup>1717</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, n° 255.

<sup>1718</sup> T. com Paris 12 février 1991, ord. réf., Sté Fruehauf trailer corp. c/ SA Banexi : Bull. Joly 1991 p. 209 note M. Jeantin.

volonté des parties. Le fiduciaire est obligé, de part le contrat, de prendre en compte l'intérêt du constituant-bénéficiaire. La mission du fiduciaire peut être limitée à la simple conservation des actions dans le patrimoine d'affectation.

*1536.* Le fiduciaire dispose de pouvoirs étendus sur les biens du patrimoine fiduciaire.<sup>1719</sup> Il agit pour le compte de la fiducie en le mentionnant expressément.<sup>1720</sup> L'exercice des droits de vote par le fiduciaire pour le compte de la fiducie se réalise dans le cadre des services fiduciaires stipulés dans le contrat de fiducie. Le fiduciaire ne peut pas agir contre l'intérêt social, sans sortir du cadre de sa mission fiduciaire qui est de devenir actionnaire et d'agir en tant que tel, toujours dans l'intérêt du bénéficiaire. Néanmoins, l'avis préalablement recueilli auprès du constituant l'oblige à agir dans le sens des consignes données, si le contrat de fiducie le stipule ainsi.

*1537.* De même, les dividendes, les actions nouvelles et autres droits provenant des opérations sur le capital de la société cible, en cas de silence du contrat de fiducie, doivent être ajoutés au patrimoine fiduciaire. Les pouvoirs de disposition du fiduciaire sur ces nouveaux biens doivent être soigneusement déterminés dans le contrat de fiducie. Les parties ont de ce fait intérêt à prévoir, dans leur convention, les modalités précises du sort des droits et des actions nouvelles qui apparaîtront en cours de contrat. En cas de silence du contrat et s'il ne peut pas consulter le constituant-bénéficiaire, le fiduciaire doit prendre la décision la plus favorable aux intérêts de celui-ci, pour éviter que son immobilisme soit considéré comme une faute dont il est responsable sur son patrimoine propre, commise dans l'exercice de sa mission.

*1538.* Yves Guyon<sup>1721</sup> affirme que, même dans le contrat de portage, le bénéficiaire et le porteur ont une obligation générale de collaboration et de bonne foi afin que l'opération se déroule dans les meilleures conditions et s'adapte aux circonstances imprévues. Il en est de même dans le contrat de fiducie où le fiduciaire agit dans le but du contrat de fiducie, à savoir la gestion des actions du patrimoine fiduciaire au profit du bénéficiaire.<sup>1722</sup> A titre d'exemple, afin de recueillir des actions nouvelles

---

<sup>1719</sup> Article 2023 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1720</sup> Article 2021 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1721</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, n. 254-255.

<sup>1722</sup> Article 2026 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

résultant d'une augmentation du capital en espèces, le fiduciaire doit acquitter leur valeur. En cas de silence du contrat de fiducie, il doit informer le constituant de l'augmentation projetée en temps dû, afin que celui-ci puisse, le cas échéant, lui confirmer son intention d'y participer. A supposer que le fiduciaire soit dans l'impossibilité d'informer le constituant, son devoir fiduciaire lui impose de participer à l'augmentation de capital, au moins à titre irréductible, car, une telle participation est utile au constituant. En son absence, sa future participation sera doublement diluée, en valeur comme en pouvoir.

1539. La rémunération du fiduciaire pour service rendu est fixée librement par les parties.<sup>1723</sup> Plusieurs modalités de calcul sont envisageables. Dans les contrats de portage, l'habitude est de fixer la rémunération forfaitairement, majorée d'un intérêt calculé *prorata temporis*,<sup>1724</sup> en fonction des capitaux investis et du taux du marché financier. La modalité de rémunération du fiduciaire peut être aussi stipulée dans le contrat de fiducie. D'autres modalités de rémunération, telles que les clauses statutaires d'intérêt fixe, sont réputées non-écrites. La clause d'intérêt fixe est une disposition statutaire qui impose à la société le versement d'un intérêt aux associés, même en l'absence de bénéfices distribuables ou de réserves disponibles, pour payer le porteur ou le fiduciaire. L'article L 232-15 du Code de commerce répute une telle clause non écrite.

1540. C'est le donneur d'ordre, et non la société dont des titres sont portés, qui doit s'engager à payer le porteur. L'engagement n'est pas de nature statutaire mais résulte d'une convention à laquelle la société doit demeurer étrangère. Au regard de la société, les droits financiers du porteur sont donc soumis aux mêmes aléas que ceux des autres actionnaires.<sup>1725</sup> De même, dans le contrat de fiducie, le constituant s'engage à payer au fiduciaire ses honoraires.<sup>1726</sup> Les honoraires du fiduciaire sont, en

---

<sup>1723</sup> En ce qui concerne le contrat de portage, la possibilité d'un portage à titre gratuit a été avancée par Patrick Soumrani, voir P. SOUMRANI, *Le portage d'actions*, L.G.D.J., 1996, n° 150, p. 91.

<sup>1724</sup> J. M. MOULIN, *op. cit.*, p. 353-354.

<sup>1725</sup> Cass. com. 27 septembre 2005 n° 1165 F-D, Sté BSA Bourgoin c/ Sté CDR Participations : BRDA 22/05 inf. 3, Bull. July 2006 p. 92 note A. Couret, D. aff. 2005 p. 2681 note A. Lienhard, Dr. sociétés 2005 comm. n° 217 second moyen. Voir EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, « Conventions de portage », *ibidem*.

<sup>1726</sup> Une clause type pour déterminer la rémunération du fiduciaire serait : en rémunération du service rendu dans le cadre de la fiducie objet des présentes, le fiduciaire percevra du constituant, à la signature des présentes, une somme correspondant à "Taux" % du prix d'acquisition des actions, ou, semestriellement, une somme correspondant à "Taux" % du prix d'acquisition des actions.

conséquence, payés directement par le constituant et le fiduciaire ne peut pas se rémunérer avec les biens mis en fiducie.

*1541.* Le contrat de fiducie élimine le risque de requalification de la convention de portage en prêt à intérêts, les double promesses de vente et d'achat et la problématique de la validité de l'opération de portage au regard de la prohibition des clauses léonines énoncée à l'article 1844-1 du Code Civil.

*1542.* La fiducie est la solution aux problèmes de qualification et de validité de la convention de portage (a.) ; les fiducies de portage doivent respecter le droit des sociétés cotées (b.).

*a. Solution fiduciaire aux problèmes de validité du portage*

*1543.* Grâce au contrat de fiducie, la qualification juridique de l'opération de portage ne pose plus de problème. Dans un contrat de portage, l'opération peut être qualifiée de prêt et non de prise de participation lorsqu'en contrepartie de son intervention, l'organisme financier porteur perçoit une rémunération fixe, calculée en fonction du taux du marché financier.<sup>1727</sup> Dans le contrat de fiducie, le risque de requalification de la fiducie en contrat de prêt n'existe pas. Le fiduciaire réalise l'opération de crédit en recevant à titre de garantie, à son profit, les titres acquis par le constituant, car la propriété du bien mobilier ou du droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu du contrat de fiducie, conclu en application des articles 2011 à 2030 du Code Civil.<sup>1728</sup> Le fiduciaire a la mission<sup>1729</sup> de prendre des participations et devient de ce fait actionnaire de la société. Il agit pour le compte de la fiducie et son nom figure *ès qualités*,<sup>1730</sup> même s'il est créancier de la fiducie-sûreté.

*1544.* Le contrat de fiducie évite la double promesse unilatérale de vente et d'achat, effectuée dans un contrat de portage qui porte sur les mêmes actions et dans les mêmes conditions car elles peuvent constituer une promesse synallagmatique valant

<sup>1727</sup> TGI, Lille, 28 oct. 1986: Rev. Soc., 1986, 600, note C. Witz; D., 1987 somm. 303, note M. Vasseur ; Trib. Com. Nantes, 1 juill. 1988: Rev. jurisp. Com., 1990, 207, note Goyet. Voir aussi Bruxelles, 3 déc. 1986: Rev. soc., 1990, somm. 76.

<sup>1728</sup> Article 2372-1 du Code Civil, codifié par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 138 (V).

<sup>1729</sup> Au sens de l'article 2018 du Code Civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1730</sup> Article 2021 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

vente, aux termes de l'article 1589 du Code civil.<sup>1731</sup> Une telle qualification aurait pour conséquence d'anéantir l'opération de portage. Le risque est écarté par la stipulation d'un terme différent, dans chacune des promesses. Les parties s'engagent réciproquement à racheter et à revendre respectivement mais leurs promesses ne mèneront pas à la qualification de vente dès la conclusion du contrat. En outre, le recours au mécanisme des promesses de vente et d'achat introduit, en matière de portage, certaines règles indésirables propres à la vente, dont la possibilité pour le donneur d'ordre de se prévaloir de la garantie des vices cachés contre le porteur, en cas de perte de valeur subie par les actions portées. Cependant, un arrêt rendu le 23 janvier 1990 par la Chambre Commerciale de la Cour de cassation a considérablement amoindri la portée de cette critique.<sup>1732</sup>

*1545.* Dans le contrat de fiducie, les promesses de vente et d'achat sont remplacées par un seul transfert des biens du constituant au fiduciaire, dans un but déterminé et au profit du bénéficiaire.<sup>1733</sup> Le contrat de fiducie prend fin par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi<sup>1734</sup> et les biens reviennent de droit au bénéficiaire. Ces transferts ne sont, évidemment, ni une vente ni des promesses de vente, mais un transfert en propriété fiduciaire temporaire, contractuellement convenu entre le constituant et le fiduciaire, au profit des bénéficiaires. Les règles relatives à la vente, telles que la garantie de vices cachés ou les règles concernant les promesses de vente, ne s'appliquent pas.

*1546.* Les solutions fondées sur des montages contractuels associant un portage de la participation et une convention de gestion de cette participation, posent des

---

<sup>1731</sup> Selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, dès lors que les promesses croisées de vente et d'achat comportent l'accord des parties sur la chose et le prix, la vente est parfaite (Cass. com. 19 décembre 1989, de Piedoue d'Héritot c/ CFI et Cass. com. 16 janvier 1990, Sté Beauguerlange c/ Leleu : Rev. jur. com. 1990 p. 166 note F. Cherchouly-Sicard ; Bull. Joly 1990 p. 272 note Y. Streiff ; JCP G 1991, II n° 21748 note Hannoun). Elle a confirmé sa position en retenant qu'il y a promesse synallagmatique de vente valant vente dès lors que les deux promesses unilatérales d'achat et vente ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes (Cass. com. 22 novembre 2005 n° 1463 F-PB, Lavaud c/ Sté Lavaud : BRDA 24/05 inf. 10, JCP E 2006 n° 1080, D. 2006 p. 149 note A. Lienhard, Rev. Lamy Droit des affaires février 2006 n° 56, Bull. Joly 2006 p. 377 note A. Couret).

<sup>1732</sup> Cass. Com. 23 janvier 1990, Rev. Soc. 1990. 248 n. Y. Guyon ; Bull. Joly 1990 p. 370 n. M. Jeantin ; D. 1991 jurisp. P. 333 obs. G. Virassamy. La Cour a jugé que la garantie des vices cachés invoquée par les acquéreurs de parts sociales « ne s'applique qu'à raison des défauts de la chose vendue elle-même » ; qu'elle ne pouvait par suite englober les parts cédées au motif que celles-ci seraient devenues impropres à l'usage auquel elles étaient destinées en raison de la mise en liquidation de la société émettrice. Ainsi, selon Sabine Sultan Danino, en étendant ce raisonnement au portage d'actions, on peut admettre que la garantie des vices cachés que pourraient invoquer les donneurs d'ordres est restreinte aux seules tares inhérentes aux actions elles-mêmes ou aux prérogatives intrinsèques qu'elles confèrent à l'associé. S. SULTAN DANINO, « La convention de portage : une opération complexe et risquée », *Article blog Legavox.fr* du 12/08/2009.

<sup>1733</sup> Article 2011 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1734</sup> Article 2029 du code civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

problèmes opérationnels et soulèvent des conflits d'intérêts. Elles rendent difficile l'interprétation des obligations respectives, des promesses croisées et de l'articulation des obligations de revente et des engagements de rachat. Elles se révèlent coûteuses en réalisant plusieurs exercices de mutation d'actifs, avec leurs incidences fiscales. L'obligation de rétrocession à la fin du contrat de fiducie lève tous les aléas que génèrent habituellement les levées d'option d'autres schémas contractuels.<sup>1735</sup>

*1547.* La validité de l'opération de portage au regard de la prohibition des clauses léonines, prévue par l'article 1844-1 du Code Civil, ne se pose pas dans un contrat de fiducie. Dans le contrat de portage, le donneur d'ordre se fait consentir une promesse d'achat à prix fixe et se met de la sorte à l'abri des pertes que pourrait subir la société. Le rachat par le donneur d'ordre est convenu à un prix fixe qui ne peut être inférieur à celui versé par le porteur pour acheter les titres, majoré de l'indemnité convenue pour rémunérer le porteur. Si la valeur des titres a varié au moment du rachat, le porteur ne supporte pas les pertes et ne bénéficie pas des plus-values. Il est libéré des pertes et écarté du profit, ce qui constitue une clause léonine. Lorsque le constituant donne au fiduciaire la mission de prendre des participations dans une ou plusieurs sociétés, le fiduciaire, propriétaire des actions du patrimoine fiduciaire, participe, en qualité d'associé et pour le compte de la fiducie,<sup>1736</sup> aux bénéfices et aux pertes sociales qui s'imputent au patrimoine d'affectation. Les biens du patrimoine d'affectation reviennent obligatoirement au bénéficiaire qui est, dans une majorité de cas, le constituant lui-même.<sup>1737</sup>

*1548.* Dans le contrat de portage, la question de la prohibition des clauses léonines ne se pose que si le donneur d'ordre est aussi actionnaire de la société. Si celui-ci n'est pas associé, la clause du contrat de portage ne soulève pas de difficulté, puisque la convention, passée entre un associé et un tiers à la société, par laquelle le tiers s'engage à protéger l'associé contre les risques de pertes, n'est pas visée par l'article

---

<sup>1735</sup> Th. BRUN, B. TESTON, «Un exemple de fiducie: comment rompre un lien capitalistique de façon non définitive ? », *Actualité de la fiducie* n° 7, décembre 2010, Jeantet Associés AARPI.

<sup>1736</sup> Article 2021 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1737</sup> Même en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant. Lorsque ce dernier décède, le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession dans les contrats de fiducie gestion ; le contrat de fiducie sûreté peut se poursuivre. Article 2372-1 du Code Civil, modifié par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 138 (V).

1844-1 du Code civil.<sup>1738</sup> Dans un contrat de fiducie, le fiduciaire, en tant qu'associé, reste soumis aux aléas des gains ou des pertes de la société dans laquelle il a investi pour le compte de la fiducie. Il importe peu si le constituant-bénéficiaire est ou non actionnaire de la société dans laquelle le fiduciaire a investi.

1549. En tant qu'actionnaire de sociétés cotées, il doit respecter les règles du droit boursier.

### *b. Fiducie de portage et droit des sociétés cotées*

1550. La fiducie constitue un outil approprié pour maintenir confidentielle l'identité du constituant qui souhaite, sans se dévoiler, prendre une participation dans une société.<sup>1739</sup> Lorsqu'il s'agit d'actions cotées sur un marché réglementé et pour éviter tout abus dans l'utilisation du contrat de fiducie, le constituant-bénéficiaire et le fiduciaire sont considérés comme agissant de concert car ils ont conclu un accord, en vue d'acquiescer ou de céder des droits de vote.<sup>1740</sup> Cette disposition évite les changements de contrôle discrets suite à un ramassage par le fiduciaire des titres d'une société cible cotée en bourse. Le fiduciaire se porte acquiesceur de tous les titres présentés à la vente, au fil de l'eau et au cours de la séance. En tant que propriétaire des titres, il respecte l'obligation de déclaration de franchissement de seuils<sup>1741</sup> et le dépôt obligatoire d'une offre.<sup>1742</sup> Le but n'est pas de prendre furtivement le contrôle d'une société mais de se procurer une position en titres confortable, qui permet

<sup>1738</sup> Selon une jurisprudence bien établie de la chambre commerciale de la Cour de cassation, sont valables les conventions extérieures aux statuts (Cass. com. 15 juin 1982 n° 598, SA GS-NORD c/ Recapet : BRDA 18/82 p. 15) qui ont pour objet d'assurer, moyennant un prix librement convenu, une transmission de droits sociaux sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux, mêmes si elles sont conclues entre associés (Cass. com. 20 mai 1986 Société Bowater Corporation Limited c/ du Vivier : Rev. sociétés 1986 p. 587 note D. Randoux). Pour des applications aux conventions de portage, voir Cass. com. 19 mai 1992, n° 879 D, Sté Go international c/ Sté IGF : RJDA 3/93 n° 220 ; Bull. Joly 1992 p. 779 note P. Le Cannu ; Cass. com. 24 mai 1994, n° 1258 P, société de Banque occidentale c/ Chicot : RJDA 10/94 n° 1034 ; D. 1994 p. 503 note A. Couret ; Cass. com. 19 octobre 1999, n° 1683 P, de Fontgalland c/ Hales : RJDA 3/00 n° 268 ; Cass. com. 16 novembre 2004 n° 1643 FS-PB, Belkhef c/ Rosseler : RJDA 3/05 n° 260 ; RTD com. 2005 p. 111 note C. Champaud et D. Danet ; Option finance n° 829 p. 33 ; RDC 2005 p. 397 note F.-X. Lucas ; Cass. com. 22 février 2005 n° 259 F-D, Laurent c/ CRCAM du Morbillan : RJDA 6/05 n° 701 ; Cass. com. 22 février 2005 n° 279 FS-PBIR, Gontard c/ Papelier : RJDA 6/05 n° 702 ; D. 2005 p. 973 note G. Kessler, Dr. sociétés 2005 comm. n° 107, JCP E 2005 p. 1029, RDC 2005 p. 776, Rev. sociétés 2005 p. 593 note H. Le Nabasque, Dr. et patrimoine juin 2005 p. 100, RTD com. 2005 p. 344. EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, « Conventions de portage », *loc. cit.*

<sup>1739</sup> Pour une application avec un contrat de portage, voir T. com Nantes 1er juillet 1988, ord. réf., Martin c/ SCV : Rev. jur. com. 1990 p. 207 note Ch. Goyet.

<sup>1740</sup> Article L 233-10, II, 5° du Code de commerce, modifié par LOI n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 48. Voir CA Paris 24 juin 1991, 1re ch. section CBV, Sté Devanlay c/ Sté des Galeries Lafayette : RJDA 8-9/91 n° 720). Jugé d'ailleurs que le concert « peut recouvrir, outre un transfert des voix, une simple concertation ou un portage » : CA Paris 20 octobre 1998, 1e ch. sect. H, Association ADAM c/ Sté Canal + : RJDA 12/98 n° 1365.

<sup>1741</sup> Article L233-7 du Code Monétaire et financier, modifié par LOI n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - arts. 49 et 50.

<sup>1742</sup> Article L433-3 du Code monétaire et financier, modifié par LOI n°2010-1249 du 22 octobre 2010 - arts. 50 et 53.

ensuite une négociation avec les mandataires sociaux en place et les actionnaires de référence.

*1551.* Afin de préparer la cession du contrôle d'une société, l'actionnaire majoritaire transfère à un fiduciaire sa participation jusqu'à la réalisation du reclassement. La cession d'un bloc d'actions ne peut être effectuée directement au fil de l'eau sur le marché car, pour une société, le volume quotidien de titres échangés est en général de l'ordre de quelques fractions de pourcentage de son capital, soit moins que le bloc que l'actionnaire cherche à céder. La cession des titres au fil de l'eau ne peut être réalisée par le fiduciaire que sur une longue période, au risque de peser sur le cours. L'évolution du cours de bourse de l'action permet de comprendre l'intérêt qu'il peut y avoir à différer une cession. La fiducie permet au constituant-bénéficiaire de transférer immédiatement, sans considération de prix, la propriété de titres et de fixer au fiduciaire des objectifs de cession.

*1552.* Selon l'exemple du cabinet Jeantet,<sup>1743</sup> la fiducie permet à un constituant de se séparer rapidement de ses titres, à un moment où il n'est pas judicieux de les vendre sur le marché, afin de se ménager une chance de remontée de leur cours de bourse ou de se donner du temps pour négocier leur cession en bloc. Les rédacteurs du contrat de fiducie expliquent que, le 1er mars 2011, l'AMF a publié la déclaration de franchissement de seuils de la société Equitis Gestion, agissant en qualité de fiduciaire, dans le capital de la société EuropaCorp.<sup>1744</sup> L'AMF précise que ce franchissement de seuils résulte du transfert de « la pleine propriété » de 1.634.454 actions EuropaCorp en vertu d'une convention de fiducie-gestion, conclue le 22 février 2011, entre M. Pierre-Ange Le Pogam (constituant et bénéficiaire de la fiducie)<sup>1745</sup> et la société Equitis Gestion dont l'objet est de permettre la cession des actions « dans les meilleures conditions ». Le produit de chaque cession réalisée revient à M. Le Pogam, en qualité de bénéficiaire de la fiducie. Le cabinet explique que la mission du fiduciaire est irrévocable car il n'a plus d'instructions à solliciter ou à recevoir du constituant. Dans ce montage fiduciaire, ce ne sont pas les biens

---

<sup>1743</sup> Th. BRUN, B. TESTON, « Un exemple de fiducie: le report à terme d'une cession de titres », *Actualité de la fiducie* N° 9, mars 2011, Jeantet Associés AARPI.

<sup>1744</sup> Il s'agit de la société de production et de distribution de films créée par Luc Besson et Pierre-Ange Le Pogam, cotée au Compartiment C d'Euronext Paris.

<sup>1745</sup> Article 2016 du Code Civil.

transférés à la fiducie qui ont vocation à revenir au constituant à l'issue de celle-ci, mais le produit de leur cession effectuée par le fiduciaire.

1553. Les praticiens affirment qu'un mandat laisserait les titres dans le patrimoine du mandant. Une autre forme de cession entrainerait la constatation d'un prix et extérioriserait une moins-value. Les auteurs<sup>1746</sup> considèrent que dans la rédaction du contrat, « *la mission du fiduciaire est fixée de la façon objective, avec une obligation de cession des titres concernés en fonction de leur cours officiel, éventuellement pondérée, dans certaines circonstances, par le facteur temps.* » Selon eux, « *cette fiducie prend en compte le risque de stagnation, voire de baisse ultérieure du cours des actions qui constituent l'actif fiduciaire.* »

1554. Face à la complexité des marchés boursiers, le contrat fixe la responsabilité du fiduciaire ; ses obligations sont « *celles d'une personne normalement avisée des règles des marchés.* » Toutefois, le communiqué du cabinet<sup>1747</sup> précise qu'il « *ne lui est pas demandé de saisir toutes les opportunités de cours comme le ferait un professionnel.* » Or, le fiduciaire qui est ici une société de gestion de portefeuille, devrait pouvoir saisir les opportunités du marché en tant que professionnel de la gestion. Si l'occasion se présente, il procède à la vente des actions par une cession du bloc entier.

1555. Le fiduciaire intervient aussi pour assurer la transmission d'une PME. La fiducie organise la gestion (exercice des droits de vote, allocation des dividendes) et l'éventuelle transmission à un tiers, non encore déterminé, d'une participation majoritaire dans la société de tête d'un groupe. Les praticiens du Cabinet Clifford Chance à Paris<sup>1748</sup> expliquent que « *tout l'enjeu consiste alors à imaginer de manière exhaustive les cas de figure auxquels le fiduciaire peut être confronté, afin que sa mission soit aussi précise que possible et acceptée sereinement.* » Le financement de l'investissement prend la forme d'une participation du fiduciaire au capital d'une société ; elle intervient au moyen d'une augmentation de capital réservée au fiduciaire. Le financement peut être octroyé aussi sous la forme d'une fiducie-sûreté ;

---

<sup>1746</sup> Th. BRUN, B. TESTON, *ibid.*

<sup>1747</sup> Th. BRUN, B. TESTON, *ibid.*

<sup>1748</sup> R. DAMMANN, G. POUDEUR, « La fiducie en pratique », *Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre* 5/11.

l'actionnaire majoritaire et constituant-débiteur doit payer la créance pour obtenir la propriété des titres détenus en garantie dans le patrimoine fiduciaire.

1556. Le Cabinet Jeantet donne un exemple de mise en place d'une fiducie comme véhicule de portage pour un désinvestissement provisoire.<sup>1749</sup> En 2009, le Groupe Gemalto, leader mondial de la sécurité numérique, a acquis la totalité des actions de Trusted Logic SA, dont il est déjà actionnaire à 32%. Trusted Logic, de son côté, détenait 100% des actions de Trusted Labs SAS, société qui réalise des prestations de conseil et d'audit en matière de sécurité numérique et collabore à la définition de nombreux standards de marché mondiaux, en relation avec des organismes internationaux indépendants. Selon le communiqué de presse du Groupe Gemalto, Trusted Logic et Trusted Labs devaient continuer d'opérer en tant qu'entités distinctes, avec leurs propres équipes, produits et services, sous leurs propres marques. Parce que ces sociétés n'étaient plus juridiquement indépendantes, les contreparties de Trusted Labs pouvaient craindre que de l'information confidentielle les concernant soit transmise à un groupe concurrent et que les organismes internationaux soient réticents à associer à la définition de standards mondiaux une société appartenant à un acteur majeur du même domaine.

1557. En transférant à un fiduciaire la pleine propriété de la majorité des titres de sa filiale, le constituant (Trusted Logic) rompt une partie du lien capitalistique qui l'unit à celle-ci et la rend ainsi indépendante, au sens recherché par les parties. Le constituant est aussi le bénéficiaire de la fiducie et c'est à lui que le fiduciaire rétrocèdera les titres. Le fiduciaire devient ainsi l'associé majoritaire d'une SAS. Dans la mesure où les associés sont au nombre de deux, il n'est pas nécessaire de prévoir des conventions de vote, mais plutôt, dans une démarche opérationnelle, d'énumérer les décisions qui nécessitent leur accord commun. De fait, le fiduciaire n'est pas impliqué dans la gestion quotidienne de la société qui reste entre les mains de ses dirigeants.

---

<sup>1749</sup> Th. BRUN, B. TESTON, «Un exemple de fiducie: comment rompre un lien capitalistique... », *op. cit.*

1558. La fiducie-gestion est le véhicule des opérations de portage. La fiducie-sûreté peut, en fonction des besoins du constituant, concurrencer des opérations de vente avec faculté de rachat ou de pension.

### ***B. Vente en rachat et pension : différences avec la fiducie-sûreté***

1559. L'intérêt de la vente en rachat, de la pension et de la fiducie-sûreté est d'offrir un mécanisme de garantie réelle qui complète idéalement un crédit ; les opérateurs ont besoin de mécanismes de crédit assortis de garanties solides, à savoir la remise de titres en propriété, les uns pour obtenir de liquidités et les autres pour être rémunérés en tant que prêteurs de fonds. Dans une vente avec faculté de rachat, le vendeur se réserve la faculté de racheter la chose vendue ;<sup>1750</sup> la vente est assortie d'une condition résolutoire en sa faveur.<sup>1751</sup> Le danger réside dans l'annulation de la convention initiale car la faculté discrétionnaire de racheter à terme les titres a pour effet d'anéantir rétroactivement le contrat de vente.

1560. La question est de savoir si la vente en rachat peut être effectuée dans un contrat de fiducie-sûreté, énoncé aux articles 2011 et 2372-3 du Code Civil.<sup>1752</sup> La vente avec faculté de rachat diffère de la pension et de la fiducie-sûreté. Le transfert de propriété réalisé par le contrat de vente, n'est pas toujours à titre temporaire puisque le vendeur dispose d'une faculté et non d'une obligation de rachat. Si le vendeur n'exerce pas son action en rachat dans le terme prescrit, l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable.<sup>1753</sup> Le dénouement du contrat de vente en rachat est donc différent de celui de la fiducie-sûreté. L'acquéreur devient propriétaire absolu des biens par la seule volonté du vendeur, même si celui-ci n'est pas défaillant. Le mécanisme de la vente en rachat peut être transposé dans un contrat de fiducie-sûreté. L'article 2372-3 du Code Civil<sup>1754</sup> laisse une possibilité d'aménagement du dénouement du contrat. Il énonce que « *sauf stipulation contraire du contrat de fiducie* », le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie, à défaut de paiement de la dette garantie.

---

<sup>1750</sup> Articles 1659 du Code Civil, modifié par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 10 et 1673 du même Code, créé par Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804.

<sup>1751</sup> J. M. MOULIN, *op. cit.*, p. 164.

<sup>1752</sup> Créé par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 5.

<sup>1753</sup> Article 1662 du Code Civil.

*1561.* La pension est différente de la vente en rachat et de la fiducie-sûreté. Il s'agit d'un contrat nommé spécial,<sup>1755</sup> réservé à un groupe restreint d'acteurs économiques du marché, à savoir les personnes morales, les fonds communs de placement, immobiliers ou de titrisation, dont le régime est distinct de tout autre mécanisme de vente suivi d'une revente, de nantissement ou du prêt de consommation. La vente est assortie d'un engagement indissociable de rachat de la chose vendue ; les obligations respectives sont conclues de façon concomitante entre les mêmes parties et portent sur des valeurs présentant les mêmes caractéristiques. Pourtant, si la pension transfère la pleine propriété des titres avec tous les effets attachés à ce droit en matière de droits de vote, l'obligation de rachat qui pèse sur le cédant permet au cessionnaire de ne pas entrer dans le champ de la réglementation relative aux franchissements de seuils, qui continuent à être déclarés par le cédant. Le maintien à l'actif du bilan du cédant des titres cédés en pension signifie que ceux-ci sont réputés ne pas avoir été cédés. Parallèlement, le défaut d'inscription des titres reçus au bilan du cessionnaire signifie que ce dernier est censé n'avoir jamais acquis les titres.

*1562.* La mise en place du patrimoine d'affectation qui effectue le contrat de fiducie-sûreté fait perdre tout intérêt à la transposition du mécanisme de la pension dans un contrat de fiducie. Le patrimoine d'affectation ne permet pas au cessionnaire fiduciaire d'utiliser les titres mis en pension à son bénéfice car il ne doit pas mélanger les titres de la fiducie avec ceux de son propre patrimoine. Le créancier -fiduciaire d'une fiducie-sûreté est aussi bénéficiaire mais seulement en cas de défaillance du cédant. Le fiduciaire ne peut pas profiter des biens de la fiducie en sa qualité de bénéficiaire ; le bénéficiaire final est le cédant en raison de la clause de rachat. A l'image des prêts de titres financiers, l'intérêt du cessionnaire à devenir propriétaire des titres en pension est de pouvoir à son tour les céder, pour satisfaire ses propres obligations de livraison dans le cadre, par exemple, d'opérations de ventes à découvert ou pour opérer des nouvelles cessions temporaires, un prêt de titres financiers ou une autre pension. L'intérêt du cessionnaire qui n'est donc pas

---

<sup>1754</sup> Créé par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 5.

<sup>1755</sup> Article L211-27 du Code Monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

fiduciaire, nous fait douter du caractère fiduciaire du contrat de pension de titres comme fiducie innommée sans patrimoine d'affectation.

1563. La fiducie constitue une alternative à la simple faculté de rachat (a.) et à la pension, notamment à cause des incohérences de la comptabilité de la pension (b.).

a. Alternative fiduciaire à la simple faculté de rachat

1564. Les aléas d'une simple faculté, et non d'une obligation, de rachat, qui fait peser un risque important sur l'acheteur, sont évités avec un contrat de fiducie-sûreté. En effet, au lieu de stipuler un contrat de vente assorti d'une condition résolutoire en faveur du vendeur, qui peut reprendre la chose vendue moyennant le paiement à l'acheteur du prix de la chose et des frais occasionnés, le constituant (dans le contrat de vente en rachat, le vendeur) transfère ses titres à un fiduciaire (dans la vente, l'acheteur) en garantie d'un prêt d'argent, moyennant une rémunération en faveur du prêteur.

1565. La fiducie sur des parts ou actions de société, établie conformément aux articles 2011 et 2372-1 du Code civil, constitue une alternative au contrat de vente en rachat et au nantissement de parts ou de compte d'instruments financiers. L'entreprise souscrit un financement et, en garantie de ce financement, l'actionnaire de l'entreprise (constituant) transfère au fiduciaire la propriété de ses parts ou actions, qui les détient pour le compte du prêteur (bénéficiaire). La dette garantie et la valeur estimée doivent être indiquées en plus des mentions de l'article 2018 du Code civil.<sup>1756</sup>

1566. Le créancier acquiert la libre disposition des parts ou des actions en cas de défaut de paiement de la dette garantie, nonobstant l'ouverture d'une procédure collective, à moins qu'une convention ait conservé au constituant l'usage ou la jouissance des parts ou des actions (droit de vote, droit aux dividendes), auquel cas la fiducie est paralysée temporairement.<sup>1757</sup> L'estimation des parts ou des actions par un tiers, désigné à l'amiable ou judiciairement, est nécessaire à moins que les actions ne soient cotées. La restitution de l'excédent de la valeur des parts ou des actions sur le

---

<sup>1756</sup> Présentation séminaire « La fiducie en action » par Gilles Saint Marc, Avocat associé Gide Loyrette Nouel à Paris, Comité de Droit Financier de Paris EUROPLACE, 18 janvier 2012.

montant de la dette garantie sera effectuée. Dans ce cadre, par analogie au contrat de vente en rachat, si le constituant d'une fiducie-sûreté veut récupérer ses titres, il doit rembourser le prêt aux échéances prévues. Eventuellement, s'il ne rembourse pas la dette garantie, le fiduciaire-créancier acquiert la libre disposition des titres cédés à titre de garantie. D'autres stipulations peuvent être convenues par les parties dans le contrat de fiducie pour aménager la fin du contrat.<sup>1758</sup>

1567. La fiducie-sûreté évite la limitation de la durée d'exercice de la faculté de rachat à 5 ans ;<sup>1759</sup> la durée du transfert dans un contrat de fiducie-sûreté peut aller jusqu'à 99 ans à compter de la signature du contrat.<sup>1760</sup> L'acheteur d'un contrat de vente en rachat, propriétaire temporaire des titres, exerce ou non le droit de vote aux assemblées générales de la société, même si, à cause de la clause de rachat, il n'a aucun intérêt en tant qu'actionnaire et a un « *affectio societatis* » pratiquement inexistant. A titre d'exemple,<sup>1761</sup> des contrats de vente en rachat sur les actions destinées aux options ont été conclus par la société Pernod Ricard avec trois banques (Société Générale, BNP Paribas et Natixis) pour 2,7 % du capital. La société a revendu à réméré 5.955.534 actions auto-détenues qui avaient été acquises pour couvrir ses plans de stock options et a encaissé 250 millions d'euros constatés en capitaux propres. L'émetteur indique qu'il n'y a pas d'engagement des banques concernant l'exercice des droits de vote attachés à ces actions. L'opération est justifiée pour l'émetteur qui reçoit une rémunération. Par contre, bien évidemment, les banques n'ont aucun intérêt d'actionnaires de long terme ; elles doivent être expressément interdites de droit de vote dans le contrat de vente en rachat et pendant la durée de celui-ci.

1568. L'« *affectio societatis* » du fiduciaire est plus important que celui d'un simple acheteur à réméré. Il exerce les droits de vote pour le compte et dans l'intérêt de la fiducie et des bénéficiaires de celle-ci, en fonction des stipulations du contrat. Il a la propriété des titres et doit agir dans l'intérêt commun de la société. Dans notre

---

<sup>1757</sup> Voir *supra* p. 365-368.

<sup>1758</sup> Article 2372-3 du Code civil, créé par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 5.

<sup>1759</sup> Enoncée par l'article 1660 du Code Civil, créé par Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804.

<sup>1760</sup> Article 2018, alinéa 2° du Code Civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1761</sup> PROXINVEST, « Lettre Conseil de vote assemblée générale de la société Pernod Ricard du 10.11.2010, 18 octobre 2010, Paris.

exemple, l'intérêt de la société est que le fiduciaire n'exerce pas les droits de vote, car il s'agit d'actions pratiquement auto-détenues par la société Pernod Ricard à des fins de mise en place de plans d'options et d'actions de performance.

*1569.* Contrairement au contrat de fiducie dans lequel la qualité de fiduciaire est réservée à certaines personnes physiques ou morales, toute personne peut conclure un contrat de vente avec faculté de rachat. Souvent, le contrat de vente en rachat est soumis à l'obligation d'intermédiation financière et nécessite le recours à un prestataire d'investissement, lorsqu'il s'agit de ventes conclues sur le territoire de la République française et d'instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé, sauf pour les cessions conclues entre deux personnes physiques ou deux personnes morales ayant des liens entre elles.<sup>1762</sup>

*1570.* Dans la vente avec faculté de rachat, les biens cédés par le vendeur font partie du patrimoine propre de l'acheteur ; il peut les vendre, les prêter, les louer ou les gager tandis que, dans le cas de la fiducie, les biens sont transférés à un patrimoine d'affectation de la fiducie, séparé de celui du fiduciaire. Lorsqu'il s'agit d'une vente en rachat de valeurs mobilières dématérialisées, considérées comme des choses fongibles, la restitution s'effectue au moyen de titres de même nature. Si, lors de l'exercice de la faculté de rachat, l'acheteur ne peut pas restituer les titres parce qu'il les a vendus et n'a pas pu se procurer des semblables en quantité équivalente, il doit une indemnité au vendeur, à hauteur du préjudice subi. Dans le cadre d'un contrat de fiducie, le fiduciaire respecte les biens du patrimoine d'affectation car il est responsable sur ses biens propres en cas d'utilisation des biens mis en fiducie à son bénéfice. Il doit restituer exactement les mêmes titres, après les avoir soigneusement détenus dans le patrimoine fiduciaire.

*1571.* Les règles comptables des opérations de pension de titres montrent des incohérences comparées à celles de la fiducie-sûreté.

---

<sup>1762</sup> J. M. MOULIN, *op. cit.*, p. 166.

*b. Cohérence de la comptabilité de la fiducie par rapport à la pension*

1572. Dans une opération de pension, une personne morale cède en pleine propriété des titres financiers à une autre, à un prix convenu, avec un engagement ferme de rétrocession des titres à terme.<sup>1763</sup> Or, même si la loi énonce une cession en pleine propriété, comptablement, les titres cédés restent à l'actif du bilan du cédant, qui doit inscrire au passif le montant de sa dette vis-à-vis du cessionnaire. Les titres et la dette sont individualisés à une rubrique spécifique dans la comptabilité du cédant. Le montant des titres financiers mis en pension, ventilés selon la nature des actifs concernés, figure dans les documents annexés aux comptes annuels.<sup>1764</sup> Corrélativement, les titres financiers reçus en pension ne sont pas inscrits au bilan du cessionnaire ; celui-ci enregistre le montant de sa créance sur le cédant à l'actif de son bilan.<sup>1765</sup>

1573. Le transfert de propriété des actifs et des passifs à la fiducie donne lieu à une sortie de ces éléments du bilan du constituant et à la comptabilisation d'une contrepartie. Les titres mis en fiducie sortent du bilan du constituant, même si celui-ci conserve le contrôle des éléments transférés.<sup>1766</sup> Le transfert des éléments d'actif et de passif mis en fiducie est comptabilisé comme une cession. En application de la notion de contrôle comme méthode de valorisation, la cession se réalise à la valeur comptable car le constituant est réputé conserver le contrôle de la fiducie-sûreté dès lors qu'il donne ses titres en garantie de l'emprunt contracté auprès du fiduciaire et les récupère en fin de contrat, s'il n'est pas défaillant.<sup>1767</sup> La sortie des valeurs mobilières mises en fiducie figure aussi dans le résultat exceptionnel du constituant, dans les comptes spécifiquement créés pour les opérations de fiducie.

1574. De même, le patrimoine d'affectation qui contient les titres en garantie, est distinct du bilan propre du fiduciaire.<sup>1768</sup> Après l'inscription de la créance dans le bilan du fiduciaire, les opérations réalisées au cours de la fiducie n'ont aucune

---

<sup>1763</sup> Article L211-27 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

<sup>1764</sup> Article L211-32 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

<sup>1765</sup> Article L211-33 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

<sup>1766</sup> Règlement n° 2008-01 du 3 avril 2008 relatif au traitement comptable des opérations de fiducie modifiant le règlement n°99-03 du Comité de la réglementation comptable relatif au plan comptable général, paragraphe 1.1.b.

<sup>1767</sup> Règlement n° 2008-01 du 3 avril 2008, paragraphe 1.1.b.

<sup>1768</sup> Règlement n° 2008-01 du 3 avril 2008, paragraphe 1.1.2.

incidence sur ses comptes individuels, jusqu'au moment où il devient bénéficiaire de la fiducie-sûreté, à la fin de celle-ci ; les éléments sont comptabilisés, dans son bilan, en tant que bénéficiaire et pris en compte dans l'affectation de son résultat annuel.

1575. Dans le contrat de fiducie, le patrimoine d'affectation qui rassemble les actifs et passifs mis en fiducie, est l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire. Selon les principes retenus par la loi, la fiducie est, dans son mode de constitution et de fonctionnement, considérée comme une entité propre, c'est-à-dire, une entité *ad-hoc*. La créance détenue sur elle peut être assimilée à une créance représentative de titres de participation, comme pour une SCI ou une SNC.<sup>1769</sup>

1576. Le cessionnaire de la pension peut céder les titres qu'il a reçus. Il doit inscrire au passif de son bilan le montant de sa dette à l'égard du nouveau cessionnaire. Les montants représentatifs des créances et des dettes sont individualisés dans sa comptabilité. Il constate, au passif de son bilan, le montant de la cession représentative de sa dette de titres financiers qui, à la clôture de l'exercice, est évaluée au prix de marché de ces actifs. En revanche, le contrat de fiducie doit expressément donner la faculté au fiduciaire de céder les titres du patrimoine fiduciaire. Sinon, cette cession est considérée comme une faute commise par le fiduciaire dans l'exercice de sa mission.

1577. La rémunération du cessionnaire de la pension est un revenu de créance. Elle est considérée, sur le plan comptable, comme des intérêts, quelle que soit sa forme. Dans le contrat de fiducie où le constituant paie directement la rémunération du fiduciaire, celle-ci ne fait pas partie de la comptabilité du patrimoine d'affectation mais passe directement du bilan du constituant à celui du fiduciaire. Lorsque la durée du contrat couvre la date de paiement des revenus attachés aux titres financiers cédés, le cessionnaire de la pension doit les reverser au cédant qui les comptabilise parmi les produits de même nature.<sup>1770</sup> Dans le cas de la fiducie, le fiduciaire les comptabilise dans le patrimoine d'affectation et les distribue aux bénéficiaires, selon les stipulations du contrat.

---

<sup>1769</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *La fiducie, mode d'emploi, op. cit.*, p. 104.

<sup>1770</sup> Article L211-31 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

1578. La fiducie constitue une alternative à la pension et à la vente en rachat. En pratique, le contrat de fiducie-gestion facilite aussi la mise en œuvre d'options d'achat et de vente de valeurs mobilières, par la mise en place d'obligations convertibles en actions et d'actions après conversion, entre plusieurs entités, dans le cadre d'une opération de financement structuré.<sup>1771</sup> Dans ces opérations, le risque de défaut d'exécution des engagements d'une partie est important dans une situation de stress financier accru (exercice de l'option défavorable) ; de même, le risque de crédit sur les parties, en cas d'exercice de l'option impossible ou suspendu du fait de la faillite d'une des parties, est important. Etant donné qu'il s'agit de titres de sociétés cotées, il faut aussi maîtriser la présomption d'action de concert entre le fiduciaire et le constituant-bénéficiaire.

1579. Le contrat de fiducie élimine les risques de crédit des protagonistes. Il organise la gestion fluide et sécurisée des options et limite les conflits et les délais du fait de l'intervention d'un tiers fiduciaire. Le fiduciaire peut participer aux assemblées, après consultation de l'un ou l'autre des bénéficiaires. Le transfert de propriété des valeurs mobilières est effectué à l'un ou l'autre des bénéficiaires de même que l'affectation des produits des valeurs mobilières. Selon le cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer LLP à Paris,<sup>1772</sup> « *un mandat de vente des valeurs mobilières peut être prévu en cas de défaut de paiement du prix de l'option. Il permet la répartition du prix de cession en fonction de règles prédéfinies* ». Les modalités d'exécution de cette faculté de vente sont définies, dans le contrat de fiducie, parmi les obligations prévues dans le cadre de la mission du fiduciaire.

1580. Parmi les différents mécanismes de cession temporaire de valeurs mobilières, le prêt de titres n'est pas une opération fiduciaire et ne peut pas se réaliser au travers un contrat de fiducie, car l'emprunteur a la propriété des titres empruntés grâce à un prêt de consommation.

---

<sup>1771</sup> Présentation séminaire « La fiducie en action » par Hervé Touraine, cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer LLP à Paris, intitulée « Quelques applications concrètes », Comité de Droit Financier de Paris EUROPLACE, 18 Janvier 2012.

<sup>1772</sup> Présentation séminaire « La fiducie en action » par Hervé Touraine, *ibid.*

## II. *Transferts temporaires qui ne sont pas des opérations fiduciaires*

1581. La convention de prêt de consommation de titres financiers permet à une personne, le prêteur, de remettre à une autre, l'emprunteur, une quantité de titres que celui-ci s'engage à restituer avec d'autres titres de même espèce par équivalence, après en avoir disposé comme un véritable propriétaire pendant la durée du prêt, suivant le régime juridique du prêt de consommation énoncé aux articles 1892 et 1893 du code civil,<sup>1773</sup> appliqué aussi spécifiquement aux titres financiers.<sup>1774</sup>

1582. Les prêts de titres ne sont pas des opérations fiduciaires. Ils ne peuvent pas se réaliser au travers d'un contrat de fiducie car l'objet du contrat de prêt de titres n'est pas la cession temporaire de la propriété à titre de garantie, mais bien le prêt de la chose pour sa consommation. Les titres empruntés entrent dans le patrimoine propre de l'emprunteur pour leur consommation. Dans le modèle anglo-américain des trusts de propriété, un prêt ne peut pas constituer un trust. Le prêt de titres (*securities lending, stock lending*) est toujours réalisé dans le cadre d'un contrat qui définit les conditions du prêt (*loan*). Le prêt de titres ne se réalise pas au travers d'un trust anglo-américain. Dans la vente en rachat, la pension et certaines opérations de portage, la propriété des titres est transférée à titre de garantie. En revanche, dans le contrat de prêt, les biens sont transférés exclusivement pour leur usage et leur consommation par l'emprunteur.

1583. Le régime des prêts de titres financiers de droit français prévoit un transfert complémentaire, à titre de garantie, de liquidités ou de titres, pour tenir compte de l'évolution de la valeur des titres prêtés. Les parties conviennent alors de remises complémentaires, en pleine propriété, d'espèces ou de titres financiers.<sup>1775</sup>

1584. Le prêt de consommation comporte un transfert de propriété qui n'est pas fiduciaire (A). Une fiducie-sûreté complémentaire au prêt de titres financiers est prévue par la loi (B).

---

<sup>1773</sup> Créé par Loi 1804-03-09 promulguée le 19 mars 1804.

<sup>1774</sup> Les conditions sont énoncées à l'article L211-22 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

<sup>1775</sup> Article L211-22 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

### ***A. Prêt comportant transfert du droit de propriété***

1585. Par un contrat de prêt classique, le propriétaire d'une chose la remet à l'emprunteur pour qu'il s'en serve avant de la restituer. Dans le prêt à usage, on prête seulement des choses qui ne se détruisent pas ; ce prêt ne comporte pas en conséquence un transfert du droit de propriété, car l'emprunteur s'oblige à rendre la même chose prêtée, sans la remplacer par une autre similaire.<sup>1776</sup> Dans un prêt de consommation, l'emprunteur reçoit la chose pour la consommer par l'usage jusqu'à son épuisement ; l'emprunteur restitue au prêteur une chose de même espèce et qualité. Pour que l'emprunteur puisse consommer la chose jusqu'à son épuisement, il acquiert le droit de propriété sur celle-ci et s'engage à la remplacer par équivalence.<sup>1777</sup> C'est le caractère consommable des valeurs mobilières qui permet de les prêter pour les consommer.

1586. L'emprunteur reçoit la propriété des titres pour les utiliser ; ils entrent dans son patrimoine propre, exclusivement pour leur consommation. Bien entendu, il n'est pas valide de constituer une fiducie en prêtant au fiduciaire des biens pour son propre usage. Dans la fiducie, le constituant transfère la propriété de ses biens au fiduciaire, de façon temporaire, expresse<sup>1778</sup> et à titre de garantie ; il ne les prête pas. L'objet d'un contrat de prêt de titres est de permettre à l'emprunteur, devenu propriétaire des titres, d'en disposer librement, c'est à dire de les consommer par l'usage. L'emprunteur agit, dans son propre intérêt, en utilisant les titres prêtés qui font partie de son patrimoine propre. Le prêt de titres n'a pas en conséquence de caractère fiduciaire parce que l'emprunteur use des biens prêtés pour son propre bénéfice et mélange les biens prêtés avec ceux de son patrimoine propre.

1587. En raison du caractère fongible des titres financiers, le mélange de titres financiers empruntés avec ceux du patrimoine propre de l'emprunteur, prévu par la loi, permet pratiquement un régime de compensation dans le patrimoine de l'emprunteur. Lorsque l'emprunteur cède des titres, ils sont prélevés par priorité sur les titres de même nature empruntés à la date la plus ancienne. Corrélativement, les

---

<sup>1776</sup> Ce prêt est essentiellement gratuit. Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée. Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention. Articles 1875 et suiv. du Code Civil, modifiés par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 10.

<sup>1777</sup> Article 1893 du Code civil, créé par Loi 1804-03-09 promulguée le 19 mars 1804.

<sup>1778</sup> Article 2012 du Code Civil, modifié par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 1.

achats ultérieurs de titres de même nature sont affectés au remplacement des titres empruntés. Lorsque ceux-ci sont prêtés par une entreprise, ils sont prélevés, par priorité, sur les titres de même nature acquis ou souscrits à la date la plus récente.<sup>1779</sup>

*1588.* A l'échéance du contrat de prêt, l'emprunteur a l'obligation de restituer au prêteur des titres financiers de même espèce et de même quantité, c'est-à-dire, des titres émis par le même émetteur, provenant de la même émission ou assimilables. Néanmoins, le contrat peut prévoir une restitution en équivalent, lorsque l'emprunteur est dans l'impossibilité de restituer les titres en nature.<sup>1780</sup> L'emprunteur ne devient pas propriétaire en raison du transfert des titres en garantie, mais en raison du prêt de consommation qui permet la disposition des titres empruntés à son propre bénéfice. La notion de patrimoine fiduciaire d'affectation, séparé de celui du fiduciaire, n'existe pas dans le prêt de titres puisque l'emprunteur reçoit la propriété des titres pour les utiliser à sa convenance.

*1589.* La notion de service au donneur d'ordre et de détention effective des titres, par l'acquisition et la conservation des actions,<sup>1781</sup> qui sont caractéristiques du portage et de la fiducie-gestion, n'existent pas dans le contrat de prêt de consommation de titres. Le principal bénéficiaire du transfert de la propriété des titres n'est pas le prêteur mais l'emprunteur qui trouve, dans cette propriété, un moyen efficace de respecter ses propres obligations de livraison de titres, dans le cadre d'opérations de vente à découvert<sup>1782</sup> ou pour des raisons de couverture.

*1590.* En revanche, le nouveau régime de prêt de titres du Code monétaire et financier prévoit la possibilité d'une fiducie-sûreté complémentaire au prêt de titres financiers.

---

<sup>1779</sup> Articles L211-24 et L211-26 du Code monétaire et financier, créé par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

<sup>1780</sup> Si celui-ci est dans l'impossibilité d'y satisfaire, par application du régime de droit commun, il est tenu d'en payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention. Si ce temps et ce lieu n'ont pas été fixés, le paiement est du au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été conclu. Article 1903 du Code Civil, créé par Loi 1804-03-09 promulguée le 19 mars 1804.

<sup>1781</sup> Com. - 23 janvier 2007, BICC n°700 du 15 avril 2009. Voir Banque et Droit, juil. /août 2007, p. 114, obs. H. de Vauplane et J-J Daigre. Dans cet arrêt, des particuliers avaient acheté au comptant des titres de deux sociétés avant de les revendre immédiatement au terme d'un contrat prévoyant un paiement à terme qui n'est jamais arrivé. Dans ce contexte, la Cour de Cassation a décidé qu'il ne s'agissait pas d'un contrat de portage, mais d'une opération de prêt de titres, faute de détention temporaire de ceux-ci. En effet, si, le jour même de leur acquisition, un actionnaire revend les actions d'une société à celle-ci ou à son représentant, sans qu'aucune stipulation ne vienne retarder le transfert, si le donneur d'ordre ne perd pas la propriété des actions cédées et si le cessionnaire n'en devient pas propriétaire, cette opération constitue non une convention de portage, mais une opération de prêt rémunéré.

### ***B. Fiducie-sûreté complémentaire aux prêts de titres successifs***

1591. Même si les prêts de titres, visés par le Code Monétaire et financier, relèvent du régime de droit commun du Code Civil, les besoins des professionnels ont poussé le législateur à effectuer certaines améliorations par rapport au régime du prêt de consommation classique. Le régime de prêt de titres financiers permet aux parties d'obtenir la propriété des titres financiers par un prêt de consommation et d'en disposer à leur tour, en les prêtant à nouveau ou en recevant des titres prêtés, avec une neutralité fiscale et un régime comptable spécifique.<sup>1783</sup> Dans le régime fiduciaire du patrimoine d'affectation, le fiduciaire ne peut pas disposer des biens mis en fiducie pour son propre bénéfice, sans l'accord exprès du contrat ; au contraire, dans le régime de prêt de titres financiers, la loi prévoit expressément que les titres empruntés peuvent être l'objet de nouveaux prêts et que l'emprunteur peut les utiliser pour ses propres besoins.<sup>1784</sup>

1592. A la possibilité des prêts de titres successifs, c'est-à-dire, de prêter des titres empruntés ou emprunter des titres prêtés à quelqu'un d'autre, le législateur a ajouté un mécanisme semblable à une fiducie-sûreté, complémentaire au prêt de titres financiers. Le dernier alinéa de l'article L211-22 du Code Monétaire et financier<sup>1785</sup> prévoit que les parties à un contrat de prêt de titres peuvent convenir de remises complémentaires d'espèces ou de titres financiers, en pleine propriété, pour tenir compte de l'évolution de la valeur des titres prêtés. Il s'agit d'un transfert de propriété à titre de garantie qui permet au prêteur de se garantir contre l'évolution de la valeur des titres prêtés. La garantie est prévue glissante, variable et elle évolue en fonction de la valeur des titres prêtés.<sup>1786</sup> La clause du contrat de prêt de titres peut donc

<sup>1782</sup> Rapport du groupe de travail sur les ventes à découvert de l'Autorité des marchés financiers. Groupe de travail animé par Marie-Ange Debon et Jean-Pierre Hellebuyck, Membres du Collège de l'AMF, 23 février 2009, p. 10 et suiv.

<sup>1783</sup> Articles L211-24 et L211-25 du Code monétaire et financier, créés par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

<sup>1784</sup> Dans ce cas, la créance représentative des titres doit être inscrite au bilan au prix que ces titres ont sur le marché à la date du nouveau prêt. A la clôture de l'exercice, cette créance doit être évaluée au prix des titres à cette date. Lors de leur restitution, les titres empruntés qui ont fait l'objet d'un nouveau prêt, doivent être repris pour la valeur de la créance à cette date et évalués ensuite selon les modalités énoncées jusqu'à leur cession ou leur restitution au prêteur initial. Article 38 bis, II, 1 bis, du Code Général des Impôts, modifié par Décret n°2010-421 du 27 avril 2010 - art. 1.

<sup>1785</sup> Créé par Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 - art. 1.

<sup>1786</sup> J. M. MOULIN, *op. cit.*, p. 174.

stipuler un transfert complémentaire de liquidités ou de titres, non à titre d'un prêt mais à titre de garantie.

*1593.* Le mécanisme de garantie du prêt de titres financiers n'est pas spécifique à ce contrat mais concerne toutes les conventions de transfert temporaire de titres sur le marché financier.<sup>1787</sup> La garantie est constituée par la remise en pleine propriété d'instruments financiers, de titres, d'effets, de créances ou de sommes d'argent. Il s'agit alors d'un transfert fiduciaire de propriété à titre de garantie.<sup>1788</sup> Il ne peut pas être remis en cause par la suspension des pactes commissaires en cas de procédure collective. Les dispositions du livre VI du Code de commerce ou celles régissant toutes procédures judiciaires ou amiables équivalentes, offertes sur le fondement de droits étrangers, ne font pas obstacle à l'application de cette sûreté.<sup>1789</sup> Les remises en pleine propriété ou la constitution de sûretés sont opposables aux tiers sans formalités. Les parties n'ont pas à effectuer de démarches particulières pour notifier aux tiers l'existence de la garantie. Cette disposition concerne les « instruments financiers, effets, créances, contrats ou sommes d'argent.<sup>1790</sup> En cas de défaillance du débiteur, le créancier peut réaliser la garantie, c'est-à-dire se payer avec les actifs remis en garantie ; le solde éventuel est ensuite restitué au débiteur.<sup>1791</sup>

*1594. Conclusion de la première section.* Les contrats de portage, vente en rachat (à réméré) et pension, sont utilisés pour transférer temporairement des valeurs mobilières à un cessionnaire, soit à des fins de garantie, soit à des fins de gestion. Comme l'explique François-Xavier Lucas,<sup>1792</sup> « aucun de ces différents contrats n'est parfaitement satisfaisant et ce tant au regard du droit des sociétés que de celui des contrats. Le droit des sociétés ne se satisfait pas de la physionomie des transferts temporaires de titres. L'exigence d'une « affectio societatis » et d'une vocation aux bénéfices et aux pertes de la part de tous les associés est malmenée lorsque l'opération porte sur des actions. » Il en résulte un risque d'annulation des conventions. Le contrat de fiducie reflète la complexité d'une opération de transfert temporaire de valeurs mobilières et réalise, avec une sécurité maximum, le transfert

---

<sup>1787</sup> Articles L. 211-38 et L. 211-39 du Code monétaire et financier.

<sup>1788</sup> Articles L. 211-38 et L. 211-36 du Code monétaire et financier.

<sup>1789</sup> Articles L. 211-38 I et L. 211-40 du Code monétaire et financier.

<sup>1790</sup> Article L. 211-38 I du Code monétaire et financier.

<sup>1791</sup> Premier de l'article L. 211-38 IV du Code monétaire et financier.

des titres en prenant en compte son caractère temporaire. Aussi, importe-t-il de passer du pluriel au singulier et de laisser s'effacer les multiples contrats existants devant l'unique convention de fiducie.

*1595.* Le trait fondamental qui caractérise le portage d'actions, le service rendu, rapproche incontestablement ce mécanisme de la fiducie-gestion. Le portage-sûreté, très critiqué par la doctrine, est en réalité une fiducie-sûreté. Le contrat de fiducie-sûreté est une alternative aux contrats de vente avec faculté de rachat. Le mécanisme de vente en rachat est peu utilisé du fait de la faculté et non de l'obligation de rachat. Les professionnels optent pour des montages plus sûrs, telles que la pension de titres et désormais la fiducie-sûreté. Cette dernière donne l'avantage supplémentaire de l'étanchéité du patrimoine d'affectation et du niveau important de responsabilité du fiduciaire dans l'exercice de sa mission.

*1596.* La vente en rachat n'est pas toujours un transfert temporaire, en raison de la faculté et non de l'obligation de rachat. Si le vendeur ne lève pas son option facultative de rachat, l'acheteur (dans la fiducie-sûreté, le fiduciaire) devient propriétaire des biens cédés en garantie, même si le vendeur débiteur est solvable. Le contrat de fiducie-sûreté peut donc stipuler cette modalité de dénouement du contrat. Dans le contrat de fiducie-sûreté, le fiduciaire ne peut profiter des biens en tant que bénéficiaire qu'à la fin du contrat de fiducie, s'il a été expressément stipulé ainsi dans le contrat.

*1597.* Le patrimoine d'affectation de la fiducie-sûreté empêche le cessionnaire de la pension d'utiliser les titres pour ses propres besoins, même s'il est bénéficiaire de la fiducie. Le cessionnaire dans un contrat de pension acquiert la propriété des titres pour les prêter ou les céder à nouveau. Il n'a pas une mission fiduciaire car il n'agit pas au profit du vendeur-constituant bénéficiaire mais pour ses intérêts. S'il est vrai qu'il restitue les titres au terme du contrat, il livre d'autres titres fongibles après les avoir utilisés pour son propre bénéfice. Il ne respecte pas la stricte séparation entre le patrimoine d'affectation et son patrimoine propre. Dans un contrat de fiducie-sûreté, le fiduciaire doit détenir la garantie dans un patrimoine d'affectation séparé du sien.

---

<sup>1792</sup> F. X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières: Pour une fiducie de valeurs mobilières*, LGDJ /

Il ne peut pas disposer des biens pour son propre bénéfice. De manière ambiguë, l'article 2016 du Code Civil,<sup>1793</sup> permet au fiduciaire d'être aussi bénéficiaire.<sup>1794</sup> Dans un contrat de fiducie-sûreté, le fiduciaire-crédancier est aussi bénéficiaire en cas de défaillance du débiteur. Cet article ne permet pas au fiduciaire de disposer des biens du patrimoine fiduciaire donnés en garantie pendant la durée du contrat tant que le débiteur est solvable et respecte ses obligations. Dans un contrat de fiducie-sûreté qui donnerait la disposition des titres au fiduciaire-bénéficiaire pendant l'exécution du contrat, puisque l'article 2016 l'accepte, il conviendrait d'expliquer dans le contrat de fiducie-sûreté les conditions précises dans lesquelles le fiduciaire peut profiter en tant que bénéficiaire des titres du patrimoine fiduciaire et déterminer à partir de quel moment il agit en qualité de fiduciaire et à quel moment il agit en tant que bénéficiaire, rédaction qui nous semble compliquée. La convention de mise à disposition des biens du patrimoine fiduciaire énoncée à l'article 2018-1 du Code Civil<sup>1795</sup> n'est pas non-plus adaptée à la double qualité du fiduciaire<sup>1796</sup> car elle est proposée par la loi au débiteur-constituant et non au fiduciaire-crédancier et éventuel bénéficiaire.

*1598.* Le prêt de titres n'est pas une opération fiduciaire et ne peut pas être réalisé avec un contrat de fiducie car l'objet du contrat est le prêt et non la cession de la propriété à titre de garantie. L'emprunteur reçoit la propriété de la chose pour la consommer lui-même, sans avoir une quelconque relation fiduciaire avec le prêteur.

*1599.* La fiducie trouve d'autres applications en droit des sociétés, avec des instruments financiers et des opérations dans le non-coté.

## **Section 2. Fiducie en droit des sociétés**

*1600.* Le contrat de fiducie-gestion est utilisé comme un outil d'investissement et de gestion temporaire des participations dans des sociétés cibles, cotées ou non-cotées, par un fiduciaire qui a la qualité d'associé, en tant que propriétaire des actions du

---

Montchrestien, 1998.

<sup>1793</sup> Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1794</sup> Voir *supra* p. 365 et suiv.

<sup>1795</sup> Créé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

patrimoine fiduciaire. Le fiduciaire est un associé atypique du contrat de société, car il participe à l'entreprise dans le cadre de sa mission fiduciaire. En tant que fiduciaire, il agit dans l'intérêt du bénéficiaire du contrat de fiducie et dans l'intérêt commun de la société. Il a *l'affectio societatis* nécessaire à la qualité d'actionnaire.<sup>1797</sup>

*1601.* Tout associé, y compris le fiduciaire, en raison de sa qualité, est amené, dans de multiples circonstances, à rendre des services à la société ou à d'autres personnes et à percevoir en contrepartie une rémunération. En outre, comme le fiduciaire, certaines personnes n'acquièrent des titres qu'en vue de les revendre, à plus ou moins brève échéance, et ne sont associées que de façon temporaire ;<sup>1798</sup> elles jouent, tout de même, un rôle important dans la réalisation et le succès d'opérations de financement des sociétés auxquelles elles s'associent, voire de restructurations ou de prises de contrôle.

*1602.* Le fiduciaire participe, en tant qu'associé, de façon temporaire, à la vie de la collectivité sociale. Il découle du contrat de fiducie que le fiduciaire ne peut pas agir contre l'intérêt commun des associés, sans sortir du cadre de sa mission fiduciaire. Il partage un intérêt commun avec les autres associés dans la mesure où il désire, lui-aussi, la réussite du projet. Il participe à la poursuite d'une ambition commune qui est durable, indépendamment de l'arrivée et du départ des associés, même s'il représente, « de façon fiduciaire », les intérêts d'autrui. Les intérêts du fiduciaire se concilient avec le projet social et s'apprécient en fonction des relations qu'il entretient avec le constituant et les bénéficiaires de la fiducie, c'est-à-dire, avec le propriétaire initial et le propriétaire final des droits sociaux.

*1603.* Le contrat de fiducie est un outil efficace pour mener à bien des opérations financières ou structurelles dans une société, où chacun a vocation à profiter. La

---

<sup>1796</sup> Voir *supra* p. 365 et suiv.

<sup>1797</sup> Le fait ou le sentiment de *l'affectio societatis*, à savoir que toute société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés, auquel se réfère le Code civil, à l'article 1833, modifié par Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978, est bien plutôt une ambition que le droit doit concrétiser, à partir d'une relation naturelle conflictuelle entre les groupes qui composent la famille des associés. Voir M.-A FRISON-ROCHE, « Régulation et droit des sociétés. De l'article 1832 du code civil à la protection du marché de l'investissement », in *Mélanges Dominique Schmidt*, Joly Éditions, 2005, p. 255, n° 13.

<sup>1798</sup> F. PASQUALINI, « Les conventions extrastatutaires, outils de modulation de la rémunération des associés », *Revue des sociétés* 2010, p. 79.

société elle-même peut avoir recours à la fiducie pour externaliser temporairement la gestion d'une activité de production, afin de la réorganiser, la restructurer, optimiser sa gestion ou la céder à terme. La fiducie contribue effectivement à l'organisation de la vie de la société ; elle est utilisée par les sociétés elles-mêmes, au travers leurs organes de direction.

*1604.* La société peut avoir recours à un contrat de fiducie pour des opérations de défaisance. La défaisance est une technique juridique et comptable qui permet de cantonner dans une fiducie un passif avec les actifs nécessaires à son autonomie. Elle met à l'écart les passifs, les activités et les actifs douteux d'entreprises afin d'éviter de nuire aux autres activités du groupe.

*1605.* Les fiducies existent pour la gestion de participations (I) ou pour réaliser des opérations de défaisance (II).

### ***I. Fiducie-gestion de participations***

*1606.* Dans un contrat de fiducie, le fiduciaire peut détenir et gérer des participations en capital (ou en dette) dans une ou plusieurs sociétés, cotées ou non-cotées. La fiducie est un mode de gestion indirecte de l'épargne, si l'intention des constituant-bénéficiaires est de confier des liquidités ou des titres à un fiduciaire, pour qu'il les investisse, les gère et obtienne des bénéfices et des plus-values pour leur compte. Au lieu de gérer personnellement son portefeuille, l'épargnant-constituant réalise un transfert chez un fiduciaire, à savoir un établissement de crédit, une société de gestion de portefeuille ou un cabinet d'avocats d'affaires, qui se charge de gérer l'épargne en investissant dans des valeurs mobilières. Cette gestion indirecte de l'épargne attire ainsi une catégorie d'épargnants qui ne souhaite pas avoir la charge et les soucis d'une gestion de portefeuille collective et qui cherche un véhicule d'investissement dédié et plus personnalisé qu'un OPCVM classique.

*1607.* La fiducie-gestion de participations est différente de la fiducie-gestion qui donne comme mission au fiduciaire d'organiser et de gérer lui-même une production industrielle ou une activité commerciale.<sup>1799</sup> Dans cette fiducie-gestion, le fiduciaire

---

<sup>1799</sup> Voir *supra* p. 352 et suiv.

dirige lui-même la production industrielle ou l'activité commerciale. La fiducie-gestion de participations ressemble à un OPCVM sans la participation du dépositaire ; la fiducie-gestion qui organise une activité de production dirigée par le fiduciaire ressemble à une société par actions simplifiée.

*1608.* Dans l'état actuel de la législation sur la fiducie, le constituant ne jouit d'une responsabilité limitée à ses apports à la fiducie que si le contrat de fiducie limite l'obligation du passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée. Est également valable une stipulation du contrat de fiducie qui met tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire ; cette clause est difficilement acceptée par le fiduciaire sans une rémunération en conséquence.<sup>1800</sup> Dans ce cadre, le choix de la fiducie est limité par rapport aux OPCVM et autres véhicules en droit des sociétés, telles que les sociétés par actions simplifiées ou à responsabilité limitée.

*1609.* En fonction des objectifs souhaités par le ou les constituants-bénéficiaires, le fiduciaire prend, détient et gère une participation en fonds propres dans une ou plusieurs sociétés ; il devient titulaire de titres représentatifs du capital social qui lui confèrent des droits pécuniaires et politiques dans les sociétés auxquelles il participe. La fiducie peut avoir uniquement une visée financière en gérant des participations minoritaires à forte rentabilité. Le but est d'optimiser la gestion d'un portefeuille de participations plus ou moins importantes. Le contrat de fiducie sert de cadre à des opérations de capital-investissement, d'acquisitions voire de fonds temporaire de préparation d'une introduction en bourse.

*1610.* Les sociétés elles-mêmes peuvent constituer des fiducies pour organiser leurs besoins. Un groupe de sociétés donne mission à un fiduciaire de servir de centrale de trésorerie, en dérogation au monopole bancaire, par le transfert d'actifs liquides et la mise en place d'une fiducie-sûreté rechargeable. La fiducie permet à deux sociétés-constituantes de mettre en commun des moyens humains et technologiques transférés à un fiduciaire, en vue de mutualiser les coûts et d'obtenir des résultats au bénéfice

---

<sup>1800</sup> Article 2025 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

des deux sociétés. Elle permet aussi de constituer une défense, en termes de prévention et de riposte, à des offres publiques hostiles.

1611. Le fiduciaire peut servir d'arbitre entre plusieurs constituants-bénéficiaires qui lui transfèrent la propriété de leurs titres pour gérer et exécuter des obligations réciproques convenues dans le cadre d'un pacte d'actionnaires. Les pactes d'actionnaires sont le reflet du rapport des forces entre fondateurs et investisseurs. Les parties consacrent une attention particulière à l'exécution effective des clauses qui permettent de renégocier le niveau de leurs participations ou leur sortie anticipée. Elles peuvent doubler un pacte d'actionnaires d'un contrat de fiducie-gestion pour faire respecter ces clauses et exécuter les engagements. La mission du fiduciaire est différente car les bénéficiaires ont des intérêts concurrents, voire opposés et confient au fiduciaire la tâche de les faire respecter.

1612. Des missions spécifiques en droit des sociétés, telles que la gestion d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) ou des initiatives d'engagement actionnarial, peuvent être données au fiduciaire qui les réalise pour le compte de la fiducie et au profit des bénéficiaires. L'engagement actionnarial (*shareholders engagement*) vise à infléchir le comportement de l'entreprise vers un niveau de responsabilité sociétale plus élevé, afin de prendre en compte les intérêts des actionnaires minoritaires et des autres parties prenantes (ONG de protection de l'environnement, salariés...).

1613. Les attentes des actionnaires varient selon le type d'actionnaire : les syndicats sont sensibles aux questions relatives aux droits des travailleurs,<sup>1801</sup> les investisseurs institutionnels sont sensibles aux questions de gouvernance, d'écologie, d'éthique et des atteintes aux droits de l'homme ou ayant un impact sur la communauté locale (*community involvement*). Les modalités d'activisme actionnarial confié à un fiduciaire sont diverses. La modalité principale est le dépôt de résolution, quelque soit la nature du mécontentement, à l'exception de l'insuffisance de performance. Le ciblage de la firme par « *proxy* » consiste à formaliser une proposition de résolution (*proxy proposal*).<sup>1802</sup>

---

<sup>1801</sup> Voir par exemple les initiatives du « *Service Employees International Union (SEIU)* » (Union International des Employés des Services), syndicat nord-américain représentant 2,2 million de travailleurs exerçant plus de 100 professions différentes aux États-Unis, à Porto Rico et au Canada, auprès de la société SODEXO en France.

<sup>1802</sup> V. SERRET, « L'engagement actionnarial : principes, enjeux et limites », *conférence Université de Bretagne-Sud*, 7 octobre 2008.

1614. Les fiducies de gestion de participations peuvent remplacer les sociétés holdings (A), ou servir à la gestion et à l'exécution de pactes extrastatutaires (B).

#### *A. Fiducies en lieu de sociétés holdings*

1615. La fiducie a un fonctionnement similaire à celui des sociétés holding lorsque le constituant bénéficiaire confie la gestion professionnelle de ses actifs à un fiduciaire ou lorsqu'une société décide d'externaliser ou de filialiser une de ses activités. En droit français, une holding est une société qui détient des participations dans le capital d'autres sociétés. Elle a pour vocation de regrouper des actionnaires qui souhaitent acquérir une influence significative dans les diverses sociétés détenues. Via des participations financières, la holding ou la fiducie gèrent et contrôlent des sociétés ayant des intérêts communs.

1616. En fonction de son objet et des modalités de constitution et de transfert des actifs, la fiducie est constituée par le transfert d'actions ou de liquidités à investir en actions. Elle a comme objet la gestion de ces participations (a.) ou elle peut avoir comme objet la gestion d'une activité économique spécifique (b.), suite au transfert par une société à la fiducie des actifs comportant une branche de son activité.

##### *a. Fiducie par apport de participations*

1617. Un ou plusieurs constituants, personnes physiques ou morales, apportent dans une fiducie, tout ou partie de leurs participations des sociétés dans lesquelles elles sont associées. La fiducie est constituée par les transferts des constituants-bénéficiaires, qui consistent en des droits sociaux émis par les sociétés dans lesquelles les constituants étaient jusqu'alors associés directement. En contrepartie de leurs apports, les constituants-bénéficiaires ont des parts de la fiducie, représentatives de leurs apports au patrimoine d'affectation. Corrélativement, le fiduciaire devient propriétaire des participations qui lui sont transférées et elles constituent le patrimoine d'affectation fiduciaire.

*1618.* La fiducie se substitue à une détention directe des droits sociaux. Le fiduciaire s'interpose entre les anciens associés des sociétés dont les titres sont l'objet du transfert en fiducie et ces mêmes droits sociaux. La fiducie permet aux actionnaires majoritaires d'une société cible d'accroître leur pouvoir grâce à leurs participations gérées par le fiduciaire. La fiducie gère ainsi et contrôle des sociétés ayant des intérêts communs. Elle permet à une personne ou à un groupe de personnes de détenir et éventuellement de contrôler sans apparaître en tant qu'actionnaire ou dirigeant des sociétés cibles. Le fiduciaire effectue des actions de contrôle, d'aide au lancement d'entreprises récemment créées, gère des brevets, des placements et des financements.

*1619.* Le fiduciaire est actionnaire et a tous les droits des actionnaires prévus par la loi. Il ne s'immisce pas dans la gestion des sociétés dans lesquelles il a investi. L'intérêt de la fiducie est de détenir de nombreuses participations, en bénéficiant de la neutralité fiscale des achats et des ventes de titres. Une fiducie-sûreté peut être prévue sur les actifs de la fiducie pour obtenir un emprunt complémentaire auprès du fiduciaire, avoir les liquidités nécessaires et accroître les investissements, assurant le contrôle de certaines sociétés.

*1620.* La loi n'interdit pas de mettre en place contractuellement un comité de direction de la fiducie, dans lequel un ou plusieurs constituants bénéficiaires sont représentés et prennent des décisions qui sont exécutées par le fiduciaire.<sup>1803</sup> Les frais de registre de la fiducie de 125 euros sont moins élevés que les frais au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS) pour les sociétés. Dès lors que les constituants sont désignés en qualité de bénéficiaires de la fiducie et que les écritures comptables demeurent identiques, les résultats de la fiducie sont imposés comme s'ils restaient la propriété des constituants proportionnellement à leurs apports.

*1621.* D'autres avantages de la fiducie sur les sociétés sont à souligner ; le fiduciaire ne doit pas déposer annuellement les comptes, enregistrer les augmentations de capital et effectuer une assemblée générale ordinaire une fois par an. Son obligation d'information est souple et aménageable dans le document de constitution de la

---

<sup>1803</sup> Voir *supra* p. 352 et suiv.

fiducie.<sup>1804</sup> Il doit simplement rendre compte de sa mission au bénéficiaire et au tiers protecteur, à leur demande, selon la périodicité fixée par le contrat.

1622 Le transfert de droits sociaux ou d'actifs à une fiducie peut avoir comme résultat le transfert par une société d'une branche de son activité, qu'elle exploitait directement jusqu'alors et qui sera gérée par le fiduciaire.

*b. Fiducie comportant transfert d'activités de production*

1623. Les actionnaires et les dirigeants d'une société décident de transférer en fiducie une branche de ses activités. La société constitue une fiducie-gestion à laquelle elle transfère une branche d'activité dont elle assurait jusqu'alors directement la gestion. A cet effet, elle réalise un transfert d'une partie de ses activités et de ses actifs dans une fiducie.<sup>1805</sup> La société est de ce fait le constituant et elle a des droits en tant que bénéficiaire sur les actifs qu'elle transfère au patrimoine fiduciaire. Contrairement aux opérations d'apport partiel d'actifs entre deux sociétés, la société constituante de la fiducie ne reçoit pas en contrepartie des titres émis par la fiducie car celle-ci n'est pas habilitée par la loi à émettre des titres.<sup>1806</sup> Entre sociétés, la société apporteuse peut conserver en portefeuille les actions qu'elle reçoit en rémunération de ses apports, ou les distribuer à ses actionnaires. Dans la mesure où cette distribution est imputée sur le capital, l'opération se traduit par une réduction du capital.<sup>1807</sup> Dans le contrat de fiducie, la société constituante (et ensuite ses actionnaires) est bénéficiaire des actifs qui ont été transférés temporairement au patrimoine fiduciaire.

1624. En fonction des actifs transférés, de la durée du transfert et de la mission donnée au fiduciaire, le constituant-bénéficiaire décide s'il veut consolider ou non les comptes.<sup>1808</sup> L'opération de transfert partiel d'actifs répond à diverses motivations, en particulier à la « filialisation » temporaire par transfert à un tiers fiduciaire d'une branche de production, en vue d'isoler une activité déficitaire, éventuellement pour sa

---

<sup>1804</sup> Article 2022 du Code Civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1805</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *La fiducie, mode d'emploi, op. cit.* paragraphe 180, p. 17.

<sup>1806</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2018-2 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 585.

<sup>1807</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1989, p. 725.

<sup>1808</sup> Voir *infra* p. 533 et suiv.

cession ultérieure, dans une volonté de recentrage de ses activités. Le transfert temporaire en fiducie est un moyen de rendre une branche d'activité autonome ; gérée séparément par le fiduciaire, pendant une durée déterminée, elle est dès lors mieux valorisée.

*1625.* Le transfert partiel d'actifs en fiducie évite la tenue d'une assemblée générale de la société bénéficiaire de l'apport qui doit décider de l'augmentation de capital par apport en nature. L'assemblée est impérative en cas d'apport partiel d'actifs entre deux sociétés existantes.<sup>1809</sup> En revanche, il n'y a pas lieu à approbation de l'opération par l'assemblée générale de la société nouvelle car le projet de statuts de celle-ci est approuvé par l'assemblée générale extraordinaire de la société scindée.<sup>1810</sup> En ce qui concerne la société constituante de la fiducie, en principe, seuls les organes de direction sont appelés à intervenir. Néanmoins, en fonction des actifs transférés au patrimoine fiduciaire, de la durée du transfert et de la mission donnée au fiduciaire, le transfert en fiducie d'une branche d'activité d'une société peut mettre en cause la structure de celle-ci.

*1626.* Il est donc nécessaire de déterminer l'organe compétent pour prendre la décision. Si normalement l'organe social compétent pour céder un bien figurant dans le patrimoine de la société est la direction,<sup>1811</sup> quelle que soit sa forme juridique, il en va différemment lorsque l'acte de disposition porte sur des biens dont l'importance est telle que son transfert à une autre entité, en l'espèce, une fiducie, conduit à modifier l'objet social de la société initiatrice de l'opération de transfert, même si la société constituante est bénéficiaire de la fiducie. Si le transfert nécessite une modification de l'objet social statutaire, la compétence est du ressort de l'assemblée générale extraordinaire, seule compétente pour modifier les statuts. Dans une telle circonstance, et sous peine de voir l'opération de transfert annulée, les dirigeants sociaux sollicitent l'autorisation de cette assemblée, dans laquelle les actionnaires minoritaires sont amenés à se prononcer. Ces derniers pourront diligenter une action

---

<sup>1809</sup> Articles L236-22 et L236-16 du Code de Commerce, modifié par LOI n°2011-525 du 17 mai 2011 - art. 64 (V) par renvoi aux articles L. 236-9, (modifié par LOI n°2011-525 du 17 mai 2011 - art. 64 V), L. 236-10 modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 57) et L. 236-11 (modifié par LOI n°2011-525 du 17 mai 2011 - art. 64 V) du même Code applicables à la scission.

<sup>1810</sup> Article L236-17 du Code de Commerce, modifié par LOI n°2011-525 du 17 mai 2011 - art. 64 (V).

<sup>1811</sup> Cass. Com., 21 janvier 1970, aff. Saupiquet Cassegrain : JCP G 1970, II, 16541, note B. Oppetit ; Cass. Com. Février 1975, aff. Castillon de Perron : Rev. Sociétés 1976. p. 93, note B. Oppetit.

en justice, sur le fondement de l'abus de majorité, si l'opération s'avère contraire à l'intérêt social ou génératrice d'une rupture d'égalité entre les associés.

*1627.* L'opération de transfert en fiducie se réalise à titre universel et entraîne la transmission à la fois des éléments d'actif et de passif de la branche de production transférée. Le transfert en fiducie porte sur un ensemble de biens, de droits ou d'obligations.<sup>1812</sup> Si le transfert en fiducie comporte la transmission de créances, elles doivent être notifiées aux débiteurs des créances cédées.<sup>1813</sup> De manière similaire, entre sociétés, si le régime des scissions n'a pas été choisi, le régime des augmentations de capital avec apport en nature s'applique et l'apport de créances doit respecter l'article 1690 du Code Civil.<sup>1814</sup> La formalité de l'article 2018-2 du Code Civil alourdit considérablement la souplesse du transfert temporaire en fiducie. Il ne devrait pas s'appliquer aux fiducies de transfert d'une branche d'activité constituées par une société et si la société constituante est bénéficiaire de la fiducie.<sup>1815</sup>

*1628.* Le transfert des éléments du passif dus par la société-constituante dans la fiducie implique la renonciation expresse des créanciers et leur accord sur la novation du débiteur ; sinon, ce transfert s'analysera en une délégation imparfaite qui ne décharge pas le constituant.<sup>1816</sup> Par analogie, en cas d'apport partiel entre deux sociétés soumis au régime des scissions, les deux sociétés sont solidairement tenues du passif de la société apporteuse transféré à la société bénéficiaire.<sup>1817</sup> Néanmoins, le traité d'apport<sup>1818</sup> peut décider que la société bénéficiaire n'est tenue que des dettes liés à l'actif apporté, auquel cas les créanciers non obligataires peuvent former opposition<sup>1819</sup> à la scission.<sup>1820</sup> Par ailleurs, si les actifs transférés à la fiducie sont importants et la durée prévue du transfert au patrimoine fiduciaire est longue, la société constituante et bénéficiaire de la fiducie doit, à notre avis, soumettre le projet de transfert partiel d'actifs en fiducie à l'assemblée d'obligataires<sup>1821</sup> ou proposer le

---

<sup>1812</sup> Rapport n° 11 du Sénat fait par M. Henri de Richemont, *op. cit.*

<sup>1813</sup> Article 2018-2 du Code Civil, créé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1814</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER, *ibid.*, n° 1989, p. 725.

<sup>1815</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2018-2 dans le projet de loi sur la fiducie, *infra*, p. 585.

<sup>1816</sup> Cass Com., 12 décembre 2006 : Rev. Sociétés 2007, p. 76, note D. Poracchia, sur le régime juridique des apports partiels d'actifs à titre particulier entre sociétés.

<sup>1817</sup> Article L. 236-20 du Code de Commerce.

<sup>1818</sup> Par dérogation aux dispositions de l'article L. 236-20 du Code de Commerce.

<sup>1819</sup> Dans les conditions et sous les effets prévus aux alinéas deuxième et suivants de l'article L. 236-14 du Code de Commerce.

<sup>1820</sup> Article L236-21 du Code de Commerce.

<sup>1821</sup> Conformément aux dispositions du 3° du I de l'article L. 228-65 du Code de Commerce.

remboursement des titres aux obligataires,<sup>1822</sup> même si la société est l'unique bénéficiaire de la fiducie.

*1629.* Si un ou plusieurs fonds de commerce sont compris dans le transfert en fiducie, il faut appliquer l'ensemble des procédés de publicité.<sup>1823</sup> Dans les 15 jours, le transfert doit être publié à la diligence du fiduciaire, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, dans le département où le fonds est exploité et, dans la quinzaine de cette publication, au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.

*1630.* La fiducie sert de cadre pour abriter les relations entre les actionnaires d'une société, de véhicule d'exécution d'une stratégie d'actionnaire minoritaire ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi, donné en mission au fiduciaire.

### ***B. Fiducies de gestion de pactes extrastatutaires***

*1631.* Un pacte d'actionnaires est une convention entre les seules parties signataires et à ce titre, il n'est pas opposable à la société elle-même. Conformément aux principes applicables à toute convention, le pacte tient lieu de loi aux associés qui ont souscrit.<sup>1824</sup> En pratique, le non respect d'un pacte d'actionnaires par l'un de ses signataires ne produit aucun effet à l'égard de la société cible et donne lieu simplement, à une indemnisation sous forme de dommages-intérêts, à la charge de la partie défaillante. Les droits et les obligations du pacte peuvent être transférés dans une fiducie pour garantir leur exécution ; le choix de la fiducie n'est pas disproportionné au but recherché.

*1632.* Par ailleurs, une mission spécifique peut être donnée à un fiduciaire, afin d'agir en tant qu'actionnaire dans une société, pour le compte de la fiducie et au profit des bénéficiaires. Il peut arriver que le constituant-actionnaire de la société ne veuille pas agir directement et exercer ses droits d'actionnaire dans la société. Il a alors recours à un fiduciaire, qui, en tant qu'actionnaire, exécute la mission

---

<sup>1822</sup> Article L236-18 du Code de Commerce, modifié par Loi n°2003-7 du 3 janvier 2003 - art. 50 (V) JORF 4 janvier 2003.

<sup>1823</sup> Prévues aux articles L. 141-12 à L. 141-18 du Code de Commerce.

<sup>1824</sup> Article 1134 du code civil, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

consistant, par exemple, à déposer de projets de résolutions externes aux assemblées générales. Les constituants-bénéficiaires de la fiducie apportent un certain nombre de titres au fonds fiduciaire, voire simplement leurs droits de vote démembrés, afin que le fiduciaire organise un dialogue avec la société, participe activement à l'assemblée générale, exerce leurs droits de vote et éventuellement organise et co-dépose une résolution collective externe d'actionnaires. La rémunération du fiduciaire est proportionnelle à la mission confiée.

1633. Une mission de gestion des intérêts et des engagements des parties à un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) peut être donnée au fiduciaire. Une cession avec un PSE crée une incertitude, notamment quant au sort des salariés. Les parties peuvent mettre en place une fiducie-gestion du PSE comme système sécurisé et pérenne pour garantir le règlement de toutes les sommes dues au titre du PSE, jusqu'à son terme.

1634. L'exécution des droits et des obligations d'un pacte peuvent être transférés dans une fiducie (a.), et une mission fiduciaire spécifique au droit des sociétés peut être donnée au fiduciaire (b.).

a. Transfert des droits du pacte d'actionnaires en fiducie.

1635. Les titres d'un pacte de préférence ou encore d'une promesse de vente ou d'achat, peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire. Le fiduciaire a la mission d'exécuter fidèlement les dispositions du pacte d'actionnaires et, notamment, d'assurer le transfert des titres au bénéficiaire en cas d'exercice de l'option par celui-ci. En outre, les parties peuvent convenir que les constituants-bénéficiaires conservent le contrôle, les droits de vote et les fruits des titres transférés dans le patrimoine fiduciaire.<sup>1825</sup> La fiducie-gestion assure l'exécution des clauses du pacte d'actionnaires qui confèrent un droit de préemption entre associés en cas de cession de parts. Le fiduciaire est aussi en charge d'exécuter les clauses de sortie conjointe et proportionnelle qui permettent aux minoritaires de vendre leurs participations aux mêmes conditions financières que les majoritaires (*take along clause*). De même, le fiduciaire fait respecter les clauses de "*trade sale*" qui obligent les minoritaires à

---

<sup>1825</sup> R. DAMMANN, G. POUDEUR « Fiducie-gestion et pacte d'actionnaires », *article précité*, p. 653.

vendre leurs participations si les majoritaires disposent d'une offre d'acquisition sur l'ensemble des titres de la société.

*1636.* La question est de savoir si l'utilisation d'un contrat de fiducie et le transfert des droits de propriété au fiduciaire pour faire respecter les stipulations d'un pacte d'actionnaires ne sont pas disproportionnés par rapport au but recherché, à savoir exécuter les obligations du pacte. L'opération présente la divergence propre aux opérations fiduciaires, entre le but poursuivi et le moyen choisi pour la réaliser. Cette divergence a lieu lorsque les parties optent pour une forme juridique dont les effets excèdent ce qui est exigé en pratique pour atteindre le but poursuivi. Est-il nécessaire de transférer les droits de propriété des parties sur leurs actions à un fiduciaire pour exécuter une convention qui tient lieu de loi entre les parties et dont les engagements doivent être exécutés de bonne foi ?<sup>1826</sup>

*1637.* Lorsque la propriété d'un bien immeuble donnée en garantie est inscrite au nom du créancier pour garantir une créance, l'opération est fiduciaire et de ce fait, elle n'est pas disproportionnée. Le registre fait apparaître le créancier comme propriétaire de l'immeuble, pour tous les effets légaux, et non comme simple titulaire d'un droit réel de garantie ; l'arrangement reste restreint aux relations entre le créancier et le débiteur.

*1638.* Les parties à un pacte d'actionnaires, en pleine connaissance et de leur propre volonté, acceptent de transférer la propriété de leurs titres à un tiers fiduciaire, avec l'objectif de sécuriser la parfaite exécution des obligations convenues au titre du pacte d'actionnaires. Le moyen juridique choisi, à savoir le transfert de propriété, n'est donc pas disproportionné par rapport au but poursuivi qui est l'exécution, par les parties, des obligations qu'elles ont contractées. La mission donnée au fiduciaire d'exécuter les clauses du pacte d'actionnaires en faveur des bénéficiaires de la fiducie, grâce à la propriété fiduciaire qu'il a sur les titres, est spécifique aux opérations fiduciaires. Elle consiste à devenir titulaire temporaire de la propriété des biens transmis en fiducie, dans un but déterminé et au profit de tiers bénéficiaires.

---

<sup>1826</sup> Article 1134 du Code Civil, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

1639. La mission d’agir en tant qu’actionnaire pour le compte de la fiducie dans une société ou de gérer les droits et les obligations d’un plan de sauvegarde de l’emploi, sont aussi des buts fiduciaires.

b. Mission donnée au fiduciaire en droit des sociétés

1640. La société de gestion de portefeuille Phitrust Active Investors, en qualité de fiduciaire, a conclu un contrat de fiducie avec deux Organisations Non Gouvernementales « *Greenpeace France* » et le « *Natural Resources Defense Council (NRDC)* », qui voulaient participer en tant qu’actionnaires à la vie économique de sociétés en France et en Europe. Les constituants-bénéficiaires de la fiducie voulaient participer, par l’intermédiaire du fiduciaire, aux assemblées générales des sociétés cotées et déposer des résolutions externes, notamment à l’assemblée générale de la société TOTAL.<sup>1827</sup>

1641. Dans leurs statuts, les associations et ONG ne sont pas habilitées à détenir de quantités importantes d’actions des sociétés cotées et, encore moins si ces sociétés réalisent des activités contraires aux convictions ou à l’objet des associations, telles que, par exemple, l’exploitation de sables bitumineux ou le financement des projets nucléaires à haut risque. C’est pourquoi les associations ont cherché un actionnaire professionnel afin de lui confier une mission fiduciaire spécifique, à savoir la mise en place d’initiatives d’engagement actionnarial.

1642. Les initiatives d’engagement actionnarial exigent un savoir faire et une technique du droit des sociétés qui ont été développés par le fiduciaire en France. La mission du fiduciaire consiste notamment en la mise en place des initiatives privées d’engagement, par l’envoi de lettres au Président de la société et des entretiens avec les dirigeants pour établir un dialogue sur des sujets environnementaux, sociaux et de gouvernance. Le fiduciaire met en place des initiatives publiques, à savoir des réunions avec des investisseurs et des relations avec la presse, afin de débattre publiquement sur des sujets ESG-RSE (environnement, social et gouvernance) et

---

<sup>1827</sup> Certains parmi les constituants, dont Greenpeace, avaient déjà déposé des résolutions à l’assemblée générale de BP et de Shell en Angleterre, pour demander plus d’information à ces sociétés cotées sur des sujets environnementaux et sociaux liés à l’exploitation des sables bitumineux.

déposer des résolutions externes aux assemblées générales. Les parties au contrat de fiducie s'inscrivent dans une démarche d'amélioration de la responsabilité sociale des entreprises cotées (RSE).

*1643.* Le patrimoine fiduciaire est constitué des apports en argent liquide des constituants-bénéficiaires au moment de la constitution de la fiducie et de nouveaux apports à l'arrivée de nouveaux constituants. Le fiduciaire utilise le fonds fiduciaire pour acheter des actions des sociétés cibles et pour organiser des petits-déjeuners et des réunions de présentation aux investisseurs institutionnels des résolutions à déposer aux assemblées générales. Le fiduciaire doit, dans le cadre de sa mission, présider des réunions de préparation pour mener à bien les initiatives d'engagement actionnarial qui permettent les échanges d'information et une discussion sur ses propositions de rédaction des projets de résolution. Il recueille les attestations de détention des titres des co-déposants pour les dépôts de résolutions externes, communique avec le département juridique des sociétés cibles, dépose conjointement la résolution et en général effectue toutes les tâches administratives nécessaires au dépôt de résolution.<sup>1828</sup>

*1644.* Les parties conviennent que le contrat de fiducie limite l'obligation du passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Dans ses rapports avec les tiers, lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il en fait expressément mention, par exemple, dans l'envoi de lettres aux conseils d'administration des sociétés ou lors de questions orales aux assemblées générales. Les constituants-bénéficiaires procèdent au paiement des honoraires du fiduciaire. Ils considèrent qu'il n'est pas nécessaire de désigner un tiers protecteur chargé de la préservation de leurs intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat.

*1645.* D'autres exemples de missions, données au fiduciaire afin de garantir l'exécution d'engagements pris par un employeur à l'égard de certains salariés dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, sont exposés par le cabinet Clifford Chance à Paris,<sup>1829</sup> et par le cabinet Jeantet. Les praticiens de ce dernier<sup>1830</sup> expliquent

---

<sup>1828</sup> De plus, il doit présenter oralement la résolution déposée à l'assemblée générale de la société cible, poser des questions écrites ou orales additionnelles, rédiger des communiqués de presse pour faire connaître les résultats du dépôt et gérer les entretiens avec la presse.

<sup>1829</sup> R. DAMMANN, G. POUDEUR, « La fiducie en pratique », *article précité*.

que la société Rol Pin, spécialisée dans la fabrication de contreplaqué, met en place, au premier trimestre 2010, un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) créant à sa charge des engagements à l'égard de ses salariés ou de tiers, au titre de diverses prestations visées par ce PSE (de formation et/ou de reclassement). Fin octobre 2010, la société Rol Pin est cédée à un fonds d'investissement aux termes d'un contrat de cession qui ne remet pas en cause le PSE. Les parties mettent en place une fiducie qui recevra les sommes nécessaires pour répondre aux engagements du PSE.

*1646.* Cette fiducie est conclue entre le constituant, la société Rol Pin, le fiduciaire, la société de gestion de portefeuille Equitis et le cédant, la société Smurfit Kappa, propriétaire de sa filiale Rol Pin, qui contribue aux versements destinés à la fiducie, en application de ses accords avec le cessionnaire. Smurfit Kappa est donc aussi constituant car il verse des liquidités à la fiducie. Les tiers bénéficiaires ne sont pas signataires de la convention de fiducie ; ils sont désignés nommément et le fiduciaire reçoit leurs coordonnées pour procéder à leurs paiements.

*1647.* La mission du fiduciaire consiste à recevoir les sommes transférées par les constituants, à les placer sur un compte bancaire dédié, à effectuer à bonne date les paiements aux bénéficiaires prévus dans l'échéancier établi par les constituants et à répondre aux instructions de ceux-ci pour des paiements dans le cadre du PSE, à effectuer auprès de tiers. Les praticiens du Cabinet Jeantet<sup>1831</sup> expliquent que ces sommes auraient pu être versées dans les caisses de la société ou mises sous séquestre, mais, dans un cas comme dans l'autre, elles n'auraient pas cessé d'appartenir à la société et donc d'être sujettes à d'éventuelles remises en cause ou exposées aux aléas de sa situation financière et aux revendications de ses créanciers. La fiducie favorise l'obtention d'un avis positif des instances représentatives du personnel sur le projet de cession car elle sécurise les bénéficiaires dont les droits au titre du PSE ne peuvent plus être remis en cause par les constituants.

---

<sup>1830</sup> Th. BRUN, B. TESTON, « Un exemple de fiducie: la sécurisation des paiements dus au titre d'un PSE », *Actualité de la fiducie* N° 6, novembre 2010. Jeantet Associés AARPI.

<sup>1831</sup> Th. BRUN, B. TESTON, *ibid.*

1648. D'autres opérations fiduciaires, telles que les opérations de défaisance, utilisent le transfert fiduciaire de propriété pour améliorer l'image du bilan de la société.

## II. Opérations de défaisance

1649. Les opérations de « défaisance » ont une intention avouée d'impact sur le bilan du constituant, car le but premier est bien, pour lui, de se défaire de passifs ou d'actifs en les transférant dans un contrat de fiducie. Les actifs et les passifs sont qualifiés de « *douteux, toxiques et voués à la plus radicale des chirurgies, l'amputation.* »<sup>1832</sup> Il peut s'agir d'une défaisance de dette consistant à isoler et externaliser, hors du bilan du constituant, une dette et les actifs, actuels ou futurs, qui permettront à terme de faire face à cette dette, ou d'une défaisance d'actifs indésirables que le constituant aurait à provisionner dans son propre bilan.

1650. La réorganisation du passif conduit la société à diriger tout ou partie de ses dettes vers une structure extérieure, à savoir une fiducie de droit français. Le but est que la société-constituante améliore son image bilancielle auprès des investisseurs. La loi française n'organise pas un régime de cession de dettes symétrique à celui de la cession de créances. Les techniques de la novation<sup>1833</sup> ou de la délégation<sup>1834</sup> s'appliquent aux transferts de passifs en fiducie. La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère pas de novation si le créancier ne déclare pas expressément qu'il entend décharger son débiteur qui a fait la délégation.

1651. La défaisance de dette (*in-substance defeasance*) est une technique de déconsolidation comptable qui englobe des opérations de transfert de passifs ; une société-constituante crée une fiducie dans ce but et le fiduciaire assure, dans sa mission, le service de la dette au moyen de titres qui sont également transmis au patrimoine d'affectation. L'opération permet la remise à neuf du bilan dans la perspective d'améliorer le ratio d'endettement sur fonds propres ; elle équivaut, sur le plan économique, à l'extinction d'une dette figurant au passif du bilan. En

---

<sup>1832</sup> Th. BRUN, B. TESTON, « La fiducie comme structure de défaisance », *article précité*.

<sup>1833</sup> Article 1271 du Code Civil, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

disparaissant, l'emprunt devient une mention sous la forme d'un engagement hors bilan. Le service et l'amortissement de la dette sont confiés au fiduciaire qui assure sa mission, aux moyens de revenus et de la vente à terme de valeurs mobilières liquides. Les valeurs mobilières sont transmises au fiduciaire dans le même temps par le constituant.

*1652.* Des opérations de transfert pour le refinancement de créances douteuses ont été aussi qualifiées de défaisance, dans le cadre de la réorganisation du bilan d'une société. Elles consistent à gérer au mieux, hors de son périmètre comptable, un actif dont la valeur et le rendement sont compromis ; l'objectif est de sortir des actifs douteux du bilan. Le régime de cession des créances dans une fiducie s'applique même si celles-ci sont douteuses ou peu liquides, car elles restent des créances et ne sont pas des dettes.

*1653.* Nous allons exposer, dans un premier temps, le cadre général du transfert de passifs et d'actifs douteux en fiducie (A), et analyser, dans un second temps, le traitement comptable des opérations de défaisance (B).

#### *A. Cadre général du transfert de passifs et d'actifs douteux en fiducie*

*1654.* En autorisant le transfert « d'un ensemble » de biens, droits ou sûretés, la loi autorise les transferts, à titre universel, en fiducie portant sur un actif et sur un passif. La loi sur la fiducie concerne un ensemble de biens et se réfère au patrimoine fiduciaire, composé des éléments transmis au fiduciaire. L'article 12 de cette loi<sup>1835</sup> prévoit que les éléments d'actif et de passif, transférés dans le cadre de l'opération, forment le patrimoine d'affectation. Les opérations affectant celui-ci sont l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire. Un patrimoine composé de créances et de dettes peut être transféré dans une fiducie. Le patrimoine fiduciaire ainsi constitué, en vertu du contrat de fiducie, peut être composé d'éléments de passif d'une valeur supérieure à celle des éléments d'actifs présents.

---

<sup>1834</sup> Article 1275 du Code Civil, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

<sup>1835</sup> Loi n° 2007-211 sur la fiducie du 19 février 2007. L'article 12 n'a pas été codifié dans le Code Civil mais figure comme une note à l'article 2011 de ce même Code.

1655. Les termes employés par la loi, même s'ils ne sont pas explicites, autorisent le transfert de dettes. Le Cabinet Lefebvre<sup>1836</sup> affirme que le législateur n'a pas saisi l'occasion des dernières réformes au régime de la fiducie pour ajouter à l'article 2011 du Code Civil la faculté de transférer une dette, que certains praticiens réclamaient. Jean-Philippe Dom<sup>1837</sup> affirme que la loi sur la fiducie<sup>1838</sup> vise uniquement le transfert de droits ; ces droits ne recouvrent pas les obligations. Selon lui, seuls sont transmis, d'une part l'actif dans les limites de l'assiette des droits transférés et d'autre part, les risques dans les limites de la mission donnée par le constituant au fiduciaire.

1656. Dans son rapport sur la fiducie,<sup>1839</sup> le législateur explique que le terme générique de droits permet de viser des droits personnels, par exemple, des droits de propriété intellectuelle mais aussi des contrats. Les droits transférés sont présents ou futurs. La fiducie porte sur des éléments de patrimoine qui ont, le cas échéant, un caractère simplement conditionnel. En revanche, les droits transmis ne sauraient être des créances purement éventuelles. Ce vocable englobe des droits spécifiques, tels que les droits à polluer issus du protocole de Kyoto.<sup>1840</sup>

1657. La fiducie est de ce fait utilisée dans le cadre d'opérations de défaisance, par lesquelles le constituant transfère une partie de ses dettes, accompagnée de certains actifs, à un fiduciaire qui est chargé d'assurer le service de la dette. En revanche, sont interdites les fiducies qui emportent uniquement un transfert de dettes, pour éviter que la fiducie permette à une personne de se décharger de l'intégralité de son passif, au mépris des droits des créanciers.

1658. La fiducie-défaisance peut avoir un but de transfert de passifs (*in substance defaisance*) (a.) ou un but de transfert d'actifs douteux (b.).

---

<sup>1836</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *La fiducie, mode d'emploi, op. cit.*, paragraphe 180. p. 18.

<sup>1837</sup> J. Ph. DOM, « La fiducie instrument de défaisance », *Journal des Sociétés* n° 47, octobre 2007, p. 32.

<sup>1838</sup> A l'article 2011 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1839</sup> Rapport n° 11 du Sénat de M. Henri de Richemont, *loc. cit.*

<sup>1840</sup> Le législateur vise aussi des droits réels principaux, tels que des droits de propriété, des droits d'usufruit ou des servitudes, ou accessoires.

a. Fiducie défaisance de passifs (in substance defaisance)

1659. La défaisance permet le transfert au fiduciaire de passifs accompagnés d'actifs dédiés au service de la dette du constituant. La novation s'opère lorsqu'un nouveau débiteur (le fiduciaire) est substitué à l'ancien débiteur-constituant de la fiducie qui est déchargé expressément par les créanciers. A défaut d'effet novatoire, on est en présence d'une délégation imparfaite de paiement ;<sup>1841</sup> le fiduciaire ne libère pas le constituant de son obligation à l'égard de ses créanciers. Même si la dette est effectivement transférée dans le patrimoine fiduciaire, l'engagement initial du constituant n'est pas éteint par l'effet de la délégation. Le créancier bénéficie de deux débiteurs au lieu du débiteur originel.

1660. L'intérêt du constituant est que sa dette disparaisse de son bilan. Seule une information relative au coût de l'opération et au montant restant à rembourser figure dans l'annexe du bilan. A cet effet, ce montage déconsolidant doit échapper à l'obligation du constituant de consolider ses comptes avec l'entité « *ad hoc* », c'est-à-dire la fiducie, qui ne doit pas entrer dans le périmètre de consolidation.<sup>1842</sup> La consolidation des comptes a pour objectif de présenter le patrimoine, la situation financière et le résultat d'exploitation de plusieurs entités sur lesquelles s'exerce un contrôle commun comme s'il s'agissait d'une seule et même société. Tout montage déconsolidant qui tend à sortir du bilan un passif lourd en le confiant à un fiduciaire, conduit à brouiller cette image. Lorsque la fiducie, en tant qu'entité de défaisance, entre dans le périmètre de consolidation de la société-contrôlante et constituante, celle-ci n'est pas déchargée de ses obligations inhérentes à l'actif ou au passif ainsi transféré. A ce titre, ne sont déconsolidées que les fiducies qui prennent la totalité des risques liés à l'opération sans laisser aucun risque au constituant-déconsolidant.

1661. Les parties doivent limiter contractuellement au seul patrimoine fiduciaire l'obligation au passif fiduciaire.<sup>1843</sup> Compte tenu des effets limitatifs, cette éventualité n'est néanmoins opposée aux créanciers que s'ils l'ont expressément

---

<sup>1841</sup> Visée par les articles 1275 et suivants du Code Civil, créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

<sup>1842</sup> Au sens de l'article L 233-16 du Code de Commerce, modifié par Loi n°2003-706 du 1 août 2003 - art. 133 (V) JORF 2 août 2003.

<sup>1843</sup> Article 2025 du Code Civil

acceptée par acte écrit.<sup>1844</sup> Les parties peuvent aussi stipuler dans le contrat de fiducie qu'en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire pour répondre aux créances nées de sa gestion ou de sa conservation ainsi qu'à certaines créances contractées par le constituant antérieurement à la conclusion de la fiducie, le passif est imputé en tout ou partie sur le patrimoine personnel du fiduciaire.

1662. Selon le Cabinet Jeantet,<sup>1845</sup> la gestion des obligations et des coûts de démantèlement est une application de « défaisance fiduciaire ». L'obligation de remise en état d'un site industriel doit être l'objet d'une provision, dans les livres de l'entreprise (fiscalement non déductible), de la totalité des coûts relatifs à cette obligation. Il est possible de cantonner les passifs et les actifs en transférant l'obligation de démantèlement à une fiducie, avec les ressources nécessaires pour y faire face, par exemple, des financements. Cette affectation garantit la permanence des ressources, contrairement à la provision logée dans les livres du débiteur de l'obligation, sujette aux vicissitudes de sa situation financière. Le débiteur se décharge ainsi de l'obligation.

1663. De façon similaire, la fiducie concerne la défaisance d'actifs.

b. Fiducie-défaisance d'actifs douteux

1664. Des actifs peu rentables, des créances douteuses ou litigieuses dont le recouvrement n'est pas assuré, sont transférés à une fiducie, avec le but d'une optimisation bilancielle chez le constituant. Les avocats Thierry Brun et Benoît Teston<sup>1846</sup> expliquent que les actifs concernés sont de toute nature et de toute forme de « toxicité » : fûts de dioxine ou portefeuilles de crédits « sub-prime ». Il ne s'agit plus d'une délégation de dette mais d'une cession de créance, au terme de laquelle le créancier-constituant-cédant transfère à un fiduciaire-cessionnaire ses créances contre un ou plusieurs débiteurs cédés, moyennant le paiement d'un prix. L'article 1689 du Code Civil<sup>1847</sup> prévoit le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un

---

<sup>1844</sup> Rapport n° 3385 par M. Xavier de Roux, député, *op. cit.*, p.13.

<sup>1845</sup> Th. BRUN, B. TESTON, *loc. cit.*, p. 1.

<sup>1846</sup> Th. BRUN, B. TESTON, *ibid.*, p. 1.

<sup>1847</sup> Créé par Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804.

tiers ; la délivrance est opérée entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre.<sup>1848</sup>

1665. Jean-Marc Moulin<sup>1849</sup> affirme : « *on se trouve dans une hypothèse de titrisation mise en œuvre hors du cadre légal prévu par le législateur.* » Il explique que le cessionnaire est seul à assumer les risques liés aux créances transmises. Le cédant ne garantit au cessionnaire que l'existence de la créance au jour de son transport et non la solvabilité du débiteur cédé. Le risque de la défaillance d'actifs par rapport à la défaillance de passifs est plus important. C'est la raison pour laquelle la gestion d'actifs douteux s'accompagne souvent de la mise en place d'un système de garanties et de sûretés personnelles données par la société cédante-constituante.

1666. Pour que l'opération de fiducie-défaillance d'actifs soit efficace, les actifs mis en fiducie sont gérés hors du périmètre comptable de la société constituante. De cette façon, les créances n'apparaissent plus à l'actif du bilan de la société initiatrice de l'opération ; elles sont l'objet d'une mention dans l'annexe du bilan. La déconsolidation des actifs ou des passifs transférés dans la fiducie a un traitement juridique et comptable bien défini.

### ***B. Traitement comptable de la fiducie-défaillance***

1667. Selon les normes comptables françaises, la fiducie de défaillance offre la possibilité d'une sortie comptable d'un passif ou d'un actif indésirable. Les fiducies de droit français ont un traitement comptable spécifique qui est aussi applicable aux fiducies-défaillance (a.). Certaines conditions juridiques et comptables doivent être remplies pour que la comptabilisation des actifs et des passifs transférés dans la fiducie de défaillance se déroule en dehors du périmètre de consolidation (b).

---

<sup>1848</sup> Voir *supra* 386 et suiv.

<sup>1849</sup> J. M. MOULIN, *op. cit.*, p. 543.

a. Comptabilité de la fiducie applicable à la défaisance

1668. Le patrimoine d'affectation comprend des éléments d'actifs et de passifs qui se traduisent par le transfert d'un actif net positif, c'est-à-dire, des actifs supérieurs aux passifs, ou d'un passif net, à savoir des passifs supérieurs aux actifs ; le transfert de passifs isolés n'est pas valide.

1669. La constitution de la fiducie modifie les droits ou les obligations du constituant afférents aux biens, droits ou sûretés transférés dans la fiducie, y compris dans le cas où le constituant conserve le contrôle ; même dans cette situation, tout au long de la fiducie, ses droits ou ses obligations sont limités aux fruits ou aux charges générés par ces biens dont il n'a plus la disposition. Au terme de la fiducie, les droits ou les obligations du constituant portent sur leur restitution en nature ou en valeur. Ces droits sont de nature spécifique, fixés par les termes du contrat dès lors que le constituant n'a aucune possibilité de les modifier unilatéralement.

1670. Lors du transfert des biens dans le patrimoine de la fiducie, il faut comptabiliser une contrepartie dans les comptes de bilan du constituant.<sup>1850</sup> La contrepartie est différente selon que la valeur des actifs excède ou non le montant du passif mis en fiducie. Lorsque le montant des éléments de passif excède le montant des éléments d'actif, il faut constater une obligation<sup>1851</sup> qui est enregistrée au passif du bilan avec l'ensemble des emprunts et des dettes financières. Lorsque le montant des éléments d'actif excède le montant des éléments du passif mis en fiducie, les droits, analogues à ceux des investisseurs financiers,<sup>1852</sup> relèvent de la catégorie d'un actif financier, quelle que soit la nature des biens mis en fiducie.<sup>1853</sup> En outre, l'opération de transfert des éléments au patrimoine d'affectation de la fiducie est enregistrée au compte de résultat du constituant.<sup>1854</sup>

---

<sup>1850</sup> Règlement n° 2008-01 du 3 avril 2008.

<sup>1851</sup> Dénommée « 162 - Obligations représentatives de passifs nets remis en fiducie ».

<sup>1852</sup> Comme les porteurs d'obligations, fonds séquestrés en garantie, fonds communs par exemple.

<sup>1853</sup> Dénommé « 2661 - Droits représentatifs d'actifs nets remis en fiducie » au sein de l'actif immobilisé.

<sup>1854</sup> Dans un sous compte « 7741 - Opérations liées à la constitution de la fiducie - transfert des éléments », du compte « 774 - Opérations de constitution ou liquidation des fiducies » pour les produits, ou un sous compte « 6741 - Opérations liées à la constitution de la fiducie - transfert des éléments », du compte « 674 - Opérations de constitution ou liquidation des fiducies » pour les charges.

1671. Selon Jean-Philippe Dom,<sup>1855</sup> les principes comptables enlèvent la plupart de son intérêt à la défaisance d'actifs. Il explique que, même si la fiducie-défaisance d'actifs permet la sortie des biens ou de certains de ses démembrements de l'actif du constituant, elle génère une immobilisation correspondant à la contrepartie du transfert. Si le constituant est aussi le bénéficiaire, elle emporte l'obligation de constituer une provision ou une dépréciation en cas de perte ultérieure de valeur.

1672. Etant donné que la valeur à laquelle les actifs mis en fiducie sont transférés dépend du contrôle exercé par le constituant sur la fiducie, les actifs sont évalués à la valeur comptable si le constituant conserve le contrôle. Aucune plus ou moins-value n'est dégagée du fait de la mise en fiducie. Par contre, si le constituant perd le contrôle des actifs, leur valeur vénale est à retenir ; une plus ou moins-value est alors éventuellement dégagée et aucune dépréciation ou provision n'a lieu d'être comptabilisée en cas de perte ultérieure de valeur.

1673. Suivant les normes françaises, en ce qui concerne la fiducie-défaisance de passifs, la dette sort du bilan de la société-constituante de la fiducie. La dette, les titres ou liquidités et les éléments qui s'y rapportent sortent du bilan pour le montant pour lequel ils figurent le jour de l'opération. La différence entre les montants de sortie des titres ou des liquidités et les montants de la dette et des éléments qui s'y rapportent, plus les commissions, participe au résultat de l'exercice de réalisation de l'opération. L'information relative à l'opération, quant à ses conséquences financières et à son coût global, figure dans l'annexe de l'exercice de réalisation de l'opération. Jusqu'à l'extinction juridique de la dette, l'annexe comprend une information relative à l'opération et au montant restant à rembourser ; celui-ci est, par ailleurs, inclus dans les engagements financiers.

1674. Le but est que la fiducie-défaisance se réalise en dehors du périmètre de consolidation du constituant.

---

<sup>1855</sup> J. Ph. DOM, « La fiducie instrument de défaisance », *ibid.*, p. 33.

b. Fiducie-défaisance en dehors du périmètre de consolidation

1675. Pour que la comptabilisation de la dette ou des actifs douteux transférés dans la fiducie de défaisance se réalise en dehors du périmètre de consolidation, le constituant doit perdre le contrôle sur les biens transférés dans la fiducie et doit transférer tous les risques supportés par les biens mis en fiducie. La notion de contrôle est la même que celle retenue dans les comptes consolidés, établis suivant les règles comptables françaises, afin d'assurer une cohérence de traitement entre les deux jeux de comptes. Le critère de contrôle, défini à l'article 211-1 du règlement n°99-03 relatif au plan comptable général, est appliqué pour évaluer les éléments transférés par le constituant à la fiducie, afin d'avoir une méthode d'évaluation homogène des comptes individuels et consolidés. Il n'est pas retenu pour définir les conditions de comptabilisation de ces éléments, en raison de l'application du principe de la propriété juridique posé par la loi.

1676. Les critères prévus pour la détermination du contrôle des entités *ad hoc* des règlements relatifs aux comptes consolidés s'appliquent parce que la fiducie est comparable à une entité *ad hoc*, c'est-à-dire, une structure juridique distincte, créée pour gérer une opération ou un groupe d'opérations pour le compte d'une entreprise.<sup>1856</sup> Le constituant doit perdre les avantages et les risques économiques afférents aux éléments remis à la fiducie. Il n'est donc pas bénéficiaire ou l'unique bénéficiaire car il ne doit pas conserver le bénéfice de l'intérêt résiduel sur les actifs en fin de contrat de fiducie.<sup>1857</sup> La perte du pouvoir de décision du constituant est déterminante pour qualifier la perte de contrôle. La conservation de la majorité des risques et des avantages économiques afférents aux actifs transférés dans la fiducie constitue une présomption de conservation d'une partie significative du pouvoir effectif de décision.

1677. Dans une fiducie-défaisance, le constituant ne conserve aucun pouvoir de gestion ou de décision sur la fiducie ou sur les actifs qui la composent. La fiducie doit être irrévocable ; aucune prérogative ne doit être stipulée dans le contrat de fiducie au

---

<sup>1856</sup> Règlement n°99-02 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques, Règlement n°99-07 relatif aux règles de consolidation des entreprises relevant du CRBF et Règlement n° 2000-05 relatif aux règles de consolidation et de combinaison des entreprises régies par le code des assurances, des mutuelles et unions régies par le code de la mutualité et des institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural.

bénéfice du constituant, même si elles ne sont pas effectivement exercées. Le constituant respecte l'étendue des pouvoirs de gestion qui sont donnés au fiduciaire selon les termes du contrat de fiducie-défaisance. Le constituant n'a pas, de fait, la capacité de bénéficier des avantages économiques de la fiducie, que ce soit sous forme d'affectation du résultat ou de droit à une quote-part d'actif net ou à la majorité des actifs résiduels en cas de liquidation.<sup>1858</sup>

*1678.* Les biens sont remis à une personne différente du constituant, le fiduciaire, qui supporte seule les risques à partir du transfert. La société-constituante perd le contrôle sur la fiducie. Lorsque le contrat est conclu avec plusieurs constituants, une mutualisation effective des risques et avantages résiduels éventuels est mise en place au sein de la fiducie. La répartition des risques est fixée dans le contrat de fiducie. L'existence d'un mécanisme d'autopilotage, comme la prédétermination de la mission du fiduciaire dans le contrat, ne préjuge pas du contrôle effectif de la fiducie par une des parties. Lorsqu'un tel mécanisme oriente les décisions dans l'intérêt d'une des parties, et notamment vers le constituant, celui-ci est considéré comme exerçant un contrôle de fait. Le transfert en fiducie est irrévocable, c'est-à-dire que l'acceptation du bénéficiaire est nécessaire.<sup>1859</sup> L'irrévocabilité du transfert peut être expressément stipulée dans le contrat de fiducie.

*1679.* Pour garantir une indépendance économique et juridique absolue de la fiducie, les titres et les liquidités transférés sont affectés de manière exclusive au service de la dette. Ils doivent être exempts de risques relatifs à leur paiement, à leur échéance, être émis dans la même monnaie que la dette, avoir des échéances en principal et intérêts tels que les flux de trésorerie dégagés qui permettent de couvrir le service de la dette. Le fiduciaire assure l'affectation exclusive des titres et des liquidités qu'il a reçus au remboursement de la dette. De plus, il faut prévoir, si possible, des apports en fiducie de biens fongibles.<sup>1860</sup> Le contrat de fiducie met en place les conditions de déconsolidation de la fiducie-défaisance.

---

<sup>1857</sup> Règlement n° 2008-01 du 3 avril 2008.

<sup>1858</sup> Règlement n° 2008-01 du 3 avril 2008.

<sup>1859</sup> Article 2028 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1860</sup> J-F Adelle, X. PAPER, « La Fiducie dans les Financements d'Infrastructures », *op. cit.*, p.3.

*1680.* **Conclusion du premier chapitre.** La fiducie de droit français permet de structurer des opérations de façon purement contractuelle, en évitant les structures sociétales, avec leur cortège de formalités et de coûts. Elle bénéficie d'un régime de neutralité comptable et fiscale et d'une étanchéité dans le cadre des procédures collectives. Elle constitue une alternative aux sociétés à responsabilité limitée ou par actions simplifiées lorsqu'il s'agit d'organiser des opérations de portage ou de gestion de participations. Néanmoins, en l'état de la législation sur la fiducie, il n'est pas prévu que les fiducies émettent des parts et des titres de dette négociables, ce qui est un inconvénient par rapport aux sociétés.

*1681.* Grâce à la neutralité fiscale du transfert en fiducie, une application efficace de fiducie-gestion au profit d'un ou plusieurs constituants-bénéficiaires consiste à donner en gestion à un fiduciaire tous les types d'actifs, notamment des actions et des obligations de sociétés, des créances, des fonds de commerce et des biens immeubles. Les mêmes constituants-bénéficiaires peuvent aussi transférer des liquidités à un fiduciaire, en lui donnant la mission de les investir en titres financiers pour réaliser des bénéfices. S'il y a un nombre important de constituants et de bénéficiaires et s'ils veulent participer à la gestion de la fiducie, certaines décisions, dans la mission du fiduciaire, peuvent être conditionnées à l'approbation préalable d'un comité de constituants-bénéficiaires. Le transfert en fiducie d'une branche entière des activités de production d'une société ou des dettes et des actifs indésirables en fiducie-défaillance sont des applications utiles dans la vie économique des sociétés. Le but ultime est que la fiducie crée de la valeur.

*1682.* La fiducie a des applications plus restreintes en droit civil.

## CHAPITRE II. Perspectives de la fiducie en droit civil

*Aujourd'hui, on m'enterre. Ce n'est pas une image,  
ni une parole en l'air, ni un simulacre d'aucune façon.  
Tenez-vous-le pour dit. J'arrive, j'ai le temps, tout mon temps.  
On m'enterre vraiment, je me dis en vous regardant de haut,  
vous qui marmonnez, vous mes futurs voisins les morts,  
qui ne faites que marmonner et attendre, comme je le fais,  
dans le périmètre du cimetière.*

Coher, Sylvain. « Fidécimmis »<sup>1861</sup>

1683. Les applications de la fiducie en droit civil et de la famille sont réduites car les biens ou droits d'un mineur ne peuvent pas être transférés dans un patrimoine fiduciaire.<sup>1862</sup> La loi ne permet pas non plus de constituer une fiducie au nom d'une personne sous tutelle.<sup>1863</sup> Elle interdit le cumul de la fonction de fiduciaire et de curateur ou tuteur, afin qu'un contrat de fiducie ne lie pas le majeur protégé à son tuteur ou curateur. Les libéralités au travers des fiducies sont prohibées et la loi ne prévoit pas la constitution de fiducies par testament. Or, la fiducie devrait être un outil de protection des personnes les plus faibles, c'est-à-dire des mineurs et des majeurs protégés. Il faut qu'ils puissent se voir appliquer le régime de la fiducie pour la gestion de tout ou partie de leur patrimoine et que le régime des tutelles puisse être compatible avec la gestion fiduciaire. Il faut permettre au fiduciaire et au tuteur de travailler en étroite collaboration, au bénéfice des mineurs et des majeurs protégés.

1684. L'article 405 du Code Civil<sup>1864</sup> laisse déjà apercevoir des tuteurs travaillant en étroite collaboration avec des fiduciaires. Il prévoit que le conseil de famille peut décider que l'exercice de la tutelle sera divisé entre un tuteur chargé de la personne du mineur et un tuteur chargé de la gestion de ses biens, (qui pourrait bien être un fiduciaire), ou que la gestion de certains biens particuliers sera confiée à un tuteur

<sup>1861</sup> Editorial Naïve, 2006, prix du Roman de la Ville de Carhaix en 2007.

<sup>1862</sup> Article 408-1 du Code Civil, créé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1863</sup> Article 509, alinéa 5° du Code Civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1864</sup> Modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 2 et 6 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009.

adjoint. C'est le conseil de famille qui désigne les tuteurs pour exercer en commun la mesure de protection, en considération de la situation du mineur, des aptitudes des intéressés et de la consistance du patrimoine à administrer. Le « tuteur gestionnaire » s'approche nettement de l'idée d'un fiduciaire. A l'égard des tiers, chaque tuteur est réputé avoir reçu des autres le pouvoir de réaliser seul les actes pour lesquels un tuteur n'a besoin d'aucune autorisation.

*1685.* Le droit individuel de choisir un tuteur énoncé à l'article 403 du Code Civil<sup>1865</sup> devrait être élargi au droit de toute personne physique de choisir un fiduciaire pour gérer ses biens en fiducie. Ce droit n'appartient qu'au dernier vivant des père et mère s'il a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale. Il ne peut être désigné que sous la forme d'un testament. Il devrait s'imposer au conseil de famille, à moins que l'intérêt du mineur commande de l'écarter.

*1686.* L'unique application de la fiducie en droit civil est en faveur des majeurs sous curatelle qui peuvent conclure un contrat de fiducie, avec l'assistance de leur curateur. La mise en place d'un régime de fiducie testamentaire donnerait une solution aux parents d'enfants ou de majeurs protégés, qui vivent dans la préoccupation de savoir qui va s'occuper des besoins de leurs enfants et de la gestion de leur patrimoine à leur mort. Il se pourrait que le tuteur ne s'occupe pas de tous les biens de l'enfant et qu'une partie soit confiée à un fiduciaire en cogestion. Celui-ci ferait preuve de la même vigilance, de la même loyauté, de la même prudence et de la même honnêteté que le tuteur.<sup>1866</sup> Les personnes travaillent de longues années pour se constituer un patrimoine. À la fin de leur vie, elles souhaitent transférer les fruits de leur travail à leurs héritiers, c'est-à-dire à leurs enfants ou à leurs petits-enfants. De même, elles s'interrogent sur le sort qui sera réservé à un enfant handicapé, lorsqu'elles auront quitté ce monde, même si des sommes d'argent provenant de leurs économies ou de polices d'assurance-vie lui sont destinées. Une personne de confiance pourrait alors s'occuper de la gestion de ces biens, au profit des bénéficiaires.

*1687.* Lorsqu'une personne considère que ses enfants n'ont pas l'expérience nécessaire pour gérer les biens de sa succession ou, pour éviter qu'un héritier ne

---

<sup>1865</sup> Modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 2 et 6 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009.

dilapide les biens dont il hérite, elle devrait pouvoir constituer une fiducie par testament. Celle-ci permettra de mettre à l'abri les actifs de la succession et de protéger les héritiers contre eux-mêmes, s'ils sont immatures ou moins instruits. Le testateur devra prévoir un terme ou une condition<sup>1867</sup> pour mettre fin à la fiducie testamentaire ; le transfert de la propriété des biens en fiducie reviendra de droit aux bénéficiaires à la fin de la fiducie. Le testateur peut épargner ainsi à son conjoint et ses enfants le souci de gérer l'héritage en assurant une gestion professionnelle des biens par le fiduciaire. La clause fiduciaire du testament stipulerait alors les conditions selon lesquelles le fiduciaire gèrera les biens et le capital de façon à assurer un revenu suffisant au conjoint et aux enfants. Etant donné que la fiducie testamentaire crée un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui des bénéficiaires, les biens affectés à ce patrimoine seront à l'abri des poursuites et des saisies dont les bénéficiaires sont l'objet. Les actifs affectés à la fiducie testamentaire sont insaisissables pour les dettes des bénéficiaires.<sup>1868</sup>

*1688.* La question est de savoir comment traiter les parts des héritiers réservataires des systèmes de droit civil. Le droit des successions est fondé sur le principe du respect des réserves. La fiducie testamentaire serait alors un nouveau genre de libéralité et ne pourrait être mise en place qu'avec la quotité disponible, dans le respect des parts des réservataires. Cette forme de fiducie testamentaire est utilisée dans des pays de droit civil continental comme l'Argentine ou la Bolivie mis son usage est limité à cause de la faible quotité disponible.

*1689.* Une position innovante de la fiducie par testament dans le respect des portions obligatoires auxquelles ont droit les héritiers réservataires est d'aménager la jouissance de la succession dans le temps, en raison d'un intérêt sérieux et légitime au

---

<sup>1866</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2026 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 585.

<sup>1867</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2029 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 585.

<sup>1868</sup> Il peut arriver que le testateur, sachant qu'un bénéficiaire a des créanciers impayés, préfère constituer une fiducie avec son héritage pour éviter que lesdits créanciers saisissent les biens du bénéficiaire débiteur pour payer leurs créances. Selon Graciela Medina, en droit argentin, lorsqu'il s'agit d'un héritier non réservataire, les créanciers ne peuvent pas attaquer la constitution du fidéicomis, étant donné que le testateur n'est pas obligé de laisser des biens au bénéficiaire. En revanche, les créanciers du bénéficiaire pourront saisir les fruits et revenus des biens en fidéicomis que le bénéficiaire reçoit. En outre, les créanciers pourront payer leurs créances une fois que la propriété des biens du fidéicomis a été transférée au bénéficiaire. S'il s'agit d'un héritier réservataire et si le fidéicomis va à l'encontre des réserves héréditaires, les créanciers du bénéficiaire peuvent se subroger dans les droits de son débiteur pour attaquer le fidéicomis. G. MEDINA, *article précité*.

regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral. Cette forme de fiducie, en conservant le patrimoine, éviterait de longues indivisions sources des disputes entre les héritiers. Elle garantirait aux bénéficiaires le même niveau de revenus, puisque le partage induit le plus souvent des revenus moindres du fait de l'éclatement patrimonial, surtout lorsqu'il s'agit de biens professionnels. Le testateur qui constitue une fiducie testamentaire et donne en gestion fiduciaire les biens de la succession ne porterait donc pas atteinte aux réserves héréditaires, s'il respecte l'égalité de la distribution du capital, des biens et des revenus du patrimoine fiduciaire, pendant la gestion fiduciaire. A la fin de la fiducie testamentaire, la totalité du patrimoine fiduciaire est transféré aux bénéficiaires en respectant les parts réservées.

*1690.* Les applications de la fiducie en droit civil sont réalisées par contrat (section 1), et elles devraient pouvoir être effectuées aussi par testament (section 2).

### **Section 1. Applications du contrat de fiducie en droit civil**

*1691.* Les majeurs sous tutelle ne peuvent pas se voir appliquer le régime de la fiducie pour la gestion de tout ou partie de leur patrimoine. Cependant, la survenance de la mesure de tutelle n'est pas une cause d'interruption du contrat de fiducie en cours, qui peut se poursuivre. Seule l'obligation de reddition des comptes est modifiée. Le fiduciaire rend compte de la mission au tuteur du constituant au minimum une fois par an.<sup>1869</sup> Les comptes reçus du fiduciaire sont joints aux comptes que le tuteur transmet annuellement au greffier dans le cadre du contrôle de gestion de la tutelle.<sup>1870</sup> En revanche, la loi permet le recours à la fiducie pour les majeurs en curatelle. La gestion fiduciaire des biens ne prend pas fin si le constituant tombe sous le régime de la curatelle.

*1692.* Des lois récentes donnent plus de liberté et de nouveaux outils à la gestion de biens familiaux, tels que les mandats de protection future ou à effet posthume. Le droit n'est plus obligatoirement imposé par la loi. Il résulte également d'un acte ou

---

<sup>1869</sup> Article 2022 du Code civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1870</sup> Articles 510 du Code civil, modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 8 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009 et 511 du même Code, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

d'un contrat directement négocié, voire de la volonté du « *de cuius* ». Ce courant législatif n'a pas profité au développement et à l'amélioration de la fiducie au sein des relations familiales.<sup>1871</sup>

1693. La fiducie, compatible avec le régime de la curatelle (I) s'inscrit dans une tendance à la contractualisation du droit de la famille (II).

### **I. Fiducie dans le cadre des curatelles**

1694. La loi<sup>1872</sup> permet le recours à la fiducie pour les majeurs en curatelle. La curatelle est une mesure judiciaire destinée à protéger une personne majeure qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin d'être conseillée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile. Ce sont les personnes majeures dont l'altération des facultés mentales ou des facultés corporelles empêchant l'expression de la volonté a été constatée médicalement. La curatelle est prononcée si la mesure de sauvegarde de justice est une protection insuffisante de la personne. Dans tous les cas, la personne conserve son droit de vote. Le majeur sous curatelle peut conclure un contrat de fiducie avec l'assistance de son curateur<sup>1873</sup> par un simple contrat sous seing privé. En revanche, contre toute logique,<sup>1874</sup> un acte notarié est nécessaire si les biens, droits ou sûretés transférés dépendent de la communauté existante entre deux époux ou d'une indivision.<sup>1875</sup> Une cogestion légale du curateur et du fiduciaire est imposée.

1695. La fiducie-gestion répond au souhait d'une personne d'organiser son patrimoine pour le cas où elle ne pourrait plus en assurer de façon autonome la gestion. Des personnes majeures, qui ont toute leur capacité, souhaitent organiser une

---

<sup>1871</sup> Jacques Massip explique que lors de l'examen du projet de loi tendant à la réforme du droit des majeurs protégés, le Sénat avait adopté l'amendement de permettre la gestion des biens d'un majeur en tutelle dans le cadre d'un contrat de fiducie. Il avait été souligné que « la mise en fiducie des biens d'un majeur protégé pouvait être, dans certaines hypothèses, un moyen d'assurer au mieux la protection de son patrimoine tout en lui garantissant un revenu stable et adapté », et que « ses biens gérés par un professionnel pourront ainsi être placés dans le cadre d'un patrimoine affecté et géré dans son seul intérêt. Le texte précisait que la conclusion du contrat devrait être autorisée par le juge des tutelles et que le bénéficiaire de la fiducie ne pourrait être que la personne protégée elle-même, à l'exclusion de toute autre. Mais cet amendement a été écarté par la commission mixte paritaire au motif essentiel qu'il convenait d'examiner la question dans le cadre général d'une réforme de la fiducie et non dans le contexte plus restreint d'un projet de loi limité à la protection des majeurs vulnérables. J. MASSIP, « Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », *Répertoire du notariat Deffrénois*, n°15, 15 septembre 2009, p.1552.

<sup>1872</sup> Loi du 4 août 2008 ainsi qu'une ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant aménagement du régime juridique et fiscal de la fiducie.

<sup>1873</sup> Article 468 du Code civil.

<sup>1874</sup> Voir *supra* p. 183 et suiv.

<sup>1875</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2012 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 585.

protection pour le cas où elles ne pourraient plus assurer de manière autonome la gestion de leurs patrimoines. La perte d'autonomie provient de l'âge avancé ou de la maladie. Le besoin d'une telle organisation augmente avec la complexité des actifs financiers ou des biens professionnels à gérer.

1696. La fiducie est une solution à la cogestion des biens en curatelle (A) ou pour anticiper une éventuelle vulnérabilité ou incapacité future (B.).

### *A. Fiducie et cogestion des biens en curatelle*

1697. La fiducie présente un intérêt, en matière de curatelle, en permettant de confier la gestion fiduciaire, sur la totalité ou sur une partie des biens d'un majeur protégé, à des professionnels de la gestion de patrimoine, ayant la qualité pour être fiduciaires. Le majeur protégé profite ainsi de la gestion et des fruits du patrimoine fiduciaire. En permettant au majeur protégé de conclure un contrat de fiducie, avec l'aval de son curateur, la gestion fiduciaire écarte une partie de leur patrimoine des lourdeurs de procédure impliquant le juge des tutelles.<sup>1876</sup>

1698. Le fiduciaire ne peut pas être la personne exerçant la charge curatélaire à l'égard du constituant.<sup>1877</sup> Les charges curatélaires et tutélaires sont soumises aux conditions prévues pour les charges tutélaires des mineurs. Toutefois, les pouvoirs dévolus au conseil de famille sont exercés par le juge en l'absence de constitution de cet organe. Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux ne peuvent pas exercer une charge curatélaire ou tutélaire à l'égard de leurs patients.

1699. La qualité de fiduciaire est réservée à des personnes morales et physiques pouvant exercer cette fonction. Le « tiers protecteur », chargé d'assurer la protection des intérêts du constituant, peut être utile dans le dispositif de la curatelle. Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution

---

<sup>1876</sup> M. le Sénateur Philippe Marini affirma jadis que le contrat de fiducie aurait pu être utilisé pour la gestion du patrimoine des personnes vulnérables, « sans les lourdeurs de la tutelle ». Le fiduciaire qui est nécessairement un professionnel, est très bien placé pour réaliser sa mission avec rigueur.

<sup>1877</sup> Article 445 du Code civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

du contrat, disposant des pouvoirs que la loi accorde au constituant. Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté.<sup>1878</sup> Le protecteur est donc une obligation et non un choix pour le constituant personne physique. Chaque personne devrait pouvoir décider librement si elle veut ou non un protecteur.<sup>1879</sup> En fonction de chaque situation et de chaque fiducie, il peut s'avérer que le protecteur n'est pas nécessaire. En principe, le protecteur n'est pas rémunéré. Le constituant sous curatelle est donc obligé de nommer un protecteur.

*1700.* En fonction des besoins de la personne protégée et puisque le curateur ne peut pas être aussi fiduciaire, il peut être nommé protecteur, puisque, d'une certaine façon, le curateur est déjà en charge de la protection du majeur sous tutelle. Nathalie Peterka conseille cependant d'être prudent sur le cumul d'une mission tutélaire avec la qualité de tiers protecteur car l'opposition d'intérêts fait obstacle à la conclusion d'un contrat entre l'administrateur et son protégé.<sup>1880</sup> Toutefois, le curateur, en sa qualité de protecteur, ne peut pas être bénéficiaire de la fiducie. Sa fonction se limite à la protection des intérêts du constituant.<sup>1881</sup> Les conflits d'intérêt ne sont donc pas importants. Sinon, toute autre personne de la famille du majeur protégé qui voudrait contrôler les activités de gestion fiduciaire en faveur du bénéficiaire, peut être désignée protecteur.

*1701.* La fiducie-gestion confère au fiduciaire la propriété fiduciaire sur les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire, et lui donne pleins pouvoirs vis-à-vis des tiers.<sup>1882</sup> Il réalise les actes de gestion et tous les actes de disposition jugés nécessaires à l'exécution de sa mission fiduciaire. L'obligation du fiduciaire est de rendre des comptes au bénéficiaire et au tiers chargé de s'assurer de la bonne exécution du contrat.<sup>1883</sup>

*1702.* Jacques Massip<sup>1884</sup> explique que le bénéficiaire de la fiducie est soit le majeur en curatelle, soit un tiers. Il rappelle qu'il faut être prudent sur cette seconde

---

<sup>1878</sup> Article 2017 du Code civil, modifié par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 2.

<sup>1879</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2017 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 585.

<sup>1880</sup> N. PETERKA, *loc. cit.*, p. 19.

<sup>1881</sup> Voir *supra* p. 230.

<sup>1882</sup> Article 2023 Code civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1883</sup> Article 2022 du Code civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1884</sup> J. MASSIP, *article précité*, p.1551-1552.

modalité, car la fiducie est nulle si elle procède d'une intention libérale.<sup>1885</sup> On imagine des hypothèses dans lesquelles les revenus de la fiducie servent à payer les frais d'hébergement dans une maison de retraite ou de soins, à assurer le règlement des charges du mariage, de pensions alimentaires ou d'une prestation compensatoire ou encore les échéances d'une dette incombant à la personne protégée. Il reste néanmoins compliqué d'écarter toute intention libérale.

1703. La fiducie constitue un bon moyen juridique d'anticiper son éventuelle incapacité future.

### ***B. Fiducie pour anticiper son éventuelle incapacité future***

1704. La fiducie présente l'avantage d'être aussitôt mise en place par le constituant ; une grande liberté contractuelle permet son adaptation aux souhaits du constituant-bénéficiaire. Le contrat de fiducie détermine la mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition. La mise sous tutelle ou curatelle du constituant en cours d'exécution du contrat de fiducie ne met pas fin au contrat. Selon Nathalie Peterka,<sup>1886</sup> la fiducie peut néanmoins être remise en cause ; elle s'expose à la réduction ou à l'annulation dès lors qu'elle est effectuée au cours de la période suspecte précédant l'ouverture de la mesure<sup>1887</sup> et à la nullité de droit pour insanie d'esprit, si les conditions son réunies.<sup>1888</sup> La protection du constituant par la mise en place d'une fiducie-gestion se cumule avec la protection d'un tuteur ou d'un curateur. Il est conseillé d'établir, en même temps que le contrat de fiducie, un écrit désignant l'éventuel futur tuteur ou curateur.<sup>1889</sup>

1705. La fiducie remplace aisément le mandat de protection future. Celui-ci permet à une personne, le mandant, de désigner à l'avance les personnes mandataires qui veilleront sur sa personne et sur la totalité ou sur une partie de son patrimoine, le jour où elle ne sera plus en état, physique ou mental. Comme la fiducie, le mandat peut

---

<sup>1885</sup> Article 2013 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1886</sup> N. PETERKA, *ibid*, p.22.

<sup>1887</sup> Article 464 du Code Civil, modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009.

<sup>1888</sup> Articles 414-1 et 414-2 du Code Civil, créés par la Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009.

<sup>1889</sup> S. LEROND, *article précité*.

être établi pour soi-même, par la personne à protéger, c'est-à dire par le mandant ou le constituant qui est aussi bénéficiaire. Toute personne majeure ou mineure émancipée capable peut établir un mandat de protection future ou une fiducie-gestion. Etant donné que les biens d'un mineur ne peuvent pas être transférés dans une fiducie et que les fiducies libéralités sont interdites, le mandat de protection future est la seule option pour les parents qui souhaitent protéger leurs enfants mineurs. Le mandat porte sur la protection de la personne, sur celle de ses biens ou sur les deux. La fiducie-gestion est mieux adaptée à la protection et à la gestion du patrimoine, compte tenu du nombre restreint de personnes morales et physiques qui ont la qualité de fiduciaire, d'où l'idée du législateur de garder la cogestion avec le curateur. La liberté contractuelle dans la fiducie est large ; le constituant choisit à l'avance l'étendue des pouvoirs du fiduciaire.<sup>1890</sup>

*1706.* A la différence du contrat de fiducie qui est constitué avant la mise en tutelle ou curatelle du constituant et qui ne prend pas fin à l'arrivée de celle-ci, le mandat de protection future n'a pas de limitation claire entre les éléments motivant la prise d'effet du mandat pour soi-même et ceux qui commandent l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle. Le mandat ne prend effet que lorsqu'il est établi que la personne vulnérable ne pourvoit plus seule à ses intérêts ; le mandataire produit au greffe du Tribunal d'instance un certificat médical attestant l'inaptitude du mandant. Le mandat mis à exécution prend fin par le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé constaté à la demande du mandant, du mandataire ou par son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui met en œuvre la mesure.<sup>1891</sup> La personne vulnérable, qui a pris des dispositions pour éviter le régime de la tutelle ou de la curatelle, risque de s'y trouver soumise.

---

<sup>1890</sup> Les actes de protection des biens qu'un mandataire réalise sans autorisation du juge diffèrent selon le type de mandat : notarié ou sous seing privé. Le premier autorise le mandataire à procéder à des actes de disposition du patrimoine du mandant, par exemple, la vente d'un bien immobilier ou un placement financier. Le mandataire rend compte au notaire et lui remet l'inventaire des biens et le compte annuel. Le notaire signale au juge des tutelles tout acte pris par le mandataire contraire aux intérêts du mandant. Un mandat pris par des parents pour leur enfant est obligatoirement notarié. Dans le mandat sous seing privé, la gestion des biens se limite aux actes d'administration, c'est-à-dire ceux qu'un tuteur peut faire sans autorisation du juge (renouveler le bail d'un locataire par exemple). Tout acte de disposition nécessite l'autorisation du juge des tutelles. Le mandat sous seing privé doit être contresigné par un avocat ou bien être conforme au modèle de mandat de protection future du formulaire *cerfa n°13592\*02*. Dans ce dernier cas, il doit être enregistré à la recette des impôts pour que sa date soit incontestable (frais d'enregistrements similaires à ceux de la fiducie, d'environ 125 €) à la charge du mandant. Il doit être daté et signé de la main du mandant. Le mandataire l'accepte en le signant.

<sup>1891</sup> Article 483 du Code Civil, créé par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009.

1707. Le mandat de protection future est compatible avec les articles 1984 à 2010 du Code Civil, sauf disposition contraire de sa propre section.<sup>1892</sup> Etant donné que le mandat réalise une représentation conventionnelle, le mandant conserve ses pouvoirs même après que le mandat ait produit effet, ce qui peut aboutir à un risque de prises d'engagements contradictoires entre ceux du mandant et les engagements postérieurs réalisés par le mandataire et cela, sur les mêmes biens.<sup>1893</sup> Le mandat de protection future, nouvelle « fiducie innommée », suivant l'expression de Claude Witz,<sup>1894</sup> ne transfère pas la propriété fiduciaire des biens au mandataire. Il n'est pas non plus un mandat classique.<sup>1895</sup>

1708. La question de la validité du mandat de protection future au regard des exigences légales en matière de représentation des associés aux assemblées générales se pose. En dehors des hypothèses de représentation légale (tutelle et curatelle) ou, lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé où les actionnaires peuvent être représentés par toute autre personne physique ou morale de leur choix,<sup>1896</sup> le droit des sociétés impose que le mandataire soit associé et titulaire d'un pouvoir à chaque assemblée. Or, le mandat de protection future qui organise une représentation contractuelle ne répond pas à ces exigences.<sup>1897</sup> Le fiduciaire est associé aux sociétés dans lesquelles la fiducie est investie. Le contrat de fiducie définit la mission du fiduciaire en tant qu'actionnaire, notamment en ce qui concerne l'exercice des droits de vote et des droits économiques. Le transfert de propriété du constituant au fiduciaire donne les pleins pouvoirs au fiduciaire, sans qu'il puisse s'écarter de la mission qui lui a été conférée. Contrairement au mandat, à un moment précis, c'est à dire, à la signature du contrat, la fiducie prend effet et délimite précisément les devoirs et les obligations des parties.

1709. En plus du mandat de protection future, les exemples de « contractualisation » du droit de la famille sont nombreux.

---

<sup>1892</sup> Article 478 du Code Civil, modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009.

<sup>1893</sup> S. LEROND, *ibid.*

<sup>1894</sup> C. WITZ, *La fiducie en droit privé français, op. cit.*

<sup>1895</sup> N. PETERKA, *ibid.*, p.22.

<sup>1896</sup> Article L225-106 du Code de Commerce, modifié par Ordonnance n°2010-1511 du 9 décembre 2010 - art. 3.

<sup>1897</sup> S. LEROND, *ibid.*

## ***II. Contractualisation du droit civil du patrimoine et volonté « post mortem »***

*1710.* Depuis quelques années, la volonté individuelle semble primer car le législateur permet de plus en plus à chacun d'organiser librement la gestion de son patrimoine et non plus, de se référer à une solution unique. La liberté contractuelle est présente non seulement pendant la vie, c'est à dire dans les relations patrimoniales entre vifs, mais aussi à cause de mort, avec les dispositions des dernières volontés. Pour organiser son patrimoine, en assurer la gestion et prévoir sa transmission, de nouvelles formes de contrat peuvent être passées, dont les mandats de protection future et à effet posthume<sup>1898</sup> ou le contrat de fiducie.

*1711.* Un des exemples qui illustrent la contractualisation du droit de la famille est la faculté d'organiser des sauts de générations. L'allongement de la durée de la vie conduit à constater que, bien souvent, on hérite à un âge avancé. Le législateur a introduit une plus grande liberté d'organisation au sein des familles. Dorénavant, la renonciation peut être exprimée, y compris à l'occasion d'une donation et surtout, la donation peut être seulement partielle. Les modalités d'organisation du patrimoine sont issues des nouvelles règles qui accordent à la volonté individuelle une plus grande importance. Ainsi, un fils, Pierre, ayant renoncé à la nue propriété, recueillera l'usufruit d'un bien ; ses propres enfants, Jean et Marie, en recueilleront la nue propriété, mais Pierre ne disposera lui-même de cet usufruit qu'au décès du donateur, son père Jacques.

*1712.* Un autre exemple réside dans le cantonnement de l'option successorale : un héritier déclare qu'il n'entend prendre cette qualité qu'à concurrence de l'actif net.<sup>1899</sup> L'option successorale était indivisible, c'est-à-dire un héritier ne pouvait faire le tri entre les biens susceptibles de lui revenir ; il devait accepter tout ou renoncer à tout. L'acceptation à concurrence de l'actif net donne à l'héritier l'avantage d'éviter la confusion de ses biens personnels avec ceux de la succession, de conserver contre celle-ci tous les droits qu'il avait antérieurement sur les biens du défunt et de n'être

---

<sup>1898</sup> Enoncé à l'article 812 du Code Civil, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 1 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1899</sup> Suivant les dispositions des articles 787 et suivants du Code Civil, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 1 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

tenu au paiement des dettes de la succession qu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis.<sup>1900</sup>

*1713.* En outre, un légataire peut prendre la décision de ne recevoir qu'une partie des biens. Sauf volonté contraire du disposant, lorsque la succession est acceptée par au moins un héritier désigné par la loi, le légataire peut cantonner son legs sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur. Ce cantonnement ne constitue pas une libéralité du légataire aux autres successibles.<sup>1901</sup> Il peut s'agir du conjoint survivant, gratifié aux termes d'un testament ou d'une donation au dernier vivant, ou d'un héritier, qui hérite des meubles, mais pas des comptes bancaires. Ce choix est souvent opéré à la suite d'une transaction au sein de la famille, d'une négociation entre héritiers.

*1714.* La place du contrat est importante dans le cadre de la transmission des patrimoines. La loi permet des abattements et des réductions sur les droits exigibles et encourage les transmissions du vivant. Elle permet également d'anticiper les transmissions, par des pactes de famille, c'est-à-dire des renonciations anticipées à exercer l'action en réduction. Il s'agit de contrats négociés au sein de la famille qui peuvent conduire un héritier à renoncer par avance à ses futurs droits réservataires. Cette mesure assure la transmission des entreprises avec davantage de certitude. Souvent, elle aménage les réserves héréditaires.

*1715.* Le droit de jouir et de disposer de manière absolue est contractuellement limité par les libéralités résiduelles et graduées qui permettent à une personne de léguer ou de donner, de son vivant, un bien à un héritier ou à un tiers, à charge, pour le bénéficiaire de la libéralité, de ne pouvoir en disposer lui-même. La gestion de ces biens, du chef du donataire ou du légataire, dont le droit de propriété a été restreint, est aménagée par un contrat. Selon Nathalie Peterka,<sup>1902</sup> les libéralités substitutives incarnent, à l'image des « anciennes substitutions » un mécanisme d'esprit fiduciaire qui renferme un double transfert de propriété au profit du grevé, d'abord et de l'appelé, ensuite. Elles ont été conçues comme un instrument de protection des

---

<sup>1900</sup> Article 791 du Code Civil, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 1 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1901</sup> Article 1002-1 du Code Civil, créé par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 18 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1902</sup> N. PETERKA, *op.cit.*, p.25.

successibles vulnérables, notamment des enfants atteints d'un handicap. Elles sont un moyen de leur procurer un logement ou des revenus en s'assurant de la transmission des biens à leur décès à leurs frères et sœurs.

*1716.* Des donations sont effectuées avec la charge, pour le donataire, de transférer les biens donnés à un fiduciaire qui les gérera au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires, dont le donataire lui-même. Les biens sont donnés avec la charge pour le donataire de les transférer à une fiducie-gestion dont les contours sont prédéterminés dans l'acte de donation. Le contrat de fiducie est nul quand il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire ; cette nullité est d'ordre public,<sup>1903</sup> mais elle n'empêche pas un disposant d'effectuer une donation avec charge pour le donataire de constituer une fiducie et que celui-ci soit aussi le bénéficiaire. La charge de transférer les biens donnés en fiducie ne doit pas grever les réserves héréditaires. Elle ne peut s'imputer que sur la quotité disponible du donateur. Le donataire doit être majeur ; la fiducie est exclue pour les biens des mineurs. Par son acte de libéralité, le disposant ne constitue pas lui-même la fiducie mais il transmet la charge au donataire. L'objectif est de protéger le donataire qui n'est pas compétent pour gérer les biens donnés ou dont on craint la prodigalité. L'intérêt d'une donation avec charge de gestion fiduciaire est de réaliser une donation en pleine propriété en organisant la gestion du bien par un professionnel fiduciaire. Sylvie Lerond<sup>1904</sup> explique que l'objectif est proche de celui qu'un donateur atteint lorsqu'il consent une donation à charge d'apporter le bien donné à une société familiale dont il a organisé le contrôle. La révocation du contrat de fiducie par le constituant-bénéficiaire n'est pas à craindre car la mise en fiducie est une charge de la donation que le disposant a les moyens juridiques de faire respecter.

*1717.* Des donations graduelles avec charge fiduciaire de gestion (A), ou des donations résiduelles à charge de transférer les biens donnés à un fiduciaire (B) peuvent être mises en place.

---

<sup>1903</sup> Article 2013 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1904</sup> S. LEROND, *ibid.*

### A. *Donations graduelles avec charge fiduciaire*

1718. Une libéralité graduelle est grevée d'une charge comportant l'obligation, pour le donataire ou le légataire, de conserver les biens ou les droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second bénéficiaire désigné dans l'acte.<sup>1905</sup> La donation graduelle constitue une double libéralité successive, par laquelle les biens donnés sont transmis au premier bénéficiaire (le grevé), à charge pour lui de les conserver et de les transmettre à son décès à un second bénéficiaire (l'appelé). Pour s'assurer de la conservation du bien, le disposant prescrit des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge.<sup>1906</sup>

1719. Dans l'acte de donation, un disposant peut stipuler la charge, pour le premier bénéficiaire, de constituer une fiducie. Il aura la charge de transférer les biens donnés dans un patrimoine fiduciaire, en se déclarant bénéficiaire de la fiducie. A son décès, la fiducie-gestion prendra fin et les biens initialement donnés retourneront dans sa succession, en tant que constituant-bénéficiaire et premier gratifié. Les biens donnés seront par la suite directement transmis par le mécanisme graduel de la donation au second bénéficiaire. La fiducie remplace les sûretés exigées pour la bonne exécution de la charge de conservation des biens donnés.

1720. La fiducie devrait pouvoir être constituée par donation entre vifs.<sup>1907</sup> La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte.<sup>1908</sup> Mais aujourd'hui, le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire, cette nullité étant d'ordre public.<sup>1909</sup> Suivant la logique de la transmission fiduciaire, le constituant de la fiducie, par un acte de libéralité, devrait pouvoir simplement et directement constituer une fiducie et donner la mission au fiduciaire<sup>1910</sup> de détenir et de gérer les biens au bénéfice du premier donataire ou

---

<sup>1905</sup> Article 1048 du Code Civil, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 2 et 90 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1906</sup> Article 1052 du Code Civil, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - arts. 9 et 20 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1907</sup> Nous proposons de supprimer l'article 2013 dans le projet de loi sur la fiducie, voir *infra*, p. 585.

<sup>1908</sup> Article 894 du Code Civil. Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1909</sup> Selon l'article 2013 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1910</sup> Dans le sens de la mission fiduciaire et l'étendue des pouvoirs d'administration et de disposition énoncée à l'alinéa 6° de l'article 2018 du Code Civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

légataire, pendant la vie de celui-ci. Le premier donataire pourra user des biens du patrimoine fiduciaire en tant que bénéficiaire de la fiducie et profiter des revenus produits par la fiducie jusqu'à sa mort. Le contrat de fiducie gestion ne devrait pas prendre fin par la mort du bénéficiaire.<sup>1911</sup> Le fiduciaire aura la mission de conserver les biens du patrimoine fiduciaire : pendant sa vie, le premier bénéficiaire est limité par la clause fiduciaire (graduelle) qui impose au fiduciaire de conserver les biens donnés. Les biens ou droits dont le fiduciaire a reçu la propriété devront, suite au décès du premier bénéficiaire, être transmis à un second bénéficiaire, le bénéficiaire final, désigné dans l'acte de constitution de la fiducie.

1721. Les juridictions de droit anglais ont essayé de reconnaître des donations avec charge de droit français en tant que trusts.<sup>1912</sup> Le problème entre le trust de droit anglais et la donation avec charge apparaît lorsque la transmission des biens au trustee est subordonnée à l'exécution d'une condition.<sup>1913</sup> Les termes du débat consistent à déterminer si une fois la condition remplie, le destinataire des biens les possède comme trustee ou comme propriétaire absolu, en tant que donataire ou légataire. Il y a généralement un trust quand une partie significative des biens est utilisée pour satisfaire une condition et quand elle se déroule sur une certaine durée. Bien entendu, il faut que le testateur entende constituer un trust. Si la condition représente une faible part des biens transmis et surtout si, une fois qu'elle a été satisfaite, les obligations du trustee sont difficilement déterminables, la qualification de legs ou de donation avec charge prévaut.

1722. L'exercice est similaire lorsqu'il s'agit d'une libéralité résiduelle.

### ***B. Donations résiduelles avec charge de transfert en fiducie***

1723. Dans les libéralités résiduelles, une personne est appelée à recueillir ce qui subsiste du don ou du legs accordé à un premier bénéficiaire, à la mort de celui-ci. La libéralité résiduelle n'oblige pas le premier bénéficiaire à conserver les biens reçus,

---

<sup>1911</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2029 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 585.

<sup>1912</sup> Attorney General v. The Cordwainers' Co, 1833, 3 Myl & K 534.

<sup>1913</sup> Voir *supra* p. 317 et suiv.

mais elle l'oblige à transmettre les biens subsistants.<sup>1914</sup> Dans la donation, le disposant stipule que le premier bénéficiaire aura la charge de transférer les biens donnés en fiducie en se déclarant lui-même bénéficiaire de la fiducie. A son décès, la fiducie prendra fin et ce qui reste des biens initialement donnés revient dans sa succession. Les biens sont alors transférés dans le patrimoine du second bénéficiaire, par le mécanisme de la donation résiduelle.

*1724.* Selon la logique fiduciaire, dans le cas d'une fiducie-gestion d'une libéralité résiduelle, le constituant devrait pouvoir constituer directement une fiducie avec les biens de sa libéralité au bénéfice de deux bénéficiaires. Un premier bénéficiaire jouit des biens de la fiducie pendant sa vie. A sa mort, les biens qui restent dans le patrimoine d'affectation de la fiducie passent au deuxième bénéficiaire. La mission du fiduciaire est de détenir, de gérer et de disposer des biens transférés par l'acte de libéralité du constituant et conformément à ses consignes, au bénéfice d'un premier gratifié, qui profite pleinement des biens de la fiducie. C'est seulement à la mort de ce dernier que le fiduciaire procède au transfert de ce qui reste des biens du patrimoine fiduciaire au second bénéficiaire.

*1725. Conclusion de la première section.* Le contrat de fiducie tient une grande place dans les relations familiales et patrimoniales contemporaines. Il semble important de donner aux praticiens des outils adaptés face au vieillissement de la population. La vieillesse amène avec elle d'éventuelles faiblesses, dues à l'âge avancé ou à la maladie, qu'il faut pouvoir gérer par anticipation. La fiducie permet de prévoir à l'avance des mesures adaptées à sa propre dépendance, de façon plus sûre qu'avec un mandat de protection future. La fiducie permet à un majeur protégé, sous un régime de curatelle, de confier une partie de ses biens à un gestionnaire fiduciaire professionnel. Ce régime pourrait s'appliquer aux majeurs protégés sous tutelle, avec notamment la possibilité donnée au fiduciaire et au tuteur, mais aussi à un tiers intéressé, de saisir le juge des tutelles sur toute question concernant leurs missions fiduciaire et tutélaire.

---

<sup>1914</sup> Articles 1057 et 1058 du Code Civil, modifiés par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - arts. 9 et 20 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

1726. Le contrat de fiducie n'est pas adapté, aujourd'hui, à la protection des tiers bénéficiaires, notamment des mineurs et des majeurs protégés. Une personne capable devrait pouvoir accorder des libéralités au travers une fiducie et donner des moyens financiers (qui seront gérés par le fiduciaire) à une personne vulnérable, mineur ou majeur, incapable de donner la contrepartie exigée d'un bénéficiaire. Il est risqué, aujourd'hui, de contourner l'interdiction d'ordre public des libéralités, prévue à l'article 2013 du Code Civil. Les donations au travers des fiducies seraient possibles par la suppression pure et simple de cet article. La fiducie permettrait de donner en gestion, à un fiduciaire, des biens transférés à titre gratuit, au bénéfice de personnes les plus démunies.

1727. Si la justification de l'interdiction est la crainte des évasions fiscales, le registre national de fiducies, créé spécifiquement à cette fin, élimine toute possibilité raisonnable d'évasion. Il conviendrait d'appliquer à ce genre de fiducie un régime fiscal plus avantageux que celui des donations, étant donné qu'il s'agit d'un outil de protection des personnes les plus faibles. Aujourd'hui, les montages consistant à réaliser une donation à une personne avec la charge pour celle-ci de constituer une fiducie à son propre bénéfice, dans les conditions stipulées dans l'acte de donation graduelle ou résiduelle, sont un moyen de contourner l'interdiction de la loi, mais, il faut que le bénéficiaire de la donation soit une personne capable pour constituer la fiducie et en être le bénéficiaire.

1728. Il serait approprié que la constitution de fiducies-gestion de biens familiaux existe aussi « à cause de mort », par testament, comme moyen de protection des personnes vulnérables lorsque le « *de cuius* » constituant n'est plus là pour s'en occuper personnellement.

## **Section 2. Pour une fiducie testamentaire de droit civil**

1729. Selon le Député Xavier de Roux, la fiducie testamentaire faciliterait, dans une intention libérale, les successions des personnes physiques. « *Elle consiste à transférer des biens à un fiduciaire chargé de les remettre à titre gratuit, au bout d'une durée déterminée, au gratifié.* » Dans son rapport, il explique que la fiducie

transmission devrait avoir lieu « *en dehors des règles normales de dévolution successorale* ». <sup>1915</sup>

1730. La fiducie-transmission, constituée par testament, pourrait être limitée au strict respect des réserves héréditaires. Elle serait alors un nouveau type de libéralité par testament, une sorte de legs avec charge de gestion fiduciaire, imputable seulement à la quotité disponible du testateur. Les pays latino-américains, de tradition de droit civil continental, ont opté pour le respect des réserves héréditaires. Le respect des portions des héritiers réservataires des trusts testamentaires de droit civil n'existe pas chez leurs homologues anglo-américains. Les réserves héréditaires sont un élément extérieur au fonctionnement des trusts anglo-américains et de droit civil car ils fonctionnent de manière comparable. Néanmoins, les trusts testamentaires de droit civil restent limités dans leur usage car la portion disponible du constituant n'est pas importante. Sinon, il serait nécessaire d'aménager les parts des héritiers réservataires, pour cause d'intérêt général et de les grever d'une clause fiduciaire de gestion, pendant une durée déterminée.

1731. La fiducie-transmission présente de nombreux atouts. <sup>1916</sup> Elle permet de différer dans le temps les conséquences du décès du constituant en évitant l'indivision, à l'issue de laquelle le patrimoine éclate par la vente et le partage de biens. La fiducie conserve le patrimoine intact. La fiducie-transmission a aussi l'avantage d'envisager, au-delà des limites testamentaires, une série d'hypothèses de transmission pour cause de mort. Le constituant-testateur peut, par exemple, stipuler que le fiduciaire verse une rente à ses petits enfants, devenus orphelins avant leur majorité. Elle favorise les transmissions patrimoniales de grands-parents à petits-enfants de manière à éviter la prodigalité ou la mauvaise gestion des parents.

1732. La fiducie testamentaire, qui respecterait, tout en les aménageant, les réserves héréditaires, peut être utile en France et constituer une alternative pour les testateurs européens binationaux qui choisissent la loi française pour régler leurs successions, dans le cadre du nouveau Règlement européen de simplification des successions

---

<sup>1915</sup> Rapport n° 3385 par M. Xavier de ROUX, Député, *op. cit.* p. 11.

<sup>1916</sup> Rapport n° 3385 par M. Xavier de ROUX, Député, *ibid.*, p. 11 et suiv.

transfrontalières dans l'Union européenne.<sup>1917</sup> Le règlement s'étend à tous les aspects de droit civil d'une succession, à savoir tout mode de transfert de biens, de droits et d'obligations à cause de mort, qu'il s'agisse d'un acte volontaire de transfert en vertu d'une disposition « *mortis causa* » ou d'un transfert dans le cadre d'une succession « *ab intestat* »<sup>1918</sup> Désormais,<sup>1919</sup> lors de la rédaction d'un testament, le testateur organise à l'avance la transmission de son patrimoine en désignant la loi de l'État dont il possède la nationalité et qu'il souhaite voir appliquée.

1733. La France devrait mettre en place une offre compétitive de fiducie testamentaire vis-à-vis des autres législations européennes dans laquelle les citoyens habitués aux réserves héréditaires de droit continental trouvent une alternative cohérente de transmission par testament. La propriété fiduciaire de droit français sur les biens de la succession constitue une alternative à « *l'adaptation d'un droit réel inconnu* »<sup>1920</sup> énoncé par l'article 31 du règlement, en tant que « *droit réel équivalent le plus proche, en tenant compte des objectifs et des intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés* ».

1734. Le règlement clarifie les procédures de liquidation des successions internationales. Dorénavant, le lieu de résidence habituelle du « *de cuius* » est le critère unique pris en compte pour établir la compétence et la législation applicable à la succession « *ab intestat* », quel que soit le pays dans lequel les biens de la personne décédée se trouvent. Le nouveau certificat successoral européen simplifie les formalités relatives au statut d'héritier ou d'administrateur de succession. Il atteste le statut d'héritier dans les États membres, sans autres formalités, les droits de chaque héritier ou légataire, leurs quotes-parts, l'attribution des biens de la succession aux héritiers et les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ou de l'administrateur de la succession.<sup>1921</sup> Le règlement ne s'applique pas aux questions liées à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution de trusts,<sup>1922</sup> à la nature des droits réels<sup>1923</sup> et aux

---

<sup>1917</sup> Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, publié au journal officiel de l'Union européenne du vendredi 27 juillet 2012.

<sup>1918</sup> Point 9 des considérants et article 1, 2. j).

<sup>1919</sup> Le règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au journal officiel de l'Union européenne. Il est applicable à partir du 17 août 2015, à l'exception des articles 77 et 78 qui sont applicables à partir du 16 janvier 2014 et des articles 79, 80 et 81 qui sont applicables à partir du 5 juillet 2012.

<sup>1920</sup> Point 14 des considérants.

<sup>1921</sup> Article 63 règlement (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012 : JOUE n° L 201/107, 27 juill. 2012.

<sup>1922</sup> Point 13 des considérants.

droits et biens créés ou transférés autrement que par succession, par exemple au moyen de libéralités.<sup>1924</sup>

1735. La fiducie testamentaire devrait pouvoir être réalisée, soit comme un nouveau mode de libéralité (I) en respectant les réserves héréditaires, soit en retardant dans le temps la jouissance des réservataires (II).

### ***I. Fiducie testamentaire comme un nouveau mode de libéralité.***

1736. Il est envisageable que la fiducie évolue vers une fiducie-transmission, avec la possibilité de constitution par testament, en tant que libéralité. Par cet acte, une personne dispose, à titre gratuit, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne, par donation entre vifs ou par testament.<sup>1925</sup> Le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits dans son testament. Il peut le révoquer.<sup>1926</sup> Il faut que la fiducie testamentaire soit expressément prévue par la loi,<sup>1927</sup> car la disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers, ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée, conformément à l'article 896 du Code Civil.<sup>1928</sup> Le fiduciaire sera tenu de remettre les biens du patrimoine fiduciaire d'affectation aux bénéficiaires désignés, dans un délai déterminé ou à la réalisation d'une condition, après les avoir gérés à leur bénéfice, selon les conditions énoncées dans la clause fiduciaire du testament. La durée du transfert entre vifs<sup>1929</sup> qui ne peut excéder 99 ans à compter de la signature du contrat n'est pas adaptée à la fiducie testamentaire. En Argentine ou en Bolivie, la limite de durée des fidéicomis entre vifs et à cause de mort est fixée à 30 ans. Nous proposons une durée de 20 ans maximum pour les fiducies testamentaires, pendant laquelle les bénéficiaires mineurs pourront atteindre l'âge de

---

<sup>1923</sup> Article 1, 2. k).

<sup>1924</sup> Point 14 des considérants.

<sup>1925</sup> Article 893 du Code Civil, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - arts. 9 et 10 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1926</sup> Article 895 du Code Civil, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - arts. 9 et 10 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1927</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2012 dans le projet de loi sur la fiducie, *infra*, p. 585.

<sup>1928</sup> Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - arts. 9 et 10 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1929</sup> Prévus par l'alinéa 2° de l'article 2018 du Code Civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

la majorité. Les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, sont réputées non écrites.<sup>1930</sup>

*1737.* Le testateur disposera exclusivement de la quotité disponible pour constituer une fiducie testamentaire. La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt dispose librement par des libéralités. A défaut de descendant et de conjoint survivant non divorcé, la libéralité testamentaire peut épuiser la totalité des biens. Elle n'excède pas la moitié des biens du disposant s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. Elle n'excède pas les trois quarts des biens si, à défaut de descendant, le défunt laisse un conjoint survivant non divorcé.<sup>1931</sup>

*1738.* Les parts des réservataires seront en conséquence respectées. Le constituant ne pourra pas proroger le transfert effectif des biens aux héritiers réservataires par une clause de gestion fiduciaire, car celle-ci constitue une charge et donc une atteinte aux portions de réserve prévues par la loi. La loi assure la dévolution libre de charges des biens et droits successoraux en faveur de certains héritiers, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent.<sup>1932</sup>

*1739.* Il convient d'étudier les caractéristiques des fiducies-libéralités testamentaires (A), et les principes du droit français à respecter (B).

### ***A. Caractéristiques des fiducies-libéralités testamentaires***

*1740.* La fiducie testamentaire pourrait être considérée comme un legs géré par un tiers au bénéfice d'une personne déterminée. Le régime contractuel de la fiducie, énoncé aux articles 2011 et suivants du Code Civil, servirait de cadre aux fiducies constituées par testament.<sup>1933</sup> Une personne qui constitue une fiducie testamentaire devra être saine d'esprit : la libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par

---

<sup>1930</sup> Article 900 du Code Civil, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1931</sup> Articles 912, 913, 914-1, 916 du Code Civil, créé par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - arts. 9, 11, 12 et 29 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1932</sup> Article 912 du Code Civil, créé par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 11 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

l'erreur, le dol ou la violence.<sup>1934</sup> Elle devra être capable de disposer par testament ou par donation entre vifs. Toute personne physique pourrait ainsi être constituant, excepté celle que la loi déclare incapable. Seraient interdites d'être bénéficiaires des fiducies testamentaires, toutes les personnes énoncées à l'article 909 du Code Civil,<sup>1935</sup> à savoir les membres des professions médicales et de la pharmacie ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins au constituant testateur pendant la maladie dont il est décédé, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions. Les mêmes règles seraient observées à l'égard du ministre du culte.

1741. Le fiduciaire testamentaire pourrait être considéré comme un légataire. La loi uruguayenne sur les fidéicomis<sup>1936</sup> traite ce sujet plus profondément que la loi argentine et bolivienne. L'article 2 prévoit que le fidéicomis testamentaire confère au fiduciaire un droit personnel à demander aux héritiers réservataires la délivrance des biens et droits, objet du fidéicomis. Selon cette même loi, le fiduciaire acquiert la propriété des biens à la mort du testateur comme un légataire et les fruits présents et futurs sont à lui.<sup>1937</sup> Le risque sur les biens légués est ainsi transféré au légataire en cas de perte, diminution ou détérioration. Le légataire ne peut pas occuper lui-même la chose léguée, il doit demander sa délivrance et sa possession aux héritiers ou à l'exécuteur testamentaire, lorsque celui-ci est autorisé à le faire. En Uruguay et en Argentine, toute personne peut avoir la qualité de fiduciaire :<sup>1938</sup> les héritiers réservataires personnes physiques peuvent être nommés en cette qualité. La loi sur les fidéicomis uruguayens en son article 2 prévoit que « le fiduciaire héritier succède conformément aux principes généraux du droit des successions ».

1742. Il est également envisageable que la loi française confère au fiduciaire un droit personnel de demander aux héritiers réservataires la délivrance des biens et des droits objet de la fiducie, au nom des bénéficiaires. Lorsqu'il s'agirait d'une fiducie testamentaire sur l'universalité des biens du « *de cuius* » et sans héritiers

---

<sup>1933</sup> Voir la proposition de rédaction du projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 585 et suiv.

<sup>1934</sup> Par application des articles 901 et 902 du Code Civil, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 et 10 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1935</sup> Modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 9 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009.

<sup>1936</sup> N° 17 703 du 4 novembre 2003.

<sup>1937</sup> Suivant les dispositions des articles 937 et 938 du Code Civil de ce pays.

résevataires, le fiduciaire pourra être saisi des biens légués directement et de plein droit à la mort du testateur. Le fiduciaire d'une fiducie testamentaire de droit français n'appliquerait pas les dispositions de l'article 1002-1 du Code Civil<sup>1939</sup> en faveur des héritiers réservataires si elles n'ont pas été expressément stipulées dans le document de constitution de la fiducie. Il ne pourrait pas cantonner la libéralité du constituant à une partie des biens prévus en faveur du bénéficiaire de la fiducie, même à la demande du légataire-bénéficiaire de la fiducie ou des autres successibles.

*1743.* L'entrée de la fiducie testamentaire dans le Code Civil français comme une nouvelle modalité de libéralité, qui respecterait la dévolution des réserves héréditaires libres de toutes charges énoncée à l'article 912 du Code Civil, ne nécessiterait pas de grands aménagements du droit des successions et des libéralités.

### ***B. Principes du droit français des successions à respecter***

*1744.* Certains principes du droit des successions devront s'articuler autour de la fiducie testamentaire. Il faut notamment respecter les principes suivants :

1. Une autorisation préalable du législateur des fiducies constituées par testament, pour respecter les dispositions énoncées à l'article 896 et 722 du Code Civil.
2. Le principe selon lequel les successions s'ouvrent par la mort. (Article 720 du Code Civil).
3. Les réserves héréditaires établies aux articles 721 et 912 à 917 du Code Civil, notamment la dévolution des réserves héréditaires libres de charges, énoncée au paragraphe premier de l'article 912 du Code Civil.
4. La capacité de disposer ou de recevoir par testament ou par donation, prévue aux articles 901 à 911 du Code Civil.
5. L'interdiction des clauses imposant des conditions impossibles ou contraires aux lois ou aux mœurs, établie à l'article 900 du Code Civil.
6. Le caractère temporaire et justifié par un intérêt sérieux et légitime des clauses d'inaliénabilité de l'article 900-1 du Code Civil.

---

<sup>1938</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2015 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 585.

7. La suppression de l'article 2013 du Code Civil.<sup>1939</sup>

1745. De façon différente, il serait envisageable de permettre la constitution de fiducies par testament qui retardent dans le temps la jouissance des biens des réservataires.

## II. *Fiducies qui retardent dans le temps la jouissance des réservataires*

1746. La fiducie testamentaire pourrait être un outil efficace pour le règlement d'une succession afin d'éviter que les biens restent en indivision en raison de la mésentente des héritiers co-indivisaires. La loi prévoit la transmission des droits d'une personne décédée à ses héritiers et impose des règles contraignantes à la gestion de l'indivision des biens, nécessitant, pour certaines décisions importantes, l'accord de tous les héritiers. L'intervention d'un fiduciaire testamentaire, nommé par le « *de cujus* » et propriétaire des biens affectés lors du règlement de la succession, diminuerait les indivisions successorales et éviterait les nombreuses procédures devant les tribunaux, nécessaires en cas d'absence d'un des héritiers ou de désaccord pour la nomination du mandataire représentant des co-indivisaires. En fonction des consignes établies par le testateur, la fiducie testamentaire évitera un retard dans la liquidation des affaires du défunt. Le fiduciaire pourra travailler en étroite collaboration avec l'exécuteur testamentaire pour liquider la succession ou se substituer à ce dernier.

1747. La fiducie testamentaire constituerait une nouvelle modalité du droit des successions ; le fiduciaire assure la gestion des biens de la succession à partir du décès du testateur jusqu'au moment de la remise finale des biens aux héritiers.<sup>1941</sup> Les héritiers et les légataires bénéficiaires de la fiducie testamentaire seraient ainsi appelés à recueillir le patrimoine du défunt (c'est-à-dire l'ensemble de ses biens et de

---

<sup>1939</sup> Créé par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 18 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1940</sup> Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

<sup>1941</sup> Le constituant pourrait charger ainsi le fiduciaire de réaliser, en tant que propriétaire temporaire des biens de la succession, toutes les procédures habituelles comprenant les arrangements funéraires, l'obtention de la preuve du décès, la recherche, la vérification du testament, l'analyse des dispositions testamentaires, l'ouverture d'un compte dans une institution financière, la détermination des héritiers bénéficiaires, la confection de l'inventaire, les réclamations des bénéficiaires de l'assurance-vie, des rentes et des prestations, les formalités fiscales, la liquidation du patrimoine familial et des droits matrimoniaux, la publication des avis, constater l'exercice de l'option des héritiers et des legs particuliers, l'administration des biens de la succession, le paiement des dettes, la transmission des biens aux héritiers, le partage des biens de la succession et tout autre acte demandé par le constituant testateur.

ses droits qui seront transférés par le fiduciaire à la fin de la fiducie) à terme ou à la réalisation d'une condition. Dans cette fiducie, le « *de cuius* » proroge le transfert effectif aux héritiers du droit de propriété des biens de la succession, lorsque l'intérêt général et un motif sérieux et légitime lui permettent, dans l'intérêt de tous les réservataires. Ce genre de fiducie testamentaire est justifié en présence d'héritiers mineurs, de majeurs protégés ou en cas d'héritiers sans expérience dans la gestion de biens professionnels importants, à la seule appréciation du testateur-constituant.

1748. Les motifs sérieux et légitimes seraient expressément décrits par la loi et soumis au contrôle judiciaire à la demande d'un réservataire lésé. L'incapacité ou l'âge des héritiers à gérer des biens professionnels, la présence de mineurs bénéficiaires ou majeurs incapables, ou la complexité de la succession qui donnerait lieu à de longues indivisions seraient notamment des motifs légitimes. Lorsque le constituant testateur considère que, pour un motif sérieux et légitime, ses héritiers auront besoin d'une gestion des biens de la succession, pour une période qu'il déterminerait, afin d'éviter la liquidation immédiate et la distribution de son héritage, il pourrait donc faire appel à un fiduciaire.

1749. Ce régime fiduciaire simplifierait la liquidation et la distribution de la succession en évitant des longues périodes d'indivision successorale, si le constituant le considère nécessaire et le stipule ainsi. Néanmoins, le testateur devrait respecter une stricte égalité quant à la quantité de chaque part des réservataires, pour la distribution des revenus de la fiducie et au moment du transfert final des biens à la fin de celle-ci. La fiducie testamentaire porterait donc atteinte aux réserves héréditaires et notamment au principe énoncé par le paragraphe premier de l'article 912 du Code Civil disposant que la dévolution des réserves héréditaires doit être libre de toute charge. En effet, tant qu'il existera un système de réserves héréditaires dans les systèmes de droit civil, l'utilité de la fiducie testamentaire restera limitée.

1750. L'exécuteur testamentaire et le mandataire à effet posthume sont des personnes de confiance, nommées par le « *de cuius* » pour administrer les biens de la succession et les partager ensuite entre les héritiers et les légataires. L'exécuteur testamentaire est la personne désignée, par testament, par le défunt afin de respecter ses dernières volontés et veiller à l'exécution du testament. Une personne physique ou

morale pourrait et comme cela existe déjà dans les pays anglo-américains cumuler la qualité d'exécuteur testamentaire et de fiduciaire. Sinon, le fiduciaire devrait travailler en étroite collaboration avec l'exécuteur. Le fiduciaire interviendrait ainsi, à des degrés différents, aux différentes étapes du règlement de la succession.<sup>1942</sup>

1751. La réforme des successions et des libéralités a créé le mandat à effet posthume pour faciliter la gestion des biens successoraux.<sup>1943</sup> La loi a été promulguée en juin 2006, juste quelques mois avant la loi sur la fiducie de février 2007. Le mandat posthume n'a pas été conçu comme une fiducie testamentaire, mais le législateur l'a imaginé sous la forme d'un mandat « *post mortem* ». L'évolution de ce mécanisme vers une fiducie testamentaire semble logique. Le fiduciaire testamentaire aurait un rôle renforcé par la propriété fiduciaire sur les biens de la succession et le pouvoir de disposition, selon les consignes déterminées par le « *de cuius* ».

1752. Il sera nécessaire de déterminer la durée légale de la fiducie testamentaire qui constitue un bon compromis entre le respect des droits des réservataires, l'intérêt commun de ceux-ci, l'intérêt général et le devoir de protection envers un ou plusieurs d'entre eux. Le délai maximum pendant lequel le fiduciaire testamentaire devra gérer les biens de la succession avec clause fiduciaire au bénéfice des héritiers serait fixé par le législateur, par exemple, à 20 ans comme pour les fiducies testamentaires,<sup>1944</sup> ou à 33 ans comme celui du premier projet de loi sur la fiducie,<sup>1945</sup> ou à 30 ans comme celui des fidéicommiss latino-américains. Il sera ensuite décidé par le « *de cuius* » dans ses dernières volontés, en fonction de ses besoins et à sa seule appréciation.

1753. Si l'exécuteur a pour mission la liquidation et la distribution de la succession, le mandataire posthume a une mission de gestion temporaire des biens de la succession, justifiée par des motifs sérieux et légitimes. L'exécuteur testamentaire

---

<sup>1942</sup> Aujourd'hui, avec un « mandat successoral », le juge peut désigner toute personne qualifiée pour administrer provisoirement la succession afin de régler les situations de blocage de succession important, à savoir des mésententes entre cohéritiers, des oppositions d'intérêts ou une complexité extrême de la situation successorale. Sa nomination ne vient pas de la volonté du constituant mais d'une décision judiciaire.

<sup>1943</sup> Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1944</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2018, alinéa 2° dans le projet de loi sur la fiducie, *infra*, p. 586.

<sup>1945</sup> La première version de l'article 2018 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007 et modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V) à son 2° alinéa prévoyait que la durée du transfert ne pouvait pas excéder trente-trois ans à compter de la signature du contrat.

pourrait donc être fiduciaire (A) et le mandat à effet posthume devrait évoluer vers une fiducie testamentaire (B).

### *A. Exécuteur et fiduciaire testamentaires*

1754 Un ou plusieurs exécuteurs testamentaires peuvent être librement désignés par testament, à savoir un ami, le notaire ou autre ; l'accord de la personne choisie est nécessaire. La nomination est valable dès lors que les conditions imposées par la loi pour établir un testament sont respectées. L'exécuteur testamentaire doit disposer de la capacité juridique. Il assure une mission de confiance et de surveillance. Il doit faire apposer les scellés. S'il y a des héritiers mineurs, majeurs en tutelle ou absents, il dresse l'inventaire de la succession ; il provoque la vente du mobilier, si l'argent nécessaire pour acquitter les legs manque et il veille à ce que le testament soit bien exécuté. En cas de contestation du testament, l'exécuteur testamentaire peut intervenir pour soutenir sa validité. Il a un délai de 2 ans après l'ouverture du testament pour accomplir sa mission, sauf prorogation par le juge. Passé ce délai, il perd tout pouvoir. Il ne peut être relevé de sa mission par le tribunal que pour des motifs graves.

1755 La Common Law en Angleterre prévoit les fonctions de trustee testamentaire, d'administrateur d'une succession et d'exécuteur testamentaire. La fonction du trustee consiste à gérer les biens mis en trust dans l'intérêt des bénéficiaires. L'administrateur d'une succession et l'exécuteur testamentaire, fréquemment dénommés « représentants personnels » du défunt, ont la mission de liquider la succession et d'en distribuer l'actif. Beaucoup de dispositions du « *Trustee Act* » de 1925 s'appliquent aux trois fonctions.<sup>1946</sup> Le fiduciaire peut soit remplacer l'exécuteur, soit intervenir après celui-ci. Une fois que les tâches relatives à la liquidation de la succession sont achevées, l'administrateur ou l'exécuteur devient trustee. Quand des biens immeubles sont inclus dans les biens du trust, les représentants personnels doivent consentir par écrit à leurs nouvelles fonctions. La différence fondamentale entre l'exécuteur et le trustee testamentaire réside dans le dédoublement de propriété que l'« *Equity* » prévoit pour les trustees. L'exécuteur et

---

<sup>1946</sup> Pour un exemple voir les sections 68 (17) et 69 (1) du *Trustee Act*.

l'administrateur ont la propriété légale et sont considérés comme des propriétaires absolus des biens de la succession. Dans le trust, le trustee ne reçoit que la propriété légale ; les bénéficiaires jouissent de la propriété équitable.<sup>1947</sup>

1756. En France, un fiduciaire testamentaire pourrait être chargé de réaliser les mêmes tâches qu'un exécuteur, dès l'ouverture de la succession, ou intervenir après la période de liquidation menée par l'exécuteur testamentaire si le testateur en dispose ainsi. Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire seraient donc articulés avec ceux du fiduciaire nommé par testament. La mission de l'exécuteur est la liquidation de la succession ; celle du fiduciaire est la gestion temporaire du patrimoine affecté. Ces deux missions peuvent être ou non complémentaires, en fonction des dispositions du testateur. Il se peut qu'un constituant testateur considère que, pour un motif sérieux et légitime, ses héritiers auront besoin d'une gestion fiduciaire des biens de la succession et de l'aide d'un fiduciaire, à la place ou en plus de l'exécuteur testamentaire. La différence avec l'exécuteur est que le fiduciaire a la propriété fiduciaire des biens transférés dans le patrimoine de la fiducie pendant la durée de celle-ci. Il agit en tant que propriétaire pour le compte de la fiducie.<sup>1948</sup>

1757. Il convient de comparer les pouvoirs de l'exécuteur et du fiduciaire testamentaires (a.) et de décrire les fiducies-gestion d'indivisions successorales (b.).

a. Pouvoirs de l'exécuteur et du fiduciaire testamentaires

1758. Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire sont plus ou moins étendus, selon la mission que lui a confiée le défunt ; l'exécuteur testamentaire agit en tant que mandataire « *post mortem* » et selon la saisine des biens et droits de la succession que le défunt lui a donnée ou non. Le « *de cujus* » donne à son exécuteur testamentaire le droit d'administrer et de gérer, sans autorisation et sans pour autant être propriétaire de tout ou partie de son mobilier, uniquement pour une durée d'un an au maximum à compter du décès. Une clause investissant l'exécuteur testamentaire d'un droit de

---

<sup>1947</sup> J. P. BERAUDO, J. M. TIRARD, *op.cit.*, p. 62. Jean Paul Béraudo explique que la différence provient de la source des règles de droit qui régissent les deux institutions : le droit successoral est élaboré par les juridictions ecclésiastiques et le droit du trust est né de la Cour du chancelier.

<sup>1948</sup> Selon les dispositions de l'article 2021 du Code Civil, créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007.

gestion et d'administration, pour une durée supérieure ou sur des biens autres que mobiliers, est nulle.

*1759.* L'exécuteur testamentaire saisi a le droit de recevoir le montant des créances successorales, de conserver le produit de la vente du mobilier et d'acquitter les legs mobiliers. Il n'a pas la charge du paiement des dettes et ne peut pas procéder à la vente des immeubles successoraux, sauf accord du tribunal et en l'absence d'héritiers réservataires. Le fiduciaire testamentaire procéderait au paiement des dettes car celles-ci sont transférées au patrimoine fiduciaire, à la mort du testateur-constituant. Il pourra gérer et vendre des biens immeubles transférés au patrimoine fiduciaire par le testament, en suivant la volonté et les conditions fixées par le constituant-testateur. Le fiduciaire devra respecter les parts des réserves héréditaires, en cas de distribution des biens ou des revenus provenant du patrimoine fiduciaire.

*1760.* En l'absence d'héritier réservataire acceptant, le testateur peut étendre les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire et l'habiliter à prendre certaines mesures, telles que vendre des biens immobiliers à condition d'en informer préalablement les héritiers, recevoir et placer des capitaux et procéder au partage des biens. En revanche, les fonctions de l'exécuteur testamentaire sont nettement limitées en présence d'héritiers réservataires.

*1761.* Le fiduciaire testamentaire devra exécuter rigoureusement les consignes laissées par le testateur. En présence ou non d'héritiers réservataires, il doit pouvoir vendre des biens immobiliers. En Common Law, lorsque le trustee vend un immeuble, il ne peut pas donner, seul, quittance du prix. Il est nécessaire qu'un co-trustee intervienne à l'acte. Au contraire, s'il y a plusieurs administrateurs ou exécuteurs, l'un d'eux peut donner quittance du prix reçu lors d'une vente immobilière, mais la vente doit être décidée conjointement avec les autres coadministrateurs ou co-exécuteurs. En ce qui concerne les biens mobiliers, les représentants personnels engagent chacun l'ensemble de la succession tandis que les trustees doivent agir ensemble et se concerter.<sup>1949</sup>

---

<sup>1949</sup> L'action en prescription s'éteint par un délai de 12 ans contre l'administrateur ou l'exécuteur. Elle n'est que de la moitié du délai à l'encontre d'un trustee qui a méconnu ses obligations, en fonction des dispositions du « Limitation Act » de 1980.

1762. Le fiduciaire reçoit et place des capitaux pendant la période de gestion fiduciaire et procède au partage des biens. Cependant, il convient d'insister sur le fait qu'il doit respecter les portions réservataires, au moment du partage et tout au long de la distribution des revenus produits par la fiducie testamentaire. Contrairement à l'exécuteur testamentaire, le fiduciaire n'est pas obligé d'informer préalablement les héritiers bénéficiaires de la fiducie de la vente des biens immeubles. Il doit, en revanche, rendre compte de sa gestion périodiquement, à la demande des bénéficiaires ou du protecteur.<sup>1950</sup> L'exécuteur saisi, quant à lui, doit rendre compte de sa gestion dans les six mois de la fin de sa mission.

1763. La saisine de l'exécuteur testamentaire cesse avant le terme de la mission s'il décède. Etant intransmissible, la charge ne passe pas à ses héritiers. La mission de l'exécuteur cesse si un héritier offre une somme suffisante pour payer les legs mobiliers ou justifie de ce paiement. Dans une fiducie testamentaire, un héritier bénéficiaire ne pourrait pas offrir une somme suffisante pour payer les legs mobiliers ou justifier de ce paiement si ce n'est pas expressément prévu dans la clause fiduciaire du testament.

1764. En cas de disparition du fiduciaire (liquidation ou décès), c'est l'acte de constitution de la fiducie qui détermine les conditions de son remplacement. Si cette procédure n'a pas été consignée dans le testament, il reviendrait au juge de nommer un nouveau fiduciaire qui achèvera la mission du premier, à la demande des bénéficiaires ou du tiers désigné en application de l'article 2017 du Code Civil. Selon les stipulations du testament, en cas de défaillance du fiduciaire, la propriété des actifs peut être transférée aux bénéficiaires, au choix de ceux-ci.<sup>1951</sup> La même procédure serait appliquée<sup>1952</sup> si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés, ou encore s'il est l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.<sup>1953</sup> La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant ou directement aux bénéficiaires.

---

<sup>1950</sup> Par analogie aux dispositions de l'article 2022 du Code Civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1951</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2029 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 585.

<sup>1952</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2027 *infra*, p. 585.

<sup>1953</sup> Article 2027 du Code Civil, modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

La gestion fiduciaire ne prend fin qu'à l'arrivée du terme ou à la réalisation de la condition.<sup>1954</sup>

1765. En principe, l'exécuteur testamentaire exerce sa mission gratuitement et les frais d'inventaire engagés sont à la charge de la succession. Mais il est fréquent que le défunt lui témoigne sa gratitude par un petit legs, appelé « le diamant ». La gestion fiduciaire est gracieuse ou rémunérée en tant que service fiduciaire. Les honoraires du fiduciaire testamentaire pourraient donc être prélevés sur le patrimoine fiduciaire si le constituant en a ainsi décidé, contrairement aux fiducies entre vifs dans lesquelles le constituant s'engage à payer directement le fiduciaire.<sup>1955</sup>

1766. En Common Law, le trustee est désigné par le testament. Les nouveaux trustees sont nommés par les personnes qui ont reçu pouvoir à cet effet dans l'acte du trust ou auxquelles cette prérogative est attribuée par le « *Trustee Act* » de 1925, notamment en son article 36. Les textes relatifs à l'administration des successions attribuent la qualité de trustee à l'administrateur d'une succession « *ab-intestat* », c'est-à-dire, sans testament. Les biens ou une partie des biens ne sont pas dévolus par un acte volontaire du défunt ; leur dévolution est régie par les dispositions légales des successions « *ab intestat* » ou successions légales anglaises. Une même personne peut donc être représentant personnel, exécuteur testamentaire et trustee. Le représentant personnel est nommé par testament lorsqu'il est exécuteur testamentaire ou par décision judiciaire, si la succession a été ouverte « *ab-intestat* ». Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, dans le modèle anglo-américain des trusts, sont homologués auprès du « *Probate Registry* », juridiction chargée du contrôle des successions. L'administrateur de la succession justifie de ses pouvoirs en produisant les lettres d'administration délivrées par cette juridiction. L'exécuteur et l'administrateur prouvent ainsi leurs qualités respectives en produisant ce document d'origine judiciaire. La désignation de l'administrateur ou l'homologation de l'exécuteur rétroagit au jour du décès, mais ils ne peuvent pas, sauf urgence, disposer des biens de la succession avant l'intervention judiciaire.

---

<sup>1954</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2029 dans le projet de loi sur la fiducie *infra*, p. 585.

<sup>1955</sup> Voir *supra* p. 242 et suiv.

1767. La fiducie testamentaire serait un outil idéal pour la gestion d'indivisions successorales.

*b. Fiducies de gestion d'indivisions successorales*

1768. En donnant expressément au fiduciaire des pouvoirs de disposition et de gestion sur la propriété fiduciaire des biens de la succession et, en respectant la distribution légale et équitable des biens entre les réservataires, la fiducie testamentaire serait un outil idéal de gestion des indivisions successorales, en cas d'indivision d'un bien familial à la suite d'une succession. Elle faciliterait la tâche des héritiers en donnant la gestion temporaire de la masse successorale à un fiduciaire.

1769. Dans le modèle anglo-américain des trusts, depuis 1925, les droits de copropriété ou d'indivision sur des biens immeubles ne sont établis en Angleterre que par trust ; autrefois appelés « *trusts for sale* », ils sont maintenant appelés « *trusts of land* » ; les deux copropriétaires sont en même temps trustees et bénéficiaires. Cette relation, fondée sur l'équité et non sur la Common Law, résulte de l'abolition d'une majorité de droits de propriété légale (*legal estates*) par la loi sur la propriété de 1925 (*Law of property Act*).

1770. Même si les règles de gestion de l'indivision se sont assouplies en France, il est compliqué pour les héritiers réservataires de se mettre d'accord sur la gestion quotidienne des biens immeubles avant le partage. Jusqu'en 2006, toute décision concernant un bien indivis devait, en principe, être prise à l'unanimité des indivisaires, unanimité souvent difficile à obtenir. A partir de 2007, la loi distingue les actes ou les décisions qui sont pris par un seul indivisaire, ceux qui ne demandent que la majorité des 2/3 et enfin, ceux qui requièrent l'unanimité.

1771. Le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui n'est pas de l'exploitation normale des biens indivis et pour tout acte de disposition autre que la vente des meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision. Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité, effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis, donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration,

conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal. Ils sont tenus d'en informer les autres indivisaires. A défaut, les décisions prises leur sont inopposables. Si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux.<sup>1956</sup>

*1772.* La fiducie testamentaire constituerait un outil adapté pour donner les biens des successions complexes en gestion fiduciaire et éviterait de longues indivisions et disputes entre héritiers co-indivisaires. Le fiduciaire effectuera les actes d'administration et de disposition relatifs aux biens indivis. Il pourra vendre les meubles pour payer les dettes et les charges de l'indivision, conclure et renouveler les baux et en général effectuer tout acte de disposition et de gestion lié à l'exploitation des biens indivis, stipulés par le constituant-testateur dans le testament. Le fiduciaire devra respecter les parts des réservataires lors de la distribution des biens du patrimoine fiduciaire. Il sera tenu d'informer les indivisaires-bénéficiaires de sa gestion. Ses décisions seront opposables à ceux-ci, pourvu qu'elles respectent dans sa gestion le souhait du testateur et les parts des réservataires lors de la distribution.

*1773.* La fiducie permettrait ainsi que le partage de la succession ne soit pas bloqué pendant des années. Le constituant-testateur pourra constituer une fiducie, avec un terme réduit, pour la liquidation des biens ou stipuler, comme condition, la finalisation du partage total de ceux-ci entre les héritiers. De cette manière, il épargnera à ses héritiers des longues périodes d'indivision suivies de l'éclatement de son patrimoine, d'autant plus s'il est constitué de biens professionnels. La gestion fiduciaire de l'indivision éviterait les oppositions aux décisions des indivisaires. Le fiduciaire pourra gérer les biens et liquider la succession, même en l'absence d'un des co-indivisaires, sans que celui-ci soit représenté. La fiducie testamentaire éviterait les litiges devant les juridictions judiciaires pour tous les actes relatifs aux biens indivis qui sont autorisés en justice.

---

<sup>1956</sup> Article 815-3 du Code Civil, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 2 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

1774. Les actes réalisés par le fiduciaire dans le cadre de sa mission seraient sans effet sur l'option héréditaire des héritiers bénéficiaires. Tant qu'aucun héritier bénéficiaire de la fiducie testamentaire n'a accepté la succession, le fiduciaire ne disposerait que des pouvoirs reconnus au successible, à l'article 784 du Code Civil.<sup>1957</sup> Les actes purement conservatoires ou de surveillance et les actes d'administration provisoire seront accomplis par le fiduciaire même si les successibles n'ont pas pris le titre ou la qualité d'héritier.<sup>1958</sup> Tout autre acte qui requiert l'intérêt de la succession et que le fiduciaire voudrait accomplir, sans qu'aucun des réservataires n'ait pris le titre ou la qualité d'héritier, devra être autorisé par le juge. Conformément à l'article 2029 du Code Civil,<sup>1959</sup> lorsque la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie, celle-ci prend fin de plein droit, sauf stipulation de l'acte prévoyant les conditions dans lesquelles elle se poursuit.<sup>1960</sup> Le contrat de fiducie prendrait fin aussi en l'absence de bénéficiaires et les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire seraient transférés par le fiduciaire à l'Etat.<sup>1961</sup>

1775. Aujourd'hui, le mandat à effet posthume est prévu pour la gestion « *post-mortem* ». Cependant, le mécanisme du mandat n'est pas efficace et ne répond pas aux attentes des praticiens. Il serait donc préférable qu'il soit remplacé par le mécanisme du transfert de la propriété fiduciaire par testament.

### ***B. Mandat posthume et fiducie testamentaire***

1776. La réforme des successions et des libéralités institue un « mandat posthume » pour les successions ouvertes à compter du 1er janvier 2007. Avec le mandat à effet posthume, toute personne peut, à l'avance, donner mandat « à une personne de confiance », missionnée pour administrer tout ou partie de sa succession. Le mandat doit être justifié par un intérêt sérieux et légitime, lorsque les héritiers n'ont pas la

---

<sup>1957</sup> Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 1 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1958</sup> Sont réputés purement conservatoires : 1° Le paiement des frais funéraires et de dernière maladie, des impôts dus par le défunt, des loyers et autres dettes successorales dont le règlement est urgent ; 2° Le recouvrement des fruits et revenus des biens successoraux ou la vente des biens périssables, à charge de justifier que les fonds ont été employés à éteindre les dettes ; 3° L'acte destiné à éviter l'aggravation du passif successoral. Sont réputés être des actes d'administration provisoire les opérations courantes nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession. Sont également réputés pouvoir être accomplis sans emporter acceptation tacite de la succession le renouvellement, en tant que bailleur ou preneur à bail, des baux qui, à défaut, donneraient lieu au paiement d'une indemnité, ainsi que la mise en œuvre de décisions d'administration ou de disposition engagées par le défunt et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise.

<sup>1959</sup> Modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V).

<sup>1960</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2029 dans le projet de loi sur la fiducie, *infra*, p. 585.

<sup>1961</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2030, *infra*, p. 585.

capacité de gérer eux-mêmes leurs biens.<sup>1962</sup> D'une durée de 2 ans, portée à 5 ans lorsque l'inaptitude ou l'âge des héritiers ou encore la nécessité de gérer les biens professionnels le justifient, le mandat est prorogable.<sup>1963</sup>

1777. Le mandat posthume devrait rencontrer deux domaines d'application privilégiés, à savoir la gestion de l'entreprise après le décès de l'entrepreneur et la gestion du patrimoine en présence d'héritiers mineurs ou atteints d'un handicap. Or, le législateur a prévu un mécanisme qui ne transfère pas la propriété fiduciaire des biens au mandataire, avec les faiblesses et inconvénients du mandat. L'héritier peut toujours mettre fin au mandat en disposant des biens ; un aménagement conventionnel contraire n'est pas possible, pourtant indispensable à son efficacité. Michel Grimaldi affirme que « *le mandat à effet posthume déçoit ceux qui souhaitent un essor qui lui permette de rendre tous les services d'un trust et de tempérer ainsi l'exclusion de la fiducie-gestion en matière successorale.* »<sup>1964</sup>

1778. A l'époque de la promulgation de la loi sur la réforme des successions en 2006, la loi sur la fiducie n'était pas encore promulguée. Il s'avère maintenant nécessaire que le mandat à effet posthume évolue vers une fiducie testamentaire. Depuis l'entrée de la fiducie contractuelle dans le Code Civil, cette évolution semble logique. Toute personne devrait pouvoir transférer en fiducie, à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales habilitées à avoir la qualité de fiduciaire, tout ou partie de sa succession, pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers bénéficiaires réservataires. A l'instar des pays de Common Law, en Argentine ou au Panama, toute personne physique devrait pouvoir être fiduciaire,<sup>1965</sup> y compris un héritier bénéficiaire concerné qui cumulerait les qualités de fiduciaire et de bénéficiaire, en tenant séparés le patrimoine fiduciaire qu'il gère de son patrimoine propre. Il devra bien évidemment jouir de la pleine capacité civile et n'être pas frappé

---

<sup>1962</sup> M. GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* n° 01/07, art. 38509, n°1 ; Ph. MALAURIE, « La réforme des successions et des libéralités », *Deffrénois* n° 22/06, art. 38482, II.

<sup>1963</sup> Articles 812 et suivants du Code Civil, modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - JORF 24 juin 2006 en vigueur depuis le 1er janvier 2007.

<sup>1964</sup> M. GRIMALDI « Première décision de la Cour de cassation sur le mandat à effet posthume : les pouvoirs conférés au mandataire ne peuvent empêcher les héritiers de mettre fin au mandat en disposant des biens qui en forment l'objet (Civ. 1re, 12 mai 2010, n° 09-10.556, D. 2010. 1348 ; AJ famille 2010. 287, obs. C. Vernières, supra 527, obs. J. Hauser) », *RTD Civ.* 2010, Dalloz 2011, p. 602.

<sup>1965</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2015 dans le projet de loi sur la fiducie, *infra*, p. 585.

d'une interdiction de gérer lorsque des biens professionnels sont compris dans le patrimoine successoral.

1779. Les faiblesses du mandat à effet posthume (a.) conduisent à une évolution logique vers la fiducie testamentaire (b.).

a. Faiblesses du mandat à effet posthume

1780. Un premier arrêt de la Cour de cassation<sup>1966</sup> relatif au mandat à effet posthume traite la question de l'étendue des pouvoirs du mandataire à disposer des biens immeubles du « *de cujus* » prévus à l'article 812 du Code civil.<sup>1967</sup> L'arrêt analyse aussi le pouvoir de l'héritier à mettre fin au mandat en disposant des biens qui en forment l'objet. La question est de savoir si ces pouvoirs sont retirés à l'héritier quand ils sont conférés au mandataire. L'alinéa 5° de l'article 812-4 du Code Civil<sup>1968</sup> prévoit que le mandat prend fin par l'aliénation des biens mentionnés dans le mandat par les héritiers.

1781. En l'espèce, la mère de deux enfants mineurs, divorcée, désigne son propre père comme mandataire posthume à l'effet de réaliser tous les actes d'administration et de gestion de sa succession, pour le compte et dans l'intérêt de ses héritiers. Le père des enfants, en sa qualité d'administrateur légal sous contrôle judiciaire, après avoir accepté la succession, demande en justice l'autorisation de vendre un immeuble successoral. Il obtient du juge des tutelles d'ordonner au mandataire posthume de mettre les clés à sa disposition pour effectuer la vente.

1782. Cependant, sur appel, le TGI infirme cette décision en retenant que si le mandataire posthume dispose du pouvoir d'aliéner, il peut, symétriquement, s'opposer à une vente projetée par l'administrateur légal au motif qu'elle lui paraît non conforme à l'intérêt des héritiers. Le Tribunal explique qu'il ressort de la combinaison des articles 812-1 et 389-3, alinéa 3 du code civil, que l'appartement litigieux dépendant de la succession de la mère n'est pas soumis aux prérogatives de l'administrateur légal des enfants ; qu'en conséquence, le mandataire posthume dispose bien du pouvoir de

---

<sup>1966</sup> Civ. 1re, 12 mai 2010, n° 09-10.556, D. 2010. 1348 ; AJ famille 2010. 287, obs. C. Vernières, supra 527, obs. J. Hauser.

<sup>1967</sup> Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 1 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

s'opposer à la vente de l'appartement et que sa position est conforme à l'intérêt des enfants.

1783. La Cour de Cassation décide que les pouvoirs conférés au mandataire ne privent pas l'héritier de la faculté de disposer des biens objet du mandat et de mettre ainsi fin à celui-ci. La Cour érige cette aliénation en une cause d'extinction d'ordre public ; le « *de cuius* » ne peut pas priver ses héritiers de la faculté que leur accorde la loi de mettre fin au mandat, en disposant des biens sur lesquels il porte. La Haute juridiction confirme la faiblesse du mandat à effet posthume. Elle censure le jugement d'appel en ces termes : « Les pouvoirs d'administration ou de gestion conférés au mandataire posthume, en vertu des articles 812 du code civil, ne lui permettent pas de s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat : l'aliénation constitue l'une des causes d'extinction de celui-ci. »

1784. Michel Grimaldi affirme : « *il est inutile de retirer à un héritier la gestion de sa succession s'il lui suffit, pour la retrouver, d'aliéner les biens héréditaires* », c'est-à-dire de les vendre, de les donner, voire de simplement les apporter à une société.<sup>1969</sup> La loi accorde ainsi à l'héritier le pouvoir de se libérer « *proprio motu* » de la mesure voulue par le défunt. Le fait que le mandataire soit investi du pouvoir de disposer permet la coexistence de pouvoirs concurrents ; les biens sont aliénés, soit par le mandataire dans le cadre de l'exécution de son mandat, soit par l'héritier en vue de l'extinction du mandat.<sup>1970</sup> Le mandat posthume ne dessaisit pas l'héritier des pouvoirs qu'il confère au mandataire et corrélativement, n'attribue pas à celui-ci, comme à un fiduciaire, la propriété des biens et donc des pouvoirs exclusifs. Pour remédier à cette faiblesse structurelle du mandat à effet posthume, l'évolution la plus adaptée serait la fiducie testamentaire, dont le mécanisme de transfert de propriété fiduciaire par testament au décès du constituant garantit l'efficacité de l'opération.

---

<sup>1968</sup> Créé par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 1 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

<sup>1969</sup> M. GRIMALDI, « Première décision de la Cour de cassation sur le mandat à effet posthume... », *ibid.*, p. 603.

<sup>1970</sup> M. GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *loc. cit.*

b. Evolution vers une fiducie testamentaire

1785. La fiducie testamentaire sera expresse,<sup>1971</sup> dans les formes des testaments acceptées par la loi ;<sup>1972</sup> le fiduciaire devra être nommé dans le testament.<sup>1973</sup> La clause fiduciaire énoncera clairement la volonté du constituant-testateur de donner en gestion fiduciaire les biens de sa succession, au bénéfice des héritiers réservataires et tiers légataires. Les dispositions de la fiducie contractuelle de l'article 2011 du Code Civil seraient applicables aux fiducies testamentaires ; nous proposons à la conclusion de cette thèse un projet de loi adapté à la fiducie testamentaire. Le fiduciaire aura la propriété sur les biens du patrimoine fiduciaire<sup>1974</sup> et pourra disposer des biens immeubles et meubles, sans que les bénéficiaires héréditaires réservataires puissent s'y opposer, pendant une durée déterminée, suivant les dispositions établies par le « *de cujus* » dans le testament.

1786. L'attachement des systèmes de droit civil aux réserves héréditaires mérite une application adaptée à cette réalité. La clause de gestion fiduciaire qui aménagerait la libre disposition des réservataires, serait justifiée par un motif légitime. Elle permettrait la distribution strictement équilibrée et égalitaire des biens et des revenus entre les bénéficiaires et le respect de la volonté du testateur. Cette règle éviterait les longues périodes d'indivision, l'éclatement du patrimoine du défunt et assurerait la gestion professionnelle des biens en faveur des bénéficiaires mineurs ou prodiges. La fiducie testamentaire présenterait ainsi un attrait pour les testateurs-constituants qui ont comme héritiers-bénéficiaires des personnes vulnérables, en raison de leur jeune âge, d'un handicap ou d'une maladie et qui souhaitent que les biens de leurs héritiers soient gérés par un tiers professionnel de confiance, par exemple, leurs avocats ou leurs gestionnaires de patrimoine, au bénéfice des héritiers et selon les indications des dernières volontés décrites dans le testament. Elle constituerait une alternative pour les citoyens français et européens qui favoriseraient la loi française

---

<sup>1971</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2012 dans le projet de loi sur la fiducie, *infra*, p. 585.

<sup>1972</sup> Le testament « olographe », avec la clause fiduciaire, est rédigé sur papier libre, chaque feuille devant être numérotée, datée et signée de la main du testateur. Ce testament présente l'avantage d'être simple et gratuit. Le testament « mystique » comprenant la clause fiduciaire est rédigé par le testateur-constituant ou par un tiers, à la main ou à la machine, puis clos, cacheté et scellé. Il est ensuite remis, en présence de deux témoins, à un notaire qui constate cette remise par un acte de souscription. De même, le testament « authentique » avec une clause de gestion fiduciaire est dicté par le testateur soit à un notaire, en présence de deux témoins, soit à deux notaires qui en dressent acte.

<sup>1973</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2018, 4° dans le projet de loi sur la fiducie, *infra*, p. 585.

<sup>1974</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2011 dans le projet de loi sur la fiducie, *infra*, p. 585.

pour régler leurs successions, dans le cadre du nouveau Règlement européen<sup>1975</sup> de simplification des successions transfrontalières dans l'Union européenne.<sup>1976</sup>

1787. Pour que la fiducie testamentaire soit efficace, le fiduciaire aurait la gestion des biens des mineurs ou des majeurs protégés héritiers ou légataires. Le testament avec une clause fiduciaire détaillera la mission et les tâches à accomplir par le fiduciaire au regard des bénéficiaires héritiers mineurs ou majeurs protégés. Le fiduciaire travaillera en étroite collaboration avec les tuteurs ou curateurs pour arriver à une cogestion efficace du patrimoine successoral au bénéfice des héritiers bénéficiaires.<sup>1977</sup> La gestion fiduciaire sera donnée pour une durée à déterminer dans le testament, prorogable si nécessaire par décision du juge, saisi par un héritier bénéficiaire, son représentant, tuteur ou curateur ou par le fiduciaire, en raison notamment de l'inaptitude ou de l'âge des héritiers-bénéficiaires ou de la nécessité de gérer des biens professionnels.<sup>1978</sup> Pour assurer une bonne publicité de l'acte et pour éviter une évasion ou fraude fiscale, le testament avec une clause de gestion fiduciaire sera enregistré, à peine de nullité, dans le Registre National des Fiducies.<sup>1979</sup>

1788. Les fonctions du fiduciaire seront réalisées contre rémunération ou à titre gratuit. Si des honoraires sont prévus, ils sont expressément déterminés dans la clause fiduciaire du testament. La rémunération peut correspondre à une part des fruits et revenus perçus par la succession ou résulter de la gestion fiduciaire. En cas d'insuffisance ou d'absence de fruits et revenus, elle pourra être complétée par un capital. La rémunération du fiduciaire est une charge de la succession. Elle ouvrirait droit à réduction lorsqu'elle a pour effet de priver les héritiers de tout ou partie de leur réserve. Les héritiers visés par la fiducie ou leurs représentants pourront demander en justice la révision de la rémunération lorsqu'ils justifient de sa nature

---

<sup>1975</sup> Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, précédemment cité.

<sup>1976</sup> Voir *supra* p. 555, n° 1731.

<sup>1977</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2022 dans le projet de loi sur la fiducie, *infra*, p. 585.

<sup>1978</sup> Voir la proposition de rédaction de l'article 2018 alinéa 2°, *infra*, p. 585.

<sup>1979</sup> Ces mesures de publicité devront être prises par analogie aux dispositions de l'article 2019 et 2021 du Code Civil pour assurer une transparence totale des fiducies testamentaires. Lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités. Voir la proposition de rédaction des articles 2019 et 2020 dans le projet de loi sur la fiducie, *infra*, p. 585.

excessive au regard de la durée ou de la charge résultant de la clause fiduciaire établie dans le testament.

1789. La fiducie testamentaire prendra fin à l'arrivée du terme prévu. Il faut garantir le respect des dernières volontés du testateur-constituant et accomplir le but et le délai fixés dans la clause fiduciaire du testament. La renonciation, la mise sous mesure de protection du fiduciaire personne physique, ou la dissolution du fiduciaire personne morale ne devrait pas mettre fin à la fiducie testamentaire. L'épuisement du patrimoine fiduciaire après la distribution de la totalité du capital par le fiduciaire au profit des héritiers-bénéficiaires mettrait fin à la fiducie. Le transfert de la totalité des biens de la fiducie aux bénéficiaires suivant les consignes établies dans le testament éteint la fiducie car son but est accompli.

1790. **Conclusion du second chapitre.** L'évolution de la fiducie en droit civil et de la famille est nécessaire. Il faut pouvoir constituer des fiducies-libéralités, lorsque les biens du constituant sont transférés à titre gratuit, par donation entre vifs ou « *post-mortem* » et avec l'intention expresse de transmettre les biens en faveur des bénéficiaires désignés. La fiducie doit devenir un outil de protection des plus démunis, des mineurs et des majeurs protégés. Il est nécessaire que les biens des mineurs et des majeurs sous tutelle puissent être transférés dans un patrimoine d'affectation fiduciaire, avec l'acceptation et la cogestion de leurs représentants légaux. De cette manière, la fiducie remplacera le mandat de protection future.

1791. La fiducie devrait pouvoir se constituer aussi par testament. Le transfert effectif de la propriété fiduciaire de la fiducie testamentaire remplacerait le mandat à effet posthume et celui de l'exécuteur testamentaire, pour faciliter l'administration et la liquidation des biens de la succession, notamment ceux qui demeurent en indivision pendant des années.

## CONCLUSION TITRE II

1792. La fiducie est, aujourd'hui, opérationnelle grâce aux améliorations successives réalisées par le législateur. Les exemples d'applications pratiques sont nombreux et deviennent courants. La fiducie-sûreté a en soi un peu de fiducie-gestion ; elle est rechargeable et sert à organiser des montages complexes, en obtenant des liquidités d'un fiduciaire qui a en garantie les biens et droits présents ou futurs transférés dans le patrimoine d'affectation ; elle organise des financements de projets ou l'acquisition des biens immeubles.

1793. La fiducie-gestion sert d'entité « *ad hoc* » purement contractuelle. Elle remplace les sociétés à objet unique (*special purpose vehicles*) dans les opérations de portage à des fins de restructuration, de déconsolidation, de gestion de participations voire de sécurisation de la bonne exécution des engagements d'un ou de plusieurs constituants-bénéficiaires. Si le fiduciaire a la mission d'agir en tant qu'associé ou actionnaire d'une société, avec les droits et les obligations de tout associé, il ne peut pas s'immiscer dans la gestion de la société et doit respecter les compétences du conseil d'administration prévues par la loi. En revanche, il peut être habilité expressément par le contrat de fiducie à mettre en place et à gérer, seul ou avec un comité de constituants-bénéficiaires, une activité de production industrielle, commerciale, agricole ou de construction. Il a donc la mission de diriger une activité de production économique, transférée directement dans le patrimoine fiduciaire, au profit des constituants-bénéficiaires.

1794. Si le transfert en gestion fiduciaire concerne une partie des activités de production d'une société, le fiduciaire a la mission de gérer les activités de cette branche ; le conseil d'administration de la société constituante externalise la gestion de la branche d'activités et la confie à un véhicule « *ad hoc* », la fiducie, qui est gérée de manière autonome par le fiduciaire. La liberté contractuelle et la souplesse du contrat de fiducie permettent ainsi d'envisager différentes possibilités de structuration. La clef de l'opération est de définir, avec précision, la mission du fiduciaire et d'établir une gouvernance contractuelle de la fiducie, en fonction des besoins des parties.

## CONCLUSION SECONDE PARTIE

1795. Les techniques anglo-américaines de gestion fiduciaire, ancrées dans l’histoire de l’Angleterre, ont été développées pendant des siècles par la jurisprudence. Les applications des pouvoirs discrétionnaires du trustee ou d’un tiers sont diverses, dans les trusts de protection de patrimoine à l’égard des bénéficiaires prodigues ou dans les trusts organisant des fonds de pensions au bénéfice des employés et de leurs familles. Le trustee a des pouvoirs discrétionnaires de nomination et de distribution. Il n’est pas étonnant de trouver, dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, des techniques d’investissement et de gestion fiduciaire développées à Rome ; une structure contractuelle organise la gestion des biens par un fiduciaire (*fiducia cum amico*) ou la gestion d’une garantie fiduciaire (*fiducia cum creditore*). Il est aussi possible de donner contractuellement au fiduciaire le pouvoir discrétionnaire de nommer les bénéficiaires et de décider des distributions des biens et des revenus du trust.

1796. Les techniques de gestion fiduciaire anglo-américaines et de droit civil sont équivalentes. Elles fonctionnent de manière analogue et obtiennent des résultats comparables. Les trusts de garantie de droit civil ont leurs homologues anglo-américains dénommés « *trusts as a security device* ». Ils organisent des opérations similaires : des émissions de dette (*trusts for debenture holders*), avec ou sans subordination (*subordination trusts*), des trusts de construction de biens immeubles ou des usines avec des échéances (*building construction industry retention trust funds*) dans le cadre du financement de projet (*project financing*). Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, les trusts de gestion des biens familiaux sont moins courants que leurs homologues anglo-américains (*private family trusts*), en raison des politiques fiscales anglo-américaines d’aide à la protection des plus démunis (*trusts for mentally or physically disabled*). Ils permettent la gestion fiduciaire professionnelle des biens des mineurs jusqu’à leur majorité (*accumulation and maintenance trusts*) et protègent les bénéficiaires prodigues (*protective trusts*).

1797. Dans les deux modèles, les trusts de gestion et d’investissement à but commercial et lucratif (*investment trusts*) ont des applications similaires : ils organisent des investissements et la gestion de biens par le fiduciaire afin d’obtenir

des bénéfices. Les deux modèles organisent ainsi des fonds de placements collectifs de valeurs mobilières, au moyen des trusts financiers (*Unit Trusts*) anglo-américains et des fonds communs de placement ou des patrimoines autonomes de droit civil. Pour obtenir une symétrie parfaite, la propriété des actifs du FCP devrait être donnée au dépositaire-fiduciaire. La titrisation (*securitization*) est effectuée dans les trusts financiers et les fonds communs de titrisation. Dans les deux modèles de trusts, des créances qui produisent des revenus, sont transférées à un fonds fiduciaire et celui-ci émet, en contrepartie, des titres de participation au bénéfice des souscripteurs. La propriété fiduciaire des actifs du fonds commun de titrisation devraient être donnée à la société de gestion.

## Conclusion

---

1798. Les trusts anglo-américains, anglais, américain et des Iles Cook et les trusts de droit civil, les fidéicommiss argentins, boliviens, panaméens et la fiducie française ont des structures différentes caractéristiques des deux familles de systèmes de droit : la famille de la Common Law et la famille romano-germanique. Les trusts exprès anglo-américains, créés par acte unilatéral du constituant (déclaration, testament) mettent en place une relation fiduciaire (en *Equity*) entre le trustee et les bénéficiaires. Ceux-ci partagent les droits de propriété sur les biens du trust. Les trusts de droit civil sont créés par contrat unilatéral (de donation) ou plurilatéral (de services) entre le constituant et le fiduciaire et par testament. La seule conséquence du choix du contrat et non de l'acte unilatéral pour la constitution de la fiducie et du fidéicommiss est que le constituant ne peut pas cumuler les qualités de constituant et de fiduciaire. Le fiduciaire a la propriété fiduciaire sur les biens du trust, différente de celle de l'article 544 du Code Civil, aujourd'hui consacrée implicitement à l'article 2011 du même Code. Les bénéficiaires des trusts de droit civil profitent souvent d'une stipulation pour autrui et n'ont que des droits personnels contre le fiduciaire. La stipulation pour autrui devait remplacer l'acte unilatéral et établir la relation entre le stipulant fiduciaire et le bénéficiaire, pour reproduire plus nettement en droit civil la structure des trusts anglo-américains. Or, la stipulation pour autrui n'est pas un acte unilatéral.

1799. Les trusts de droit civil ont choisi le contrat, unilatéral ou synallagmatique, dans les relations fiduciaires. Le contrat est le choix le plus approprié pour transposer la composante obligationnelle des relations fiduciaires entre le trustee et les bénéficiaires des trusts anglo-américains. Le modèle contractuel des trusts de droit civil privilégie, comme le trust révocable « *inter-vivos* » de droit américain, la relation (contractuelle) entre le constituant et le fiduciaire. La relation fiduciaire anglo-américaine entre le trustee et les bénéficiaires se « contractualise » avec la présence du constituant, dans les trusts révocables *inter-vivos* américains et des Iles

Cook et devient, comme dans les trusts de droit civil, une relation pratiquement contractuelle entre le constituant et le trustee.

*1800.* Un accord entre le constituant et le bénéficiaire aurait été artificiel en droit civil : cet accord est proposé par Jean-Paul Béraudo,<sup>1980</sup> parce que « *le fameux lien obligatoire qui dérive d'un contrat, dont l'article 1134 dit qu'il a la force de loi, naît de l'acceptation du bénéficiaire* ». Or, ni le trust anglo-américain ni les trusts de droit civil ne créent une relation entre le constituant et le bénéficiaire. Dans le modèle contractuel des trusts de droit civil, la relation contractuelle principale, comme dans les trusts révocables « *inter-vivos* » américains ou comme dans les trusts internationaux des Iles Cook, est entre le constituant et le fiduciaire.

*1801.* Dans les deux modèles de trusts, sans le constituant, le trust exprès entre vifs ou à cause de mort n'existe pas. Le constituant est souvent un des bénéficiaires de son trust pendant sa vie, ce qui renforce la relation constituant-fiduciaire. Ses dernières volontés testamentaires comptent après sa mort, sur son dernier espace de liberté, sa quotité disponible. Le droit civil interdit dans le contrat de fiducie ou de fidéicomis le cumul des qualités de constituant et de fiduciaire. Le fiduciaire, personne différente du constituant, doit accepter formellement le contrat unilatéral ou sa désignation par testament. L'acte unilatéral de déclaration d'une personne de constitution d'un trust de droit civil n'a pas été le choix du législateur de tradition romaine. Pourtant, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée en France valide la constitution de patrimoines d'affectation par acte unilatéral. La création de fidéicomis financiers par acte unilatéral en Argentine ou de patrimoines autonomes de titrisation en Bolivie par une société de gestion a été rapidement corrigée par les législateurs de ces pays ; les premiers ont définitivement interdit le cumul constituant-fiduciaire ; les seconds, après des longues hésitations et une modification de la loi, ont maintenu l'acte unilatéral de la société de gestion, même si sa justification juridique n'est pas satisfaisante.

*1802.* L'analyse comparative des structures, du fonctionnement et des applications des trusts des deux modèles montre que les trusts de la Common Law et les trusts de

droit civil peuvent être équivalents quant à leurs résultats. Or, ils ont aussi des différences concernant les trusts testamentaires, à cause des réserves héréditaires. Les réserves sont un élément extérieur à la structure et au fonctionnement des trusts des deux modèles ; les trusts « *mortis causa* » des deux modèles fonctionnent de manière similaire. Ils donnent la propriété au trustee et créent une masse des biens distincte du patrimoine du fiduciaire et des bénéficiaires. Ils ont la même différence entre les deux modèles que les trusts entre vifs : le consentement tacite du trustee suffit dans les trusts anglo-américains ; les trusts de droit civil doivent être acceptés formellement par le fiduciaire.

*1803.* Les trusts testamentaires des deux modèles ont la différence du dédoublement de la propriété au profit des bénéficiaires anglo-américains qui n'existe pas, pour l'instant, en droit civil. Il suffit de supprimer les réserves héréditaires, comme au Panama, pour obtenir des résultats équivalents des trusts à cause de mort. Le droit civil n'a aujourd'hui aucun intérêt, de part son histoire et sa tradition romaine, à les supprimer. Il peut néanmoins les aménager au bénéfice des plus démunis et pour des raisons d'intérêt général, par exemple, mettre fin aux indivisions. Tant que les réserves obligatoires subsistent, une quelconque reconnaissance du trust anglo-américain au travers d'une requalification par les juges en fiducie ou en fidéicomis est difficile. En revanche, des trusts testamentaires de droit civil, qui respectent, tout en les aménageant, les réserves héréditaires, peuvent être utiles en France et constituer une alternative pour les testateurs binationaux européens qui choisissent la loi française pour régler leurs successions.

*1804.* Les trusts de droit civil sont créés avec des formalités qui garantissent leur validité. Les trusts exprès anglo-américains sont moins sûrs : ils peuvent être oraux, secrets, fictifs ou simulés. Le modèle contractuel des trusts de droit civil est plus sûr que le modèle anglo-américain car il ne reconnaît pas les trusts oraux, secrets et toute forme de trust « non exprès ». Dans le modèle contractuel des trusts, l'intention ou la volonté de créer un trust étant expresse, les fiducies ou les fidéicomis fictifs (*sham trusts*) n'existent pas. Le modèle de trusts anglo-américain de propriété a statistiquement plus de trusts déclarés nuls que le droit civil, qui n'en a pratiquement

---

<sup>1980</sup> J. P. BERAUDO, « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française », *loc. cit.*, p. 131.

aucun. L'impossibilité pour une personne de cumuler les rôles de constituant et de fiduciaire permet de restreindre la fraude aux droits de créanciers du constituant, qui peut être tenté de mettre une partie de ses actifs à l'abri des poursuites de ces derniers. Le modèle contractuel définit ses conditions de validité préalablement dans la loi, alors que le modèle anglo-américain effectue un contrôle « *a posteriori* » par les juges et au cas par cas.

*1805.* Les applications des deux modèles sont similaires malgré leur appartenance à deux familles de droits, la Common Law et le droit civil, car elles peuvent être rassemblées en un seul groupe de droits occidentaux. Les deux familles ont les mêmes intérêts économiques d'inspiration libérale et des racines historiques et culturelles proches. Les deux trusts fonctionnent de manière similaire, grâce au transfert de propriété au fiduciaire et à l'étanchéité du patrimoine fiduciaire qui permettent les applications de gestion, d'investissement, de protection et de transmission intergénérationnelle de patrimoine. Les techniques d'investissement et de gestion fiduciaire sont comparables car les trusts anglo-américains et les trusts de droit civil fonctionnent de manière semblable : les deux utilisent des clauses conditionnelles pour déterminer l'accès ou la fin de la propriété fiduciaire des bénéficiaires ou donnent des pouvoirs discrétionnaires au trustee de distribution et de nomination des bénéficiaires.

*1806.* Les trusts des deux modèles utilisent la séparation du patrimoine pour mettre en place des trusts de gestion, de protection, de garantie de financement de projet, de gestion de créances à titre de garantie, de défaisance, de subordination de dette ou de titrisation. Le fonctionnement du fonds commun de placement de droit français est similaire à celui des Unit Trusts de droit anglais. Néanmoins, pour éviter la copropriété indivise des bénéficiaires sur les actifs du fonds, il suffit de donner la propriété fiduciaire des actifs du FCP au dépositaire, comme dans les Unit trusts. De même, étant donné que la titrisation s'effectue dans des trusts anglo-américains et des fidéicomis financiers, la société de gestion de fonds de titrisation devrait avoir la propriétaire fiduciaire et une mission de titrisation des actifs du fonds au bénéfice des porteurs de parts ou des titres de créance.

*1807.* Les éléments extérieurs au fonctionnement normal de la fiducie, prévus par le législateur français et qui n'existent pas chez ses homologues latino-américains et

anglo-américains ont été soulignés, en prenant comme référence le fonctionnement des trusts et des fidéicommiss. Nous proposons des modifications à la loi sur la fiducie du Code Civil et l'introduction de la fiducie testamentaire. Des modifications au régime des fonds communs de placement et des fonds communs de titrisation du Code Monétaire et financier sont aussi proposées. Elles donnent plus de cohérence à la structure des fonds communs de placement et des fonds communs de titrisation, compte tenu que la propriété fiduciaire est aujourd'hui une réalité dans le Code Civil français et la copropriété « *sui generis* » des porteurs de parts n'est pas juridiquement satisfaisante.

## **PROJET DE LOI SUR LA FIDUCIE**

### **Code Civil**

#### **Titre XIV : De la fiducie**

##### **Article 2011**

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent **la propriété fiduciaire** des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

Nota : Loi 2007-211 du 19 février 2007 art. 12 : les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 forment un patrimoine d'affectation. Les opérations affectant ce dernier font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire.

##### **Article 2012**

La fiducie est établie par la loi, ~~ou~~ par contrat **ou par testament**. Elle doit être expresse.

~~Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité.~~

##### ~~Article 2013~~

~~Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.~~

### Article 2015

Toute personne physique ou morale capable peut ~~Seuls peuvent~~ avoir la qualité de fiduciaire, notamment les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances.

Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire.

Les établissements dépositaires mentionnés à l'article L.214-10-1 du code monétaire et financier sont propriétaires fiduciaires des actifs des fonds communs de placement.

### Article 2016

Le constituant ~~ou le fiduciaire~~ peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie. ~~Le fiduciaire ne peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires que d'un contrat de fiducie-sûreté.~~

### Article 2017

Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.

Le constituant peut désigner le tiers protecteur dans son testament.

~~Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté.~~

### Article 2018

Le contrat de fiducie, à peine de nullité, ou la clause fiduciaire du testament détermine, ~~à peine de nullité~~ :

- 1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ;
- 2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat, ~~ou vingt ans à compter de l'ouverture de la succession, ou la condition à laquelle il est soumis. La durée stipulée dans le testament et prorogable par décision du juge, saisi par un héritier bénéficiaire, son représentant, tuteur ou curateur ou par le fiduciaire, en raison de l'inaptitude ou de l'âge des héritiers-bénéficiaires ou de la nécessité de gérer des biens professionnels.~~
- 3° L'identité du ou des constituants ;
- 4° L'identité du ou des fiduciaires ~~désignés et le cas échéant de leurs suppléants~~ ;
- 5° L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ;

6° La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.

#### **Article 2018-1**

~~Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire.~~

#### **Article 2018-2**

La fiducie peut émettre des parts et des titres obligataires. Ces valeurs mobilières sont des titres financiers au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier,

La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire, **sauf en cas de transmission à des fins de titrisation ou de transfert d'une branche d'activité d'une société constituante et bénéficiaire, où cette formalité n'est pas requise.**

#### **Article 2019**

A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants **ou le testament** sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France.

Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts.

La transmission des droits résultant du contrat de fiducie **ou du testament** et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure **ou sa détermination** doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions.

#### **Article 2020**

Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'Etat. **Les testaments avec une clause de gestion fiduciaire sont aussi enregistrés.**

#### **Article 2021**

Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention.

De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités.

### **Article 2022**

~~Le fiduciaire rend compte de sa mission aux bénéficiaires et au constituant dans les conditions définies dans le contrat de fiducie ou le testament et à la fin de celle-ci. Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant.~~

~~Toutefois,~~ Lorsque le tuteur conclut un contrat de fiducie pour son protégé ou lorsque pendant l'exécution du contrat le constituant fait l'objet d'une mesure de tutelle, le fiduciaire rend compte de sa mission au tuteur à la demande de ce dernier au moins une fois par an, sans préjudice de la périodicité fixée par le contrat. Lorsque pendant l'exécution du contrat le constituant fait l'objet d'une mesure de curatelle, le fiduciaire rend compte de sa mission, dans les mêmes conditions, au constituant et à son curateur.

Le fiduciaire rend compte de sa mission au tuteur des bénéficiaires mineurs ou majeurs protégés à la demande de ce dernier au moins une fois par an, sans préjudice de la périodicité fixée par le testament.

Le fiduciaire rend compte de sa mission ~~au bénéficiaire et~~ au tiers désigné en application de l'article 2017, à ~~sa~~ demande, selon la périodicité fixée par le contrat ~~ou le testament~~.

### **Article 2023**

Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.

Les bénéficiaires peuvent revendiquer des mains des tiers les biens sortis de manière indue du patrimoine fiduciaire.

### **Article 2024**

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire.

### **Article 2025**

Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie ~~ou au décès du testateur~~ et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.

~~Le passif fiduciaire est limité au seul patrimoine fiduciaire. En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, il ne peut pas être l'objet d'une procédure établie au Livre VI du Code de Commerce. Sa liquidation est effectuée par le fiduciaire qui distribue le produit parmi les créanciers selon l'ordre des privilèges prévus par la loi. le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire.~~

~~Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée.~~

### **Article 2026**

Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.

Le fiduciaire doit accomplir sa mission conformément aux instructions données et avec prudence, diligence et loyauté. La prudence oblige le fiduciaire à investir en « bon père de famille » ou en « professionnel avisé ». La diligence implique une obligation positive d'action, de réalisation de l'objet de la fiducie avec attention. La loyauté oblige le fiduciaire à ne pas faire prévaloir son intérêt personnel sur celui de la fiducie et à demeurer impartial.

Dans les fiducies au bénéfice de mineurs ou de majeurs protégés, le fiduciaire a la même responsabilité qu'un tuteur.

### **Article 2027**

En l'absence de stipulations contractuelles **ou testamentaires** prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant.

### **Article 2028**

~~Le e contrat de La fiducie est irrévocable sauf si le constituant s'est réservé expressément la faculté de révocation dans le contrat. peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire.~~

La révocation n'a pas d'effet rétroactif.

~~Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice.~~

## Article 2029

La fiducie prend fin par la survenance du terme, par la réalisation de la condition ou du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme. Le contrat de fiducie-gestion ne prend fin par le décès du constituant personne physique ~~que si le décès est stipulé comme cause d'extinction. par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme.~~

Lorsque la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie, ~~elle~~ ~~il~~ prend également fin de plein droit, sauf stipulations du contrat ~~ou du testament~~ prévoyant les conditions dans lesquelles ~~il-elle~~ se poursuit. ~~Sous la même réserve, il prend fin~~ En cas de décès du ~~fiduciaire~~ ~~personne physique~~, lorsque le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption et, s'il est avocat, en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau, ~~le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant.~~

Selon les stipulations du contrat de fiducie-gestion ou du testament, en cas de défaillance du fiduciaire, la propriété des actifs peut être transférée aux bénéficiaires.

## Article 2030

Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant.

~~Lorsqu'il prend fin par~~ Si le décès du constituant ~~est stipulé comme une cause d'extinction, à la mort de celui-ci,~~ le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession.

Lorsque la fiducie testamentaire prend fin en l'absence de bénéficiaires, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire sont transférés par le fiduciaire à l'Etat.

# **PROJET DE LOI SUR LES FONDS COMMUNS DE PLACEMENT**

## **Code monétaire et financier**

### **Article L214-8**

Modifié par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Sous réserve des dispositions de [l'article L. 214-8-7](#), le fonds commun de placement, qui n'a pas la personnalité morale, est une ~~copropriété~~ ~~fiducie~~ ~~de placements collectifs~~ ~~composée~~ d'instruments financiers et de dépôts dont les parts sont émises et rachetées à la demande, selon le cas, des souscripteurs ou des porteurs et à la valeur liquidative majorée ou diminuée, selon le cas, des frais et commissions. ~~Ne s'appliquent pas au fonds commun~~

~~de placement les dispositions du code civil relatives à l'indivision ni celles des articles 1871 à 1873 du même code relatives aux sociétés en participation.~~

Les parts peuvent être admises aux négociations sur un marché réglementé dans des conditions fixées par décret.

#### **Article L214-8-1**

Créé par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Le fonds commun de placement est constitué à l'initiative d'une société de gestion, chargée de sa gestion, laquelle choisit un dépositaire **qui a la propriété fiduciaire** des actifs du fonds. Cette société établit le règlement du fonds.

Le siège social et l'administration centrale de la société de gestion sont situés en France.

Ils peuvent toutefois être situés dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen lorsque la société de gestion exerce en France son activité en libre établissement ou en libre prestation de services en application de [l'article L. 532-20-1](#).

La souscription ou l'acquisition de parts d'un fonds commun de placement emporte acceptation de son règlement.

#### **Article L214-8-2**

Créé par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Le montant minimum des actifs que le fonds doit réunir lors de sa constitution est fixé par décret.

Ces actifs sont évalués, au vu d'un rapport établi par le commissaire aux comptes, dans des conditions fixées par décret. Tout apport en nature est apprécié par le commissaire aux comptes sous sa responsabilité.

#### **Article L214-8-3**

Créé par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Dans tous les cas où des dispositions relatives aux sociétés et aux titres financiers exigent l'indication ~~des nom, prénoms et domicile~~ du titulaire **fiduciaire** du titre ainsi que pour toutes les opérations faites pour le compte des ~~copropriétaires~~ **porteurs de parts**, la désignation du fonds commun de placement peut être **utilisée valablement substituée à celle de tous les copropriétaires**.

~~Article L214-8-4~~

~~Créé par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)~~

~~Sauf stipulations contraires du règlement du fonds, les porteurs de parts ou leurs ayants droit ne peuvent pas provoquer le partage du fonds commun de placement.~~

**Article L214-8-5**

Créé par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Les porteurs de parts **sont propriétaires de leurs parts et** ne sont tenus des dettes ~~de la copropriété~~ qu'à concurrence de l'actif du fonds et proportionnellement à leur quote-part.

**Article L214-8-6**

Créé par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Le gérant, le conseil d'administration ou le directoire de la société de gestion désigne le commissaire aux comptes du fonds pour six exercices, après accord de l'Autorité des marchés financiers. La désignation d'un commissaire aux comptes suppléant n'est pas requise.

Les porteurs de parts du fonds exercent les droits reconnus aux actionnaires par les [articles L. 823-6 et L. 823-7 du code de commerce](#).

Le commissaire aux comptes porte à la connaissance de l'assemblée générale de la société de gestion les irrégularités et inexactitudes qu'il a relevées dans l'accomplissement de sa mission.

**Article L214-8-7**

Créé par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Le rachat par le fonds de ses parts et l'émission de parts nouvelles peuvent être suspendus à titre provisoire par la société de gestion quand des circonstances exceptionnelles l'exigent et si l'intérêt des porteurs de parts ou du public le commande, dans des conditions fixées par le règlement du fonds.

Dans les mêmes circonstances, lorsque la cession de certains actifs ne serait pas conforme à l'intérêt des porteurs de parts, ces actifs peuvent être transférés à un nouveau fonds. La scission est décidée par la société de gestion. Par dérogation à l'article [L. 214-15](#), elle n'est pas soumise à l'agrément de l'Autorité des marchés financiers mais lui est déclarée sans délai. Chaque porteur reçoit un nombre de parts du nouveau fonds égal à celui qu'il détient dans l'ancien. Le fonds créé ne peut émettre de nouvelles parts. Ses parts sont amorties au fur et à mesure de la cession de ses actifs. Les conditions d'application du présent alinéa sont définies par décret.

Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers fixe les autres cas et les conditions dans lesquels le règlement du fonds prévoit, le cas échéant, que l'émission des parts est interrompue de façon provisoire ou définitive.

#### Article L214-8-8

Créé par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Le fonds commun de placement est représenté à l'égard des tiers par la société chargée de sa gestion. Cette société peut agir en justice pour défendre ou faire valoir les droits ou intérêts des porteurs de parts, **avec l'accord du dépositaire fiduciaire.**

#### Article L214-8-9

Créé par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

~~La société de gestion~~ **Le dépositaire fiduciaire** est tenue d'effectuer les déclarations prévues aux articles L. 225-126 et [L. 233-7](#) du code de commerce, pour l'ensemble des actions détenues par les fonds communs de placement ~~qu'elle gère~~. **Il peut déléguer cette tâche à la société de gestion pour les fonds communs de placement qu'elle gère.**

Les dispositions du II et du III de l'[article L. 225-126](#) et des [articles L. 233-14](#) et [L. 247-2](#) du code de commerce sont applicables.

### **Paragraphe 3 : Obligations de la société de gestion, du dépositaire et de l'entité responsable de la centralisation et du commissaire aux comptes**

#### Article L214-9

Modifié par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Les ~~SICAV organismes de placement collectif en valeurs mobilières~~, le dépositaire **fiduciaire** et la société de gestion doivent agir de façon indépendante et dans le seul intérêt des porteurs de parts ou actionnaires. Ils doivent présenter des garanties suffisantes en ce qui concerne leur organisation, leurs moyens techniques et financiers, l'honorabilité et l'expérience de leurs dirigeants.

Les fonctions de gestion et de dépositaire **propriétaire fiduciaire des actifs du fonds** ne peuvent pas être exercées par la même société.

#### Article L214-10

Modifié par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

I. - Les actifs d'un organisme de placement collectif en valeurs mobilières sont **conservés détenus en propriété fiduciaire** par un dépositaire. **Il les tient séparés de son patrimoine propre. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de**

liquidation judiciaire au profit du dépositaire n'affecte pas le patrimoine du fonds commun de placement.

II. – Le dépositaire ne peut pas déléguer la détention des actifs du fonds dont il est propriétaire fiduciaire à la société de gestion. La responsabilité du dépositaire n'est pas affectée par le fait qu'il confie à un tiers tout ou partie des actifs dont il a la garde.

III. - Dans les conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, le dépositaire :

1° S'assure que la vente, l'émission, le rachat, le remboursement et l'annulation des parts ou actions effectués par l'organisme de placement collectif en valeurs mobilières ou pour son compte, sont conformes aux dispositions législatives ou réglementaires applicables et au prospectus de l'organisme de placement collectif en valeurs mobilières ;

2° S'assure que le calcul de la valeur des parts ou actions est conforme aux dispositions législatives ou réglementaires applicables et au prospectus de l'organisme de placement collectif en valeurs mobilières ;

3° Exécute les instructions de la SICAV ou de la société de gestion, sauf si elles sont contraires aux dispositions législatives ou réglementaires et au prospectus de l'organisme de placement collectif en valeurs mobilières ;

4° S'assure que, dans les opérations portant sur les actifs de l'organisme de placement collectif en valeurs mobilières, la contrepartie lui est remise dans les délais d'usage ;

5° S'assure que les produits de l'organisme de placement collectif en valeurs mobilières reçoivent une affectation conforme aux dispositions législatives ou réglementaires applicables et au prospectus de l'organisme de placement collectif en valeurs mobilières.

#### **Article L214-10-1**

Créé par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Le dépositaire a son siège social ou est établi en France.

Le dépositaire est choisi sur une liste de personnes morales arrêtée par le ministre chargé de l'économie.

L'Autorité des marchés financiers peut obtenir du dépositaire sur simple demande toutes les informations qu'il a obtenues dans l'exercice de ses fonctions et qui sont nécessaires à l'exercice des missions de l'autorité.

Si l'Etat d'origine de la société de gestion n'est pas le même que celui de l'organisme de placement collectif en valeurs mobilières, le dépositaire signe avec cette société de gestion,

dans les conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, un accord écrit relatif aux échanges des informations considérées comme nécessaires pour lui permettre de remplir les fonctions décrites à l'article [L. 214-10](#).

#### **Article L214-11**

Modifié par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Le dépositaire d'organisme de placement collectif en valeurs mobilières est responsable, à l'égard de la société de gestion ou de la SICAV et des porteurs de parts ou des actionnaires, de tout préjudice subi par eux résultant de l'inexécution injustifiable ou de la mauvaise exécution de ses obligations.

**L'activité de dépositaire est exercée avec diligence, loyauté, équité, dans le respect de la primauté des intérêts du FCP, du porteur de parts et de l'intégrité du marché. Le dépositaire s'efforce d'éviter les conflits d'intérêts et, lorsque ces derniers ne peuvent être évités, veille à ce que ses clients soient traités équitablement.**

La responsabilité du dépositaire d'un fonds commun de placement à l'égard des porteurs de parts peut être invoquée directement ou indirectement par l'intermédiaire de la société de gestion, selon la nature juridique des rapports existants entre le dépositaire, la société de gestion et les porteurs de parts.

#### **Article L214-12**

Modifié par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Sans préjudice des dispositions du titre III du livre II du code de commerce, les conditions de liquidation ainsi que les modalités de répartition des actifs sont déterminées par le règlement ou les statuts de l'organisme de placement collectif en valeurs mobilières. **Les porteurs de parts peuvent se réunir en assemblée pour décider les modalités de continuation ou la liquidation du fonds.** La société de gestion ou le dépositaire assume les fonctions de liquidateur ; à défaut, le liquidateur est désigné en justice à la demande de toute personne intéressée.

Toutefois, par dérogation aux mêmes dispositions du code de commerce, lorsque la société de gestion ou le dépositaire peut justifier de graves difficultés à exercer ces fonctions de liquidateur, celles-ci sont assumées par une tierce personne désignée par le président du tribunal de grande instance de Paris à la demande du président de l'Autorité des marchés financiers.

### Article L214-13

Modifié par [Ordonnance n°2011-915 du 1er août 2011 - art. 3](#)

Dans les conditions définies par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, la responsabilité à l'égard des tiers de la centralisation des ordres de souscription et de rachat des parts ou actions d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières est confiée par l'organisme de placement collectif en valeurs mobilières ou, le cas échéant, la société de gestion de portefeuille qui le représente soit audit organisme, soit au dépositaire, soit à une société de gestion de portefeuille, soit à un prestataire de services d'investissement agréé pour fournir l'un des services mentionnés à l'article [L. 321-1](#). L'entité à qui est confiée cette responsabilité dispose de moyens adaptés et suffisants. Un ordre de souscription ou de rachat transmis à l'entité responsable de la centralisation des ordres est irrévocable, à la date et dans les conditions définies par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers.

## **PROJET DE LOI SUR LES FONDS COMMUNS DE TITRISATION**

### **Code monétaire et financier**

#### **Paragraphe 3 : Dispositions particulières aux fonds communs de titrisation**

##### **Article L214-49-4**

Créé par [Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16](#)

Le fonds commun de titrisation est un organisme de titrisation constitué sous la forme ~~de copropriété d'une fiducie~~.

~~Le fonds n'a pas la personnalité morale. Ne s'appliquent pas aux fonds communs de titrisation les dispositions du code civil relatives à l'indivision, ni celles des articles 1871 à 1873 du même code relatives aux sociétés en participation.~~

Le montant minimum d'une part émise par un fonds commun de titrisation est défini par décret.

Pour toutes les opérations faites pour le compte des ~~copropriétaires~~ porteurs de parts ~~bénéficiaires~~, la désignation du fonds ou, le cas échéant, d'un compartiment du fonds peut être valablement substituée à celle ~~des copropriétaires de la société de gestion fiduciaire~~.

##### **Article L214-49-5**

Créé par [Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16](#)

Les conditions dans lesquelles le fonds peut émettre de nouvelles parts après émission initiale des parts sont définies par son règlement.

Le fonds peut émettre des titres de créances négociables et des obligations ou des titres de créances émis sur le fondement d'un droit étranger.

Les conditions dans lesquelles le fonds émet des titres de créances sont définies par son règlement.

#### **Article L214-49-6**

Créé par [Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16](#)

Le fonds commun de titrisation est constitué à l'initiative ~~conjointe du cédant des créances et~~ d'une société chargée de sa gestion ~~qui a la propriété fiduciaire des actifs du fonds ou à l'initiative uniquement de cette dernière.~~ ~~et d'u~~ Une personne morale est dépositaire de la trésorerie et des créances du fonds.

Lorsque les parts ou les titres de créances émis par le fonds sont admis à la négociation sur un marché réglementé ou offertes au public, cette société de gestion et la personne morale dépositaire de la trésorerie et des créances établissent le document mentionné à l'article [L. 412-1](#).

#### **Article L214-49-7**

Créé par [Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16](#)

I.-La société **fiduciaire** chargée de la gestion mentionnée à l'article [L. 214-49-6](#) est une société de gestion de portefeuille relevant de l'article [L. 532-9](#) ou une société de gestion de fonds communs de créances relevant du I de l'article [L. 214-48](#) dans sa rédaction antérieure à la date de publication de [l'ordonnance n° 2008-556 du 13 juin 2008](#) transposant la [directive 2005 / 68 / CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005](#) relative à la réassurance et réformant le cadre juridique des fonds communs de créances. Cette société est désignée dans le règlement du fonds. Elle représente le fonds à l'égard des tiers et dans toute action en justice tant en demande qu'en défense.

Lorsque les statuts du fonds de titrisation prévoient le recours à des instruments financiers à terme en vue d'exposer le fonds ou la cession de créances non échues ou déchues de leur terme, la société de gestion mentionnée au premier alinéa soumet à l'approbation de l'Autorité des marchés financiers un programme d'activité spécifique dans les conditions prévues par le règlement général de cette autorité. Dans les cas définis par décret en Conseil d'Etat, cette approbation n'est cependant pas requise pour certaines cessions de créances non échues ou déchues de leur terme.

Toutefois, les opérations mentionnées au deuxième alinéa peuvent être confiées par la société de gestion mentionnée au premier alinéa à une société de gestion de portefeuille, qui les effectue sous sa responsabilité. Les dispositions du deuxième alinéa sont alors applicables à cette société de gestion de portefeuille.

II.-La personne morale dépositaire de la trésorerie et des créances du fonds mentionnée à l'article L. 214-49-6 est un établissement de crédit établi dans un Etat

qui est partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou un établissement de crédit établi dans un Etat figurant sur une liste définie par arrêté du ministre chargé de l'économie ou tout autre établissement agréé par ce ministre. Elle est dépositaire de la trésorerie et des créances acquises par le fonds et s'assure, **en vertu d'un contrat de mandat de conservation et de surveillance donné par la société fiduciaire**, de la régularité des décisions de la société de gestion pour ce qui concerne ce fonds selon les modalités prévues par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. La conservation des créances peut toutefois être assurée, sous leur responsabilité, par le cédant ou l'entité chargée du recouvrement de la créance dans des conditions fixées par décret.

#### **Article L214-49-8**

Créé par [Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16](#)

Les porteurs de parts **bénéficiaires** ne sont tenus des dettes du fonds et, le cas échéant, du compartiment qu'à concurrence de la valeur d'émission de ces parts.

#### **Article L214-49-9**

Créé par [Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16](#)

Le conseil d'administration, le gérant ou le directoire de la société de gestion **fiduciaire** désigne le commissaire aux comptes du fonds.

Le commissaire aux comptes signale aux dirigeants de la société de gestion ainsi qu'à l'Autorité des marchés financiers les irrégularités et inexactitudes qu'il relève dans l'accomplissement de sa mission.

Les porteurs de parts du fonds exercent les droits reconnus aux actionnaires par les articles [L. 823-6](#) et [L. 225-231](#) du code de commerce.

#### **Article L214-49-10**

Créé par [Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008 - art. 16](#)

La société de gestion, **en tant que fiduciaire**, procède à la liquidation du fonds ou d'un de ses compartiments dans les conditions prévues par le règlement du fonds. **Les porteurs de parts peuvent se réunir en assemblée pour décider les modalités de continuation ou la liquidation du fonds, conformément aux stipulations du règlement du fonds.**

## Bibliographie

---

### **I. OUVRAGES**

- ALFARO (R. J.), *El Fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al trust del derecho inglés*, Imprenta Nacional Panamá, 1920.
- BAKER (J.), *Introduction to legal history*, 4e éd., 2002.
- BENABENT (A.), *Droit civil des obligations*, 9e éd., Montchrestien, 2003.
- BERAUDO (J. P.) et TIRARD (J. M.) *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil. Approche juridique et fiscale*, Academy & Finance, Genève.
- BILLIAU (M.), GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.), *Traité de droit civil (sous la direction de J. Ghestin) Les effets du contrat (Les obligations)*, 3e éd., L.G.D.J., 2001.
- BORDA (G. A.), *Manual de sucesiones*, 12e éd., Perrot, Buenos Aires, 1994.
- BOUTIN (G.), *La Fundación de Interés Privado en el Derecho Panameño y Comparado*, Mizrachi & Pujol, 2e. éd., 2000.
- BURN (E. H.), VIRGO (G. J.), *Maudsley and Burn's Trusts and Trustees. Cases and materials*, 7e éd., Oxford University Press, 2008.
- BURN (E. H.), VIRGO (J. G.), *Maudsley and Burn's Trust and Trustees cases and materials*, 6e éd., Butterworths Lexis Nexis, 2002.
- CABANELLAS (G.), *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual*, 14e éd., Heliasta, Buenos Aires, 1979.
- CARREGAL (M. A.), *El fidéicomiso : Régulation Juridica y Posibilidades Practicas*, Universidad, Buenos Aires, 1982.
- CARREGAL (M. A.), *Fideicomiso : Teoria y aplicacion a los negocios*, 1e éd., Heliasta, Buenos Aires, 2008.
- CHITTY ON CONTRACTS*, 25e éd., vol. 1, (by A. G. Guest), Sweet & Maxwell, 1983, par. 1521.
- CORNEZ (A.), GOLDSTEIN (A.), *The Offshore Money Book*, Galt Press, 1999.

- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 6e éd., Imprimerie des Presses Universitaires de France, Vendôme, 1996.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, Litec, 1997.
- CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, L.G.D.J., 1994.
- CUNIBERTI (G.), *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2007.
- DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e éd., Dalloz, 2002.
- DICTIONNAIRE NOUVEAU PETIT LAROUSSE ILLUSTRÉ*, Librairie Larousse, Paris, 1932 .
- DIPLOTTI (A.), GUTIERREZ (P.), MALUMIAN (N), *Fideicomiso y Securitizacion. Analisis legal, fiscal y contable*, 2e éd., La Ley, Buenos Aires, Argentine, 2006.
- DUKEMINIER (J.), SITKOFF (R. H.), LINDGREN (J. M.), JOHANSON (S.M.), *Wills, Trusts, and Estates*, Law School Casebook Series, Aspen Publishers, 7e éd, 2005.
- EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *La fiducie, mode d'emploi*, Dossier pratiques Francis Lefebvre, 2e éd., 2009.
- GALLAIS-HAMONNO (G.), *SICAV et Fonds Communs de Placement les OPCVM en France, Que sais-je ?*, Presse universitaires de France, 1995.
- GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Traité de droit des affaires : Les sociétés commerciales*, Tome 2, 20e éd., L.G.D.J., 2011.
- GOWER (L. C. B.), *The principles of Modern Company Law*, 5e éd., Sweet & Maxwell, 1992.
- GRAZIADEI (M.), MATTEI (U.), SMITH (L.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge University Press, 2005.
- GUASTAVINO (E. P.), *La propiedad participada y sus fideicomisos*, La Rocca, Buenos Aires, 1994.
- GUEVEL (D.), *Droit des successions et des libéralités*, L.G.D.J., 2009.
- GUYON (Y.), *Traité des contrats - Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 1ère éd., L.G.D.J., 1993.
- HANBURY and MARTIN, *Modern Equity*, 17e éd., (by J. E. Martin), Sweet & Maxwell, 2005.
- HARRIS (J.), *The Hague Trusts Convention, Scope, Application and preliminary Issues*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon

- HAYTON & MARSHALL, *Commentary and cases on the Law of Trusts and equitable remedies*, (by J. A. Nathan, Sir O. R. Marchall, D. J. Hayton), 11e éd, Sweet & Maxwell, 2001
- HAYTON (D. J.), *The Law of Trusts*, 4e éd., Sweet & Maxwell, 2003.
- HAYZUS (J. R.), *Fideicomiso*, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- HEFFEY (P. J.), PATERSON (J. M.), HOCKER (P.), *Contract Commentary And Materials*, 8e éd., Law Book Co. of Australasia, 1998.
- JOHNSTON (D.), *The Roman law of trusts*, Oxford University Press, 2001.
- JURADO (R. H.), *El lucro : constante dinámica en la conducta del hombre occidental*, Editorial Panamá, 1971.
- KAM FAN SIN, *The Legal Nature of the Unit Trust*, Clarendon press-Oxford, 1997.
- KENNY (M. O.), *Obligaciones negociables*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- KENNY (M. O.), *Titulizacion y fideicomiso financiero*, Errepar, Buenos Aires, 2002.
- KIPER (C. M.), LISOPRAWSKI (S. V.), *Tratado de Fideicomiso*, 2e éd., Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2005.
- LEPAULLE (P.), *Tratado Teorico Practico des los Trusts : En el derecho interno, en derecho fiscal y en derecho internacional*, Porrúa, Mexico, 1975.
- LEWIN ON TRUSTS, 18e éd, (by J. Mowbray, L. Tucker, N. Le Poidevin, E. Simpson), Sweet & Maxwell, 2007.
- LISOPRAWSKI (S.), *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitizacion*, 2e éd., Depalma, 1996.
- LOPEZ DE ZAVALIA, (F. J.), *Fideicomiso, Leasing, Letras hipotecarias, ejecucion hipotecaria, contratos de consumicion*, Zavalia, Buenos Aires, 1996.
- LUCAS (F.X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières: Pour une fiducie de valeurs mobilières*, LGDJ / Montchrestien, 1998.
- LUPOI (M.), *Trusts: a comparative study*, Cambridge University Press, 2000.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, Lextenso, 2009.
- MENDIETA PAZ (P.), *Actualidad Juridico-Financiera en Bolivia*, Libreria Editorial Juventud, La Paz, Bolivie, 1996.
- MENNELL (R. L.), *Wills and trusts in a nutshell*, West Group, St. Paul (Minnesota), 1994.

- MERIEUX (A.), MARCHAND (C.), *Les marchés financiers américains, Recueil des articles de l'Agence financière de New York*, Revue d'économie financière, Le Monde, 1995.
- MOFFAT (G.), *Trusts Law, Text and Materials*, Butterworths Law, 2e éd., 1994.
- MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, livre I, chapitre 3.
- MORALES GUILLEN (C.) *Codigo Civil concordado y anotado*, Volume I et II, 4e éd., 1994, La Paz, Bolivie.
- MORALES GUILLEN (C.), *Codigo de Comercio concordado y anotado*, Volumes I et II. Talleres Escuela de Artes Graficas del Colegio Don Bosco, La Paz, Bolivie, 1999.
- MOULIN (J. M.), *Le droit de l'ingénierie financière*, 3e éd., Gualino, Lextenso, Paris, 2009.
- NAVARRO MARTORELL (M.), *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelone, 1950.
- PAOLANTONIO (M. E.), *Operaciones financieras internacionales*, Rubinzal-Culzoni, 2002, Santa Fe, Argentine.
- PARKER AND MELLOWS, *The Modern Law of Trusts*, 6e éd., (by A. J. Oakley), Sweet & Maxwell, 1994.
- PARKER AND MELLOWS, *The Modern Law of Trusts*, 8e éd., (by A. J. Oakley), Sweet & Maxwell, 2003.
- PEARCE (R.) AND STEVENS (J.), *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 4e éd, Oxford University Press, 2006.
- PETTIT (P. H.), *Equity and the Law of Trusts*, 10e éd., Oxford University Press, 2005.
- PRUDENCIO COSIO (J.), *Curso de derecho internacional privado*, 6e éd., Libreria Editorial Juventud, La Paz, Bolivie, 2002.
- RAMJOHN (M.), *Cases and materials on trusts*, 3e éd., Cavendish, London, 2004.
- RODRIGUEZ AZUERO (S.), *Contratos Bancarios*, Biblioteca Felaban, Colombie, 1977, p. 106.
- ROLAND et BOYER, *Adages du droit français*, Hermès, t.2, p.339.
- SALEILLES (R.), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 3e éd., L.G.D.J., Paris, 1914.
- SOUMRANI (P.), *Le portage d'actions*, L.G.D.J., 1996.
- TANDEAU de MARSAC (V.), *Guide pratique des entreprises familiales : Manuel opérationnel, juridique et fiscal*, Eyrolles, 17 mars 2011.

- TAVERDET-POPIOLEK (N.), *Guide du choix d'investissement*, Editions d'Organisation, Groupe Eyrolles, 2006.
- TERRE (Fr), SIMLER (Ph), LEQUETTE (Y), *Droit Civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009.
- TERRE (Fr.) et SIMLER (Ph.), *Droit Civil, les biens*, Précis Dalloz, 6e éd., 2002.
- THIBAUT Y SAVIGNY, *La Codificacion*, Editorial Aguilar, Madrid, 1970.
- THOMAS (G.) & HUDSON (A.), *The Law of Trusts*, 1e éd, Oxford University Press, 2004.
- THORENS (J.), *Les traits caractéristiques de la property law anglo-américaine, le cas des Etats-Unis, droits réels, successions, trusts*, Editions Stämpfli, Bern, 1986.
- UNDERHILL AND HAYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 17e éd., (by D. J. Hayton, P. Matthews, C. Mitchell), LexisNexis Butterworths, 2006.
- WARNKÖNIG (L. A. ), *Eléments de droit romain privé: précédés d'une Introduction à la jurisprudence universelle et à l'étude du droit romain*, publié en 1827, Imprimerie de G. Doyen. Copie de l'exemplaire de la Bibliothèque cantonale et universitaire de Lausanne.
- WEISER (F.), *Trusts on the continent of Europe*, Sweet and Maxwell, London, 1936.

## **II. THESESES**

- BARRIERE (Fr), *La Réception du trust au travers de la fiducie*, thèse Paris II, Litec, 2001, préf. M. Grimaldi
- GODECHOT (S.), *L'articulation du trust et du droit des successions*, thèse Paris II, L.G.D.J., 2004, préf. Y. Lequette.
- LARROUMET (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968.
- MERCIER (V.), *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2005, préf. D. Poracchia.
- TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, Bibl. dr. privé, Tome II, 1957, préf. R. Le Balle, L.G.D.J.
- WITZ (Cl.), *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981, préf. D. Schmidt.

### ***III. ARTICLES***

- "L'État baptise la première fiducie", *Newsmanagers avec Lamy patrimoine*, 26 Février 2008.
- « Hidding the Piggy Bank », *Wall Street Journal*, 7 juillet 1998, p. 7.
- « The foundation of the Central Bank of Bolivia (1929-1932) », *Revista de Humanidades y Ciencias Sociales (Santa Cruz de la Sierra)* ISSN 1819-0545, vol.12, n° 1-2, June/Dec. 2006, p. 133-184.
- ADELLE (J-F), PAPER (X), « La Fiducie dans les Financements d'Infrastructures », Newsletters & tribunes, Jeantet Associés, AARPI, Septembre 2011.
- ADKISSON (J.), RISER (Ch.), "Asset Protection: Concepts & Strategies", <http://www.assetprotectionbook.com>
- AGUILAR-ALFU (A.), "Panama: when Panama private foundations go to court-a case law review", *Trusts & Trustees*, Vol. 16, No. 6, July 2010, p. 510.
- ALVAREZ CEDENO (M.), "En segundo debate - Asamblea aprueba ley para fundaciones de interes privado", *LA PRENSA*, 24 April 1995, <http://biblioteca.prensa.com/contenido/1995/batch04/mafia.003-0001933.html>.
- AMES (J.), « The Origin of Uses & Trusts », 21, *Harvard Law Review*, 261, 1908.
- ANCEL (P.) « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, 771, 2007.
- ANSAULT (J. L.), « La fiducie sûreté ressuscité ! », *Journal des sociétés*, n° 65, mai 2009, p. 27.
- AROSEMENAY ARIAS (R. A.), DARWYNE (M. T.), "Comparing jurisdictions-answers to common problems", *Trusts & Trustees*, Vol. 16, No. 7, August 2010, p. 601.
- BARRIERE (F. ), « La fiducie. Commentaire de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 », (Deuxième partie), Chroniques 144, *Bull. Joly Sociétés*, mai 2007, n° 16, p. 440.
- BARRIERE (F.), " La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie ", *JCP E*, 2008, n° 35, 28 août 2008, act. 385.
- BAUCH-LABESSE (N.), « Quelles applications pratiques pour la fiducie-sûreté ? », *Journal Spécial des Sociétés*, n° 65, mai 2009.

- BERAUDO (J. P.), « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française » *in Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007*, STEP France, Academy & Finance.
- BERGER (P.), « La responsabilité de l'avocat fiduciaire », *in La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant, Journées Nationales Tome XV, Dalloz, 2011.
- BONNEAU (Th.), « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil, *RTD Civ.* 1991.
- BORDENAVE (A.), " Petit à petit la fiducie fait son nid ", Lexbase, N5811B13.
- BORGA (N.), « L'attrait d'une cession fiduciaire requalifiée », *Recueil Dalloz 2010*, p. 2201.
- BOUGNOUX (A. J-CI ), Banque et crédit, fasc. 2238, V° OPCVM, formes juridiques (SICAV et FCP), éd. 1996, spéc. n° 75, p. 10.
- BOUTIRON (X.), « La fiducie, technique de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur ? », *Droit et Patrimoine*, mars 2010.
- BRUN (Th.), TESTON (B.), " Un exemple de fiducie: le report à terme d'une cession de titres ", *Actualité de la fiducie N° 9*, mars 2011, Jeantet Associés AARPI
- BRUN (Th.), TESTON (B.), " La fiducie comme structure de défaisance ", *Actualité de la fiducie N° 8*, février 2011. Jeantet Associés AARPI.
- BRUN (Th.), TESTON (B.), " Un exemple de fiducie: la sécurisation des paiements dus au titre d'un PSE ", *Actualité de la fiducie N° 6*, novembre 2010. Jeantet Associés AARPI.
- BRUN (Th.), TESTON (B.), "Un exemple de fiducie: comment rompre un lien capitalistique de façon non définitive ? ", *Actualité de la fiducie n° 7*, décembre 2010, Jeantet Associés AARPI.
- CHALHOUB (L. A.), " Las Fundaciones de Interes Privado como instrumento alternativo al fideicomiso para la planificacion patrimonial.", *in Présentation au XV Congrès Latino-américain du Fidéicomis à Panama*, le 7 septembre 2005, Fédération Latino-américaine de banques,
- CROCQ (P.), « Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à exécution successive ! », *RTD Civ.*, 2010, p. 597.
- DAMMANN (R.), POUDEUR (G.) " Fiducie-gestion et pacte d'actionnaires ", *Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly*, août - septembre 2008, p. 652.

- DAMMANN (R.), POUDEUR (G.), " La fiducie en pratique ", *Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre* 5/11.
- DELEBECQUE (Ph.), « La responsabilité du fiduciaire », *in La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant, Journées Nationales Tome XV, Dalloz, 2011.
- DOM (J. Ph.), " La fiducie instrument de défaisance ", *Journal des Sociétés*, n° 47, octobre 2007, p. 32.
- DOM (J. Ph.), « La fiducie-gestion et le contrat de société. Eléments de comparaison », *Revue des sociétés* 2007.
- DUPICHOT (Ph.), " Comment négocier et rédiger un contrat de fiducie ? Maîtrisez l'impact des nombreuses reformes " *in Fiducie : les nouvelles opportunités issues des différentes reformes*, Formation d'actualité EFE, 1 avril 2010, Paris.
- DUPICHOT (Ph.), « La fiducie-sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G* 2009, I, 132.
- DUPICHOT (Ph.), « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », article est issu de conférences dispensées dans le cadre des Chaires de droit continental créées par la Fondation pour le droit continental au sein de l'École de droit de Keio (Tokyo) et de l'Université Diego Portales (Santiago du Chili). Fonds documentaire de la Fondation pour le Droit Continental. Août 2010. <http://www.fondation-droitcontinental.org/>
- EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, " Conventions de portage ", *Thémexpress en ligne*, réalisée avec la collaboration de Fabrice Sève, 2011.
- EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, « Dossier Régime du trust en droit français », 2011.
- ESQUIVA-HESSE (S.), BENT-MOHAMED (K.), " Fiducie gestion : impacts des réformes et perspectives potentielles en matière de restructuration ", *Journal des sociétés*, n° 66, juin 2009, p.52.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Régulation et droit des sociétés. De l'article 1832 du code civil à la protection du marché de l'investissement », *in Mélanges Dominique Schmidt*, Joly Éditions, 2005.
- GALINDO (G. A.), " Trusts and private interest foundations under Panama Law", *Trusts & Trustees*, Vol. 16, No. 3, April 2010, p. 192.

- GOBERT (M.), « Le principe de sauvegarde de la dignité humaine. Rapport de synthèse », in *La dignité de la personne humaine*, sous la direction de M.-L. PAVIA et Th. REVET, Economica, 1999, n° 16, p. 171.
- GORE, (M), " Les créanciers et le trust : l'exemple américain " in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert - Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005.
- GORE (M.), " Point de vue du droit comparé " in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, LexisNexis Litec, 2009.
- GOUTHIÈRE (B.), " Mettre le patrimoine familiale dans une fiducie ", *Profession CGP*, juin - juillet 2010, p. 26.
- GRIMALDI (M.), " La propriété fiduciaire ", in *La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant, Journées Nationales Tome XV, Dalloz, 2011.
- GRIMALDI (M.), " Le mandat à effet posthume ", *Deffrénois* n° 01/07, art. 38509, n°1.
- GRIMALDI, (M.) « L'introduction de la fiducie en droit français, » in *Les transformations du droit civil français, Universidad externado de Colombia, Revue de droit Henri Capitant*, n° 2, 1er mai 2010.
- GRIMALDI (M.), " Première décision de la Cour de cassation sur le mandat à effet posthume : les pouvoirs conférés au mandataire ne peuvent empêcher les héritiers de mettre fin au mandat en disposant des biens qui en forment l'objet (Civ. 1re, 12 mai 2010, n° 09-10.556, D. 2010. 1348 ; AJ famille 2010. 287, obs. C. Vernières, supra 527, obs. J. Hauser) ", *RTD Civ. 2010, Dalloz 2011*, p. 602.
- GRIMALDI (M.), BARRIÈRE (F.), « La fiducie en droit français », in *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, sous la direction de M. CANTIN CUMYN, Bruylant Bruxelles, 1999.
- GUASTAVINO (E. P.), « La transmisión de créditos en garantía (incidencia de la depreciación monetaria) », *JA*, 18, p. 504 et suiv.
- GUASTAVINO (E. P.), « Actos fiduciarios », in *Estudios de derecho civil en homenaje a Hector Lafaille*, Buenos Aires, 1968, p. 365, n° 1.
- GUYON (Y.), « Prêts de titres », *JCl. Sociétés*, 1991, fascicule n° 2125.
- HAYTON (D. J.), "Developing the Obligation Characteristic of the Trust", *Law Quarterly Review*, volume 117, 2001.
- HAYTON (D. J.), "When is a trust not a trust", (1992) 1 *J. Int. Trust & Corp.* Pl. 3.

- HERMAN (S.), « Utilitas Ecclesiae versus radix malorum – Le paradoxe du patrimoine de l'église », in *Fondation et trust dans la protection du patrimoine*, L'Harmattan, 1999, p. 75.
- ITURBIDE (G.), « El contrato de fideicomiso en el marco de los negocios fiduciarios », *JA*, 1998-III-815.
- JULIA ALONSO (I. P.), " Les fondations panaméennes d'intérêt privé ", *L'Observatoire du droit panaméen*, <http://maitrejulia.blogspot.com>.
- JULIA ALONSO (I. P.), « Les successions internationales et le droit panaméen », *L'observatoire du droit panaméen*, Document mis à jour le 1er mai 2009.
- KEETON (G. W.), "Modern developments in the law of trusts", *Northern Ireland Legal Quarterly*, Belfast, 1971, p 190-191.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI (A.), « El fideicomiso sucesorio y la legitima en algunas decisiones jurisprudenciales », *JA*, 1999-III-1052.
- LANGBEIN (J. H.), "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *Yale Law Journal*, volume 105, 1995-1996, p. 625.
- LAWRENCE III (R. C.), "The evolution and development of the modern trust and fiduciary investment standards in the United States", *materials prepared by Robert C. Lawrence with the assistance of Sasha Grinberg*. USActive 16579286.4, 2009
- LE BARS (B.) « La fiducie dans les opérations sociétaires », *Journal Spécial des Sociétés*, mai 2009, n° 65, p. 18.
- LE BARS (B.), " L'avocat fiduciaire : naissance d'une nouvelle spécialité ", *Journal des sociétés*, Mai 2009, n° 65, p. 44.
- LEROND (S.), " La Fiducie-gestion dans un cadre patrimonial ", 27/03/2009, © CMS Bureau Francis Lefebvre, 2011.
- LLOVERAS (N.), « Fideicomiso testamentario : La voluntad dispone ? » *J.A.*, 1999-III-1059 et 1060.
- LOYARTE (D.), « Fideicomiso testamentario : Instrumento eficaz para la proteccionde los « concebidos » dentro o fuera del seno materno », *JA*, 1999-III-1065.
- MALAURIE (Ph.), " La réforme des successions et des libéralités ", *Deffrénois* n° 22/06, art. 38482, II.
- MASSIP (J.), " Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés ", *Répertoire du notariat Deffrénois*, n°15, 15 septembre 2009, p.1552.

- MEDINA (G.), « Fideicomiso testamentario. Como evitar el fraude a la legitima, a los acreedores y a las incapacidades para suceder », *JA*, 1995-III-705.
- MEDINA (G.), MADERNA ETCHEGARAY (H.), « El fideicomiso testamentario en el proyecto del Código Civil de 1999 y en las XVII jornadas nacionales », su relación con la legitima y la protección de incapaces y de los concebidos dentro y fuera del seno materno », *JA*, 1999-III-1068.
- OWENS (R.), " Breves anotaciones sobre la gestión fiduciaria mercantil internacional con propósitos extraterritoriales. Experiencia Panamena ", *Présentation au XV Congrès Latino-américain du Fidéicomis à Panama*, le 7 septembre 2005, Fédération Latino-américaine de banques.
- PARKINSON (P.), « Reconceptualising the Express Trust », *Cambridge Law Journal*, Volume 61, 2002, p. 657-683.
- PASQUALINI (F.), " Les conventions extrastatutaires, outils de modulation de la rémunération des associés ", *Revue des sociétés* 2010. p. 79.
- PETERKA (N.), « Le droit des incapacités à l'épreuve du contrat de fiducie », in *La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant, Journées Nationales Tome XV, Dalloz, 2011.
- PETTIGIANI (E.), "La legitima del heredero menor de edad frente al fideicomiso constituido por testamento", *JA* 1999-III-1082.
- PROXINVEST, " Lettre Conseil de vote assemblée générale de la société Pernod Ricard du 10.11.2010, 18 octobre 2010, Paris.
- RAMSES OWENS, MOSSACK FONSECA & Co. /Mossfon Trust Corporation, "Panama", in *Trust & Trustees*, 2007, Vol. 13, N° 8, Oxford University Press, London.
- REIGNE (Ph.), " La réforme de la fiducie " Propos introductifs. Dossier La Fiducie. *Journal des sociétés* N° 65, mai 2009. p. 17.
- REYMOND (C.), « Réflexions de Droit Comparé sur la Convention de la Haye sur le Trust », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 1991, p. 7, 13.
- RICHARD (J.), « Les Croisades », *Encyclopaedia Universalis*, 2007.
- ROMBOUTS (A.), "Organisation patrimoniale internationale. Une analyse de l'utilité éventuelle de certaines institutions de droit étranger dans le cadre de l'organisation successorale", in *Le droit fiscal international belge et l'évitement de l'impôt*, Edition du Jeune Barreau de Bruxelles, 1996, p. 217.

- RYAN, (K. W.), "The Reception of the Trust", *International & Comparative Law Quarterly*, Volume 10, Issue 02, April 1961, Cambridge University Press, 17 Janvier 2008, p. 278
- SCHMIDT (D.), " Les opérations de portage de titres de sociétés ", in *Les opérations fiduciaires ; Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, Feduci L.G.D.J. 1985, préf. B. OPPETIT, p. 30.
- SERRET (V.), " L'engagement actionnarial : principes, enjeux et limites ", *conférence Université de Bretagne-Sud*, 7 octobre 2008.
- SULTAN DANINO (S.), " La convention de portage : une opération complexe et risquée ", *Article blog Legavox.fr du 12/08/2009*.
- TEJADA MORA (J. A.), « Adaptation du trust et des fondations d'intérêt privé du Panama au service de l'Amérique Latine », *Présentation au VII Congrès Latino-américain du Fidécimmis*, Cancun (Mexique), octobre 1997.
- U.S.A. SECURITY EXCHANGE COMMISSION, « Invest wisely : an introduction to mutual Funds », p.7, [www.sec.gov/investor/pubs/inwsmf.htm](http://www.sec.gov/investor/pubs/inwsmf.htm).
- VILLCA POZO (M.), « El fideicomiso en Bolivia », in *El fideicomiso en Latinoamérica, Integracion juridico-financiera*, 1e éd., Marcial Pons Argentine, 2010.
- WATERS (D. ), « The concept of Trust and its evolution », Summer Law Course, Union Internationale des Avocats, Oxford University, 3 et 4 juillet 2009, cours repris dans l'article " The distinctive characteristics of the Anglo-Saxon Trusts", in « *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007*, STEP France, Academy & Finance.
- WATERS (D.), "The Institution of the Trusts in Civil and Common Law", *Recueil des Cours de l'Académie internationale de l'Haye*, 1995.
- WITZ (Cl.), « Les caractères distinctifs de la fiducie » in *Trust & Fiducie : concurrents ou compléments? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007*, STEP France, Academy & Finance.
- ZANNONI (E.), « Eficacia de los fideicomisos mortis causa », *Revista de Derecho privado y comunitario*, T. 8., p. 205.

#### IV. JURISPRUDENCE ANGLO-AMERICAINE

##### ANGLETERRE & COMMONWEALTH

- *A v A (St George Trustees Ltd) Intervening* [2007] EWHC 99 (Fam).
- *Agricultural Mortgage Corp'n plc v Woodward* [1995] 1 EGLR 1.
- *Allen, Re Faith v Allen* [1953] Ch 810, [1953] 2 All ER 898, [1953] 3 WLR 637, 97 Sol Jo 606, CA.
- *Anderson v Patten*. [1948] 2 DLR 302.39
- *Appleby v. Myers* (1867) LR 2 CP 651.
- *Armitage v. Nurse* [1998] Ch. 241 at 253.
- *Aroso v Coutts & Co* [2001] W.T.L.R. 797.
- *Associated Alhoys Pty Ltd v A CN 001 452 106 Pty Ltd* (2001) A.L.T.R. 862.
- *Attorney General v. The Cordwainers' Co*, 1833, 3 Myl & K 534.
- *Baden's Deed Trust, Re Baden v Smith* [1967] 3 All ER 159, [1967] 1 WLR 1467, 111 Sol Jo 773; *aff'd* [1969] 2 Ch 388, [1969] 3 WLR 12, 113 Sol Jo 149, CA; *revid sub nom McPhail v Douulton* [1971] AC 424, [1970] 2 All ER 228, [1970] 2 WLR 1110, 114 Sol Jo 375.
- *Baker v. Archer-Shee* [1927] 1, K.B. 109.
- *Balkin v Peck* (1998) 1 I.T.E.L.R.717, (1998) 43 N.S.W.L.R. 766.
- *Bank of New South Wales v. Vale Corporation (Management) Ltd., en liquidation*. NSW Court of Appeal, CA n° 428 – 1979, 21 oct. 1981.
- *Bannister v Bannister* [1948] 2 All ER 133.
- *Barclays Bank Ltd v Quistclose Investments Ltd* [1970] A. C. 567.
- *Barlow's Will Trusts, Re* [1979] 1 All ER 296, [1979] 1 WLR 278, 122 Sol Jo 646.
- *Basil v. Lister* (1851) 9 Hare 177.
- *Bateman's Will Trusts*, 1970, 3 All E. R. 817.
- *Beadner v Granville-Grossman* [2001] Ch 523.
- *Berry v Geen*, [1938] AC 535.
- *Binions v Evans* [1972] Ch 359.
- *Blackburn v. Stables*, 1814, 2 V. & B. 367
- *Blackwell v. Blackwell*, 1929, A.C. 318.
- *Blathwayt v Baron Cawley* [1976] AC 397.

- *Booth v Ellard* [1980] 1 W.L.R. 1443.
- *Braithwaite v Attorney General* [1909] 1 Ch. 510.
- *Brandon v Robinson* (1811) 18 Ves 429.
- *Breadner v Granville-Grossman* [2001] Ch 523 à 540, par Park J. [2000] 4 All ER 705, [2001] 2 WLR 593.
- *Brown v Pouran* [1995] 1 NZLR 352 ; [1996] Conv 302 (C.E.F. Rickett).
- *Burrough v Philcox* (1840) 5 My & Cr 72.
- *Caldwell v Hill*, 179 Ga 417, 176 SE 381, 98 ALR 1124.
- *Chamberlaine v Chamberlaine* (1678) Freem Ch 34.
- *Chase Manhattan Equities Ltd v Goodman* [1991] BCLC 897.
- *Claflin v. Claflin* 20 N.E. 454 (Mass. 1889).
- *Clayton v Ramsden* [1943] A.C. 320, [1943] 1 All ER 16, 112 LJ Ch 22, 86 Sol Jo 384, 168 LT 113, 59 TLR 75.
- *Codelfa Constructions Pty. Ltd. v State Real Authority of NSW* (1982) 149 CLR 337.
- *Cowan v Scargill* [1985] Ch 270.
- *Coxen, Re, McCallum v Coxen* [1948] Ch. 747, [1948] 2 All ER 492, [1948] LJR 1590, 92 Sol Jo 442.
- *Crook v Brooking* (1688) 2 Vern 50.
- *Croxall v Shererd*, 72 US 268, 18, L Ed 572.
- *CSD (NSW) v. Millar* (1932) 48 CLR 618.
- *Davis v Otty* (n°2) (1865) 35 Beav 208.
- *Delicacy Co. Ltd. v. Heath* (1936) 61 CLR 457.
- *Drakeford v Wilks* (1747) 3 Atk 539.
- *Dundee General Hospitals Board of Management v Walker* [1952] 1 All E. R. 896, sub nom *Dundee General Hospitals v Bell's Trustees* 1952 SC (HL) 78, 1952 SLT 270.
- *Earl of Oxford's Case* , 1615 1 Ch. Rep. 1.
- *Elders Trustee and Executor Co. Ltd. v. EG Reeves Pty. Ltd.* (1987) 78 ALR 193.
- *Fletcher v Fletcher* (1844) 4 Hare 67.
- *Foley v Burnell* (1783) 1 Bro. CC 247
- *Gardner v Rowe* (1828) 5 Russ 258.
- *Gold v Hill* [1999] 1 FLR 54.

- *Graham Australia Pty. Ltd v. Perpetual trustees WA Ltd* (1989) 1 WAR 65.
- *Grupo Torras SA v Al Sabah* [2004] WTLR 1 (Deputy Bailiff of Royal Court of Jersey).
- *Gulbenkian's Settlements, Re, Hacobian v Maun* [1968] Ch 126, [1967] 3 All ER 15, [1967] 3 WLR 1112, 111 Sol Jo 686, CA ; *affd sub nom Whishaw v Stephens* [1970] AC 508 à 518, par Lord Reid. [1968] 3 WLR 1127, 112 Sol Jo 882, sub nom *Re Gulbenkian's Settlements Trusts, Whishaw v Stephens* [1968] 3 All ER 785.
- *Hartigan Nominees Pty Ltd v Rydge* [1992] 29 NSWLR 405, 432, per Mahoney JA.
- *Hay's Settlement Trusts, Re* [1981] 3 All ER 786, [1982] 1 WLR 202 à 209. par Megarry V-C, 125 Sol Jo 866.
- *Healey v Brown* [2002] W.T.L.R. 849.
- *Hill v Spread Trustee Co Ltd* [2006] EWCA Civ 542, [2007] 1 WLR 2404.
- *Hirsch v. Zinc Corporation Ltd.* (1917) 24 CLR 34.
- *Hitch v Stone (Inspector of taxes)* [2001] EWCA Civ 63, [2001] STC 214.
- *Hodgson v Marks* [1971] Ch 892.
- *Howe v. Morse* (1899) 55 NE 213 à 213-214.
- *Hunter v Moss* [1994] 1. W.L.R. 452.
- *I.R.C. v. Rphaet* 1935, A.C. 96.
- *IRC v Broadway Cottages Trust* [1955] Ch 20.
- *IRC v Hashmi* [2002] EWCA Civ 981, [2002] WTLR 1027.
- *IRC v Silverts* [1951] 1 Ch. 521.
- *Jones, Re, Midland Bank Executor and Trustee Co Ltd v Jones* [1953] Ch 125, [1953] 1 All ER 357, [1953] 2 WLR 283, 97 Sol Jo 96.
- *Kasperbauer v Griffith* (2000) 1 WTLR 333.
- *Kinane v Mackie-Conteh* [2005] EWCA Civ 45
- *Knight v. Knight*, 1840, 3 Beav. 148.
- *Lemos & Others v Coutts & Co. (Cayman) Ltd.* [1992–93 CILR 5] *Cayman Islands, West Indies.*
- *Locker's Settlement Trusts, Re, Meachem v Sachs*, [1978] 1 All ER 216, [1977] 1 WLR 1323, 121 Sol Jo 796.
- *Macaura v. Northern Assurance Co.* [1925] AC 619.
- *Maine v Lyons* (1913) 15 CLR 671.

- *Margulies v Margulies* (1999-2000) 2 ITEL 641.
- *Mccormick v Grogan* (1869) LR 4 HL 82 à 88, 89, 97.
- *McDonogh v Murdoch*, 56 US 367, 14 L Ed 732.
- *McPhail v Doulton* [1971] AC 424
- *Mersey Docks & Harbour Board Trustees v Gibb* (1866) LR 1 HL 93.
- *Midland Bank plc v Wyatt* [1997] 1 BCLC 242.
- *Moss v Cooper* (1861) 1 John & H 352.
- *Moss v. Cooper*, 1861, 4 L.T. 790.
- *Mussoorie Bank v Raynor* (1882) 7 App Cas 321 à 331.
- *Nelson v Nelson* (1995) 184 C.L.R. 538.
- *New Zealand Insurance Co. Ltd.* [1973] VR 659.
- *Ottaway v Norman* [1972] Ch 698.
- *Oughtred v IRC* [1960] AC 206.
- *Palette Shoes Pty Ltd v Krohn* (1937) 58 C.L.R. 27.
- *Paul v Constance* [1977] 1 WLR 527.
- *Paul v. Constance*, 1977, 1 All E.R. 195.
- *Pearson v IRC* [1981] A. C. 753.
- *Ramsay v Marsh*, 13 SCL 252.
- *Re Adams and the Kensington Vestry* (1884) 27 Ch D 394.
- *Re AEG Unit Trust (Managers) Ltd. 's deed* [1957] 1 Ch 415.
- *Re Allen-Meyrick's Will Trusts* [1966] 1 WLR 499.
- *Re Astor's Settlement Trusts* [1952] Ch 534.
- *Re Barlow's Will Trusts* [1979] 1 WLR 278.
- *Re Boyes* (1884) 26 Ch D 531.
- *Re Bucks Constabulary Fund* [1979] 1 W.L.R. 936.
- *Re Burroughs-Fowler* [1916] 2 Ch 251
- *Re Christian Brothers of Ireland in Canda* (2000) 184 D.L.R. (4th) 445, 3 I.T.E.L.R. 34.
- *Re Cleaver* [1981] 1 W.L.R. 939 at 1023-1024.
- *Re Cozens*, 1913, 2 Ch. 478.
- *Re Danish Bacon Co Ltd v Staff Pension Fund Trusts* [1971] 1 WLR 248.
- *Re Detmold* (1889) 40 Ch D 585.
- *Re Dugdale de 1888 No. 38 Ch. D. 176, 181.*
- *Re Endacott* [1960] Ch. 232.

- *Re Gape* [1952] Ch. 743.
- *Re Gestetner Settlement* [1953] Ch 672 au point 688.
- *Re Goldcorp Exchange Ltd* [1995] 1 A.C. 74.
- *Re Grant's W.T.* [1979] 3 All E. R. 359 à 368.
- *Re Harvard Securities* [1997] 2 B.C.L.C. 369.
- *Re Huxtable*, 1942, 2 ch. 793.
- *Re Kayford Ltd* [1975] 1 WLR 279.
- *Re Keen* [1937] Ch 236 à 242.
- *Re Lind* [1915] 2 Ch. 345.
- *Re Lipinski's Will Trusts* [1976] Ch 235.
- *Re London Wine Co (Shippers) Limited* [1986] P.C.C. 121.
- *Re MC bacon Ltd* [1990] BCLC 324.
- *Re Nelson, ex parter Dare and Dolphin* [1918] 1 KB 459
- *Re Nichols* [1974] 1 WLR 296 à 301.
- *Re Platt* 1950 CLY 4386.
- *Re Rose* 1952, Ch. 449 et *Mascall v. Mascalli*, 1984, 49 P.& C.R. 119.
- *Re Scientific Investment Pension Plan Trusts* [1999] Ch 53.
- *Re Snowden* [1979] Ch 528.
- *Re Stapylton Fletcher Ltd* [1994] 1 W.L.R. 1181.
- *Re Tuck's Settlement Trusts* [1978] Ch 49.
- *Re Tyler* [1967] 1 WLR 1269.
- *Re Wittke* 1944 Ch 166 .
- *Regina v Dimsey. Regina v Allen. On appeal from the court of appeal (Criminal Division) on October 2001, UKHL 45.*
- *Robinson v. Pett* (1734) 3 P. Wms. 249 at 251.
- *Rochefoucauld v Boustead* [1897] 1 Ch. 196.
- *Rochford v Hackman* (1852) 9 Hare 475.
- *Roy v Roy* [1996] 1 FLR 541.
- *Royal Brunei Airlines v Tan.* [1995] 2 AC 378.
- *RS Howard & Sons Ltd. v Brunton* (1916) 21 CLR 366.
- *Sackville-West v. Viscount Holmesdale*, 1870, L.R.
- *Saunders v Vautier* (1841) Cr. & Ph. 240, 4 Beav 115.
- *Schmidt v. Rosewood Trust Ltd.,* [2003] 2 A.C. 709, [2003] 3 All E.R. 76.
- *Shalson v Russo* [2003] EWHC 1637 (Ch), [2005] Ch 281.

- *Short v. Treasury Commissioners* [1948] AC 534 à 545.
- *Smith v. Anderson* (1880) 15 Ch. D 247.
- *Smith, Re, Public Trustee v Aspinall* [1928] Ch 915, 97 LJ 441, 140 LT 369.
- *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786, 902 (Diplock LJ).
- *South Orange Grove Owners Association and Others v Orange Grove Partners and Others. others (No.1)* (1995) CA 1/95 and CA 1./96, Cook Islands, and *515 South Orange Grove Owners Association and Others v. Orange Grove Partners and others (No.2)* (1997/98) 1 OFLR3).
- *Sprange v Barnard* (1789) 2 Bro CC 585.
- *Stickland v Aldridge* (1804) 9 Ves 516.
- *Strimpfler v Roberts*, 18 Pa 283.
- *Stubbs v. Holywell Ry. Co.* (1867) LR 2 Ex. 311.
- *Swain v Law Society* [1981] 3 All ER 797 à 805-806.
- *Taylor v Salmon* (1838) 4 My & Cr 134.
- *Tepper's Will Trusts, Re, Kramer v Ruda* [1987] Ch. 358 [1987] 1 All ER 970, [1987] 2 WLR 729, [1987] 2 FLR 439, [1987] Fam Law 379, 131 Sol Jo 327, [1987] LS Gaz R 1057.
- *The Bank of Nova Scotia Trust Company v Nelia Ricart de Barletta and Others* (1985) Unreported (11/3/95) Bahamas.
- *Thynn v Thynn* (1684) 1 Vern 296.
- *Turner v Turner* [1984] Ch, 100, [1983] 2 All ER 745, [1983] 3 WLR 896, 127 Sol Jo 842.
- *Twinsectra Ltd v Yardley* [2002] UKHL 12, [2002] 2 AC 164, paragraphe 16, par Lord Hoffmann. [1999] Lloyd's Rep Bank 438, [2000] Lloyd's Rep PN 239, CA; revsd [2002] UKHL 12, [2002] 2 All ER 377, [2002] 2 WLR 802, [2002] NLIR 469. *Twinsectra Ltd v Yardley* [2002] UKHL 12, [2002] 2 AC 164, paragraphe 16, par Lord Hoffmann.
- *United Dominions Corporations v. Brian Pty. Ltd* (1985) 157 CLR 1.
- *Westdeutsche Landesbank v Islington LBC* [1996] AC 669 at 708.
- *Whaley Bridge Calico Printing Co. v. Green* (1879) 5 QBD 109 à 111.
- *Wright's Will Trusts, Re*, [1981] LS Gaz R 841.
- *WT Ramsay Ltd v IRC* [1982] AC 300.
- *X v A* [2000] 1 All E.R. 490.

## **ETATS UNIS**

- *Arellano vs. Bisson*, 847 So. 2d 998, Cour d'Appel de Florida Distrite 3 04/02/2003
- *Bank of America v. Weese*, 227 B. R. 241 (D. Md. 2002).
- *Bank of the West v. Michael Lewschin*, No. B174128. Cour d'Appel de Californie. Dist.2 09/10/2004.
- *BankFirst v. Legendre*. (Unreported, 2002).
- *Cheryl Faulkner v. Sharon Tanner Evans Bost*, No. 12-03-00228-CV. Cour d'appel de Texas 04/14/2004.
- *E.g. Erie Rr. v. Tompkins* 304 U. S. 64 (1938).
- *Federal Trade Comision (FTC) v. Affordable Media LLC*, F.3d (9th circuit. Case no. 98-16378, June 15, 1999) "The Anderson Case."
- *In re State of Somers*, No. 90,005, Kansas. 05/14/2003.
- *In Re Stephan J. Lawrence* 279 F. 3rd. 1294 (11th Cir. 2002).
- *J. W. v. Allvest, Inc.* (Alaska Sup. 3rd. Dist. No. 3AN-97-7192-CIV, 2002).
- *Nichols v. Eaton* 91 U. S. 716 (1875).
- *Pope's Executors v. Elliott & Co.*, 8 B. Mon. 56 (Ky. 1847).
- *Samuel v. Salter*, 3 Met. 259 (Ky. 1860).
- *United Presbiterian House at Syosset, Inc, v. Lincks*, 2003. NY. 0011791 (N.Y. Sup. 02/11/2003).

## **V. JURISPRUDENCE DROIT CIVIL**

### **ARGENTINE**

- "De la A. de R., M.C. contre R. U. et autre", CN Civil, salle C, 24 septembre 1996., pour exécution du contrat.
- *Arret de la Salle C Commerciale Argentine (CNCom) du 26 mars 1999* « Fernandez, Jorge et autre c. Compania Financiera Universal SA et autres, JA, 2000-I-394.

- *Arrêt de la Salle « E » Commerciale (CNCom) d'Argentine du 8 août 2003, « Albus SRL en procédure de redressement, incident du Banco Finansur, LA LEY, du 2/1/2004, p. 3.*
- *Famatex S.A. v. Ferrocarril General Belgrano, du 6 décembre 1972, jugé en première instance, prononcé par le juge Augusto César Belluscio, juge national fédéral de la Capital, commentaire de E. P. Guastavino.*
- *1er Civ. y Com. de la Plata, 20 décembre 1946 (en JA, 1947-I-749).*

## FRANCE

- *CA Bordeaux 4-1-1961 : Rev. Sociétés 1961, p. 65.*
- *CA Paris 10.01.1970, Courtois de Ganay, Rev. Crit. 1971, 518.*
- *CA Rouen 27-11-1986 : Gaz. Pal. 1987 p. 335 note APS.*
- *Cass. 20.2.1996 (Aff. Zieseniss, n° 423 P, JCP ed. G n° 22, 22647).*
- *Cass. 1ère civ. 2-10-1980 : Bull. civ. I n°241*
- *Cass. 1ère civ. 29.11.1994 n° 1617 : RJDA 4/95 n° 396.*
- *Cass. 1ère civ. 29-10-1988 : Bull. civ. I n° 341*
- *Cass. Civ. 12 août 1863 : DP 1863 I 356, S. 1863 I 446.*
- *Cass. Civ. Ire 8 novembre 2005: D. 2005, 2902.*
- *Cass. Com. 21-1-1970 : JCP G 1970 II n° 16541 note B. Oppetit.*
- *Civ. 1er, 19 déc 2000, D. 2001.3482 ; note I. Ardeef, Défrenois 2001.700, obs. Libchaber.*
- *Civ. 1ère. 4 décembre 1990, Bull. Civ., I, n° 278 et Com. 10 octobre 1995, Bull. Civ., IV, n° 224.*
- *Civ. 1ère, 19 sept. 2007, Bull. Civ. I, n° 275, D. 2007, Act. p. 2532, obs. Delpech, JCP G 2007, IV, 2861.*
- *Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 1987, Bull. civ. I, n° 343, p. 246, D. 1989. somm. com. p. 233, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 1988.532, obs. J. Mestre.*
- *Com. 2 juin 1987, Bull.civ., IV, n° 132*
- *Com. 22 nov. 2005, Bull civ. IV, n° 230, D. 2005, Act. p. 3081, obs. Delpech, JCP G 2005, IV, 3743.*
- *Req. 30 avril 1888, D.P. 1888, 1, 291*
- *Cass. Civ. Ire 5 juillet 2005, (BICC n°628 du 1er nov. 2005, N° 2009)*
- *Cass. 1ère CIV. - 13 décembre 2005, BICC 637 du 1er avril 2006.*

- *Cass. 1ère Civ., 13 avril 1999 : JCP 2000, II, 10309 note Barthez.*
- *Cass. Com. 19 déc 2006 : JCP E 2007, 1131, rapport M. Cohen-Branche, note D. Legeais ; JCP E 2007, 176, n° 26, obs. Ph. Delebecque ; RTD Civ. 2007, 160, obs. P. Crocq ; D. 2007, J. 344, note Ch. Laroumet ; Défrenois avr. 2008, p. 414, note Ph. Théry.*
- *Cass. Com., 26 mai 2010, n° 09-13.388, D. 2010. 1340, obs. A. Lienhard.*
- *Com. 14 déc. 1993, n° 91-22.033, D. 1994. 269, note C. Larroumet ; RTD com. 1994. 332, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.*
- *Cass. Com. 15 juin 1993, n° 91-19.677, D. 1993. 495, note C. Larroumet, et 1994. 18, obs. L. Aynès ; RTD com. 1993. 696, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.*
- *Cass. Com. 9 janv. 1996, n° 93-12.667, D. 1996. 184, note F. Derrida ; RDI 1996. 259, obs. P. Delebecque et P. Simler ; RTD civ. 1996. 436, obs. P. Crocq ; RTD com. 1997. 331, obs. A. Martin-Serf ; JCP E 1996. I. 554, obs. M. Cabrillac et P. Pétel, et 571, obs. P. Simler et P. Delebecque ; D. Affaires 1996. 603, note C. Larroumet.*
- *Cass. Com. 4 avr. 1995, n° 93-14.348.*
- *TGI Lille, 2 octobre 1986 : Rev. Sociétés 1987, p. 600.*
- *Cass. Com. 23 janvier 2007, BICC n°700 du 15 avril 2009. Banque et Droit, juil. /août 2007, p. 114, obs. H. de Vauplane et J-J Daigre.*
- *T. com Paris 12 février 1991, ord. réf., Sté Fruehauf trailer corp. c/ SA Banexi : Bull. Joly 1991 p. 209 note M. Jeantin.*
- *Cass. com. 27 septembre 2005 n° 1165 F-D, Sté BSA Bourgoin c/ Sté CDR Participations : BRDA 22/05 inf. 3, Bull. Joly 2006 p. 92 note A. Couret, D. aff. 2005 p. 2681 note A. Lienhard, Dr. sociétés 2005 comm. n° 217 second moyen.*
- *TGI, Lille, 28 oct. 1986: Rev. Soc., 1986, 600, note C. Witz; D., 1987 somm. 303, note M. Vasseur.*
- *Trib. Com. Nantes, 1 juill. 1988: Rev. jurisp. Com., 1990, 207, note Goyet.*
- *Bruxelles, 3 déc. 1986: Rev. soc., 1990, somm. 76.*
- *Cass. com. 19 décembre 1989, de Piedoue d'Héritot c/ CFI*
- *Cass. com. 16 janvier 1990, Sté Beauguerlange c/ Leleu : Rev. jur. com. 1990 p. 166 note F. Cherchouly-Sicard ; Bull. Joly 1990 p. 272 note Y. Streiff ; JCP G 1991, II n° 21748 note Hannoun).*

- *Cass. com. 22 novembre 2005 n° 1463 F-PB, Lavaud c/ Sté Lavaud : BRDA 24/05 inf. 10, JCP E 2006 n° 1080, D. 2006 p. 149 note A. Lienhard, Rev. Lamy Droit des affaires février 2006 n° 56, Bull. Joly 2006 p. 377 note A. Couret).*
- *Paris. 20 nov. 1987, Rev. Banque 1988 Suppl. banque et droit p. 63.*
- *Cass. Com. 23 janvier 1990, Rev. Soc. 1990. 248 n. Y. Guyon ; Bull. Joly 1990 p. 370 n. M. Jeantin ; D. 1991 jurisp. P. 333 obs. G. Virassamy.*
- *Cass. com. 15 juin 1982 n° 598, SA GS-NORD c/ Recapet : BRDA 18/82 p. 15*
- *Cass. com. 20 mai 1986 Société Bowater Corporation Limited c/ du Vivier : Rev. sociétés 1986 p. 587 note D. Randoux.*
- *Cass. com. 19 mai 1992, n° 879 D, Sté Go international c/ Sté IGF : RJDA 3/93 n° 220 ; Bull. Joly 1992 p. 779 note P. Le Cannu.*
- *Cass. com. 24 mai 1994, n° 1258 P, société de Banque occidentale c/ Chicot : RJDA 10/94 n° 1034 ; D. 1994 p. 503 note A. Couret.*
- *Cass. com. 19 octobre 1999, n° 1683 P, de Fontgalland c/ Hales : RJDA 3/00 n° 268.*
- *Cass. com. 16 novembre 2004 n° 1643 FS-PB, Belkhelfa c/ Rosseler : RJDA 3/05 n° 260 ; RTD com. 2005 p. 111 note C. Champaud et D. Danet ; Option finance n° 829 p. 33 ; RDC 2005 p. 397 note F.-X. Lucas.*
- *Cass. com. 22 février 2005 n° 259 F-D, Laurent c/ CRCAM du Morbillan : RJDA 6/05 n° 701.*
- *Cass. com. 22 février 2005 n° 279 FS-PBIR, Gontard c/ Papelier : RJDA 6/05 n° 702; D. 2005 p. 973 note G. Kessler, Dr. sociétés 2005 comm. n° 107, JCP E 2005 p. 1029, RDC 2005 p. 776, Rev. sociétés 2005 p. 593 note H. Le Nabasque, Dr. et patrimoine juin 2005 p. 100, RTD com. 2005 p. 344.*
- *Cass. Com., 21 janvier 1970, aff. Saupiquet Cassegrain : JCP G 1970, II, 16541, note B. Oppetit.*
- *Cass. Com. Février 1975, aff. Castillon de Perron : Rev. Sociétés 1976. p. 93, note B. Oppetit.*
- *Cass. Com. 31-3-2009 n° 07.20.219.*
- *Cass Com., 12 décembre 2006 : Rev. Sociétés 2007, p. 76, note D. Poracchia.*
- *Civ. Ire, 12 mai 2010, n° 09-10.556, D. 2010. 1348 ; AJ famille 2010. 287, obs. C. Vernières, supra 527, obs. J. Hauser.*

## **PANAMA**

- *Décision du 15 septembre 2005, Affaire 729-04, Section des affaires générales de la Cour Suprême de justice de Panama.*
- *Décision du 29 juin 2006, Affaire 267-02, Section des affaires générales de la Cour Suprême de justice de Panama.*
- *Décision du 11 février 2003, Affaire 812-02, Section des affaires générales de la Cour Suprême de justice de Panama.*
- *Cour Suprême de Justice de Panama, Salle Troisième Contentieuse Administrative, 23 juin 2008, Affaire N° 222-07. Centre public de Documentation Judiciaire <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>*
- *HSBC Bank USA et HSBC Bank Panama, S.A. contre la “Fondation Geelon” et Peter Gordon, Cour Suprême de Justice de Panamá, salle civile première du 17 juillet 2008.*

## **VI. COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L’HOMME**

- *CEDH 8 juill. 2004, req. n° 53924/00, D. 2004, 1979, D. 2004, 2535, obs. I. Berro Lefevre.*
- *CEDH 10 avr. 2007 : D. 2008, 1443, obs. J-Chr. Galloux.*

## Table des annexes

---

<b>ANNEXE 1. LOI SUR LE FIDEICOMMIS BOLIVIEN .....</b>	<b>623</b>
<b>ANNEXE 2. LOI ARGENTINE N° 24.441 SUR LE FIDEICOMMIS.....</b>	<b>629</b>
<b>ANNEXE 3. LOI N° 1-1984 DU 5 JANVIER 1984 SUR LE FIDEICOMMIS PANAMEEN .....</b>	<b>636</b>
<b>ANNEXE 4. LOI DU PANAMA N ° 25 DU 12 JUIN 1995 SUR LES FONDATIONS D'INTERET PRIVE .....</b>	<b>646</b>

## Annexe 1. Loi sur le fidéicomis bolivien

---

### CODE DE COMMERCE BOLIVIEN

#### SECTION III

#### FIDEICOMMIS

**Article 1409 (Définition).** Par le fidéicomis, une personne, appelée le constituant, transfère un ou plusieurs biens à une Banque, appelée le fiduciaire, qui s'oblige à les gérer ou les aliéner suivant un but déterminé, au bénéfice du premier ou d'un tiers appelé le bénéficiaire.

**Article 1410 (Patrimoine Autonome).** Les biens, objet du fidéicomis constituent un patrimoine autonome ; ils ne font pas partie de la garantie générale à l'égard des créanciers du fiduciaire et garantissent seulement les obligations provenant du fidéicomis ou de son exécution.

**Article 411 (Constitution).** Le fidéicomis entre vifs devra être constaté par acte authentique enregistré selon la nature des biens.

Celui constitué « mortis causa » devra être mis en place par testament, conformément aux règles du Code Civil.

**Article 1412 (Désignation du fiduciaire).** Si, dans l'acte de constitution, la désignation du fiduciaire n'est pas indiquée ou la procédure pour sa désignation n'a pas été établie, ou si, pour toute autre cause, le fiduciaire manque, sa désignation sera réalisée par le bénéficiaire sans modifier les conditions du fidéicomis, ou, si nécessaire, par le juge.

**Article 1413 (Fidéicomis prohibés).** Sont interdits :

- 1) les fidéicomis secrets ;

- 2) les fidéicommiss par lesquels le bénéfice est concédé à plusieurs personnes qui successivement doivent se substituer par la mort de la précédente ;
- 3) les fidéicommiss d'une durée de plus de 30 ans, sauf si le bénéficiaire est une institution d'assistance, scientifique, culturelle ou technique, à but non lucratif.

**Article 1414 (Droits et obligations du fiduciaire).** Les obligations que le fiduciaire ne peut pas déléguer, en plus de celles stipulées dans l'acte de constitution, sont :

- 1) réaliser avec diligence tous les actes nécessaires à l'accomplissement du but du fidéicommiss ;
- 2) maintenir les biens objet du fidéicommiss séparés de ses biens propres et des biens des autres fidéicommiss ; assurer les biens lorsqu'il a été stipulé ainsi dans l'acte de constitution ;
- 3) procurer le meilleur rendement économique possible des biens objet du fidéicommiss suivant les consignes stipulées dans l'acte de constitution ;
- 4) exercer la représentation, la protection et la défense des biens du fidéicommiss contre les actes des tiers, du bénéficiaire ou du constituant lui-même ;
- 5) transmettre les biens à la personne désignée, conformément à l'acte de constitution ou à la loi, lorsque le fidéicommiss prend fin, et
- 6) rendre compte de sa gestion au bénéficiaire ou, en son absence, au constituant, tous les six mois et à la fin du fidéicommiss.

**Article 1415 (Droits du bénéficiaire).** Le bénéficiaire a les droits suivants, en plus de ceux octroyés dans l'acte de constitution et dans cette loi :

- 1) exiger du fiduciaire la fidèle exécution de ses obligations et, si nécessaire, déclencher sa responsabilité en cas de non-respect ou d'inexécution de celles-ci ;
- 2) poursuivre la revendication des biens en fidéicommiss pour les réintégrer au patrimoine du fidéicommiss, lorsqu'ils sont sortis indûment de celui-ci ;
- 3) contester et demander l'annulation des actes annulables du fiduciaire pendant les cinq années à compter du jour de la prise de connaissance de l'acte ayant conduit à l'action en annulation.
- 4) demander à l'autorité administrative compétente, pour juste motif, la révocation du fiduciaire et, comme mesure préventive, la nomination d'un administrateur intérimaire.

**Article 1416 (Droits du constituant).** Le constituant a les droits suivants :

- 1) les droits qu'il s'est réservé dans l'acte constitutif du fidéicomis pour les exercer directement ;
- 2) révoquer le fidéicomis s'il s'est réservé cette faculté dans l'acte de constitution, demander la révocation du fiduciaire et, nommer son substitut, s'il y a lieu ;
- 3) obtenir la dévolution des biens à la fin du fidéicomis s'il n'a pas été stipulé autrement dans l'acte de constitution ;
- 4) exiger la reddition de comptes ;
- 5) exercer l'action en responsabilité contre le fiduciaire ; et
- 6) en général, tous les droits expressément stipulés qui ne sont pas incompatibles avec la nature du fidéicomis.

**Article 1417 (Rémunération).** Tous les fidéicomis sont rémunérés conformément aux règles stipulées dans l'acte de constitution et, s'il y a lieu, selon les tarifs approuvés par l'autorité administrative compétente.

**Article 1418 (Causes de démission du fiduciaire).** Le fiduciaire peut démissionner de sa fonction seulement pour les motifs expressément consignés dans le contrat. S'il n'y a pas de stipulation, il est présumé que les causes justifiées pour démissionner sont les suivantes :

- 1) si les biens du fidéicomis ne produisent pas de revenus suffisants pour payer les rémunérations stipulées en faveur du fiduciaire ;
- 2) si le constituant, ses héritiers ou le bénéficiaire, refusent de payer ces rémunérations ;
- 3) pour d'autres causes décidées par la juge.

La démission du fiduciaire nécessite l'autorisation préalable de l'autorité administrative compétente.

**Article 1419 (Actions des créanciers du bénéficiaire).** Les créanciers du bénéficiaire peuvent poursuivre uniquement les rendements obtenus avec les biens du fidéicomis. Les créances ne peuvent pas comprendre les biens, sauf si elles sont

antérieures à la constitution du fidéicomis. Le fidéicomis, célébré en fraude des créanciers, pourra être attaqué par toute personne qui a subi le préjudice.

**Article 1420 (Révocation du fiduciaire).** A la demande du constituant, du bénéficiaire ou d'autres personnes directement intéressées, le fiduciaire peut être révoqué par le juge compétent lorsqu'il a agi de façon dolosive ou avec grave négligence, inattention dans de ses fonctions ou lorsqu'il refuse la vérification de l'inventaire des biens du fidéicomis, de l'actif et du passif et des résultats de la gestion ou refuse de donner les garanties stipulées dans le contrat.

**Article 1421 (Causes d'extinction).** Sont causes d'extinction du fidéicomis en plus de celles établies dans le Code Civil, les suivantes :

- 1) l'arrivée du terme stipulé dans le contrat ;
- 2) la réalisation de la condition résolutoire à laquelle il était assujéti ;
- 3) le décès du constituant ou du bénéficiaire lorsqu'il a été stipulé comme cause d'extinction ;
- 4) la dissolution ou la liquidation du fiduciaire ;
- 5) la réalisation du but poursuivi ou l'impossibilité matérielle de le réaliser ;
- 6) l'accord mutuel entre le constituant et le bénéficiaire, sans préjudice des droits du fiduciaire ;
- 7) la révocation du constituant lorsqu'il s'est réservé ce droit dans l'acte constitutif ;
- 8) l'impossibilité de remplacement par absence d'un nouveau fiduciaire.

**Article 1422 (Effets de la fin du fidéicomis).** A la fin du fidéicomis, pour toute cause, les biens du fidéicomis seront transférés au constituant ou, s'il y a lieu, à ses héritiers, sauf stipulation contraire.

**Article 1423 (Stipulation sans effet).** Est nulle toute stipulation qui prévoit que le fiduciaire acquerra définitivement la propriété des biens du fidéicomis.

**Article 1424 (Qualité de fiduciaire et de bénéficiaire).** Ne sont pas acceptées sur une même personne les qualités de fiduciaire et de bénéficiaire. Si cela arrive, elle ne

pourra pas être créancière des bénéficiaires du fidéicommissaire tant que la confusion subsiste.

**Article 1425 (Devoirs du fiduciaire en cas de doute et autres).** Lorsque le fiduciaire a des doutes fondés concernant la nature et la portée de ses devoirs, ou doit s'écarter des fonctions stipulées dans l'acte de constitution, ou si les circonstances l'exigent, devra consulter ou demander des instructions au constituant ou au bénéficiaire. S'il y a lieu, il devra s'adresser à l'autorité administrative ou au juge compétent.

**Article 1426 (Condition suspensive).** Le fidéicommissaire qui dépend d'une condition suspensive n'aura pas d'existence si la condition ne se réalise pas dans le terme stipulé dans l'acte de constitution.

**Article 1427 (Dispositions applicables).** Sont applicables au fidéicommissaire les dispositions qui régulent le dépôt et le mandat.

## SECTION VII

### CERTIFICATS FIDUCIAIRES

**Article 1442 (CREATION DES CERTIFICATS FIDUCIAIRES).** L'acte de constitution du fidéicommissaire doit contenir l'autorisation expresse de créer des certificats fiduciaires.

**Article 1443 (AUTORISATION D'EMETTRE DES CERTIFICATS DU FIDEICOMMISSAIRE).** L'autorité administrative de fiscalisation autorisera au cas par cas l'émission des certificats fiduciaires.

**Article 1444 (CARACTERE DE TITRES VALEURS).** Les certificats fiduciaires ont le caractère de titres valeurs et octroient à leurs titulaires les droits suivants :

- 1) une quote-part des produits des biens en fidéicommissaire ;
- 2) une quote-part du droit de propriété des biens ou de la valeur obtenue par leur vente, et

- 3) un droit de propriété sur une partie déterminée de l'immeuble, si applicable.

**Article 1445 (CONTENU DES CERTIFICATS FIDUCIAIRES).** Les certificats fiduciaires doivent contenir, au moins, les mentions suivantes :

- 1) l'indication d'être un « certificat fiduciaire » ;
- 2) les données du document de constitution du fidéicomis et l'autorisation de l'autorité administrative compétente pour l'émission des certificats ;
- 3) la description des biens en fidéicomis ;
- 4) l'évaluation des biens ;
- 5) ou la valeur nominale des certificats ;
- 6) les pouvoirs et devoirs du fiduciaire ;
- 7) les droits des porteurs et
- 8) le lieu et la date de leur émission et la signature des représentants légaux du fiduciaire.

**Article 1446 (CERTIFICATS AU NOMINATIF).** Si le bien en fidéicomis est un immeuble, les certificats fiduciaires seront au nominatif.

## **Annexe 2. Loi argentine n° 24.441 sur le fidéicomis**

---

### **TITRE I**

#### **Du fidéicomis**

#### **CHAPITRE I**

**Article 1°** Un fidéicomis aura lorsqu'une personne (le constituant) transmet la propriété fiduciaire de biens déterminés à une autre (le fiduciaire) qui s'oblige à l'exercer au bénéfice de celui qui a été désigné dans le contrat (bénéficiaire) et à la retransmettre, à l'arrivée du terme ou de la condition, au constituant, au bénéficiaire ou au fidéicommissaire.

**Article 2°** Le contrat devra individualiser le bénéficiaire, qui pourra être une personne physique ou morale, qui peut exister ou non au moment de la conclusion du contrat ; dans ce cas, devront être consignées les données qui permettent son individualisation future.

Pourront être désignés plus d'un bénéficiaire, qui, sauf stipulation contraire, bénéficieront à parts égales ; des bénéficiaires substitués pourront être désignés dans les cas de non acceptation, renonciation ou décès.

Lorsqu'aucun bénéficiaire n'accepte, lorsque tous renoncent ou n'arrivent pas à exister, le bénéficiaire sera le fidéicommissaire. Si le fidéicommissaire n'arrive pas à exister, ou s'il renonce, ou s'il n'accepte pas, le bénéficiaire sera le constituant.

Le droit du bénéficiaire peut être transmis par acte entre vifs ou à cause de mort, sauf disposition contraire du constituant.

**Article 3°** Le fidéicomis pourra aussi être constitué par testament, effectué dans les formes prévues par le Code Civil, qui contiendra au moins les mentions établies à

l'article 4. Dans les cas où le fiduciaire désigné dans le testament n'accepte pas, les dispositions de l'article 10 de la présente loi s'appliqueront.

## CHAPITRE II

### Le fiduciaire

**Article 4°** Le contrat doit contenir aussi :

- a) l'individualisation des biens objet du contrat. Lorsque l'individualisation n'est pas possible à la date de la célébration du fidéicomis, une description des conditions et des caractéristiques que doivent réunir les biens sera consignée;
- b) la détermination du moyen par lequel d'autres biens peuvent être ajoutés au fidéicomis ;
- c) le terme ou la condition auquel le domaine fiduciaire est assujéti, qui ne peut pas durer plus de trente (30) ans à compter de sa constitution, sauf si le bénéficiaire est un incapable ; dans ce cas, il peut durer jusqu'à sa mort ou jusqu'à la cessation de son incapacité;
- d) le destin des biens à la fin du fidéicomis ;
- e) les droits et obligations du fiduciaire et la procédure pour sa substitution, s'il cesse ses fonctions.

**Article 5°** Le fiduciaire pourra être une personne physique ou morale. Seules pourront se proposer au public pour agir comme fiduciaires les entités financières autorisées conformément aux dispositions de la loi respective et les personnes morales autorisées par la Commission Nationale de Valeurs qui établira les conditions qu'elles doivent respecter.

**Article 6°** Le fiduciaire doit accomplir les obligations imposées par la loi ou par la convention avec la prudence et la diligence d'un « bon homme d'affaires » qui agit sur la base de la confiance qui lui est donnée.

**Article 7°** Le contrat ne pourra pas décharger le fiduciaire de l'obligation de rendre des comptes, qui peuvent être demandés par le bénéficiaire en conformité avec les provisions contractuelles, ou de la responsabilité par négligence ou par dol

occasionnée par lui ou par ses dépendants, ou de l'interdiction d'acquérir pour lui-même les biens du fidéicommiss.

Dans tous les cas, les fiduciaires devront rendre compte aux bénéficiaires périodiquement et au moins une fois (1) par an.

**Article 8°** Sauf stipulation contraire, le fiduciaire aura droit au remboursement de ses dépenses et à une rétribution. Si celle-ci n'a pas été fixée dans le contrat, elle sera établie par le juge, en fonction de la tâche à réaliser et des devoirs fiduciaires à accomplir.

**Article 9°** Le fiduciaire cessera sa fonction par :

- a) révocation judiciaire pour inexécution de ses obligations, à la demande du constituant ou à la requête du bénéficiaire avec notification du constituant ;
- b) par décès ou incapacité judiciairement déclarée s'il s'agit d'une personne physique ;
- c) par dissolution s'il est une personne morale ;
- d) par faillite ou liquidation ;
- e) par démission si dans le contrat cette cause a été expressément stipulée. La démission prend effet après le transfert du patrimoine objet du fidéicommiss au fiduciaire substitut.

**Article 10°** Une fois produite la cause de cessation du fiduciaire, il sera remplacé par le substitut désigné dans le contrat ou selon la procédure prévue dans celui-ci. S'il n'y a pas de fiduciaire ou s'il n'accepte pas, le juge désignera comme fiduciaire une des entités autorisées selon les dispositions de l'article 19. Les biens du fidéicommiss seront transmis au nouveau fiduciaire.

**Article 11°** Une propriété fiduciaire est constituée sur les biens du fidéicommiss selon les dispositions du titre VII, livre III du Code Civil et les dispositions de la présente loi lorsqu'il s'agit de choses, ou selon la nature des biens lorsqu'ils ne sont pas de choses.

**Article 12°** Le caractère fiduciaire du domaine aura effet devant les tiers à partir du moment où les formalités exigées seront accomplies, selon la nature des biens.

**Article 13°** Lorsqu'il s'agit de biens sujets à registre, les registres doivent comporter le transfert fiduciaire de la propriété au nom du fiduciaire. S'il est stipulé dans le contrat, le fiduciaire acquerra la propriété fiduciaire des autres biens qu'il acquière avec les fruits des biens en fidéicomis ou avec le produit des actes de disposition sur ceux-ci ; les acquisitions doivent être constatées dans des actes d'acquisition et dans les registres respectifs.

**Article 14°** Les biens du fidéicomis constituent un patrimoine séparé du patrimoine du fiduciaire et du constituant. La responsabilité objective du fiduciaire provenant de l'article 1113 du Code Civil est limitée à la valeur de la chose en fidéicomis dont le risque ou vice est la cause du dommage si le fiduciaire n'a pas pu raisonnablement s'assurer.

**Article 15°** Les biens du fidéicomis sont exemptés de l'action singulière ou collective des créanciers du fiduciaire. Les créanciers du constituant ne peuvent pas attaquer les biens, sauf en cas de fraude. Les créanciers du bénéficiaire pourront exercer leurs droits sur les fruits des biens du fidéicomis et se subroger dans leurs droits.

**Article 16°** Les biens du fiduciaire ne répondent pas des obligations contractées dans l'exécution du fidéicomis, lesquelles sont honorées avec les biens du fidéicomis. L'insuffisance des biens du fidéicomis pour répondre à ces obligations ne donne pas lieu à la déclaration de sa faillite. Dans ce cas, s'il n'y a pas d'autres ressources prévues dans le contrat venant du constituant ou des bénéficiaires, il faut procéder à sa liquidation, effectuée par le fiduciaire, qui doit céder tous les biens restants et repartir le produit parmi les créanciers selon l'ordre des privilèges prévus par la loi ; lorsqu'il s'agit d'un fidéicomis financier, la partie pertinente des dispositions de l'article 24 s'applique.

**Article 17°** Le fiduciaire pourra disposer ou nantir les biens du fidéicomis pour accomplir le but du fidéicomis, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'accord du constituant ou du bénéficiaire, sauf clause contraire.

**Article 18°** Le fiduciaire peut exercer toutes les actions nécessaires à la défense des biens du fidéicommiss, contre les tiers ou contre le bénéficiaire.

Le juge peut autoriser le constituant et le bénéficiaire à initier des actions pour remplacer le fiduciaire si celui-ci ne le fait pas sans un motif suffisant.

## CHAPITRE IV

### LE FIDEICOMMISS FINANCIER

**Article 19°** Le fidéicommiss financier est un contrat de fidéicommiss soumis aux règles précédentes, dans lequel le fiduciaire est une institution financière ou une société expressément autorisée par la Commission Nationale des Valeurs pour agir comme fiduciaire financier et, les bénéficiaires sont les titulaires de certificats de participation au domaine fiduciaire ou de titres représentatifs de dette garantis avec les biens transmis.

Les certificats de participation et les titres de créance seront considérés comme des titres valeurs et pourront être l'objet d'offres au public.

La Commission Nationale des Valeurs est l'autorité d'application des fidéicommiss financiers, pouvant dicter des normes réglementaires.

**Article 20°** Le contrat de fidéicommiss devra contenir les prévisions de l'article 4 et les conditions d'émission des certificats de participation ou des titres représentatifs de dette.

## CHAPITRE V

### LES CERTIFICATS DE PARTICIPATION ET TITRES DE CREANCE

**Article 21°** Les certificats de participation sont émis par le fiduciaire. Les titres représentatifs de dette, garantis par les biens du fidéicommiss, peuvent être émis par le fiduciaire ou par un tiers, selon le cas. Les certificats de participation et les titres représentatifs de dette peuvent être au nominatif ou au porteur, endossables ou non, ou dématérialisés, conformément aux dispositions de l'article 8 de la loi n° 23.576 (modifiée par la loi n° 23.962). Les certificats sont émis sur la base d'un prospectus

dans lequel sont décrites les conditions de l'émission et les mentions nécessaires pour identifier le fidéicomis auquel ils appartiennent, avec une brève description des droits qu'ils confèrent.

Des certificats globaux des certificats de participation peuvent être émis, pour leur inscription dans des régimes de dépôts collectifs. A cette fin, ils sont considérés définitifs, négociables et divisibles.

**Article 22°** Plusieurs catégories de certificats de participation peuvent être émises, avec des droits différents. Les mêmes droits devront être octroyés dans chaque catégorie. L'émission peut être divisée en séries.

## CHAPITRE VI

### DE L'INSUFFISANCE DU PATRIMOINE DANS LE FIDEICOMMIS FINANCIER

**Article 23°** Dans le fidéicomis financier du chapitre IV, en cas d'insuffisance du patrimoine du fidéicomis, s'il n'y a pas de disposition contractuelle, le fiduciaire convoquera l'assemblée des détenteurs de titres de créance, qui doit être notifiée par voie d'affichage au Bulletin Officiel et dans un journal de grande diffusion du domicile du fiduciaire et se tiendra dans les soixante jours à compter de la date de la dernière publication, afin de décider les règles de gestion et de liquidation des actifs.

**Article 24°** Les règles visées à l'article précédent peuvent prévoir:

- a) le transfert du patrimoine du fidéicomis comme une unité à une autre société d'objet similaire ;
- b) les modifications du contrat d'émission, qui pourra comprendre la suppression d'une partie des dettes ou la modification des termes ou des conditions initiales ;
- c) la continuation de la gestion des actifs du fidéicomis jusqu'à l'extinction du fidéicomis;
- d) l'aliénation des actifs du patrimoine du fidéicomis ;
- e) la désignation de la personne responsable en charge de l'aliénation du patrimoine comme une unité ou d'actifs qui le composent ;

- f) toute autre question déterminée par l'assemblée sur la gestion ou la liquidation du patrimoine séparé.

L'assemblée est valablement constituée si les porteurs de titres représentent au moins les deux tiers des parts émises et en circulation ; les personnes peuvent agir par procuration au moyen d'une procuration certifiée par un notaire public, judiciaire ou d'une banque ; sa légalisation n'est pas nécessaire.

Les résolutions doivent être adoptées par le vote des porteurs de titres représentant au moins la majorité des parts émises et en circulation, à l'exception des matières énumérées au paragraphe b) qui seront décidées à la majorité des deux tiers (2/3) des titres émis et en circulation.

Si le quorum n'est pas atteint en première convocation, une nouvelle assemblée doit être convoquée qui se tiendra dans les trente (30) jours à compter de la date fixée pour la première ; s'il n'y a pas de quorum, celle-ci est considérée comme valable avec les porteurs présents. Les accords doivent être adoptés par le vote des porteurs représentant au moins la majorité des parts émises et en circulation.

## **CHAPITRE VII**

### **DE L'EXTINCTION DU FIDEICOMMIS**

**Article 25°** Le fidéicommiss prend fin par :

- a) l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition dans le délai légal maximum ;
- b) la révocation du constituant s'il s'est réservé expressément cette faculté ; la révocation n'a pas d'effet rétroactif ;
- c) toute autre cause stipulée dans le contrat.

**Article 26°** A la fin du fidéicommiss, le fiduciaire doit remettre les biens du fidéicommiss au fidéicommissaire ou à ses héritiers, restituer les instruments et faciliter les inscriptions correspondantes dans le registre.

## **Annexe 3. Loi n° 1-1984 du 5 janvier 1984 sur le fidéicomis panaméen**

---

**Article 1.** Le fidéicomis est un acte juridique grâce auquel une personne appelée constituant transfère des biens à une autre personne appelée le fiduciaire, pour que celui-ci les gère ou en dispose en faveur d'un fidéicommissaire ou bénéficiaire, qui peut être le constituant.

Les entités de droit public peuvent retenir des biens propres en fidéicomis et agir en tant que fiduciaires de ces biens, pour le développement de leurs fins, au travers d'une déclaration réalisée avec les formalités de la loi.

**Article 2.** Le fidéicomis peut être constitué avec des biens de toute nature, présents ou futurs. Des biens peuvent être ajoutés par le constituant ou par un tiers, après la création du fidéicomis, avec l'acceptation du fiduciaire.

**Article 3.** Le fidéicomis peut être constitué sur des biens déterminés ou sur tout ou une partie d'un patrimoine.

**Article 4.** La volonté de constituer un fidéicomis doit être déclarée expressément et par écrit. Les fidéicomis verbaux, implicites ou présumés ne sont pas valides.

**Article 5.** Le fidéicomis est constitué à toute fin qui n'est pas contraire à la morale, à la loi et à l'ordre public.

**Article 6.** Le fidéicomis peut être pur et simple ou être assujéti à une condition ou à un terme.

**Article 7.** Le fidéicommiss est irrévocable, sauf clause contraire stipulée dans l'instrument de constitution du fidéicommiss.

**Article 8.** Le fidéicommiss est considéré comme onéreux, sauf si dans l'instrument du fidéicommiss il est établi expressément que le fiduciaire ne recevra pas de rémunération pour ses services. La rémunération du fiduciaire sera fixée dans l'instrument du fidéicommiss et, à défaut, elle sera égale à celle payée habituellement dans le domicile où le fidéicommiss a été constitué.

**Article 9.** L'instrument de fidéicommiss doit contenir :

1. les désignations complètes et claires du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire. Lorsqu'il s'agit de bénéficiaires futurs ou d'une catégorie de bénéficiaires potentiels, les consignes pour les identifier doivent être décrites.
2. la désignation des fiduciaires ou des bénéficiaires substitués, s'il y en a.
3. la description des biens ou du patrimoine ou du quote-part de celui-ci, sur lesquels le fidéicommiss est constitué.
4. la déclaration expresse de la volonté de constituer un fidéicommiss.
5. les facultés et les obligations du fiduciaire.
6. les prohibitions et les limitations imposées au fiduciaire dans l'exercice du fidéicommiss.
7. les règles d'accumulation, de distribution ou de disposition des biens, revenus et produits provenant des biens du fidéicommiss.
8. le lieu et la date de constitution du fidéicommiss.
9. la désignation d'un agent résidant dans la République de Panama qui doit être un avocat ou un cabinet d'avocats et qui devra valider l'instrument de fidéicommiss.
10. le domicile du fidéicommiss dans la République de Panama.
11. Une déclaration expresse que le fidéicommiss est constitué selon les lois de la République de Panama.

**Article 10.** Le fidéicommiss entre vifs peut être constitué par instrument public ou privé. Le fidéicommiss qui produira effet après la mort du constituant doit être constitué par testament.

En outre, il peut être constitué par instrument privé, sans les formalités du testament, lorsque le fiduciaire est une personne autorisée à exercer la gestion des fidéicommiss.

**Article 11.** Le fidéicommiss avec des biens immeubles situés dans la République de Panama doit être constitué par acte authentique.

**Article 12.** Un fidéicommiss constitué sans les formalités établies aux articles 9, 10 et 11 de cette loi est nul.

**Article 13.** Le fidéicommiss constitué avec des biens immeubles situés dans la République de Panama est opposable aux tiers à partir de la date d'inscription de l'acte de fidéicommiss dans le registre public.

Dans les autres cas, le fidéicommiss est opposable aux tiers à partir du moment où les signatures du constituant et du fiduciaire ou de leurs représentants ou mandataires ont été authentifiées par un notaire public panaméen.

**Article 14.** Le transfert des biens immeubles situés dans la République de Panama dans un fidéicommiss se réalise au travers leur inscription dans le registre public au nom du fiduciaire.

**Article 15.** Les biens du fidéicommiss constituent un patrimoine séparé des biens personnels du fiduciaire pour tous les effets légaux et ne peuvent pas être séquestrés ou saisis, sauf pour les obligations ou les dommages causés pendant l'exécution du fidéicommiss ou par les tiers qui ont, indûment ou de façon frauduleuse, retenu les biens en préjudice des droits des bénéficiaires.

Par conséquent, le fiduciaire doit payer séparément les impôts, taxes et autres charges pesant sur les biens du fidéicommiss.

Dans les fidéicommiss qui ont comme fiduciaire la Caisse de Dépôts et dans lesquels les bénéficiaires sont des mineurs, les biens du fidéicommiss et leurs revenus, en plus d'être insaisissables, ne peuvent pas être l'objet de poursuites, sauf s'il est déterminé ainsi par décision de justice.

**Article 16.** Le constituant peut nommer des substituts au bénéficiaire, qu'ils soient successifs ou non. Dans les fidéicommiss révocables, les bénéficiaires peuvent être remplacés et de nouveaux bénéficiaires peuvent être nommés, à tout moment, par le constituant ou par une personne habilitée par lui pour réaliser les nominations, suivant les mêmes formalités que celles de l'instrument de constitution du fidéicommiss.

**Article 17. Abrogé.**

**Article 18.** La désignation d'un ou plusieurs bénéficiaires non-existants ou d'une catégorie de bénéficiaires déterminables produit des effets lorsque un ou plusieurs d'entre eux arrive à exister ou à être déterminé et nommé pendant la durée de vie du fidéicommiss.

**Article 19.** Peuvent être fiduciaires les personnes physiques ou morales. Les personnes de droit public pourront transférer ou retenir des biens en fidéicommiss, par déclaration réalisée selon les formalités de la loi.

**Article 20.** Le constituant pourra nommer un ou plusieurs fiduciaires. Sauf si l'acte de constitution du fidéicommiss en dispose autrement, si deux fiduciaires sont nommés, ils devront agir conjointement et, si plus de deux fiduciaires sont nommés, ils doivent agir à la majorité.

**Article 21.** Dans l'instrument du fidéicommiss, le constituant peut nommer un ou plusieurs substitués pour remplacer le fiduciaire. Dans les fidéicommiss révocables, le fiduciaire peut être remplacé et des nouveaux fiduciaires peuvent être nommés, à tout moment, par le constituant ou par la personne autorisée par celui-ci pour procéder au remplacement ou à la nomination, avec les mêmes formalités que celles requises pour l'instrument du fidéicommiss.

**Article 22.** En cas de décès, incapacité, révocation ou démission du fiduciaire, sans avoir de substitut, le juge compétent pourra nommer un substitut à la demande du fiduciaire, du constituant, ou à défaut de ce dernier, à la demande des bénéficiaires ou du Ministère Public, si le ou les bénéficiaires sont mineurs ou incapables, et ordonnera le transfert des biens du fidéicommiss au nouveau fiduciaire. La demande devra être formulée dans un délai de trois (3) ans à compter de la disparition du fiduciaire.

Après ce délai et sans demande de remplacement, le fidéicommiss prend fin.

**Article 23.** La personne désignée fiduciaire n'est pas obligée d'accepter la fonction. Les obligations du fiduciaire commencent à partir de son acceptation par écrit.

**Article 24.** Le fiduciaire peut démissionner de ses fonctions lorsque ceci est expressément stipulé dans l'instrument du fidéicommiss.

S'il n'y a pas d'autorisation expresse, il peut démissionner avec l'approbation du juge, pour juste motif ; mais la démission ne sera valide qu'à partir du moment où un nouveau fiduciaire est nommé et accepte la fonction.

Dans ce cas, les dispositions de l'article 21 s'appliquent.

**Articles 25.** Le fiduciaire a tous les droits et pouvoirs consubstantiels à la propriété mais il doit respecter les fins du fidéicommiss, les conditions et les obligations que lui imposent la loi et l'instrument du fidéicommiss.

**Article 26.** Le fiduciaire dispose des biens du fidéicommiss selon ce qui a été établi dans l'instrument du fidéicommiss.

**Article 27.** Le fiduciaire est responsable des pertes ou des dommages des biens du fidéicommiss s'il n'a pas agi dans l'exécution de celui-ci avec le soin d'un bon père de famille.

L'instrument du fidéicommiss pourra établir des limitations à la responsabilité du fiduciaire ; mais, en aucun cas, ces limitations ne peuvent exempter le fiduciaire des responsabilités pour les pertes ou des dommages causés par grave négligence ou par dol.

Lorsqu'il y a plusieurs fiduciaires, ceux-ci seront solidairement responsables de l'exécution du fidéicommiss, sauf s'il est stipulé autrement dans l'instrument du fidéicommiss.

**Article 28.** Le fiduciaire doit rendre compte de sa gestion dans les conditions établies dans l'instrument du fidéicommiss, et s'il n'y a pas de stipulations dans l'acte, il rend compte au constituant et aux bénéficiaires existants, au moins une fois par an et à la fin du fidéicommiss.

S'il n'y a pas d'observation sur le compte rendu dans un délai stipulé dans l'instrument du fidéicommiss, et s'il n'y a pas de délai, dans les quatre-vingt-dix (90) jours à compter de sa réception, les comptes sont tacitement approuvés.

Une fois le compte rendu approuvé de manière expresse ou tacite, le fiduciaire est libre de toute responsabilité vis-à-vis du constituant et vis-à-vis des bénéficiaires

présents ou futurs pour les actes réalisés pendant la période déterminée. Néanmoins, cette approbation n'enlève pas la responsabilité du fiduciaire pour les dommages causés pour dol ou négligence dans la gestion du fidéicommiss.

**Article 29.** Le fiduciaire n'est pas obligé de donner des garanties ou une caution spéciale pour la bonne gestion du fidéicommiss, sauf si l'acte de constitution le stipule.

Cette disposition ne dispense pas le fiduciaire de présenter les garanties exigées aux personnes autorisées à exercer les fonctions de fiduciaire.

Quelqu'un qui subit des dommages du fait de l'exécution du fidéicommiss peut demander à la Cour d'ordonner que le fiduciaire constitue une caution ou garantie en tant que mesure préventive.

**Article 30.** Le fiduciaire peut être révoqué par voie judiciaire par procédure sommaire :

1. lorsque ses intérêts sont incompatibles avec les intérêts du bénéficiaire ou du constituant.
2. s'il administre les biens du fidéicommiss sans la diligence d'un bon père de famille.
3. s'il est reconnu coupable d'un crime contre la propriété ou contre l'ordre public.
4. s'il devient incapable ou par l'impossibilité d'exécution du fidéicommiss.
5. pour insolvabilité, faillite ou procédure collective, ou par l'intervention d'un administrateur judiciaire lorsqu'il s'agit d'une personne autorisée à exercer l'activité fiduciaire.

**Article 31.** Peuvent demander la révocation judiciaire du fiduciaire, le constituant, le ou les bénéficiaires et le représentant du procureur général au nom des mineurs ou des bénéficiaires incapables, conformément à l'intérêt public et à la loi.

**Article 32.** Dans le cas où le fiduciaire doit être remplacé par un substitut, les biens du fidéicommiss doivent être transférés au remplaçant par le fiduciaire sortant, ou à défaut de transfert, par ordonnance du juge, qui décide de droit, après la présentation de la preuve documentaire pertinente.

La même procédure est applicable en cas de dissolution de l'entité juridique agissant en tant que fiduciaire.

**Article 33.** Le fidéicommiss prend fin par :

1. la réalisation des fins pour lesquelles il a été constitué;
2. impossibilité d'exécution;
3. démission ou décès du bénéficiaire, sans avoir un substitut ;
4. perte ou extinction totale des biens du fidéicommiss;
5. fusion en une seule personne des qualités d'unique bénéficiaire et d'unique fiduciaire; et,
6. tout autre motif énoncé dans l'acte de fidéicommiss ou dans la présente loi.

**Article 34.** A la fin du fidéicommiss, en absence de bénéficiaires pour recevoir les biens et si l'acte de constitution ne stipule pas le destin des biens, le fiduciaire doit les transférer au Trésor National conformément aux dispositions légales et réglementaires.

Le fiduciaire doit soumettre un compte rendu final à l'approbation du juge compétent.

**Article 35.** Sont exonérés d'impôts, contributions, redevances ou taxes, les actes de constitution, les modifications ou l'extinction du fidéicommiss ainsi que les actes de transfert, transmission, ou le nantissement des biens donnés en fidéicommiss et les revenus provenant des biens du fidéicommiss, ou de tout autre acte, à condition que le fiduciaire prenne comme assiette :

1. les biens situés à l'étranger;
2. l'argent déposé par des personnes physiques ou morales dont le revenu n'est pas de source panaméenne ou imposable au Panama ;
3. les actions ou valeurs mobilières de toute nature, émises par des sociétés dont le revenu n'est pas de source panaméenne, même si ces sommes, titres ou valeurs sont déposés dans la République de Panama.

**4. Paragraphe premier abrogé**

**5. Paragraphe second abrogé**

**Article 36.** Dans l'attente de la promulgation de la loi sur la question, le pouvoir exécutif, par l'intermédiaire du Ministère de la planification et de la politique économique, réglera l'exercice des activités fiduciaires concernant les conditions, les licences, les garanties, les sanctions et les autres conditions auxquelles

sont soumises les sociétés fiduciaires de fidéicomis, les compagnies d'assurance, les banques, les avocats et les personnes ou sociétés engagées professionnellement et habituellement à l'entreprise fiduciaire.

La Commission nationale des banques surveillera et assurera le bon fonctionnement des activités fiduciaires de fidéicomis en conformité avec les lois en vigueur.

Une commission spéciale nommée par le pouvoir exécutif sur la base des candidats que les organisations proposeront, composée de deux représentants de l'Ordre national d'avocats, deux de la Commission nationale des banques, deux de l'Association des banques du Panama, deux de l'Association panaméenne des assureurs, un représentant de la Banque nationale du Panama et un de la Caisse d'épargne, doit préparer, dans un délai maximum de six (6) mois, à compter de la date de sa convocation, un projet de loi qui réglera l'activité fiduciaire.

La Commission est convoquée par le pouvoir exécutif et constituée, au plus tard, dans quatre-vingt-dix (90) jours après la promulgation de la présente loi.

**Paragraphe premier.** Les banques peuvent s'engager dans des affaires liées aux fidéicomis sans avoir obtenu une licence ou octroyé des garanties.

Les garanties exigées aux personnes ou aux sociétés effectuant à titre professionnel et habituellement l'activité fiduciaire doivent être présentées à la Commission nationale des banques et déposées à la Banque nationale du Panama ou à la Caisse d'épargne.

**Paragraphe second.** Les personnes physiques ou morales qui exercent actuellement les activités fiduciaires ont un délai maximum de deux (2) ans, à compter de la promulgation des règlements établis par le ministère de la Planification et de la politique économique, pour s'y conformer.

Après cette période, sans remplir les conditions énoncées par le règlement, ces personnes ne peuvent pas continuer à exercer l'activité fiduciaire de gestion des fidéicomis.

**Article 37.** Le fiduciaire et ses représentants ou employés, les entités de l'Etat autorisées par la loi à effectuer des inspections ou recueillir des documents liés à des opérations fiduciaires et leurs fonctionnaires et les personnes impliquées dans ces

opérations en raison de leur profession, sont tenus au secret et doivent se conformer aux dispositions de la législation en vigueur dans la République du Panama.

La violation de ces dispositions sera punie d'une peine de réclusion ou d'emprisonnement allant jusqu'à six (6) mois et un maximum de cinquante mille Balboas (B/.50,000.00).

Les dispositions du présent article sont sans préjudice de l'information qui doit être communiquée aux autorités et des inspections que les autorités peuvent effectuer conformément à la loi.

**Article 38.** Les fidéicomis constitués en vertu des lois de la République du Panama sont régies par la loi panaméenne. Cependant, leur exécution peut être assujettie au choix d'une loi étrangère, si l'acte de fidéicomis le stipule.

Le fidéicomis ainsi que les biens de celui-ci peuvent être transférés ou être soumis aux lois de la juridiction d'un autre pays, selon les stipulations de l'acte de fidéicomis.

**Article 39.** Les fidéicomis créés avant la promulgation de la présente loi sont régies par les lois en vigueur au moment de leur constitution, mais ils peuvent bénéficier de cette loi à tout moment par déclaration écrite du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire.

**Article 40.** Les fidéicomis constitués en vertu d'une loi étrangère peuvent choisir la loi panaméenne, à condition que le constituant et le fiduciaire ou seulement ce dernier, s'il y est autorisé par l'acte de fidéicomis, effectuent une déclaration de conformité aux exigences et aux formalités prévues par la présente loi pour la constitution des fidéicomis.

**Article 41.** Tout différend qui n'a pas une procédure spéciale énoncée dans la présente loi, sera résolu par une procédure sommaire. Il peut être stipulé dans l'acte de fidéicomis que tout litige découlant du fidéicomis sera résolu par une procédure d'arbitrage. Si une telle procédure n'a pas été fixée, les règles du Code judiciaire s'appliquent.

**Article 42.** La loi n° 17 du 20 février 1941 sur le fidéicomis est abrogée.

**Article 43.** Cette loi prend effet à partir de sa promulgation.

## **Annexe 4. Loi du panama n ° 25 du 12 juin 1995 sur les fondations d'intérêt prive**

---

### **Article 1.**

Une ou plusieurs personnes physiques ou morales par eux-mêmes ou par des tiers, peuvent créer une fondation privée, en conformité avec les dispositions énoncées dans la présente loi. A ces fins, la dotation d'un patrimoine exclusivement dédiée aux objectifs ou à des fins expressément stipulés dans la charte de la fondation est requise. Le patrimoine initial peut être augmenté par le créateur de la fondation, ci-après dénommé le fondateur, ou par toute autre personne.

### **Article 2.**

Les fondations privées sont régies par la charte de la fondation et par ses règlements ainsi que par les dispositions de cette loi et d'autres dispositions légales ou réglementaires qui pourraient être applicables. Les dispositions du titre II du livre Ier du Code civil ne s'appliquent pas à ces fondations.

### **Article 3.**

Les fondations privées ne doivent pas être à but lucratif. Toutefois, elles peuvent mener des activités commerciales d'une façon ponctuelle ou exercer des droits découlant de titres représentant le capital des sociétés commerciales qui composent le patrimoine de la fondation, à condition que les résultats économiques ou le produit de ces activités soient dédiés exclusivement aux fins de la fondation.

### **Article 4.**

Les fondations privées peuvent être constituées et devenir effectives au moment de leur constitution ou après la mort de leurs fondateurs, par un des procédés suivants:

1. par un acte sous seing privé, exécuté par le fondateur, dont la signature doit être authentifiée par un notaire public du lieu de constitution.

2. directement devant un notaire public du lieu de constitution.

Quelque soit le procédé de constitution, il doit se conformer aux formalités de création des fondations établies par la présente loi.

Dans le cas où la fondation est créée, par acte public ou privé, avec effet après le décès du fondateur, les formalités prévues pour les testaments ne sont pas applicables.

### **Article 5.**

La charte de la fondation doit contenir:

1. le nom de la fondation, exprimé dans une langue de caractères de l'alphabet latin, il ne doit pas être égale ou similaire à celui d'une fondation déjà existante dans la République du Panama et éviter toute confusion. Il doit inclure le mot « fondation » pour le distinguer des autres personnes physiques ou morales de nature différente.

2. le patrimoine initial de la fondation, exprimé en toute autre devise ayant cours légal et qui ne peut être inférieur à une somme équivalente à dix mille balboas (B/10,000,00).

3. la désignation complète et claire du membre ou des membres du Conseil de la fondation, à laquelle le fondateur appartient, avec leurs adresses.

4. le domicile de la fondation.

5. le nom et l'adresse de l'agent résident de la fondation de la République du Panama qui doit être un avocat ou un cabinet d'avocats et doit contresigner la charte de la fondation préalablement à son inscription au registre public.

6. les buts de la fondation.

7. la manière dont les bénéficiaires de la fondation sont désignés ; parmi ceux-ci, le fondateur peut être inclus.

8. le droit d'amender la charte de la fondation lorsque le fondateur se réserve ce droit;

9. la durée de la fondation.

10. la destination à donner à l'actif de la fondation et le mode de liquidation de son patrimoine en cas de dissolution ;

11. toute autre clause légale que le fondateur considère convenable.

**Article 6.**

La charte de la fondation ainsi que tout amendement doivent être écrits dans n'importe quelle langue de caractères de l'alphabet latin, et doivent se conformer aux règlements pour l'enregistrement des actes et des titres dans le registre public. A cette fin, ils doivent être préalablement reconnus par un notaire public de la République de Panama. Si la charte de la fondation ou ses amendements ne sont pas rédigés en langue espagnole, la traduction en espagnol par un traducteur agréé de la République de Panama devra s'ajouter à l'acte authentique.

**Article 7.**

Tout amendement à la charte de fondation autorisé doit être effectué conformément aux dispositions de la charte. L'accord, la résolution ou l'acte de modification doivent contenir la date à laquelle ils ont été effectués et le nom, clairement identifié, de la personne ou les personnes souscrivant leurs signatures ; elles doivent être authentifiées par un notaire de l'endroit où le document est signé.

**Article 8.**

Chaque fondation privée doit payer des frais d'inscription et une taxe d'entretien annuelle équivalents à ceux établis pour les sociétés dans les articles 318 et 318A du Code fiscal. La procédure et les modalités de paiement, la surtaxe pour paiement en retard, les conséquences pour l'absence de paiement et les autres dispositions complémentaires seront appliqués aux fondations privées.

**Article 9.**

L'inscription au Registre public de la charte de la fondation accorde à la fondation la personnalité morale sans avoir besoin d'autre autorisation judiciaire ou administrative. L'inscription au Registre public constitue un moyen de publicité aux tiers.

En conséquence, la fondation peut acquérir et posséder des biens de toute nature, contracter des obligations et être partie à toute procédure administrative et judiciaire conformément aux dispositions légales applicables.

**Article 10.**

Une fois que la fondation a obtenu sa personnalité juridique, le fondateur ou les tiers qui se sont engagés à apporter des actifs à la fondation, à leur propre initiative ou à la demande de toute personne ayant un intérêt dans la fondation, doivent exécuter les transferts des actifs promis à la fondation. Lorsque la fondation est constituée pour avoir effet après la disparition du fondateur, elle est réputée avoir existé avant le décès du fondateur, en ce qui concerne les dons que le fondateur a réalisés à la fondation.

**Article 11.**

Pour toutes fins juridiques, les actifs de la fondation constituent un patrimoine distinct du patrimoine personnel du fondateur. Par conséquent, ils ne peuvent pas être séquestrés, saisis ou soumis à toute action ou mesure de précaution, à l'exception des obligations contractées ou les dommages causés dans l'exécution des buts et des objectifs de la fondation, ou au nom des droits légitimes de ses bénéficiaires. En aucun cas les actifs répondent des obligations personnelles du fondateur ou des bénéficiaires.

**Article 12.**

La fondation est irrévocable, sauf dans les cas suivants:

1. lorsque la charte de la fondation n'a pas été enregistrée au registre public.
2. lorsque le contraire est expressément établi dans la charte de la fondation.
3. pour l'une des causes de révocation des donations.

Les transferts d'actifs aux fondations sont irrévocables sauf si le contraire est expressément stipulé dans l'acte de transfert.

**Article 13.**

En plus des dispositions de l'article précédent, lorsque la fondation est créée pour exister après la disparition du fondateur, celui-ci a le droit exclusif et illimité de la révoquer.

Les héritiers du fondateur n'ont pas le droit de révoquer la création ou le transfert, même si la fondation n'a pas été enregistrée dans le registre public avant le décès du fondateur.

**Article 14.**

L'existence de dispositions légales en matière d'héritage au domicile du fondateur ou de ses bénéficiaires, n'est pas opposable à la fondation, n'affecte pas sa validité et n'empêche pas la réalisation des objectifs prévus dans la charte de la fondation ou ses règlements.

**Article 15.**

Les créanciers du fondateur ou d'un tiers ont le droit de contester les apports ou les transferts d'actifs en faveur de la fondation, lorsqu'ils constituent un acte de fraude aux créanciers. Les droits et actions des créanciers prescrivent dans un délai de trois (3) ans à compter de la date de l'apport ou le transfert des actifs à la fondation.

**Article 16.**

Le patrimoine de la fondation peut provenir de n'importe quelle source légale et peut être constitué d'actifs présents ou futurs de toute nature. Des sommes d'argent périodiques ou d'autres actifs peuvent également être transférés au patrimoine de la fondation par le fondateur ou par des tiers. Le transfert des actifs du patrimoine de la fondation peut être effectué par acte public ou privé. Néanmoins, dans le cas de biens immeubles, le transfert doit être conforme aux règles pour le transfert de ces biens.

**Article 17.**

La fondation doit avoir un Conseil de fondation, dont les fonctions ou les responsabilités doivent être établies dans la charte de la fondation ou ses règlements. À moins que ce ne soit une personne morale, le nombre de membres du Conseil de la fondation ne peut pas être inférieur à trois (3).

**Article 18.**

Le Conseil de la fondation est en charge de la réalisation des buts et objectifs de la fondation. Sauf indication contraire dans la charte de la fondation ou ses règlements, le Conseil de la fondation a les obligations et devoirs suivants :

1. administrer les actifs de la fondation, en conformité avec la charte de la fondation et ses règlements.
2. Célébrer les actes, contrats et affaires légales nécessaires à la réalisation de l'objet de la fondation ; inclure dans ces contrats, accords et autres instruments et obligations

les clauses nécessaires et conformes aux objectifs de la fondation, qui ne sont pas contraires à la loi, à la morale, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

3. informer les bénéficiaires de la fondation de la situation patrimoniale, comme prévu dans la charte de la fondation et ses règlements.

4. offrir aux bénéficiaires de la fondation les actifs ou les ressources mis en place en leur faveur par la charte de la fondation et ses règlements.

5. mener à bien tous les actes et les contrats qui sont autorisés à la fondation par la présente loi et autres dispositions légales ou réglementaires.

#### **Article 19.**

La charte de la fondation et ses règlements peuvent prévoir que les membres du Conseil de la fondation n'exercent pas leurs pouvoirs sans l'autorisation préalable d'un protecteur, un comité ou tout autre organe de surveillance, nommé par le fondateur ou par la majorité des fondateurs. Les membres du Conseil de la fondation ne sont pas tenus pour responsables de la perte ou la détérioration des biens de la fondation, ni d'aucun dommage ou préjudice causé, lorsque l'autorisation a été dûment obtenue.

#### **Article 20.**

Sauf dispositions contraires prévues dans la charte de fondation ou ses règlements, le Conseil de fondation doit rendre un compte rendu de ses activités aux bénéficiaires et, le cas échéant, à l'organe de surveillance. Si la charte de la fondation ou ses règlements ne stipulent rien, la reddition des comptes doit être effectuée chaque année. Si les comptes rendus ne sont pas refusés dans le délai fixé dans la charte de la fondation ou ses règlements, ils seront considérés comme ayant été approuvés dans les quatre-vingt-dix (90) jours à partir du jour où ils ont été reçus ; à cette fin, la date de ce terme doit être consignée dans le rapport de reddition des comptes.

Le délai expiré ou le compte approuvé, les membres du Conseil de la fondation sont exemptés de toute responsabilité pour leur gestion, sauf s'ils n'ont pas agi avec la diligence d'un bon père de famille. L'approbation ne les exonère des demandes des bénéficiaires ou les tiers ayant un intérêt dans la fondation, pour les dommages causés en raison de grave négligence ou de fraude dans la gestion de la fondation.

**Article 21.**

Dans la charte de la fondation, le fondateur peut se réserver pour lui ou pour d'autres personnes, le droit de supprimer les membres du Conseil de la fondation ainsi que de nommer ou d'ajouter de nouveaux membres.

**Article 22.**

Lorsque la charte de la fondation ou ses règlements n'établissent rien en ce qui concerne le droit et les causes de révocation des membres du Conseil de la fondation, ils peuvent être judiciairement révoqués, par procédure sommaire, pour les causes suivantes:

1. lorsque leurs intérêts sont incompatibles avec les intérêts des bénéficiaires ou du fondateur.
2. si la gestion des biens de la fondation n'a pas la diligence d'un bon père de famille.
3. s'ils sont reconnus coupables d'un crime contre la propriété privée ou l'ordre public. Dans ce cas, pendant que les procédures pénales sont en cours, la suspension temporaire du membre peut être demandée.
4. pour incapacité ou par l'impossibilité de réaliser les objectifs de la fondation, à partir du moment où ces causes surviennent.
5. pour insolvabilité, procédure collective ou faillite.

**Article 23.**

Le fondateur et le bénéficiaire, ou les bénéficiaires peuvent demander la révocation judiciaire des membres du Conseil de la fondation. Si les bénéficiaires sont incapables, ils peuvent être représentés par la personne qui exerce sur eux l'autorité parentale ou la tutelle.

Le jugement du tribunal qui ordonne le retrait, nomme de nouveaux membres en remplacement des précédents qui doivent être des personnes ayant une capacité suffisante, la compétence et la probité pour gérer les biens de la fondation, en conformité aux buts établis par le fondateur.

**Article 24.**

La charte de la fondation ou ses règlements peuvent prévoir la constitution d'organes de contrôle, constituées par des personnes physiques ou morales, comme des auditeurs, les protecteurs de la fondation ou d'autres.

Les fonctions des organes de contrôle doivent être établies dans la charte de fondation ou ses règlements et comprennent :

1. assurer l'accomplissement des objectifs de la fondation par le Conseil de la fondation et protéger les droits et les intérêts des bénéficiaires ;
2. demander la reddition des comptes au Conseil de la fondation;
3. modifier les buts et les objectifs de la fondation, quand ils deviennent trop coûteux ou impossibles à réaliser.
4. désigner de nouveaux membres du Conseil de la fondation en raison de l'absence temporaire ou permanente ou l'expiration de leurs mandats.
5. nommer de nouveaux membres du Conseil de la fondation en raison de l'absence temporaire ou permanente ou l'expiration de leurs mandats.
6. augmenter le nombre de membres du Conseil de la fondation.
7. approuver les actes adoptés par le Conseil de la fondation, comme indiqué dans la charte de la fondation ou ses règlements.
8. garder les biens de la fondation et contrôler leur application à des usages et des fins énoncées dans la charte de la fondation.
9. exclure les bénéficiaires de la fondation et en ajouter d'autres en conformité aux dispositions de la charte de la fondation ou ses règlements.

#### **Article 25.**

La fondation doit être dissoute en raison de:

1. l'arrivée du jour où la fondation prend fin, en conformité avec la charte de la fondation.
2. l'accomplissement des fins pour lesquelles elle a été constituée ou si leur réalisation devient impossible.
3. l'état d'insolvabilité, la cessation des paiements ou la faillite déclarée judiciairement.
4. la perte ou la disparition totale des actifs de la fondation.
5. sa révocation.
6. une autre cause établie dans la charte de la fondation ou dans la présente loi.

#### **Article 26.**

Chaque bénéficiaire de la fondation peut contester tout acte de la fondation qui porterait atteinte aux droits conférés, en dénonçant une telle circonstance au

protecteur ou à d'autres organes de contrôle, le cas échéant ; les bénéficiaires peuvent présenter directement la réclamation judiciaire respective, devant le tribunal compétent du domicile de la fondation.

**Article 27.**

Les actes de constitution, la modification ou l'extinction de la fondation ainsi que les actes de transfert, transmission ou nantissement des biens de la fondation et les revenus de ces actifs ou tout autre acte s'y rattachant, sont exonérés d'impôts, cotisations et droits de toute nature, à condition que ces actifs soient :

1. des biens situés à l'étranger.
2. de l'argent déposé par des personnes physiques ou morales dont les revenus ne proviennent pas de sources panaméennes et qui ne sont pas imposables au Panama.
3. les actions ou les titres de toute nature, émises par des sociétés dont le revenu ne provient pas de sources panaméennes ou lorsque ces revenus ne sont pas imposables, même si ces actions ou valeurs mobilières sont déposés dans la République du Panama.

Les actes de transfert de biens immobiliers, titres, certificats de dépôt, valeurs mobilières, argent ou actions, réalisés dans le cadre de l'accomplissement des objectifs ou à l'extinction de la fondation, en faveur des parents dans le premier degré de consanguinité et du conjoint du fondateur, sont aussi exemptés d'impôts.

**Article 28.**

Les fondations constituées conformément à une loi étrangère peuvent choisir de se soumettre aux dispositions de la présente loi.

**Article 29.**

Les fondations visées à l'article précédent qui choisissent comme loi applicable les dispositions de la présente loi, doivent présenter un certificat de continuation, délivré par les organes selon leur régime interne respectif et qui doit contenir :

1. le nom de la fondation et la date de sa constitution.
2. les données concernant son inscription dans son pays d'origine.
3. une déclaration expresse de sa volonté de poursuivre son existence légale en tant que fondation panaméenne.

4. les exigences prévues à l'article 5 de la présente loi, pour la constitution de fondations privées.

**Article 30.**

La certification contenant la résolution de continuation et d'autres exigences mentionnées à l'article précédent doivent être accompagnés des documents suivants :

1. une copie de l'acte original de constitution de la fondation exprimant sa volonté de poursuivre au Panama, ainsi que toute modification ultérieure;
2. une procuration accordée à un avocat panaméen pour mener les procédures nécessaires et rendre effective la continuation des activités de la fondation au Panama.

Le certificat de continuation ainsi que les documents annexés visés dans la présente loi, doivent être dûment notariés et enregistrés au Registre public de sorte que la fondation puisse continuer son existence légale en tant que fondation privée dans la République du Panama.

**Article 31.**

Dans les cas prévus à l'article 26, les responsabilités, les devoirs et les droits que la fondation a acquis avant le changement de domicile ou de législation applicable, demeurent en vigueur, ainsi que les procédures déjà engagées contre elle ou les actions judiciaires que la fondation a initié ; ces droits et obligations ne sont pas affectés en raison du changement de législation applicable.

**Article 32.**

Les fondations constituées conformément à la présente loi, ainsi que les actifs composant son patrimoine, peuvent être transférés ou se soumettre à la législation d'un autre pays, suivant les dispositions prévues dans la charte de la fondation ou ses règlements.

**Article 33.**

Les inscriptions des fondations d'intérêt privé sont effectuées au Registre public, dans une section spéciale dénommée « Section des fondations privées ». Le pouvoir exécutif à travers le Ministère du gouvernement et de la justice décrètera la réglementation applicable à cette section.

**Article 34.**

Afin d'éviter l'utilisation illicite de la fondation privée, toutes les dispositions légales contenues dans le décret exécutif n° 468 de 1994 et toute autre règle en vigueur visant à lutter contre le blanchiment d'argent provenant du trafic de drogue, sont applicables à leur fonctionnement.

**Article 35.**

Les membres du Conseil de fondation, des organes de contrôle, le cas échéant, ainsi que les employés du secteur public ou privé qui aurait connaissance des activités, des transactions et des opérations des fondations doivent conserver le secret et la confidentialité. Le non-respect de cette règle est puni de six (6) mois d'emprisonnement et d'une amende de cinquante mille balboas (B./50,000.00) sans préjudice de la responsabilité civile correspondante.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à l'information qui doit être divulguée aux autorités et aux inspections établies par la loi qu'elles doivent mener.

**Article 36.**

Toute controverse qui n'ait pas une procédure particulière énoncée dans la présente loi, doit être résolue par une procédure sommaire.

La charte de la fondation ou les règlements de la fondation peuvent établir que toute controverse sera résolue par des arbitres selon une procédure déterminée. Dans le cas où une procédure n'est pas établie, les règles du Code judiciaire sont applicables.

**Article 37.**

La présente loi est en vigueur à la date de sa publication.

## Index

---

### A

absolutisme droit de propriété, 100  
     France, 112  
 accord  
     constituant-fiduciaire, 37  
     de volontés, 45  
 accumulation  
     limites temporelles, 154  
 acte unilatéral, 46, 457  
     de volonté, 37, 273  
     fidéicomis testamentaire, 156  
 action en revendication, 93  
 action paulienne, 291  
*affectio societatis*, 500, 512  
 Ancien droit français, 115  
     substitutions fidéicommissaires, 118, 126  
*Asset Protection Trusts*, 340

### B

*bare trust* (trust passif), 151  
 bénéficiaires trust anglo-américain, 232  
     droits, 91, 215, 328, 332  
     réparation, 71  
 bénéficiaires trusts de droit civil, 232, 236  
     bénéficiaire incapable Argentine, 158  
     droits, 96, 104  
     droits personnels de créance, 35, 83  
     incapacité pour recevoir, 160, 301  
     transmission droits, 105

### C

cession de créances à titre de garantie, 386  
 cession de dettes, 527

*cestui que use*, 117  
 Chancelier, 15, 89, 117, 132  
*Chancery Division*, 117  
 charge équitable, 185  
 choix économique Panama, 18, 259  
*civil law Voir* Famille romano-germanique  
 clauses conditionnelles, 307, 315  
 Common Law, 132  
 composante obligationnelle, 34, 69, 81  
     constituant-trustee, 72  
     tripartite Unit trust, 405  
     trustee-bénéficiaires, 70  
 comptes bancaires Panama, 165, 277, 280  
 consommateurs, 182  
 constituant, 225, 227  
     droits excessifs, 38, 79, 191  
     pouvoirs, 38  
     représentation, 227  
     trusts testamentaires, 144  
*constructive trust*, 186  
 consuls, 122  
*continental law Voir* Famille romano-germanique  
 contrat de portage, 486  
 contrat de services, 46  
 contrat formel non solennel, 182  
 contrat plurilatéral, 50  
 contrat spécial nommé, 45  
 contrat synallagmatique, 45  
     imparfait, 45, 49  
 Convention de la Haye sur les trusts  
     dédoublément de la propriété, 84  
     définition trust, 28  
     figures analogues, 28, 303  
*tracing*, 109  
     trusts exprès, 27, 180, 305  
 cumul

constituant-fiduciaire, 57, 81  
 constituant-fiduciaire-bénéficiaire, 64, 77  
 fiduciaire-bénéficiaire, 61, 81  
 curatelle, 542

## D

dédoublément de la propriété, 83, 86, 133  
     France, 19, 83, 111  
 défaisance, 513, 527  
 développement économique  
     Argentine, 18, 360  
     Bolivie, 17, 359  
 domaine quiritaire, 121  
 Douze tables  
     legs, 120  
     réserves héréditaires, 118  
 droit anglais *Voir* Common Law  
     Equity, 132, 134  
 droit commun *Voir* droit privé  
 droit comparé, 12  
     substitutions interdites, 125  
 droit des trusts, 17, 56, 81, 95, 169, 213, 214, 218  
     Etats-Unis d'Amérique, 74  
 droit international privé, 342  
     Panama, 164, 175, 271, 292  
 droit privé, 14, 16, 347  
*Dynasty trusts*, 340

## E

économie financière anglo-américaine, 19  
 émission de « *sukuk* », 84  
 Empereur, 122  
 engagement actionnarial, 524  
 équité, 132, *Voir* Equity  
 équité *ex æquo et bono*, 121  
*Equity*, 15, 89, 117, 141  
     *constructive trusts*, 181  
     contributions, 134  
     Cour d'..., 132  
     *resulting trusts*, 187  
     trust, 133

essence du trust, 131, 138, 166, 278, 303, 335  
*estates*, 84, 87

Etats-Unis d'Amérique  
     histoire trust, 74, 338  
     uniformisation, 21, 77, 298

étymologie

*fideicomiso*, 32  
*fideicommissum*, 32, 121  
*fiducia*, 32  
 fiducie, 33  
 trust, 32

exception d'inexécution, 49, 213

exécuteur testamentaire, 564, 565  
     anglo-américain, 568

## F

familles de droits

de la Common Law, 13  
 romano-germanique, 14, 259

fidéicommiss

synonyme substitution interdite France, 126

fidéicommiss argentin

source, 42

fidéicommiss bolivien

liste droits bénéficiaires, 111  
 mission Kemmerer, 42  
 source, 42

fidéicommiss discrétionnaires, 334

fidéicommiss financiers, 397

fidéicommiss latino-américain

genèse, 41  
 testamentaire, 115

fidéicommiss panaméen

d'investissements immobiliers, 437  
 oral ou implicite, 174, 261

fidéicommiss publics, 358

fidéicommiss testamentaire, 155

confusion substitutions fidéicommissaires, 169  
 limite de durée, 141  
 résiliation, 156

*fidéicommissaire Rome*, 122

*fideicommissum* romain, 115

- République*, 122
  - similitude avec le trust, 32, 131
  - similitude avec le *use*, 20, 116, 118, 131, 137
  - singulare - universale, 122
  - substitutions fidéicommissaires, 20, 118, 122
  - fiduciaire
    - abus de confiance, 110
    - acceptation, 50, 156, 178
    - actionnaire, 512
    - cogestion tuteur, 179, 231
    - employés subordonnés, 104, 248
    - fidéicommiss testamentaire, 156, 159
    - honoraires, 242, 568, 576
    - qualité de..., 178, 238, 253
    - reddition de comptes, 107, 217
    - remplacement, 104, 214, 567
    - rendement économique, 105, 250
    - responsabilité, 209, 250
    - responsabilité France, 106, 210, 250
    - successeur du constituant, 160
  - fiducie
    - à but charitable, 349
    - comptabilité, 502, 533
    - contrat, 41
    - cumul fiduciaire-bénéficiaire, 82
    - développement vertigineux, 18, 308, 477
    - enregistrement, 184
    - libéralités, 115, 165, 237, 550
    - Moyen-âge, 33
    - origine romaine, 40
    - substitutions fidéicommissaires, 33, 549
    - testamentaire, 171, 478, 558, 575
    - transfert de droits, 529
  - fiducie romaine, 126
  - fiducie-transmission, 167, 555
    - contrepartie, 167
  - financement de projet, 375
  - financement structuré, 314
  - fondations d'intérêt privé, 260, 262
    - substitutions successives bénéficiaires, 170
  - fonds communs d'investissement, 396, 439
  - fonds communs de placement, 396
  - fonds communs de titrisation France, 453, 459
  - fonds communs fermés de créances, 454
  - fonds de dotation, 348
  - fonds fiduciaire, 207
    - créanciers, 206
    - Unit trust, 409
  - franchissement de seuils, 493
  - fraus omnia corrumpit*, 62
  - fusion
    - Common Law et Equity, 15, 132
    - doctrine de la..., 76
- ## H
- héritiers, 162
    - du sang, 162
    - institués ou substitués, 123
    - institution de... Justinien, 118
  - hypothèse, 24, 277, 303
- ## I
- immobilisation
    - des patrimoines, 126, 128, 301
  - inaliénabilité, 126, 138, 340
    - Argentine, 168
  - indignité, 161
  - indivision, 301, 561, 569
  - information sur le trust, 94
  - institution d'héritier, 119
    - Common Law, 119
  - interests*, 84, 91, 328
- ## L
- legs
    - « le diamant », 568
    - droit romain, 120
  - Letter of Wishes*, 286
  - lex rei sitae*, 164
  - libéralité avec charge, 167
  - libéralité graduelle, 551
  - libéralité résiduelle, 552
  - loi anglaise écrite, 21

## M

mandat à effet posthume, 563, 571  
 mandat de protection future, 545  
 modèle, 20  
     différences majeures, 30, 139, 141, 172  
     équivalences, 31, 111, 115  
     équivalences fondation privée, 170  
     sources historiques, 116  
     trust anglo-américain, 20, 29  
     trust contractuel de droit civil, 22, 30  
     trusts mixtes, 30, 46

## N

nantissement de créances, 390  
 neutralité fiscale, 537  
 normes comptables, 208

## O

obligation de trust, 71, 190  
 obligation équitable, 34, 39, 137

## P

paradis fiscal, 174, 259, 340  
*pater familias*, 118  
 patrimoine d'affectation, 99, 502, 533  
 patrimoine fiduciaire, 202, 218  
     fonctionnement, 204  
     insuffisance France, 221  
 pension de titres, 502  
 plan de sauvegarde de l'emploi, 526  
 portage-sûreté, 486  
 pouvoirs discrétionnaires, 328  
 prêt de titres, 505  
 prêteurs fidéicommissaires, 117, 121  
     Empereur Claude, 122  
 primogéniture, 125, 126  
 propriété en droit anglais, 87  
 propriété équitable, 30  
     bénéficiaires, 91  
     conflit, 91, 133

    histoire, 88  
     intérêts, 34, 135, 181  
     privilège, 103, 133  
 propriété fiduciaire, 84, 96  
     anglo-américaine, 103  
     domaine imparfait Argentine, 101  
     Théorie de Navarro Martorell, 97  
 protecteur, 229, 269, 286, 291, 544  
 protection fiduciaire du patrimoine, 218, 222  
*purpose trust*, 39, 198, 296

## Q

*quitus de gestion*, 108  
 quotité disponible, 140, 161

## R

ramassage d'actions, 493  
 régime de validité  
     trusts anglo-américains, 188  
     trusts de droit civil, 188, 273, 284  
 régime féodal, 126  
 registre  
     et publicité, 183, 273, 274  
     national des fiducies, 184, 576  
     trusts charitables, 174  
 règles perpétués  
     période « forfaitaire », 153  
     Unit trust, 412  
 relation fiduciaire, 71, 81  
     *Equity*, 133  
 renvois historiques *Voir* repères historiques  
 repères historiques, 19, 118, 126  
 représentation directe, 149  
 réserves héréditaires, 114, 157  
     France, 162, 558  
     Panama, 114, 262, 267, 300  
     pratique de tester, 118  
*resulting trusts*, 186  
 révocation, 82  
     contractuelle de la fiducie, 67  
     de la fiducie, 66

du fidéicommiss, 66  
 du fiduciaire, 105  
 fidéicommiss révocables Panama, 68, 638  
 fondation privée, 68, 268  
 trust anglo-américain, 150

## S

Saunders v. Vautier, 234, 237, 332, 415  
 science du droit, 16  
 secret bancaire Panama, 174, 266, 269, 270  
*sham trust*, 191, 285, 302  
 simulation, 149  
 société d'investissement, 402  
     à capital variable, 397  
 sociologie juridique, 17  
*statutory trusts*, 187  
 stipulation pour autrui, 51  
     effets, 52  
     fidéicommiss testamentaires, 160  
     jurisprudence argentine, 55  
     stipulation unilatérale pour autrui, 50  
     tiers bénéficiaire, 53  
 substitutions, 138  
     cause, 123  
     compendieuses, 129  
     de pupille, 128  
     exemplaires, 129  
 substitutions fidéicommissaires, 115  
     analogie trusts secrets, 148  
     intérêt purement académique, 166  
     Panama, 170, 637  
     résidus, 115, 127  
 substitutions ordinaires, 169  
     simple - multiple - réciproque, 128  
     substitut pas encore conçu, 123  
 successions  
     Panama, 164, 264, 300  
     Rome, 123  
 successions internationales, 164  
     fondations d'intérêt privé, 165, 267, 280

## T

*tenures*, 87  
 termes dépréciatifs, 121  
 test certitudes, 177  
     trusts secrets, 146  
 testament, 140, 157, 575  
     bénéficiaire témoin, 147  
     clause fidéicommissaire, 158  
     création du droit romain, 119, 140  
     fondation d'intérêt privé, 171  
     formalités, 144  
 testateur, 162  
     intention, 145  
     lettre scellée, 147  
*The Alaska Trust*, 340  
 titrisation, 440, 452, 532  
*tracing*, 92  
     en droit civil, 108  
 transfert, 520  
 transfert de propriété, 97, 178, 203  
     acte notarié, 183, 273  
     Argentine, 102  
     nature ambiguë France, 98  
     trusts testamentaires, 152  
     *use - fideicommissum* romain, 117  
 transmission intergénérationnelle, 135, 137, 170  
     patrimoine résiduel, 136  
     trust anglo-américain, 134  
     trusts passifs, 136  
     *uses*, 131  
 trust  
     exprès à but privé, 11, 174, 177, 188, 347  
     français, 11  
     traditionnel, 27  
 trust anglo-américain  
     assurances, 209  
     contractualisation, 79  
     droit des biens, 87  
     effets *post mortem*, 150  
     évolution, 79  
     formalités, 177, 180

histoire, 15, 132  
 hybride propriété - obligation, 34  
 origines, 130, 141  
 pas un contrat, 47  
 trust de droit civil  
   assurances, 209  
   choix du contrat, 40  
   composante droit des biens, 35  
   condition ou terme, 326  
   conditions de validité, 177  
   contrat, 38  
   contrat spécial, 47  
   mentions obligatoires, 174, 181, 199  
   remplace les sociétés, 352, 537  
   revendiquer les biens, 108, 109, 110  
   volonté expresse, 177, 187  
 trust de protection, 329, 339  
 trust et société, 405  
 trust implicite, 185  
 trust inachevé, 145  
 trust révocable « *inter-vivos* », 74  
   bases, 70  
   capacité constituant, 74  
   pas de protection, 78  
 trust simple, 313  
 trust simulé *Voir sham trust*  
 trustee, 239, 240, 244  
   acceptation présumée, 51, 143  
   agents ou délégués, 73, 246  
   conflit d'intérêts, 71, 241  
   contrôle par les bénéficiaires, 71  
   *Equity*, 133  
   évolution, 423  
   exécuteur testamentaire, 564  
   honoraires, 242  
   quittance du prix, 566  
   responsabilité, 73, 103, 208  
   succession « *ab-intestat* », 568  
   Unit trust, 420  
 trusts charitables, 198

trusts d'investissement, 398  
 trusts de garantie, 362  
   accès au crédit Bolivie, 365  
   cumul fiduciaire-bénéficiaire, 61  
   *trusts as a security device*, 369  
 trusts de personnes, 152  
 trusts des Iles Cook, 80, 341  
 trusts discrétionnaires, 310  
   règles des certitudes, 195  
 trusts flottants *Voir trusts semi-secrets*  
 trusts non-exprès, 181  
   absence de constituant, 180  
 trusts perpétuels, 340  
   interdiction, 152  
 trusts secrets, 148  
 trusts testamentaires  
   Amérique Latine, 114  
   différences, 35  
   secrets et semi-secrets, 141  
   trusts exprès, 113  
   validité, 145  
 tuteur gestionnaire, 539

## U

unicité du patrimoine, 101  
 Unit trust, 395  
 universalité succession, 194  
*use*, 89, 130  
   après un autre *use*, 134, 135  
   pas d'origine romaine, 116, 131  
   passif, 136  
   source transmissions intergénérationnelles, 118

## V

vente en rachat, 499

## W

*wait and see rule*, 153

## Table des matières

---

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>11</b>
<b>PREMIERE PARTIE : ANALYSE COMPARATIVE DES TRUSTS ANGLO-AMERICAINS ET DE DROIT CIVIL</b>	<b>27</b>
<i>TITRE I. STRUCTURE DES TRUSTS ENTRE VIFS ET A CAUSE DE MORT.....</i>	<i>32</i>
<i>CHAPITRE I. Trusts anglo-américains et de droit civil entre vifs.....</i>	<i>37</i>
Section 1. Eléments du droit des obligations dans les trusts anglo-américains et de droit civil .....	38
I. Choix du contrat des trusts de droit civil.....	40
A. Eléments de la relation contractuelle en droit des obligations.....	45
a. Accord de volontés.....	45
b. Contrat unilatéral ou plurilatéral.....	48
c. Stipulation pour autrui.....	51
B. Conséquences de la relation contractuelle en droit des trusts .....	57
a. « On ne contracte pas avec soi-même ».....	57
b. « Le fiduciaire ne profite pas du trust » .....	60
c. Droits contractuels de révocation retenus par le constituant.....	66
II. Composante de nature obligationnelle du modèle des trusts anglo-américains.....	69
A. Relation trustee-bénéficiaires et pouvoirs du constituant .....	70
a. Relation trustee-bénéficiaires .....	70
b. Nature obligationnelle des pouvoirs du constituant.....	72
B. Evolutions du modèle anglo-américain des trusts .....	74
a. Trust révocable « inter vivos » américain.....	74
b. Pouvoirs excessifs donnés au constituant aux Iles Cook.....	79
Section 2. Eléments du droit de propriété des trusts anglo-américains et de droit civil .....	83
I. Droits de propriété du trustee et des bénéficiaires en Common Law .....	86
A. Dédoublement de la propriété en droit anglais.....	87
a. Notions juridiques sur la propriété en droit anglais .....	87
b. Histoire du dédoublement de la propriété en « propriété équitable » .....	88
B. Droits des bénéficiaires qui découlent de la « propriété équitable » .....	91
a. Droits équitables de traçabilité et de suite.....	92
b. Droits d'information des bénéficiaires .....	94
II. Equivalences contractuelles en droit civil au dédoublement de la propriété .....	95
A. Propriété fiduciaire en droit civil.....	97
a. Transfert de la pleine propriété fiduciaire.....	98
b. Propriété « fiduciaire imparfaite » de droit argentin .....	101
c. Propriété fiduciaire anglo-américaine par analogie .....	103

B.	Droits des bénéficiaires et responsabilité du fiduciaire en droit civil.....	104
a.	Droit à une bonne gestion et responsabilité fiduciaire.....	104
b.	Droits d'information sur la gestion fiduciaire .....	107
c.	Droits des bénéficiaires de revendication des biens.....	108
	<b>CHAPITRE II. Trusts anglo-américains et de droit civil à cause de mort.....</b>	<b>113</b>
	Section 1. Sources historiques des trusts testamentaires anglo-américains et de droit civil.....	116
I.	Evolution historique des fidéicommiss testamentaires de droit civil .....	118
A.	Fidéicommis romain .....	120
a.	Formules appliquées aux legs en droit romain.....	120
b.	Droit des legs soumis à la bonne foi (fideicommissum) .....	122
B.	Institution et substitution d'héritier.....	123
a.	Substitutions fidéicommissaires de l'ancien droit français .....	125
b.	Substitutions fidéicommissaires sud-américaines .....	127
II.	Evolution historique des « Uses » et du droit de l' « Equity » .....	130
A.	Droit de l'Equity.....	132
a.	Naissance du droit de l'Equity et fusion avec la Common Law .....	132
b.	Contributions du droit de l'Equity au droit anglais.....	133
B.	Transmission du patrimoine sur plusieurs générations .....	134
a.	Un « use » après un autre « use » (a use upon a use) .....	135
b.	Incertitude quant à l'intention et aux biens du second trust .....	136
	Section 2. Différences entre trusts testamentaires anglo-américains et de droit civil.....	139
I.	Trusts testamentaires anglo-américains.....	141
A.	Formalités et caractère secret des trusts testamentaires .....	143
a.	Formalités générales des trusts testamentaires .....	144
b.	Formalités des trusts secrets et semi-secrets .....	146
c.	Trusts « inter vivos » avec effets « post mortem ».....	150
B.	Durée et accumulation des trusts anglo-américains .....	151
a.	Règles anglo-américaines contre les perpétuités.....	152
b.	Règle « d'attendons à voir » (wait and see rule).....	153
c.	Règles d'accumulation et d'inaliénabilité .....	154
II.	Trusts testamentaires de droit civil.....	155
A.	Formalités des trusts testamentaires .....	157
a.	Rédaction de la clause fiduciaire du testament .....	158
b.	Respect des réserves héréditaires dans les pays de droit civil .....	161
c.	Exception panaméenne.....	164
B.	Interdictions dans les trusts de droit civil à cause de mort .....	165
a.	Interdiction de toute libéralité par fiducie .....	166
b.	Interdiction des substitutions fidéicommissaires .....	168
c.	Exceptions du droit panaméen .....	170
	CONCLUSION TITRE I .....	172
	TITRE II. FONCTIONNEMENT DES TRUSTS EXPRES.....	173
	<b>CHAPITRE I. Régime juridique général des trusts anglo-américains et de droit civil.....</b>	<b>177</b>

Section 1. Constitution et fonctionnement des trusts exprès .....	179
I. Les trusts exprès des deux modèles .....	179
A. Catégorie des trusts volontaires (exprès).....	180
a. Forme et formalités des trusts exprès.....	180
b. Trusts non-exprès anglo-américains .....	185
B. Règles de validité des trusts des deux modèles.....	188
a. Principes de validité (certainties) des trusts anglo-américains .....	189
b. Mentions obligatoires des trusts de droit civil.....	198
II. « Fonds fiduciaire » des deux modèles.....	202
A. Transfert des biens et patrimoine fiduciaire .....	203
a. Fonctionnement du « fonds fiduciaire ».....	204
b. Fin des trusts anglo-américains et de droit civil.....	212
B. Etanchéité du patrimoine fiduciaire .....	218
a. Poursuite du patrimoine fiduciaire .....	219
b. Insuffisance du patrimoine fiduciaire.....	221
Section 2. Capacité des parties intervenant aux trusts.....	224
I. Capacité du constituant et des bénéficiaires .....	225
A. Capacité des constituants et cogestion des trustees .....	227
a. Incapacité des constituants et représentation.....	227
b. Interdiction du cumul des qualités de fiduciaire et de tuteur .....	230
B. Capacité des bénéficiaires des trusts des deux modèles .....	231
a. Adaptation des trusts anglo-américains à la capacité des bénéficiaires .....	232
b. Capacité des bénéficiaires des trusts de droit civil.....	236
II. Qualités requises pour être fiduciaire .....	238
A. Qualités morales des trustees anglo-américains .....	239
a. Gestion fiduciaire désintéressée.....	240
b. Pouvoirs et devoirs fiduciaires des trustees anglo-américains .....	244
B. Fiduciaires de droit civil et restrictions à leur qualité .....	252
a. Fiduciaires ordinaires et professionnels en Argentine et au Panama.....	253
b. Restrictions en Bolivie et en France .....	255
<i>CHAPITRE II. Spécificités des trusts de droit civil au Panama.....</i>	<i>259</i>
Section 1. Fondations panaméennes d'intérêt privé. ....	262
I. Nature des fondations d'intérêt privé.....	263
A. But non-lucratif ? .....	264
a. Loi spéciale sur les fondations d'intérêt privé .....	265
b. Nature flexible des fondations d'intérêt privé .....	267
B. Personnalité morale et séparation du patrimoine .....	268
a. Responsabilité des organes d'administration .....	269
b. Confidentialité en droit des sociétés panaméen .....	270
II. Régime de constitution et de gouvernance .....	272
A. Formalités de constitution des fondations d'intérêt privé .....	273
a. Statuts, conditions de forme et publicité .....	274

b.	Régime commercial et fiscal applicable.....	276
B.	Organes d'administration et gouvernance .....	277
a.	Parties intervenant à la fondation privée .....	278
b.	Buts des fondations d'intérêt privé.....	280
Section 2. Spécificités communes aux fidécimmis et aux fondations d'intérêt privé .....		281
I.	Régime de validité des trusts panaméens de droit civil .....	284
A.	« Sham » trusts en droit civil .....	285
a.	Trusts anglo-américains invalides .....	286
b.	Il n'y a pas de fidécimmis fictifs au Panama.....	290
B.	Protection de patrimoine au Panama .....	293
a.	Règles de protection de patrimoine prévues dans la loi .....	293
b.	Jurisprudence sur la protection de patrimoine des fondations .....	294
II.	Validité de certains trusts au Panama .....	296
A.	Trusts au bénéfice d'un but déterminé (Purpose Trusts) .....	296
a.	« Purpose trusts » anglo-américains .....	297
b.	Trusts sans bénéficiaire direct au Panama.....	298
B.	Trusts de planification successorale .....	300
a.	Avantages de la planification successorale au Panama.....	301
b.	Souplesse des formalités de planification successorale.....	301
	CONCLUSION TITRE II .....	305
	CONCLUSION PREMIERE PARTIE .....	306
<b>SECONDE PARTIE : TECHNIQUES FIDUCIAIRES D'INVESTISSEMENT ET DE GESTION .....</b>		<b>307</b>
TITRE I. GESTION FIDUCIAIRE DES TRUSTS ANGLO-AMERICAINS ET DE DROIT CIVIL .....		310
<i>CHAPITRE I. Techniques fiduciaires .....</i>		<i>313</i>
Section 1. Techniques conditionnelles et discrétionnaires anglo-américaines .....		315
I.	Trusts avec des clauses conditionnelles .....	316
A.	Validité des clauses conditionnelles .....	317
a.	Condition préalable pour être bénéficiaire.....	319
b.	Clauses de déchéance de la qualité de bénéficiaire .....	320
B.	Portée des clauses conditionnelles dans les deux modèles .....	322
a.	Méthode anglo-américaine .....	323
b.	Terme et clauses de condition en droit civil. ....	326
II.	Pouvoirs de trust, fiduciaires et simples.....	328
A.	Pouvoirs discrétionnaires des trustees .....	330
a.	Règle du délai raisonnable d'exercice des pouvoirs .....	331
b.	Étendue de l'exercice des pouvoirs par les trustees.....	332
B.	Application des pouvoirs discrétionnaires aux trusts de protection.....	334
a.	Structure des trusts de protection anglais.....	336
b.	Trusts de protection américains et leurs dérivés aux Iles Cook.....	338
Section 2. Techniques de gestion et de garantie de droit civil .....		345
I.	Techniques de gestion fiduciaire « fiducia cum amico » .....	347

A.	Fidécum et fiducies de gestion privée .....	350
a.	Trusts de gestion privée à but non lucratif .....	350
b.	Fidécum et fiducies corporatifs à but lucratif .....	352
B.	Fonds fiduciaires publics de gestion créés par les Etats .....	358
II.	Techniques fiduciaires de garantie « fiducia cum creditore » .....	362
A.	Trusts de garantie sur des biens corporels .....	370
a.	Fonds fiduciaires de garantie avec des biens immeubles .....	372
b.	Trusts de garantie pour un financement de projet .....	375
B.	Trusts de garantie sur des biens incorporels .....	385
a.	Caractère fiduciaire de la cession des créances à titre de garantie .....	388
b.	Caractère exprès de la cession à titre de garantie et nantissement .....	390
	<i>CHAPITRE II. Trusts d'investissements financiers</i> .....	395
	Section 1. Unit Trusts de droit anglo-américain et FCP .....	398
I.	Unit trusts, contrat et société .....	402
A.	Constitution des Unit Trusts .....	407
a.	Structure du fonds fiduciaire dans un Unit trust .....	409
b.	Parts et droits des bénéficiaires .....	410
B.	Déroghations dans les Unit trusts et FCP aux règles de propriété .....	412
a.	Déroghation à la règle contre les perpétuités .....	412
b.	Déroghation à l'arrêt Saunders v. Vautier .....	415
II.	Relations entre la FSA, les trustees, le gérant et les porteurs de parts .....	417
A.	Relations avec l'Autorité de services financiers britannique .....	417
a.	Pouvoirs de l'Autorité des services financiers (FSA) .....	418
b.	Devoirs légaux du trustee et du gérant .....	419
B.	Relations du gérant et du trustee avec les porteurs de parts .....	422
a.	Devoirs et pouvoirs fiduciaires du gérant .....	424
b.	Relations entre les porteurs de parts .....	427
	Section 2. Trusts d'investissements financiers de droit civil .....	433
I.	Fidécum financiers latino-américains .....	434
A.	Fonds d'investissement boliviens .....	436
a.	Différents fonds d'investissement .....	439
b.	Cadre de régulation des offres au public .....	441
B.	Fidécum financiers en Argentine .....	443
a.	Titres émis par le fiduciaire financier .....	445
b.	Assemblée générale de bénéficiaires .....	449
II.	Fonds fiduciaires et titrisation .....	452
A.	Véhicules de titrisation .....	454
a.	Nature des fonds de titrisation en Bolivie .....	456
b.	Organismes de titrisation en France .....	459
B.	Cadre juridique de la titrisation en droit civil .....	462
a.	Cadre juridique de la titrisation en Bolivie .....	463
b.	Titrisation et fiducie en France .....	466

CONCLUSION TITRE I .....	476
TITRE II. SPECIFICITES DE LA GESTION FIDUCIAIRE EN FRANCE .....	477
<i>CHAPITRE I. Fiducie en droit des affaires.....</i>	<i>480</i>
Section 1. Opérations fiduciaires de transfert temporaire de titres .....	482
I. Transferts temporaires de titres avec un contrat de fiducie .....	485
A. Portage de titres dans une fiducie de gestion .....	486
a. Solution fiduciaire aux problèmes de validité du portage.....	490
b. Fiducie de portage et droit des sociétés cotées .....	493
B. Vente en rachat et pension : différences avec la fiducie-sûreté .....	497
a. Alternative fiduciaire à la simple faculté de rachat .....	499
b. Cohérence de la comptabilité de la fiducie par rapport à la pension.....	502
II. Transferts temporaires qui ne sont pas des opérations fiduciaires .....	505
A. Prêt comportant transfert du droit de propriété.....	506
B. Fiducie-sûreté complémentaire aux prêts de titres successifs.....	508
Section 2. Fiducie en droit des sociétés .....	511
I. Fiducie-gestion de participations.....	513
A. Fiducies en lieu de sociétés holdings.....	516
a. Fiducie par apport de participations .....	516
b. Fiducie comportant transfert d'activités de production .....	518
B. Fiducies de gestion de pactes extrastatutaires.....	521
a. Transfert des droits du pacte d'actionnaires en fiducie.....	522
b. Mission donnée au fiduciaire en droit des sociétés.....	524
II. Opérations de défaillance.....	527
A. Cadre général du transfert de passifs et d'actifs douteux en fiducie.....	528
a. Fiducie défaillance de passifs (in substance defaisance).....	530
b. Fiducie-défaillance d'actifs douteux.....	531
B. Traitement comptable de la fiducie-défaillance.....	532
a. Comptabilité de la fiducie applicable à la défaillance .....	533
b. Fiducie-défaillance en dehors du périmètre de consolidation.....	535
<i>CHAPITRE II. Perspectives de la fiducie en droit civil .....</i>	<i>538</i>
Section 1. Applications du contrat de fiducie en droit civil.....	541
I. Fiducie dans le cadre des curatelles.....	542
A. Fiducie et cogestion des biens en curatelle.....	543
B. Fiducie pour anticiper son éventuelle incapacité future .....	545
II. Contractualisation du droit civil du patrimoine et volonté « post mortem ».....	548
A. Donations graduelles avec charge fiduciaire .....	551
B. Donations résiduelles avec charge de transfert en fiducie .....	552
Section 2. Pour une fiducie testamentaire de droit civil.....	554
I. Fiducie testamentaire comme un nouveau mode de libéralité.....	557
A. Caractéristiques des fiducies-libéralités testamentaires .....	558
B. Principes du droit français des successions à respecter .....	560
II. Fiducies qui retardent dans le temps la jouissance des réservataires.....	561

A.	Exécuteur et fiduciaire testamentaires .....	564
a.	Pouvoirs de l'exécuteur et du fiduciaire testamentaires .....	565
b.	Fiducies de gestion d'indivisions successorales .....	569
B.	Mandat posthume et fiducie testamentaire .....	571
a.	Faiblesses du mandat à effet posthume .....	573
b.	Evolution vers une fiducie testamentaire .....	575
	CONCLUSION TITRE II .....	578
	CONCLUSION SECONDE PARTIE.....	579
	<b>CONCLUSION .....</b>	<b>581</b>
	<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>599</b>
	<b>TABLE DES ANNEXES .....</b>	<b>622</b>
	<b>ANNEXE 1. LOI SUR LE FIDEICOMMIS BOLIVIEN .....</b>	<b>623</b>
	<b>ANNEXE 2. LOI ARGENTINE N° 24.441 SUR LE FIDEICOMMIS.....</b>	<b>629</b>
	<b>ANNEXE 3. LOI N° 1-1984 DU 5 JANVIER 1984 SUR LE FIDEICOMMIS PANAMEEN .....</b>	<b>636</b>
	<b>ANNEXE 4. LOI DU PANAMA N ° 25 DU 12 JUIN 1995 SUR LES FONDATIONS D'INTERET PRIVE .....</b>	<b>646</b>
	<b>INDEX .....</b>	<b>657</b>
	<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>663</b>



## Résumé :

Les trusts anglo-américains (anglais, américain et des Iles Cook) coexistent avec les trusts de droit civil (les fidéicommiss argentin, bolivien, panaméen et la fiducie française). Ils appartiennent aux deux familles de droit de Common Law et romano-germanique et ont des structures différentes. Les trusts exprès anglo-américains sont créés par acte unilatéral du constituant et mettent en place une relation trustee-bénéficiaire. Les trusts de droit civil sont créés par contrat (ou testament) entre le constituant et le fiduciaire et ne donnent pas des droits réels aux bénéficiaires. Malgré leur différence de structure, les deux trusts fonctionnent de manière équivalente, grâce au transfert de propriété au fiduciaire et à l'étanchéité du patrimoine fiduciaire. Les réserves héréditaires sont un élément extérieur à la structure des trusts testamentaires ; ceux-ci fonctionnent de manière analogue. Les techniques d'investissement et de gestion fiduciaire sont aussi similaires : des clauses conditionnelles d'accès ou fin de la propriété fiduciaire et des pouvoirs discrétionnaires donnés au trustee sont communs aux deux modèles de trust. La séparation du patrimoine sert à mettre en place des trusts de gestion, de protection ou de garantie de financement de projet, de défaisance ou de titrisation. Le fonctionnement du FCP, similaire à celui des Unit Trusts, devrait donner la propriété fiduciaire des actifs au dépositaire. Des éléments de la loi, extérieurs à la structure de la fiducie, qui n'existent pas chez ses homologues latino et anglo-américains, empêchent son fonctionnement normal. Nous proposons de modifier la loi sur la fiducie, sur les FCP et les fonds de titrisation.

### Descripteurs :

trust - fiducie - fidéicommiss - common law - droit civil - relations fiduciaires- fonds fiduciaires - gestion- investissement- patrimoine - contrat- stipulation pour autrui - droit comparé - Angleterre - Argentine- Bolivie- Etats-Unis - Panama -France -Iles Cook- paradis fiscal- Unit trusts - FCP - fondations d'intérêt privé - devoirs fiduciaires.

## Title and Abstract:

**"Anglo-American express private trusts, Latin-American fideicomiso and French fiducia".** Common Law trusts (English, American and Cook Islands) co-exist with civil law domestic trusts (Argentinean, Bolivian and Panamanian fideicomiso and French fiducia). They belong to the Common Law and continental law families respectively and have different structures. Anglo-American express trusts are settled by a settlor (declaration, gift) or by a will that creates an equitable relationship between the trustee and the cestui, whereby both share legal and equitable interests on the trust property. Civil law trusts are settled by a contract between the settlor and the trustee and by a will. Thus, a civil law trust beneficiary has only personal remedies against a trustee in respect of breach of trust. Despite the structural differences, both types of trusts operate in similar ways, due to the transfer of property to the trustee and the separation of the trust property. Testamentary trusts also work in a similar way; forced heirship is an external element of both. Trust managing and investment techniques and practices are also similar: condition precedent and condition subsequent clauses and discretionary trusts and powers are common to both trust models. Separation of the trust property allows for the settlement of protective trusts, trusts for project financing, defeasance and securitization. French Mutual Funds are comparable to Unit Trusts. Both should give legal title to the trustee (custodian). External elements of French law, which do not exist in Anglo or Latin American trusts, restrain the normal operation and use of French fiducia. We propose to modify the fiducia, mutual and securitization funds law.

Keywords : trust- fiducia- fiduciaries- French fiducie- latin American fideicomiso- trustee - equity - American revocable inter-vivos trusts- wills- states - Unit Trusts- investment- trust fund- Argentinean trust - Bolivian trust - trusts in Panama - private foundations - fiduciary duties -

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.