



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Master 2 Recherche Droit privé général

Dirigé par M. le Professeur Laurent LEVENEUR

Promotion 2018-2019

***Constructive trusts* anglais et
droit des obligations français**

Grégoire LEMARCHAND-GHICA

Sous la direction de

M. le Professeur Jean-Sébastien BORGHETTI

AVERTISSEMENT

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

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur le Professeur Borghetti pour ses précieux conseils, son soutien permanent et sa disponibilité rassurante. J'espère avoir été digne de sa confiance et le rendre fier de ce travail, aussi modeste soit-il.

Je tiens aussi à remercier Monsieur le Professeur Leveneur de m'avoir offert le bonheur d'accéder à son Master 2.

Enfin, ma reconnaissance va à l'Université Panthéon-Assas et à ses enseignants-chercheurs. Sans eux, je n'aurais jamais su acquérir les connaissances et les méthodes de travail nécessaires à mes études. Sans eux, je n'aurais jamais eu l'opportunité d'étudier un an à l'Université d'Oxford.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

TITRE PREMIER. LA PRESENTATION DU *CONSTRUCTIVE TRUST* ANGLAIS

CHAPITRE PREMIER. LA DIVERSITE DES *CONSTRUCTIVE TRUSTS*

Section 1. La protection de la volonté des parties

Section 2. La rectification de l'enrichissement injuste

CHAPITRE SECOND. LA COMPREHENSION DELICATE DU *CONSTRUCTIVE TRUST*

Section 1. Les fondements du constructive trust

Section 2. Les définitions du constructive trust

TITRE SECOND. LA MISE EN PERSPECTIVE DU *CONSTRUCTIVE TRUST* ANGLAIS EN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER. LE *CONSTRUCTIVE TRUST* ET LES OUTILS D'AMELIORATION DU SYSTEME JURIDIQUE

Section 1. Un besoin d'amélioration du système juridique

Section 2. Une méthode d'amélioration du système juridique

CHAPITRE SECOND. LE *CONSTRUCTIVE TRUST* ET SES MULTIPLES EQUIVALENTS FRANÇAIS

Section 1. Des équivalents fonctionnels au constructive trust

Section 2. Des équivalents factuels aux constructive trusts

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION

1. « Les vues de l'esprit les plus simples et les plus sûres ne sont pas toujours celles qui rencontrent le plus de crédit auprès de la conscience universelle, ni même auprès de la conscience juridique : alors que des sophismes spécieux résistent indéfiniment à l'action du temps comme à celle de la critique, il est des vérités éternelles, des idées-forces, ou, pour parler le langage anglo-saxon, des "*standards*" fondamentaux qui, bien que représentant l'armature de toutes les législations à toute époque et dans tous pays, se trouvent périodiquement ou constamment sujets à contestation, à régression, voire même à négation (...) »¹. Le Doyen Josserand écrivait ces mots à propos de la théorie de l'abus des droits. Pourtant, il est permis de s'interroger sur l'éventualité que le *constructive trust*, parfois fondé sur la « conscience »², soit l'un de ces mécanismes dont la fonction est essentielle à un système juridique, tout en étant un objet de perpétuelles controverses.

2. Le *trust* intrigue³. Son originalité fascine⁴ autant qu'elle inquiète⁵. Le *constructive trust* est lui-même fondé sur le mécanisme du *trust*, car il en est une catégorie.

3. **Mécanisme du *constructive trust*** – Le *constructive trust* est un mécanisme qui émerge dans un certain nombre de situations. Par exemple, il naît dans le cadre d'une relation fiduciaire ou d'un contrat de vente pouvant faire l'objet d'une exécution en nature.

Le *trust* repose sur la dualité entre *common law* (le droit au sens strict) et *equity* (l'équité). Le *constructive trustee* est propriétaire en droit (en *common law*) d'un bien dont est bénéficiaire une autre personne, le *beneficiary* ou *cestui que trust* (en équité). Cependant, cette dualité n'implique pas un conflit entre deux droits subjectifs, car le bénéficiaire n'est pas le propriétaire du bien en équité. S'il l'était, alors deux personnes seraient propriétaires du même bien, ce dont il résulterait une « anarchie totale »⁶ ; « l'équité ne dit pas que le *trustee* est le propriétaire (...), mais

¹ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, n° 1.

² Les *constructive trusts* sont peut-être fondés sur la **conscience**. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadrige, PUF, 2006, p. 173 : le terme de « conscience » est difficile à définir car il a une acception psychologique et morale, qui sont toutes deux généralement subjectives, c'est-à-dire propres à chaque individu.

³ Par exemple, le *trust* successoral de **Johnny Hallyday** intéresse les médias français. L. LUTAUD, « Succession Hallyday : victoire à Los Angeles pour Laura, David et le fisc français », *Le Figaro*, 20 mars 2019, <http://www.lefigaro.fr/culture/2019/03/20/03004-20190320ARTFIG00052-succession-hallyday-victoire-a-los-angeles-pour-laura-david-et-le-fisc-francais.php>

⁴ F. W. MAITLAND, *Equity, a course of lectures*, Cambridge University Press, 2nd éd., 1949, p. 23 : « [The Trust] perhaps forms the most distinctive achievement of English lawyers. It seems to us almost essential to civilization, and yet there is nothing quite like it in foreign law. » (nous soulignons).

⁵ Les affaires de **fraude fiscale** en lien avec les *trusts* sont innombrables. Par ex., G. BEAUSSONIE, « Affaire *Wildenstein* : nouvelle relaxe, autres causes, en attendant le pourvoi », *AJ pénal*, 2018, p. 416 : à propos d'une affaire mêlant droit des successions, droit fiscal et *trusts*, « pour [le ministère public] il n'en était pas moins question de la "fraude fiscale la plus lourde et la plus sophistiquée de la V^{ème} République" ».

⁶ F. W. MAITLAND, *Equity, a course of lectures*, *op. cit.*, p. 17 : il ne peut pas y avoir deux personnes propriétaires du même bien, « *That means civil war and utter anarchy.* ».

ajoute qu'il est obligé de détenir [le bien] pour le bénéficiaire du *cestui que trust* »⁷. Ainsi, le *trust* est viscéralement attaché à l'équité. L'équité lui a donné naissance, l'a façonné et continue de le faire vivre aujourd'hui.

4. **Équité anglaise** – L'équité anglaise est souvent définie comme la branche du droit qui s'est développée en réaction au *common law*⁸, ce qui conduit à remonter aux origines du droit anglais⁹.

La bataille d'Hastings de 1066 a bouleversé l'Angleterre en permettant à Guillaume le Conquérant de s'emparer de la couronne. Les rois anglo-normands ont alors progressivement unifié le droit anglais, par la constitution d'un droit commun, le *common law*¹⁰. Le *common law* avait une nature procédurale. Avant d'agir en justice, le demandeur devait être dans une situation où un *writ* (c'est-à-dire un ordre de la cour accordant une action en justice) avait déjà été reconnu, ce qui lui permettait d'obtenir un remède¹¹. Néanmoins, le *common law* s'est progressivement rigidifié et les cours royales n'ont plus reconnu de nouveaux *writs*.

Au XV^{ème} siècle¹², les demandeurs ont formé des pétitions auprès du Roi pour qu'il juge en équité et leur accorde un remède dans certaines situations particulières qui n'étaient pas protégées par le *common law*, devenu donc lacunaire. Par exemple, un seigneur ou un chevalier partant en croisade pouvait transférer la propriété de ses biens (château, terres, ...) à un vassal ou un ami, pour qu'il puisse les gérer durant son absence et les transmettre à ses héritiers. Cependant, certains vassaux n'ont pas restitué les biens au retour du seigneur, ou n'ont pas transféré les biens aux héritiers du seigneur s'il décédait. Il n'existait aucune action en *common law* afin faire respecter ces arrangements, qui reposaient principalement sur la confiance (*trust*) et la conscience¹³. L'équité a permis de donner une force obligatoire à ces arrangements en donnant un remède au demandeur, notamment grâce au *trust*¹⁴, mécanisme novateur¹⁵. Ensuite, le Roi a délégué ce pouvoir au

⁷ *Ibid.*

⁸ F. W. MAITLAND, *Equity, a course of lectures, op. cit.*, p. 1 : la seule définition possible de l'équité est « pauvre » : l'équité était un ensemble de règles administrées uniquement par les juridictions d'équité, avant leur fusion avec les juridictions de *common law*, et elles le seraient toujours si les juridictions n'avaient pas été fusionnées.

⁹ F. W. MAITLAND, *Equity, a course of lectures, op. cit.*, p. 12 s. ; J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity, op. cit.*, p. 5 s. ; P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts, text, cases, and materials*, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2016, p. 3 s. ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORE, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2016, n° 254 s. ; G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2015, n° 118 s. ; E. SERVIDIO-DELABRE, *The Legal System of a Common Law Country*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2014, n° 171 s. ; R. SEROUSSI, *Introduction au droit comparé*, Dunod, 3^{ème} éd., 2008, p. 35 s.

¹⁰ Le terme *common law* est polysémique et peut notamment renvoyer au droit (qui s'oppose à l'équité), au droit royal (qui s'oppose aux coutumes), au droit jurisprudentiel (qui est alors synonyme de *case law* et s'oppose au droit législatif) ou à un système juridique (qui s'oppose notamment au système juridique de tradition civiliste).

¹¹ « *Remedies precede rights* ».

¹² F. W. MAITLAND, *Equity, a course of lectures, op. cit.*, p. 13 : l'équité a peut-être des origines antérieures.

¹³ P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris : Rousseau & Cie, 1932, p. 16 : « Ce n'est pas au droit, mais au coeur humain, qu'ils se fiaient. » (nous soulignons).

¹⁴ J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity, op. cit.*, p. 8 s. : l'ancêtre du *trust* était nommé « *use* ».

¹⁵ P. LEPAULLE, *Traité...*, *op. cit.*, p. 15 : « aucune technique juridique » n'est à l'origine du *trust* ; F. W. MAITLAND, *Equity, a course of lectures, op. cit.*, p. 23 : « *Of all the exploits of Equity the largest and the most important is the invention and development of the Trust.* » (nous soulignons).

Chancelier¹⁶ qui a institué des juridictions spécialisées (*Chancery courts*).

A la fin du XIX^{ème} siècle, les juridictions de *common law* et d'équité ont été fusionnées¹⁷. Cette fusion n'est pas substantielle et elle institue simplement une procédure unifiée en un seul ordre juridictionnel. Ainsi, le droit substantiel anglais conserve une structure « dualiste »¹⁸, car l'équité et le *common law* constituent des règles différentes et complémentaires.

5. En outre, les règles d'équité doivent être combinées avec la doctrine du précédent. Cette doctrine impose aux juges de décider d'une solution dans le même sens que des décisions déjà rendues par des juridictions supérieures¹⁹. Néanmoins, l'équité ne semble pas, au gré des décisions rendues par les juridictions supérieures, s'être autant rigidifiée que le *common law* au Moyen-Age²⁰. Le *constructive trust* le démontre car il connaît toujours des évolutions.

Si l'équité a toujours eu recours au *constructive trust*²¹, il n'empêche que ce dernier ne cesse d'évoluer. Le *constructive trust* émergeant dans le cadre d'une relation fiduciaire l'illustre, puisqu'il est un *trust* multiséculaire ayant été renouvelé, notamment face à la pratique des rétro-commissions secrètes²².

Le *constructive trust* a traversé les épreuves du temps, en s'adaptant à son époque, mais aussi en s'exportant. Il est aussi nécessaire aux systèmes de *common law* que le sont toutes les autres formes de *trust*. « Si l'on se demande à quoi sert le *trust*, on peut répondre : "à tout" ! Il est plus indispensable que le thé à la vie anglaise et le base-ball à la vie américaine. »²³.

6. **Pays de *common law*** – Le modèle anglais s'est exporté dans de nombreux pays qui partagent donc une tradition commune, fondée sur le *common law* et l'équité. Toutefois, il faut veiller à ne pas confondre le *constructive trust* de droit anglais (incluant le droit de l'Angleterre et du Pays de Galles) avec ceux d'autres pays, car il ne semble pas exister une conception unitaire du *constructive trust*.

Certains pays ne définissent pas le *constructive trust* comme en droit anglais²⁴. D'autres pays appréhendent le *constructive trust* différemment, car il est analysé comme un moyen

¹⁶ Le Chancelier était souvent un ecclésiastique, formé au droit romain et au droit canonique.

¹⁷ *Supreme Court of Judicature Act 1873*.

¹⁸ C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCMIDT, Economica, 1980, n° 5.

¹⁹ *Re Diplock* [1948] Ch 465, 481-482 : « (...) if the claim in equity exists it must be shown to have an ancestry founded in history and in the practice and precedents of the courts administering equity jurisdiction. » ; *Willers v Joyce* [2016] UKSC 44, 4 : « (...) the doctrine of precedent, or as it is sometimes known *stare decisis*, is fundamental. Decisions on points of law by more senior courts have to be accepted by more junior courts. ».

²⁰ Sur cette interrogation, V., R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORE, *op. cit.*, n° 273.

²¹ *Statute of Frauds 1677*, s. 8 : cet article fait référence au *constructive trust*, « (...) trust or confidence shall or may arise or result by the implication or construction of law or be transferred or extinguished by an act or operation of law (...) » ; *Lysaght v Edwards* (1876) 2 Ch 499, 506 et *Egmont v Smith* (1877) 6 Ch D 469, 475 : Sir George Jessel MR écrivait à la fin du XIX^{ème} siècle que le *constructive trust* entre le vendeur et l'acquéreur existait déjà depuis plusieurs siècles, cf. *infra* n° 20 s.

²² Cf. *infra* n° 33 s.

²³ P. LEPAULLE, *Traité...*, *op. cit.*, p. 12.

²⁴ Les dictionnaires diffèrent en Angleterre et aux Etats-Unis d'Amérique sur la définition du *constructive trust* ; *Words and Phrases Legally Defined*, D. HAY (dir.), LexisNexis, 4^{ème} éd., 2007, Vol. 2, p. 1195 ; *Black's Law Dictionary*, B. A. GARNER (dir.), Thomson Reuters, 10^{ème} éd., 2014, p. 1742.

d'accorder des restitutions²⁵. Ailleurs encore, le *constructive trust* est avant tout une sanction²⁶.

7. **Difficultés** – Le plus grave n'est pas qu'il y ait une diversité de l'acceptation du mécanisme du *constructive trust*, car chaque système juridique a ses propres spécificités²⁷. Le problème est que le *constructive trust* est un mécanisme délicat à saisir. Cette difficulté résulte à la fois du *constructive trust* lui-même, mais aussi des difficultés entourant la compréhension de l'équité et du mécanisme *trust* en général.

Les doutes en la matière sont profonds, multiples et paraissent insolubles. Le *constructive trust* ne peut que difficilement être défini. Ses éventuels fondements sont controversés. Sa fonction est une question épineuse. Parfois, il a pour but que la propriété légale du bien soit transférée au bénéficiaire²⁸, mais pas toujours²⁹.

8. **Définition** – « Comme un éléphant, un *trust* est facile à reconnaître, mais difficile à décrire »³⁰. L'opération de définition du *trust* est périlleuse, car elle est délicate³¹.

Le *trust* est l'engagement par lequel le propriétaire d'un bien, nommé *trustee*, s'oblige ou est obligé, en équité, à user de ses droits sur le bien dont il est propriétaire dans la perspective de respecter, voire de satisfaire, l'intérêt d'une tierce personne, nommée bénéficiaire.

En principe, le *trust* répond donc à trois éléments³². Il doit y avoir un propriétaire (*trustee*), un bénéficiaire et un bien³³.

Le *constructive trust* est une catégorie résiduelle du *trust*. Ses fondements et sa définition sont incertains, mais il permet de compléter le système juridique.

9. **Fonction** – Le *constructive trust* répond à des besoins qui ne sont pas traités, ou pas suffisamment bien, par le système juridique. Le *constructive trust* a alors un rôle perturbateur de « l'ordre juridique positif »³⁴. Cette fonction n'est peut-être pas étrangère à l'équité, qui s'est développée afin de combler les lacunes du *common law*. En outre, cette fonction n'est pas non plus étrangère à l'histoire de l'équité, car les remèdes accordés par le Chancelier n'étaient pas

²⁵ Cette conception prévaut aux États-Unis ; cf. *infra* n° 43 et n° 51.

²⁶ Les îles anglo-normandes l'illustrent puisque le *constructive trust* est d'abord appréhendé comme la sanction du fiduciaire ayant manqué à ses obligations et obtenu un profit à cette occasion. Il doit alors détenir ce profit sous un *constructive trust* pour le demandeur. *Trusts (Jersey) Law 1984*, art. 33 ; *Trusts (Guernsey) Law 2007*, s. 77.

²⁷ *Chase Manhattan Bank* [1981] Ch. 105, 124 : « *Within the municipal confines of a single legal system, right and remedy are indissolubly connected and correlated (...)* ».

²⁸ Par ex., le *constructive trust* résultant de la violation des relations fiduciaires ; cf. *infra* n° 33 s.

²⁹ Par ex., le *constructive trust* résultant d'un comportement frauduleux ; cf. *infra* n° 25 s.

³⁰ J. M. MILO, J. M. SMITS, « Trusts in Mixed Legal Systems, a challenge to comparative trust law », in *Trusts in Mixed Legal Systems*, J. M. MILO, J. M. SMITS (dir.), *Ars Aequi Cahiers*, 2001, p. 11, p. 14 : les auteurs citent D. J. HAYTON : « *like an elephant a trust is easy to recognize, but difficult to describe* ».

³¹ Cf. *infra* n° 55 s. sur les questions de définition.

³² En principe, ces trois éléments n'ont pas besoin d'être déterminés au moment de l'émergence du *trust*, mais ils doivent être déterminables.

³³ Le bien est entendu très largement, car une information peut être qualifiée de bien ; *Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 46, 115.

³⁴ Cette remarque permet de faire un lien avec l'obligation naturelle. M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. FLOUR, Sirey, 1957, p. 11 : le « *rôle réel de l'obligation naturelle (...)* est de perturber l'ordre juridique positif ».

nécessairement donnés dans une pure logique juridique, mais aussi pour éviter des injustices³⁵.

Le *constructive trust* permet de corriger et de combler les lacunes du système juridique. Il peut avoir un versant objectif, c'est-à-dire fondé sur la nécessité de rendre le système juridique plus complet, cohérent et logique. Le *constructive trust* peut aussi avoir un versant subjectif, en ce sens qu'il permet de rendre plus juste le système, même si l'idée de justice est peut-être davantage fondée sur un sentiment qu'un principe juridique clair. L'alliance de ces deux versants est primordiale, car elle peut fonder la légitimité du *constructive trust*, c'est-à-dire lorsqu'il est à la fois fondé sur la raison et sur le sentiment. Les *constructive trusts* répondant à ces deux aspects, objectif et subjectif, sont plutôt bien accueillis par le système³⁶, tandis que ceux qui sont fondés sur l'arbitraire du juge sont critiqués³⁷.

Le *constructive trust* apparaît comme une catégorie résiduelle et même abyssale. Il semble être un mécanisme trouvé par le droit anglais afin de compléter toutes ses lacunes, en droit comme en équité. Le *constructive trust* se révèle être un mécanisme utilisé par le juge quand il n'en a aucun autre à sa disposition, car il émerge dans des situations diverses, parfois sans lien les unes avec les autres³⁸. Le *constructive trust* permet l'application de règles spéciales, nécessaires à répondre à certains besoins. Néanmoins, il semble qu'il naisse toujours entre plusieurs parties ayant déjà des relations entre elles. En ce sens, il est un mécanisme qui s'ajoute à une situation préexistante³⁹. Le droit anglais éprouve des difficultés à systématiser les besoins auxquels le *constructive trust* répond et donc à identifier ses fondements. Tous ces problèmes semblent révéler que le droit anglais ne ressent pas nécessairement le besoin de systématiser un mécanisme pour en avoir l'usage.

Ainsi, le *constructive trust* est un mécanisme qui touche le cœur du droit anglais, même s'il ne faut pas exagérer son rôle. Il semble impossible de déceler un mécanisme « plus anglais » que lui. Le *constructive trust* aide à comprendre le système juridique anglais car il dévoile l'une de ses parties les plus méconnues.

10. **Etude française** – L'observation du *trust* anglais pose des difficultés, notamment pour le juriste de tradition civiliste⁴⁰, sensible aux catégories bien définies et tracées. Le *trust* est difficilement catégorisable en un droit personnel ou en un droit réel et ce problème affecte aussi le *constructive trust*. La nature des droits du bénéficiaire n'est donc pas comprise avec certitude. En effet, le bénéficiaire semble plutôt avoir un droit personnel (contre le *trustee*), même si ce droit peut parfois être analysé comme ayant un caractère réel⁴¹. En d'autres termes, le *trust* semble être un

³⁵ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* [1996] AC 669, 695 : l'une des premières maximes d'équité est : « equity will not suffer a wrong to be without a remedy ».

³⁶ Par ex., il peut sembler cohérent et juste qu'un *constructive trust* émerge afin de régler les rapports entre un vendeur et un acquéreur ayant conclu un contrat mais dans l'attente du transfert de propriété ; cf. *infra* n° 20 s.

³⁷ Cf. *infra* n° 47 s. : sur l'étendue des fondements des *constructive trusts* (dont les *constructive trusts* curatifs).

³⁸ Cf. *infra* n° 15 s.

³⁹ Par ex., le *constructive trust* permettant des restitutions dans le cas de l'annulation d'un contrat naît justement à la suite de la situation entraînant la restitution, à laquelle il s'ajoute afin que la restitution soit réalisée correctement ; cf. *infra* n° 31 s.

⁴⁰ F. W. MAITLAND, *Equity, a course of lectures, op. cit.*, p. 23.

⁴¹ *Ibid.* ; cf. *infra* n° 59 s.

« phénomène »⁴² personnel, mais ayant un fort aspect réel.

La difficulté de comprendre le *trust* rejoint celle d'étudier le *constructive trust*. L'étude des *trusts* est davantage fondée sur les *trusts* exprès en droit comparé⁴³ et en droit international⁴⁴. Toutefois, les particularités des *constructive trusts* sont d'une grande force et ils font l'objet de nombreuses décisions et discussions (entre les juges et aussi entre les auteurs)⁴⁵.

11. **Problématique** – L'utilisation des *constructive trusts* en droit anglais peut paraître originale et il est parfois difficile d'expliquer les circonstances dans lesquelles les *constructive trusts* émergent. En conséquence, il est ardu de les appréhender et de les comparer au droit français. Les *constructive trusts* naissent pour régler des situations dans lesquelles le droit français a souvent des équivalents, principalement en droit des obligations.

De surcroît, le *constructive trust* permet de compléter le système juridique, car il agit dans tout le système. Cette aptitude n'est pas l'apanage du *constructive trust*. A partir de l'étude de ses caractéristiques profondes, il est possible d'affirmer que le droit français dispose, lui aussi, d'outils très efficaces. Ces outils ont un champ d'action transperçant tout le système juridique, dont le droit des obligations.

Par conséquent, l'intérêt d'une étude comparative⁴⁶ des *constructive trusts* anglais est double. D'une part, elle permet de reconnaître que le droit français dispose aussi de mécanismes efficaces, lui permettant de répondre aux oscillations du système. Ils sont des « vérités éternelles » et constituent « l'armature »⁴⁷ du droit français. D'autre part, le droit des obligations français arrive parfois à des solutions équivalentes au *constructive trust* anglais. Ainsi, une adaptation des *constructive trusts* anglais en droit français ne semble pas nécessaire (ni même désirable).

12. **Traduction** – L'opération de traduction est fondamentale⁴⁸, mais pas toujours nécessaire⁴⁹.

⁴² La logique ambivalente du *trust* n'est pas totalement étrangère au droit français ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. BOUT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 337, 2000, n° 7 : le « contrat est, en effet, tout à la fois un phénomène *interpersonnel* et un phénomène *réel* ».

⁴³ Les *trusts* exprès ont en partie servi d'exemples à la conception de la fiducie ; par ex. (parmi d'autres), F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. GRIMALDI, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2004.

⁴⁴ Ni les instruments internationaux, ni les études internationales ne semblent y faire référence ; Convention de La Haye de droit international privé du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance ; D. J. HAYTON, S. C. J. J. KORTMANN, H. L. E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law*, coll. Law of Business and Finance, Kluwer Law International, 1999.

⁴⁵ Par ex., les controverses concernant les *constructive trusts* curatifs, cf. *infra* n° 48 s.

⁴⁶ Sur les méthodes du droit comparé, V. not., Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR WATT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 419, 2004, n° 6 ; B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective » *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 57 n° 1, 2005, p. 29, p. 39-42 (sur la méthode fonctionnelle et la méthode factuelle).

⁴⁷ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, *op. cit.*, n° 1.

⁴⁸ Les mauvaises traductions posent des problèmes d'interprétation, de compréhension, etc. ; A.-S. CHONE-GRIMALDI, « Les maux de la traduction : nouvelles illustrations avec la directive ECN + », *D.* 2019, p. 544 : l'auteur regrette la traduction du mot « *alleged* » par « présumé » et pas par « allégué ».

⁴⁹ V. PIRONON, *Les joints ventures, Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, préf. Ph. OUCHARD, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004, n° 9 s. : l'auteur décide de ne pas traduire le terme de « *joint venture* », objet de son étude.

Le « *constructive trust* » a notamment été traduit par « fiducie par interprétation »⁵⁰ ou par « *trust* par opération du droit »⁵¹. Il est permis de douter de ces traductions. La « fiducie par interprétation » semble être une traduction littérale, mais le terme « *constructive* » n'a pas le sens habituel « d'interprétation » dans ce cas⁵². Le « *trust* par opération du droit » est une traduction insuffisante, car si certains *constructive trusts* émergent par opération du droit, d'autres émergent par la décision du juge ou encore selon l'intention commune des parties⁵³.

En outre, le terme « *constructive* »⁵⁴ a la même étymologie que le terme « constructif »⁵⁵. Le *constructive trust* est littéralement la « fiducie constructive », la « fiducie propre à être construite ». Cette définition est trop littérale pour être retenue, même si elle semble meilleure.

Par ailleurs, le nom « *trust* » est certainement entré dans la langue française⁵⁶. En outre, l'utilisation de l'expression « *constructive trust* » n'est pas étrangère au juriste français⁵⁷.

Ainsi, il est fait le choix de ne pas traduire le « *constructive trust* », parce que sa traduction serait insatisfaisante et risquerait d'apporter des confusions.

13. **Plan** – L'analyse du *constructive trust* permet de pénétrer le cœur du système juridique anglais et d'en montrer la profondeur. Elle autorise aussi à percevoir le droit français sous un autre angle. Il semble dès lors impératif de procéder à la présentation du *constructive trust* anglais (titre premier), permettant d'aboutir à la mise en perspective du *constructive trust* anglais en droit français (titre second).

TITRE PREMIER. LA PRESENTATION DU *CONSTRUCTIVE TRUST* ANGLAIS

TITRE SECOND. LA MISE EN PERSPECTIVE DU *CONSTRUCTIVE TRUST* ANGLAIS EN DROIT FRANÇAIS

⁵⁰ *Peter c. Beblow* [1993] 1 RCS 980 : il s'agit d'une traduction de la Cour suprême canadienne (qui ne traduit pas, de façon surprenante, le terme « *equity* » dans sa décision).

⁵¹ M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, préf. C. WITZ, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 418, 2004, n° 637.

⁵² Cf. *infra* n° 66.

⁵³ Cf. *infra* n° 48 s. sur les *constructive trusts* curatifs ; cf. *infra* n° 52 sur les *constructive trusts* d'intention commune.

⁵⁴ H. W. FOWLER, F. G. FOWLER (dir.), *The concise Oxford dictionary of current English*, coll. Clarendon Press, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 1934, p. 243 : le terme vient du français médiéval et du latin « *constructivus* ».

⁵⁵ *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, Larousse, 1982, p. 2556 ; P. FLOBERT (dir.), *Le Grand Gaffiot, Dictionnaire Latin français*, Hachette, p. 414 : le terme « *constructivus* » signifie « constructif, propre à construire ».

⁵⁶ CGI, art. 792-0 bis, I. – 1 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, coll. Quadriga, PUF, 12^{ème} éd., 2018, p. 1046.

⁵⁷ F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, n° 268 ; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. LEQUETTE, éd. Panthéon-Assas, 2004, n° 153.

TITRE PREMIER. LA PRESENTATION DU *CONSTRUCTIVE TRUST* ANGLAIS

14. **Plan** – Le *constructive trust* est un mécanisme particulier, difficile à appréhender. Il peut être présenté selon une méthode inductive, car son sens se révèle après que les situations où il émerge soient établies. Ainsi, la présentation du *constructive trust* anglais mène à étudier la diversité des *constructive trusts* (chapitre premier), permettant d'examiner la compréhension délicate du *constructive trust* (chapitre second).

CHAPITRE PREMIER. LA DIVERSITE DES *CONSTRUCTIVE TRUSTS*

15. **Diversité des *constructive trusts*** – Les *constructive trusts* renvoient à de nombreuses situations qui sont difficiles à systématiser. Cette diversité montre qu'il s'agit d'un mécanisme transversal s'appliquant à différentes branches du droit. Quelques exemples suffisent à le démontrer.

Tout d'abord, les *constructive trusts* peuvent émerger afin de protéger des tiers à un contrat⁵⁸. Par exemple, l'acquisition d'un immeuble, sous réserve expresse des droits contractuels préexistants d'un tiers, impose aux acquéreurs de respecter les droits de ce tiers. Ces droits doivent être respectés même s'ils n'ont pas fait l'objet d'une publicité obligatoire⁵⁹ ou alors même qu'ils sont issus de simples permissions contractuelles⁶⁰, en principe révocables et ne liant pas les tiers⁶¹. Un *constructive trust* peut naître pour imposer à l'acquéreur de respecter les droits du tiers, mais à la condition qu'il existe des circonstances spéciales révélant la volonté de l'acquéreur d'assumer une nouvelle responsabilité à l'égard de ce tiers⁶².

Par ailleurs, certains *constructive trusts* permettent de parfaire une donation imparfaite, c'est-à-dire une donation dont toutes les conditions ne sont pas remplies et qui n'est donc pas valable en tant que telle⁶³. Les juges ne peuvent pas requalifier la donation imparfaite en *trust* exprès par lequel l'intérêt équitable concernant le bien aurait été transféré au donataire⁶⁴. En revanche, un *constructive trust* peut émerger si le donateur a fait tout ce qui était en son pouvoir afin de transférer le bien⁶⁵ ou s'il était contraire à la conscience du donateur qu'il revienne sur la donation⁶⁶ et alors

⁵⁸ Il est probable que le *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* permette aujourd'hui d'arriver au même résultat qu'un *constructive trust*, car le s. 1 donne le droit au tiers d'exiger d'un contractant qu'il exécute une obligation du contrat.

⁵⁹ *Lyus v Prows Developments Ltd.* [1982] 1 WLR 1044.

⁶⁰ M.-F. PAPANDEOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., n° 488 s., spéc. n° 491 : une permission contractuelle (*contractual licence*) est un droit personnel conféré par le propriétaire d'un immeuble et donnant le droit d'accéder à l'immeuble sans être qualifié d'intrus (*trespasser*).

⁶¹ *Binions v Evans* [1972] Ch 359 ; *Ashburn Anstalt v Arnold* [1989] Ch 1.

⁶² *Ashburn Anstalt v Arnold*, [1989] Ch 1 ; J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, op. cit., p. 334 s.

⁶³ La règle peut aussi pallier le cas où un *trust* exprès n'a pas été constitué à cause d'une donation imparfaite (*perfecting an imperfect gift*).

⁶⁴ *Milroy v Lord* [1862] 4 De GF & J 264.

⁶⁵ *Re Rose* [1952] Ch 499 ; P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, op. cit., p. 156.

⁶⁶ *Pennington v Waine* [2002] 1 WLR 2075 ; *Zeital v Kaye* [2010] EWCA Civ 159 ; *Curtis v Pulbrook* [2011] EWCH 167 (Ch).

que dans ces deux cas il manque des conditions à la donation pour qu'elle soit valide.

De surcroît, le *constructive trust* est important en droit des affaires. Par exemple, des partenaires commerciaux peuvent décider que l'un d'eux acquière un bien qui leur sera utile. Si ce partenaire viole cet arrangement en conservant exclusivement la propriété du bien, il pourrait avoir l'obligation de le détenir sous un *constructive trust* pour tous les partenaires⁶⁷.

En outre, les *constructive trusts* peuvent avoir une place importante en droit pénal. Par exemple, le meurtrier qui hérite de la personne qu'il a tuée est un *constructive trustee*. De cette façon, il ne peut pas bénéficier de la dévolution successorale, qui résulte de l'infraction qu'il a commise⁶⁸. Il en va de même pour le voleur qui peut être *constructive trustee* du bien volé⁶⁹.

Enfin, les *trusts* totalement secrets⁷⁰ concernent le droit des successions. Le testateur peut léguer un bien à une personne pour qu'elle le détienne en qualité de *trustee*, mais sans préciser l'existence du *trust* dans le testament. Ce *trust* ne devrait pas avoir de force obligatoire⁷¹, sauf s'il est qualifié de *constructive trust* car l'objectif est que le légataire respecte les droits des bénéficiaires en n'agissant pas contre la volonté du testateur⁷².

16. **Plan** – Malgré la diversité des situations dans lesquelles les *constructive trusts* émergent, quelques illustrations peuvent être approfondies en les regroupant sous deux fondements⁷³. Certains *constructive trusts* ont pour but la protection de la volonté des parties (section 1), tandis que d'autres ont pour but la rectification de l'enrichissement injuste (section 2).

Section 1. La protection de la volonté des parties

17. **Plan** – La protection de la volonté des parties peut nécessiter l'émergence d'un *constructive trust* afin d'assurer l'exécution en nature d'un arrangement, c'est-à-dire d'un accord entre des parties, quelle que soit sa forme (contrat, *trust*, ...) (§1). Le *constructive trust* permet aussi de lutter contre les comportements frauduleux (§2).

§1. L'exécution en nature

18. **Exécution en nature** – L'exécution en nature (*specific performance*⁷⁴) est un élément

⁶⁷ Aussi nommé *co-operative acquisition constructive trust* ; *Pallant v Morgan* [1952] 2 All ER 951 ; *Banner Homes Group Plc. v Luff Developments Ltd.* [2000] 2 WLR 772 ; *Cobbe v Yeoman's Row Management Ltd.* [2008] 1 WLR 1752.

⁶⁸ M. P. THOMPSON, « The profits of crime », *Conveyancer and Property Lawyer*, (1998), 45, 47.

⁶⁹ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] AC 669, 715 : Lord Browne-Wilkinson songe au voleur d'un porte-monnaie.

⁷⁰ Les *trusts* totalement secrets (*fully secret trusts*) s'opposent aux *trusts* semi-secrets (*half secret trusts*) par lesquels le testateur a indiqué dans le testament que le légataire était un *trustee* du legs mais sans préciser qui étaient les bénéficiaires.

⁷¹ *Wills Act 1837* : en droit anglais, les testaments sont soumis à des conditions de validité très strictes.

⁷² *McCormick v Grogan* (1869) LR 4 HL 82 ; P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, *op. cit.*, p. 346 : cette qualification est parfois discutée.

⁷³ Les classifications des *constructive trusts* sont étudiées, cf. *infra* n° 39 s.

⁷⁴ L'expression peut aussi être traduite par « exécution forcée en nature » ; S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC*, 2005, p. 49.

commun à deux espèces de *constructive trusts*. La réparation d'une inexécution contractuelle se fait en principe par des dommages-intérêts, une exécution par équivalent⁷⁵. A moins qu'elle ne soit un effet de la loi⁷⁶, l'exécution en nature n'est accordée qu'exceptionnellement si un certain nombre de critères sont remplis, comme le fait qu'il ne soit pas possible d'imposer au débiteur de poursuivre une activité⁷⁷. Un autre critère est qu'elle ne peut être accordée que si les dommages-intérêts seraient inadéquats (inappropriés), parce que le bien ayant fait l'objet du contrat est unique ou rare⁷⁸.

19. **Plan** – Le *constructive trust* est un mécanisme renforçant l'efficacité de l'exécution en nature. Il suffit que l'exécution en nature soit possible pour que ces *constructive trusts* émergent⁷⁹. Ils permettent alors plus spécifiquement de préserver l'intérêt de l'exécution de la vente (A) et de préserver la primauté de la volonté sur le formalisme à titre de validité (B).

A. Le cas de la vente

20. **Situation** – Dans la situation d'un contrat de vente (donc, translatif de propriété), un *constructive trust* permet de régler les rapports entre le vendeur et l'acquéreur pendant la période s'étendant de la conclusion du contrat au transfert de propriété, si celui-ci est différé.

La matière immobilière l'illustre particulièrement bien puisque la conclusion du contrat ne transfère pas la propriété⁸⁰. En effet, la vente d'un immeuble débute à la conclusion du contrat et s'achève lors de son exécution ou achèvement⁸¹, par lequel le transfert de propriété a lieu grâce à un « acte de perfection »⁸². Durant cette période intermédiaire, un *constructive trust* émerge et s'explique notamment par l'adage selon lequel « l'équité considère comme déjà fait ce qui devrait l'être »⁸³. Si un contrat peut faire l'objet d'une exécution forcée, alors l'équité le répute déjà exécuté car elle a une approche plus réaliste des situations que le droit (*common law*). Ainsi, dès la conclusion du contrat, le vendeur devient le *constructive trustee* de l'acquéreur sur le bien faisant l'objet du transfert de propriété⁸⁴.

⁷⁵ F. BELLIVIER, R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 91, n° 7.

⁷⁶ *Law Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989*, s. 2 : le contrat de vente écrit et portant sur un bien immobilier peut faire l'objet d'une exécution en nature.

⁷⁷ *Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores* [1997] UKHL 17.

⁷⁸ *Sky Petroleum v VIP Petroleum* [1974] 1 WLR 576, 578-579.

⁷⁹ En d'autres termes, l'exécution en nature n'a pas besoin d'avoir été accordée pour que le *constructive trust* émerge.

⁸⁰ S. CLARKE, S. GREER, *Land Law*, Oxford University Press, 5^{ème} éd., 2016, p. 78 et s. ; M. LUPOI, *Trusts*, Giuffrè editore, 2^{nde} éd., 2001, p. 91 s.

⁸¹ Le terme utilisé est « *completion* », pouvant être traduit par « exécution ».

⁸² *Law Property Act 1925*, s. 52(1) : « *All conveyances of land or of any interest therein are void for the purpose of conveying or creating a legal estate unless made by deed.* » ; M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., n° 304 s., spéc. n° 307 : l'auteur utilise le terme « acte de perfection ». Ce terme (très certainement en lien avec le terme anglais « *perfection* ») est utile en ce qu'il signifie qu'un acte complémentaire doit être réalisé afin de parfaire le transfert de propriété.

⁸³ « *Equity treats as done what ought to be done* » (parfois les termes « *regards* » ou « *looks* » ou « *sees* » remplacent « *treats* »), adage reconnu au XIX^{ème} siècle, par ex. *Re Anstis* (1886) 31 Ch D 596, Lindley LJ.

⁸⁴ *Lysaght v Edwards* (1876) 2 Ch 499 ; *Englewood Properties Ltd v Patel* [2005] 1 WLR 1961.

En outre, même si ces règles s'appliquent en matière immobilière, rien ne s'oppose à ce qu'elles s'appliquent aussi en matière mobilière, dès lors que le transfert de propriété est différé et surtout que l'exécution en nature est possible⁸⁵.

21. **Effets** – D'une part, le *constructive trust* permet d'imposer des obligations au vendeur. De manière générale, le vendeur-*trustee* a « un devoir de préserver le bien (objet de la vente) dans le même état qu'au moment de la conclusion du contrat »⁸⁶. Par exemple, le vendeur doit conserver la ferme vendue en bon état pour permettre d'en cultiver les champs⁸⁷. Toutefois, ce *constructive trust* est spécial⁸⁸. Par exemple, le vendeur-*trustee* a le droit de conserver les bénéfices issus du bien constituant la matière du *trust*⁸⁹, alors qu'en principe, un *trustee* doit les restituer au bénéficiaire. Cependant, ce régime de faveur au profit du vendeur disparaît au moment où l'acquéreur paye l'intégralité du prix et celui-ci devient alors un véritable *trustee*⁹⁰.

D'autre part, le *constructive trust* a des effets à l'égard de l'acquéreur, puisque les risques attachés à la propriété du bien lui sont transmis, alors même qu'il n'a ni la propriété, ni même le contrôle du bien. Il y a eu des difficultés en matière d'assurances. Si un immeuble était endommagé par un incendie accidentel et que le vendeur était assuré, l'indemnité qu'il recevait de son assureur ne pouvait pas être réclamée par l'acquéreur⁹¹. Une loi de 1925⁹² devrait permettre à ce dernier de réclamer cette indemnité lors de l'exécution du contrat (*completion*), mais cette loi soulève des difficultés⁹³ et pousse même en pratique le vendeur et l'acquéreur à s'assurer contre les mêmes risques⁹⁴. Il a donc été envisagé de légiférer pour supprimer ou modifier le régime de ce *constructive trust*⁹⁵, même s'il était très ancien et de jurisprudence constante⁹⁶.

Par conséquent, ce *constructive trust* permet de protéger l'intérêt réciproque qu'ont chacun, le vendeur et l'acquéreur, à ce que le contrat soit exécuté en atténuant le fait que le transfert de propriété soit différé⁹⁷. Il tend à permettre l'exécution du contrat dans les termes dans lesquels il a été conclu et selon la volonté des parties, ce qui est aussi le cas du *constructive trust* émergeant dans le cas où une forme solennelle est requise.

⁸⁵ J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, op. cit., p. 91 ; P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, op. cit., p. 512.

⁸⁶ *Englewood Properties Ltd v Patel* [2005] 1 WLR 1961, 54.

⁸⁷ *Egmont v Smith* (1877) 6 Ch D 469, 475-476.

⁸⁸ *Lysaght v Edwards* (1876) 2 Ch 499 ; *Rayner v Preston* (1881) 18 Ch D 1 ; *Englewood Properties Ltd. v Patel* [2005] 1 WLR 1961, 42.

⁸⁹ *Re Lyne-Stephens and Scott-Miller's Contract* [1920] 1 Ch 472 : le vendeur-*trustee* conserve les loyers de la location de l'immeuble ou les dommages-intérêts versés par son locataire ; *Englewood Properties Ltd v Patel* [2005] 1 WLR 1961, 44 s. ; LAW COMMISSION, *Transfer of land: risk of damage after contract for sale*, Law Com. No. 191, 1990, 2.6.

⁹⁰ LAW COMMISSION, *Transfer of land: passing of risk from vendor to purchaser*, Law Com. No. 109, 1988, 1.13 et 1.47.

⁹¹ *Rayner v Preston* (1880) 14 Ch D 297, confirmé en appel (1881) 18 Ch D 1.

⁹² *Law of Property Act 1925*, s. 47.

⁹³ LAW COMMISSION, *Transfer of land: passing of risk from vendor to purchaser*, Law Com. No. 109, 1988, 2.1 s.

⁹⁴ *National Farmers Union Mutual Insurance Society Ltd. v HSBC Insurance (UK) Ltd.* [2010] EWHC 773 (Comm), 18.

⁹⁵ LAW COMMISSION, *Transfer of land: risk of damage after contract for sale*, Law Com. No. 191, 1990.

⁹⁶ *Lysaght v Edwards* (1876) 2 Ch 499, 506 ; *Egmont v Smith* (1877) 6 Ch D 469, 475.

⁹⁷ P. TURNER, « Understanding the constructive trust between vendor and purchaser », *The Law Quarterly Review*, (2012), 582.

B. Le cas du formalisme à titre de validité

22. **Nécessité d'un écrit** – Le transfert d'un intérêt équitable nécessite un écrit, selon le *Law Property Act 1925 section 53(1)(c)*⁹⁸.

Il n'est pas ici question de transférer la propriété légale (*common law*)⁹⁹ d'un bien mais d'un intérêt équitable ou d'un *trust (equity)* lié à un bien.

Le *Law Property Act s. 53(1)(c)* s'applique indistinctement aux immeubles et aux meubles. Le bénéficiaire ne peut disposer de son intérêt équitable (c'est-à-dire le transférer) que par un écrit signé. Cette règle ne s'applique donc pas à la déclaration initiale d'un intérêt équitable. La finalité de cette règle est d'empêcher les transactions dissimulées qui interviendraient frauduleusement et empêcheraient les *trustees* de savoir qui sont réellement les bénéficiaires du *trust*¹⁰⁰. L'écrit est requis à titre de validité en raison des termes choisis par le *s. 53(1)(c)*¹⁰¹, ainsi que des termes choisis à l'alinéa précédent, au *s. 53(1)(b)*¹⁰².

Cependant, une jurisprudence contraire permet de reconnaître un *constructive trust* afin de passer outre la condition de l'écrit.

23. **Assouplissement (débat)** – La règle du *s. 53(1)(c)* a été appliquée telle quelle dans plusieurs décisions. Par exemple, dans *Oughtred v IRC*¹⁰³, une mère et son fils s'étaient accordés à l'oral afin que le fils transfère à sa mère son intérêt équitable préexistant relatif à des titres sociaux. Ils avaient ensuite mis par écrit leur accord et l'administration fiscale leur réclamait le paiement d'un timbre fiscal sur cet écrit, ce qu'ils contestaient. La majorité de la Chambre des Lords a décidé que le contrat oral ne pouvait pas transférer l'intérêt équitable, donc que le transfert avait eu lieu par l'écrit et que le timbre fiscal était dû.

Néanmoins, dans cette affaire, Lord Radcliffe a émis une opinion dissidente en se fondant sur la règle du *s. 53(2)*. Selon celle-ci, les règles énumérées au *s. 53(1)* n'ont aucune incidence sur les *constructive trusts*, donc aucun écrit n'est requis¹⁰⁴. Dans cette affaire, il a considéré que l'accord oral pouvait faire l'objet d'une exécution en nature, ce qui entraînait l'émergence d'un *constructive trust* avant que l'accord n'ait été mis par écrit. Alors, le *s. 53(1)(c)* n'avait pas à s'appliquer en vertu du *s. 53(2)* ; autrement dit, l'émergence du *constructive trust* permettait de pallier à l'absence d'un écrit. Le timbre fiscal n'était donc pas dû car l'intérêt équitable était passé du fils à la mère dès

⁹⁸ *Law Property Act, s. 53(1)(c)* : « (1) Subject to the provision hereinafter contained with respect to the creation of interests in land by parol – (...) (c) a disposition of an equitable interest or trust subsisting at the time of the disposition, must be in writing signed by the person disposing of the same, or by his agent thereunto lawfully authorised in writing or by will. ».

⁹⁹ En application du droit des contrats, la propriété légale peut être transférée par tous moyens, sous réserves des conditions de fond du contrat et sauf quand une forme est requise ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, 30^{ème} éd., 2016, p. 79 et p. 82-83.

¹⁰⁰ *Vandervel v IRC* [1967] 2 WLR 87, 311 (Lord Upjohn).

¹⁰¹ L'expression suivante est utilisée : « *must be in writing* » ; « *must* » est un verbe impératif.

¹⁰² Cf. *infra* n°24 s. : au contraire du *s. 53(1)(c)*, le *s. 53(1)(b)* pose l'exigence d'un écrit à valeur probatoire.

¹⁰³ [1960] AC 260.

¹⁰⁴ *Law Property Act 1925, s. 53(2)* : « *This section does not affect the creation or operation of resulting, implied or constructive trusts.* ».

l'accord oral. L'utilisation du s. 53(2) est intéressante car il semble que cet article avait été institué pour prévenir la fraude¹⁰⁵ et non pas pour promouvoir l'exécution en nature des contrats¹⁰⁶.

L'opinion dissidente de Lord Radcliffe a été admise dans la décision *Re Holt's Settlement*¹⁰⁷. Un lien clair est établi avec les *constructive trusts* émergeant dans le cas d'une vente pouvant faire l'objet d'une exécution forcée.

Il est étonnant de noter que la jurisprudence anglaise ne soit pas stabilisée sur ce sujet¹⁰⁸ puisque, par exemple, *Oughtred v IRC* a été confirmé par *Parinv (Hatfield) v IRC*¹⁰⁹.

En revanche, l'exemple le plus flagrant de la consécration de l'opinion de Lord Radcliffe est dans *Neville v Wilson*¹¹⁰ concernant la liquidation d'une société. A l'oral, les associés s'étaient répartis entre eux l'intérêt équitable qu'avait la société sur des titres sociaux d'autres sociétés. Dans cette affaire, les juges du *Court of Appeal* ont décidé que la majorité dans *Oughtred v IRC* n'avait pas donné de raisons claires et suffisantes pour justifier la solution et qu'ils pouvaient donc s'en écarter¹¹¹. Ainsi, ils ont décidé que l'arrangement oral entre les associés suffisait à transférer l'intérêt équitable de la société sur les titres sociaux (sans écrit) car chaque associé était devenu *constructive trustee* grâce à cet arrangement oral.

Il semble difficile de concilier ces deux lignes jurisprudentielles. Les difficultés de ces affaires sont liées au fait qu'un contrat soit conclu et qu'il puisse faire l'objet d'une exécution en nature, mais qu'il ne soit pas encore complètement exécuté¹¹². D'autres interrogations naissent à propos du formalisme requis par le s. 53(1)(b) du *Law Property Act*.

§2. Les comportements frauduleux

24. **Nécessité d'un écrit** – La protection de la volonté des parties nécessite aussi de préserver l'essence d'un accord qu'elles ont convenu, mais qui pourrait être remis en cause faute d'être écrit.

Le s. 53(1)(b) du *Law Property Act 1925*¹¹³ dispose que la déclaration d'un *trust* exprès concernant un immeuble doit être prouvée par un écrit signé par son constituant¹¹⁴. Dans ce cas, le constituant peut décider de transférer la propriété du bien à un *trustee* ou alors d'en conserver la propriété et de se déclarer lui-même *trustee*.

¹⁰⁵ *Law Property Act 1925* a partiellement repris et remplacé le *Statute of Frauds 1677*.

¹⁰⁶ J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, op. cit., p. 91 ; M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., p. 485, note 470.

¹⁰⁷ [1968] 2 WLR 653, 116.

¹⁰⁸ P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, op. cit., p. 517 : **l'opinion dissidente de Lord Radcliffe semble être l'état du droit positif.**

¹⁰⁹ [1999] 78 P&CR 169.

¹¹⁰ [1997] Ch 144.

¹¹¹ *Neville v Wilson* [1997] Ch 144, 157-158 (Nourse L.J.).

¹¹² M. THOMPSON, « Mere formalities », *Conveyancer and Property Lawyer*, [1996], 366, 370-371.

¹¹³ Cet article remplace le s. 7 *Statute of Frauds 1667*.

¹¹⁴ « (1) Subject to the provision hereinafter contained with respect to the creation of interests in land by parol – (...) (b) a declaration of trust respecting any land or any interest therein must be manifested and proved by some writing signed by some person who is able to declare such trust or by his will. ».

Cette disposition s'applique uniquement aux immeubles et pas aux meubles¹¹⁵. De surcroît, l'écrit n'est requis qu'à titre probatoire¹¹⁶. En l'absence d'écrit¹¹⁷, un *trust* concernant un immeuble peut être valable, sans avoir à être exécuté par le *trustee*. Le *trust* est valable puisque l'écrit n'est pas requis à titre de validité, mais le *trust* n'a pas de force obligatoire, car il ne peut pas être prouvé en l'absence d'écrit¹¹⁸. Le *trustee* peut ne pas respecter le *trust* et le bénéficiaire ne peut lui imposer aucune obligation. Il y a donc un dilemme puisqu'une formalité est requise par la loi pour donner au *trust* sa force obligatoire, mais l'application trop stricte de cette règle entraîne une injustice pour le bénéficiaire (surtout s'il peut prouver l'existence du *trust* sans écrit)¹¹⁹. Cette situation peut sembler anormale, raison pour laquelle les juges ont assoupli la loi.

25. **Assouplissement (fraude)** – Afin que le *trust* exprès ait une force obligatoire, les exigences du s. 53(1)(b) ont été assouplies grâce à la maxime selon laquelle « l'équité ne permet pas qu'une loi soit utilisée comme un instrument de fraude »¹²⁰.

En équité, la fraude est définie de façon plutôt large¹²¹. La fraude ne réside pas en l'absence d'un écrit, car il ne s'agit pas de sanctionner le propriétaire-*trustee*¹²² qui aurait violé la loi en n'en ayant pas constitué un. La fraude réside dans le fait que le propriétaire-*trustee* refuse de reconnaître l'arrangement oral selon lequel il est *trustee*. Son comportement est frauduleux car il veut s'abriter derrière la loi qui requiert un écrit¹²³. Il y a une certaine proximité avec la mauvaise foi, parce que le comportement du *trustee* est frauduleux en ce qu'il souhaite revenir sur son engagement d'être *trustee* en utilisant la lettre de la loi (qui exige un écrit) contre son esprit (l'écrit est requis à titre de preuve) et contre l'engagement qu'il a pris¹²⁴. Parfois, un écrit transfère la propriété d'un bien à une partie, alors que les parties se sont accordées à l'oral pour constituer un *trust*. Dans ce cas aussi le comportement du *trustee* est frauduleux, car il utilise la contre-lettre le rendant propriétaire afin de se soustraire à ses obligations de *trustee*¹²⁵.

26. La jurisprudence a utilisé le principe de l'instrument de la fraude dans deux sens.

¹¹⁵ *Paul v Constance* [1977] 1 WLR 527, 531 ; *Wilkinson and others v North and another* [2018] EWCA Civ 161.

¹¹⁶ En effet, le terme « *proved* » est utilisé et signifie littéralement « prouvé ».

¹¹⁷ *Gardner v Rowe* (1828) 38 ER 1024 : la situation peut être régularisée postérieurement si un écrit est dressé.

¹¹⁸ *Gardner v Rowe* (1828) 38 ER 1024.

¹¹⁹ J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity, op. cit.*, p. 80 s.

¹²⁰ « *Equity will not permit a statute do be used as an instrument of fraud* » ou « *equity, where possible, will not allow a statute do be used as an instrument of fraud* » ; il s'agit du principe de l'instrument de la fraude (« *instrument of fraud principle* »).

¹²¹ *De Bruyne v De Bruyne* [2010] EWCA Civ 519.

¹²² Le propriétaire-*trustee* est, dans ce sens, celui qui est propriétaire en droit (*common law*) mais dont l'exécution des obligations en tant que *trustee* serait obligatoire si un écrit avait été constitué.

¹²³ P. CRITCHLEY, « Instruments of fraud, testamentary dispositions, and the doctrine of secret trusts », *The Law Quarterly Review*, (1999), 631, 647.

¹²⁴ *De Bruyne v De Bruyne* [2010] EWCA Civ 519, 51 : « *The concept of fraud in equity is much wider and can extend to unconscionable or inequitable conduct in the form of a denial or refusal to carry out the agreement to hold the property for the benefit of the third party which was the only basis upon which the property was transferred.* ».

¹²⁵ *Bannister v Bannister* [1948] 2 All ER 133, Scott LJ : « (...) *the absolute character of the conveyance is set up for the purpose of defeating the beneficial interest, and that is the fraud to cover (...)* ».

Tout d'abord, les juges ont admis dans *Rochevoucauld v Boustead*¹²⁶ qu'en cas de fraude, la preuve d'un *trust* exprès concernant un immeuble ne soit pas écrite. Néanmoins, cette règle paraît surprenante car elle semble en opposition totale avec la lettre du s. 53(1)(b)¹²⁷.

Puis, les juges ont utilisé le s. 53(2) du *Law Property Act* selon lequel les règles énumérées au s. 53(1) n'ont aucune incidence sur les *constructive trusts*¹²⁸. Ces *trusts* ne requièrent aucun écrit. En effet, le *constructive trust* peut émerger sans qu'aucune partie ne s'en rende compte¹²⁹, donc il ne serait pas logique de leur imposer de dresser un écrit¹³⁰. Dans *Bannister v Bannister*¹³¹, une vendeuse avait cédé à un prix réduit son immeuble et l'acquéreur avait accepté qu'elle puisse continuer d'y vivre autant de temps qu'elle le souhaitait sans payer de loyers. L'acquéreur avait finalement décidé de récupérer l'immeuble et donc de ne pas respecter cet accord qui n'avait pas été mis par écrit. Le *Court of Appeal* avait alors refusé qu'il puisse s'abriter derrière le s. 53(1)(b) qui exigeait un écrit. En effet, même si le terme de « *trust* » n'avait pas été employé, la vendeuse était bénéficiaire d'un *trust*. Ce *trust* a été qualifié de *constructive trust*, ce qui a permis aux juges d'appliquer le s. 53(2) selon lequel un *constructive trust* ne nécessite pas un écrit. Le droit anglais semble favoriser l'approche selon laquelle un *constructive trust* émerge¹³², notamment pour des raisons constitutionnelles¹³³.

Ainsi, si le *constructive trust* permet de donner une force obligatoire à des arrangements entre des parties, mais aussi de rectifier l'enrichissement injuste.

Section 2. La rectification de l'enrichissement injuste

27. **Plan** – Parfois, le *constructive trust* rectifie l'enrichissement injuste¹³⁴ car il permet de rendre à chacun le sien dans le cadre de restitutions anormales (§1), ainsi que de rendre à une personne spéciale le sien dans le cadre d'une relation particulière, qualifiée de fiduciaire (§2).

§1. Les restitutions anormales

28. **Plan** – Les *constructive trusts* peuvent permettre des restitutions « anormales »¹³⁵, c'est-à-dire des restitutions dans le cas du paiement indu (A) et de l'annulation d'un contrat (B).

¹²⁶ [1897] 1 Ch 196.

¹²⁷ J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity, op. cit.*, p. 80 s.

¹²⁸ Cf. *supra* n° 23.

¹²⁹ Cf. *infra* n° 65.

¹³⁰ R. CLEMENTS, A. ABASS, *Equity and Trusts*, Oxford University Press, 5^{ème} éd., 2018, p. 44.

¹³¹ [1948] 2 All ER 133.

¹³² R. CLEMENTS, A. ABASS, *Equity and Trusts, op. cit.*, p. 101.

¹³³ G. ELIAS, *Explaining Constructive Trusts, op. cit.*, p. 108 : les juges sont soumis aux lois du Parlement et ne peuvent donc pas imposer un *trust* exprès si la loi l'interdit.

¹³⁴ Il s'agit alors de rendre à chacun le sien ; cf. *infra* n° 139.

¹³⁵ Cf. *infra* n° 134.

A. Le cas du paiement indu

29. **Erreur de fait** – Le *constructive trust* permet des restitutions en cas d'un paiement erroné (*mistaken payment*)¹³⁶, même s'il n'en est pas la seule réponse¹³⁷. Celui qui a reçu un paiement en raison d'une erreur de fait doit le détenir sous un *constructive trust* pour le *solvens*¹³⁸.

Une erreur de fait semble suffire à l'émergence d'un *constructive trust*. Ainsi, dans la décision *Chase Manhattan Bank*¹³⁹, une banque avait payé par erreur deux fois la même somme au défendeur. Le paiement erroné avait pour effet que l'*accipiens* devienne *constructive trustee* de cette somme pour la banque. Le *constructive trust* était né au moment où le second paiement (indu) avait été effectué. Cette approche a été confirmée par le *Privy Council*¹⁴⁰.

Par ailleurs, dans *Neste Oy v Lloyds Bank*¹⁴¹, des contractants avaient prévu que l'un d'entre eux (*solvens*) effectuerait un certain nombre de paiements avant que l'autre (*accipiens*) n'exécute ses obligations. Il a été décidé que l'*accipiens* était *constructive trustee* du dernier paiement versé par le *solvens*. En l'espèce, avant que ce dernier paiement n'ait été effectué, il était devenu certain que l'*accipiens* n'exécuterait pas ses obligations. Ce dernier paiement était donc une erreur de la part du *solvens*.

Somme toute, l'utilité de l'équité est ici fondamentale. Un *constructive trust*, ayant pour objet une restitution, émerge immédiatement afin d'empêcher un enrichissement de l'*accipiens* au détriment du *solvens*¹⁴². Cependant, il existe une controverse afin de connaître les conditions précises de l'émergence de ce *constructive trust*¹⁴³.

30. **Conscience de l'*accipiens* (discussions)** – Certains juges et auteurs semblent imposer un élément supplémentaire à l'erreur de fait¹⁴⁴. Ainsi, dans *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*¹⁴⁵, Lord Browne-Wilkinson a décidé dans un *obiter dictum* de revenir sur *Chase Manhattan Bank*. Il explique que si la solution de la décision est la bonne, le raisonnement ne l'est pas. En effet, le *constructive trust* n'émergeait pas au moment où il y avait un paiement indu, mais au moment où l'*accipiens* avait conscience de l'erreur et refusait de restituer le paiement indu. Cette condition supplémentaire d'étudier la conscience de l'*accipiens* a notamment pour intérêt d'étendre l'émergence des *constructive trusts* à d'autres situations où un bien a été obtenu par une fraude

¹³⁶ J. EDELMAN, E. BANT, *Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2^{ème} éd., 2016, p. 180.

¹³⁷ V., pour d'autres réponses à une erreur de paiement : C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *Goff & Jones, The Law of Unjust Enrichment*, Sweet & Maxwell, 9^{ème} éd., 2016, n° 9-01 s. ; G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2015, p. 157 s.

¹³⁸ G. ELIAS, *Explaining Constructive Trusts*, *op. cit.*, p. 2.

¹³⁹ *Chase Manhattan Bank N.A. v Israel-British Bank (London) Ltd.* [1981] Ch 105.

¹⁴⁰ *In Re Goldcorp Exchange Ltd.* [1995] 1 AC 74, 102.

¹⁴¹ [1983] 2 Lloyd's Rep 658.

¹⁴² P. BIRKS, *Unjust Enrichment*, coll. Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2^{nde} éd., 2005, chap. 8.

¹⁴³ T. ETHERTON, « The role of equity in mistaken transactions », *op. cit.*, 169.

¹⁴⁴ *Ibid.*, 170.

¹⁴⁵ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] 2 WLR 802, à propos d'une banque ayant versé une somme d'argent à une collectivité territoriale en vertu d'un contrat nul (*void*).

(comme le vol d'une somme d'argent)¹⁴⁶. La conscience de l'auteur de la fraude permet alors de distinguer les *constructive trusts* émergeant dans le cadre de la fraude et ceux émergeant dans le cadre de l'annulation d'un contrat¹⁴⁷.

B. Le cas de l'annulation du contrat

31. **Annulation du contrat** – Un contrat anglais peut être entaché d'une nullité (*voidable*). Dans cette situation la partie qui peut s'en prévaloir a le choix d'en demander l'annulation (*rescission*¹⁴⁸) en justice¹⁴⁹. L'annulation peut avoir lieu en droit (*common law*) ou en équité et elle a des effets rétroactifs¹⁵⁰. L'annulation peut être demandée en équité dans des cas comme le « *duress* »¹⁵¹ et « [*l'*] *indu influence* »¹⁵².

32. **Effet de l'annulation en équité (*constructive trust*)** – L'annulation en équité peut permettre la restitution de ce que les parties se sont déjà échangées¹⁵³. Ainsi, tout bien transféré peut être détenu par celui qui l'a reçu sous un *constructive trust*¹⁵⁴. Néanmoins, il n'émerge qu'au moment de l'annulation¹⁵⁵ et il en est dépendant¹⁵⁶.

Ces *trusts* ont parfois été qualifiés de *trusts* par retour¹⁵⁷, mais cette qualification ne semble pas correspondre aux cas où ces derniers naissent¹⁵⁸. Par conséquent, la qualification de *constructive trust* semble être la plus juste¹⁵⁹ car ils permettent de lutter contre un enrichissement

¹⁴⁶ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] 2 WLR 802, 716.

¹⁴⁷ *National Crime Agency and others v Robb* [2015] Ch 520, 40 : « *fraud constructive trust* » et « *rescission trust* ».

¹⁴⁸ Le terme « *rescission* » semble plus large que la « rescision » française ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 912 : « 2. Désigne parfois, plus généralement, toute annulation pour cause de nullité relative (vice du consentement, incapacité, ...) ».

¹⁴⁹ *Spence v Crawford* [1993] SC (HL) 52, 76-77 ; *Contra* C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *Goff & Jones...*, *op. cit.*, n° 40-12 : des décisions auraient admis que la nullité n'ait pas à être demandée au juge, donc la jurisprudence serait instable à ce sujet.

¹⁵⁰ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *Goff & Jones ...*, *op. cit.*, n° 40-02.

¹⁵¹ *Cheese v Thomas* [1994] 1 WLR 129 ; R. DEMOGUE, « De la violence comme vice du consentement », *RTD civ.*, 1914, 435, p. 479 : le « *duress* » est « la violence sous laquelle une personne agit par crainte de souffrance personnelle ».

¹⁵² R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 479-480 : l'« *indue influence* » est « un usage inconscient du pouvoir né des circonstances et de la situation respective des parties ».

¹⁵³ S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats, droit anglais », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), Bruyant, LGDJ, 2001, p. 977, n° 16 : les restitutions ne sont pas accordées en principe, donc « l'approche anglaise [est] très restrictive » (nous soulignons).

¹⁵⁴ P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, *op. cit.*, p. 336.

¹⁵⁵ *Lonrho Plc v Al-Fayed (No. 2)*, [1992] 1 WLR 1, 11-12 ; *Shalson and Others v Russo and Others*, [2005] Ch. 281, 122 ; *National Crime Agency and others v Robb*, [2015] Ch. 520, 43 et 47 ; T. ETHERTON, « The role of equity in mistaken transactions », *Trust Law International*, (2013), 159, 169.

¹⁵⁶ Par ex., le *constructive trust* ne peut pas émerger si le contrat a été confirmé ; *National Crime Agency and others v Robb*, [2015] Ch 520, 51 : il y a **confirmation** (*affirmation*) dès lors que la partie pouvant demander l'annulation avait connaissance de son droit d'annuler le contrat et qu'elle a, de manière non équivoque, confirmé le contrat.

¹⁵⁷ *El-Ajou v Dollar Land Holdings Plc (No.1)*, [1993] BCC 698, 713 : le « *resulting trust* » est le « *trust* par retour ».

¹⁵⁸ Cf. *infra* n° 65.

¹⁵⁹ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] AC 669 ; *National Crime Agency and others v Robb*, [2015] Ch 520, 49 ; G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, *op. cit.*, p. 587-588 : le *constructive trust* semble être la meilleure qualification car, dans cette situation, le *trust* est fondé sur le **comportement du défendeur**, qui peut être l'un des critères de qualification du *constructive trust*.

injuste, comme c'est aussi le cas de la sanction des conflits d'intérêts.

§2. Les relations fiduciaires

33. **Relation fiduciaire ou relation de confiance (*fiduciary relationship*)** – La relation fiduciaire est une relation particulière qui lie deux personnes et aux termes de laquelle des obligations pèsent sur le débiteur, nommé fiduciaire (*fiduciary*), à l'égard de son créancier, nommé principal (*principal*), qui est une personne protégée. Le fiduciaire manquant à ses obligations peut être sanctionné, notamment par un *constructive trust*¹⁶⁰.

Il n'existe pas une définition de la qualité de fiduciaire, mais certaines relations sont traitées comme étant fiduciaires¹⁶¹. Il est considéré que les juges sont de moins en moins enclins à créer de telles relations¹⁶². Les relations fiduciaires dépassent la relation entre un *trustee* et son bénéficiaire¹⁶³ et atraient aussi la relation entre un avocat et son client¹⁶⁴ ou un dirigeant social et sa société¹⁶⁵. L'important est que le fiduciaire agisse pour quelqu'un d'autre dans des circonstances telles qu'une relation de confiance naisse¹⁶⁶. Le fiduciaire met l'intérêt de la personne protégée au-dessus du sien¹⁶⁷. Dans un effort de systématisation des relations fiduciaires, il a été proposé de les définir par l'attente légitime qu'une personne agisse dans l'intérêt d'une autre¹⁶⁸. Cependant, le problème n'est pas résolu et il a aussi été proposé de se fonder sur les obligations qui naissent de la relation plutôt que sur la personne du fiduciaire¹⁶⁹.

34. **Obligation de loyauté** – Les obligations du fiduciaire semblent enracinées dans une obligation de loyauté (*obligation of loyalty*)¹⁷⁰, ce qui paraît original en droit anglais¹⁷¹. Par ailleurs, il s'agit plutôt d'obligations d'abstention (prohibitives, négatives) car elles interdisent aux fiduciaires un comportement déloyal, *id est* contraire à l'intérêt de la personne protégée¹⁷².

Par exemple, un fiduciaire doit s'abstenir d'agir lorsque ses obligations de fiduciaire

¹⁶⁰ S. WORTHINGTON, « Fiduciary duties and proprietary remedies: addressing the failure of equitable formulae », *Cambridge Law Journal*, (2013), 720 : l'auteur note « *The law on fiduciaries is in something of a mess.* ».

¹⁶¹ LAW COMMISSION, *Fiduciary Duties of Investment Intermediaries*, Law Com. No. 350, 2014, n° 3.15 : il ne semble pas s'agir de présomptions car ces relations sont, par nature, fiduciaires ; *ibid.*, n° 3.16 ; G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, *op. cit.*, p. 488.

¹⁶² *Swain v Law Society* [1983] AC 598 ; R. CLEMENTS, A. ABASS, *Equity and Trusts*, *op. cit.*, p. 393.

¹⁶³ *Keech v Sandford* (1726) Sel Cas Ch 61 ; G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, *op. cit.*, p. 489 : **la possibilité qu'un constructive trustee soit un fiduciaire est débattue**, car il ne se rend pas toujours compte qu'il est *constructive trustee*.

¹⁶⁴ *Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 46.

¹⁶⁵ *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1967] 2 AC 134 ; *Guinness v Saunders* [1990] 2 AC 663.

¹⁶⁶ *Bristol and West Building Society v Mothew* [1998] Ch 1, 18.

¹⁶⁷ S. WORTHINGTON, « Four questions on fiduciaries », *Trust Law International*, (2018), 22, 26.

¹⁶⁸ LAW COMMISSION, *Fiduciary Duties of Investment Intermediaries*, *op. cit.*, 3.19 s.

¹⁶⁹ S. WORTHINGTON, « Four questions on fiduciaries », *op. cit.*, 27.

¹⁷⁰ *Bristol and West Building Society v Mothew* [1998] Ch 1, 18-19 ; J. EDELMAN, « When do Fiduciary Duties Arise? », *The Law Quarterly Review*, (2010), 302.

¹⁷¹ S. WORTHINGTON, « Four questions on fiduciaries », *op. cit.*, 31 : en droit anglais, l'**obligation de loyauté** ne semble reposer que sur les fiduciaires.

¹⁷² R. CLEMENTS, A. ABASS, *Equity and Trusts*, *op. cit.*, p. 397 s.

s'opposent à son intérêt personnel¹⁷³. Il lui est interdit de profiter de sa situation pour en tirer un avantage personnel¹⁷⁴. Par ailleurs, la double représentation n'est pas permise, ainsi que la situation où le fiduciaire contracte avec la personne protégée¹⁷⁵.

35. **Sanctions** – L'obligation de loyauté de la relation fiduciaire accorde à son bénéficiaire une protection particulière et exceptionnelle du droit, notamment par les *constructive trusts*.

D'une part, l'acte par lequel le fiduciaire viole la relation fiduciaire peut être annulé¹⁷⁶.

D'autre part, l'équité permet de sanctionner le fiduciaire, alors même qu'il peut être lié à la personne protégée par un contrat, par exemple¹⁷⁷. Souvent, la responsabilité du fiduciaire est fondée sur le fait qu'il ait profité de sa situation pour en tirer un avantage. L'équité permet alors d'imposer au fiduciaire de restituer directement une somme équivalente aux profits qu'il a fait (*account of profits*) ou de détenir les profits sous un *constructive trust* pour la personne protégée¹⁷⁸. L'avantage du *constructive trust* est qu'il autorise l'utilisation du procédé du *tracing*, procédé permettant à son bénéficiaire d'identifier un nouveau bien en substitution d'un précédent bien pour en demander sa restitution ou sa valeur¹⁷⁹.

La responsabilité des fiduciaires est plutôt stricte¹⁸⁰. Par exemple, dans *Keech v Sandford*¹⁸¹, le *trustee* (d'un *trust* exprès) avait cherché à renouveler un bail mais le bailleur avait refusé. En revanche, le bailleur avait accepté que le *trustee* renouvelle le bail pour son propre compte. Il a été décidé qu'un *constructive trust* émergeait et que le *trustee* devenait *constructive trustee* du bail pour le bénéficiaire du *trust* exprès initial. Le *trustee* ne pouvait donc pas profiter du bail pour son propre compte. Néanmoins, le fiduciaire peut s'exonérer de sa responsabilité, s'il a, par exemple, obtenu l'autorisation de la personne protégée avant de réaliser son profit personnel¹⁸².

36. **Application particulière (profits secrets)** – Le *constructive trust* permet de lutter contre la corruption et le blanchiment en constituant une sanction aux commissions secrètes (ou dessous-

¹⁷³ « *No conflict rule* » ; *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1967] 2 AC 134.

¹⁷⁴ « *No profit rule* » ; *Bray v Ford* [1896] AC 44.

¹⁷⁵ « *Self-dealing rule* » ; « *fair-dealing rule* » ; G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, *op. cit.*, p. 495 s.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 504.

¹⁷⁷ *Reading v A-G*, [1951] AC 507 : un sergent de l'armée a été traité comme un fiduciaire de l'Etat, alors qu'il était lié à l'Etat par un contrat (sa responsabilité n'a pas été principalement recherchée sur un fondement contractuel, ni sur un fondement délictuel).

¹⁷⁸ J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, *op. cit.*, p. 624.

¹⁷⁹ Cf. *infra* n° 60.

¹⁸⁰ *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1967] 2 AC 134, 144-145 : cette responsabilité en équité semble stricte car le fiduciaire est responsable dès qu'il réalise un profit, son **intention** étant **indifférente** (la responsabilité ne dépend ni de la fraude, ni de la mauvaise foi, ni de l'honnêteté du fiduciaire).

¹⁸¹ (1726) Sel Cas Ch 61.

¹⁸² LAW COMMISSION, *Fiduciary Duties of Investment Intermediaries*, *op. cit.*, n° 3.29.

de-table)¹⁸³. Depuis *Attorney-General for Hong Kong v Reid*¹⁸⁴, le fiduciaire ne peut pas retenir les commissions secrètes reçues, mais il doit les détenir sous un *constructive trust* pour la personne protégée. Dans cette affaire, un fonctionnaire du ministère public avait été condamné à une peine d'emprisonnement car il avait reçu des sommes d'argent afin d'entraver certaines poursuites pénales. Une partie de ces sommes d'argent avaient permis l'achat de biens immobiliers au nom du fonctionnaire et de son épouse, ainsi que de son avocat¹⁸⁵. Le *Privy Council* a décidé que tous les biens immobiliers devaient être détenus par le fonctionnaire sous un *constructive trust* dont le bénéficiaire était l'Etat, car l'Etat était la personne protégée (le fonctionnaire étant fiduciaire). Les conséquences sont favorables pour le bénéficiaire, puisque si le fiduciaire effectue une moins-value, alors il doit la valeur de la commission secrète, mais s'il effectue une plus-value, alors il doit la valeur de plus-value en sus de la commission secrète (par exemple, il doit restituer les biens immobiliers dont la valeur a augmenté)¹⁸⁶.

Dans *FHR*¹⁸⁷, la Cour Suprême a décidé que tous les profits secrets (*secret profits*) devaient être détenus par le fiduciaire sous un *constructive trust*, et pas seulement ceux issus d'infractions. En l'espèce, le fiduciaire de l'acquéreur d'un hôtel avait reçu une rétro-commission secrète de la part des vendeurs pour que la vente soit conclue. Il a été admis que l'acquéreur était le bénéficiaire de la rétro-commission secrète en vertu d'un *constructive trust*.

37. **Appréciation** – La responsabilité du fiduciaire est particulière en ce qu'elle semble plus coercitive que sa responsabilité contractuelle ou délictuelle. Il s'agit d'effectuer des restitutions et le *constructive trust* permet de rendre au bénéficiaire les profits que le fiduciaire s'est injustement approprié. Le droit anglais a aussi un aspect répressif, car le *constructive trust* sanctionne des conflits d'intérêts et la violation de la confiance accordée au fiduciaire¹⁸⁸.

Somme toute, la relation fiduciaire est un exemple supplémentaire démontrant la diversité et l'hétérogénéité des *constructive trusts*, qu'il convient dès lors de comprendre.

¹⁸³ « *Secret commissions ; bribes* » : *Attorney-General for Hong Kong v Reid*, [1994] 1 AC 324, 330 : le « *bribe* » est un avantage dissimulé et accepté par un fiduciaire afin de l'inciter à violer le rapport fiduciaire ; « *Bribery is an evil practice which threatens the foundations of any civilised society.* » (nous soulignons).

¹⁸⁴ Cette décision revient sur une précédente décision ayant refusé de retenir un *constructive trust*, *Lister v Stubbs*, [1890] 45 Ch D 1 ; A. BURROWS, *The Law of Restitution*, Oxford University Press, 3^{ème} éd. 2011, p. 685 s.

¹⁸⁵ Il pourrait être question de blanchiment en droit français, art. 324-1 C. pén.

¹⁸⁶ Une des explications de cette décision est l'**adage** « **l'équité considère comme déjà fait ce qui devrait l'être** », car, dès que la commission secrète a été versée, le fiduciaire avait un devoir immédiat de la reverser à la personne protégée ; J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, *op. cit.*, p. 624 s. ; S. WORTHINGTON, « Fiduciary duties and proprietary remedies: addressing the failure of equitable formulae », *op. cit.*, 738 ; cf. *supra* n° 20.

¹⁸⁷ *FHR European Ventures v Cedar Capital Partners* [2014] UKSC 45 : cette affaire se déroule dans un contexte commercial, contrairement à *Attorney-General for Hong Kong v Reid* qui relevait d'un contexte pénal.

¹⁸⁸ G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, *op. cit.*, p. 423 : vis-à-vis du fiduciaire, la personne protégée peut être considérée comme étant dans une **situation de dépendance** d'un conseil, de la gestion d'un bien, ...

CHAPITRE SECOND. LA COMPREHENSION DELICATE DU *CONSTRUCTIVE TRUST*

38. **Plan** – Le *constructive trust* est un mécanisme particulier, difficile à appréhender. Sa compréhension est délicate et nécessite de se pencher sur ses fondements (section 1), ainsi que sur ses définitions (section 2).

Section 1. Les fondements du *constructive trust*

39. **Plan** – Les interrogations touchant aux fondements du *constructive trust* mènent à se pencher sur leur identification (§1) et sur leur portée (§2).

§1. *L'identification des fondements*

40. **Plan** – L'identification des fondements du *constructive trust* se heurte à plusieurs théories, qui semblent irréconciliables. En effet, certaines théories excluent toute classification des fondements du *constructive trust* (A) quand bien même il semble possible d'en proposer (B).

A. *L'exclusion d'une classification*

41. **Deux thèses** – Il existe deux thèses excluant toute classification des fondements du *constructive trust*. D'un côté, il existe une thèse dite « sceptique » n'admettant aucun fondement, et d'un autre côté, il existe une thèse dite « radicale »¹⁸⁹, n'admettant qu'un seul fondement, ce qui revient à nier l'existence d'une classification.

42. **Thèse sceptique** – Selon la thèse sceptique, les fondements des *constructive trusts* ne peuvent pas être systématisés. Les *constructive trusts* n'ont pas un canevas pouvant justifier de manière cohérente des fondements par lesquels ils émergeraient¹⁹⁰. Cette conception peut être liée au fait que la catégorie des *constructive trusts* soit résiduelle¹⁹¹. Il existerait donc une multitude de situations et de fondements aux *constructive trusts*, variant au gré des espèces, sans qu'aucun principe ne puisse les lier¹⁹².

43. **Thèse radicale** – La thèse radicale considère que le *constructive trust* est fondé uniquement

¹⁸⁹ G. ELIAS, *Explaining Constructive Trusts*, coll. Clarendon Press, Oxford University Press, 1990, p. 150 s. : l'auteur qualifie ces thèses de « *sceptical thesis* » et de « *radical thesis* ».

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 150.

¹⁹¹ J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, *op. cit.*, p. 299 ; M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, n° 640.

¹⁹² M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, n° 641.

sur la restitution¹⁹³, due à l'enrichissement injuste¹⁹⁴. En droit anglais, le droit des restitutions est intrinsèquement lié à l'enrichissement injuste¹⁹⁵ et le *constructive trust* permet parfois d'opérer des restitutions sans lesquelles le *constructive trustee* s'enrichirait injustement¹⁹⁶. Cette thèse provient essentiellement des Etats-Unis, où l'enrichissement injuste est inhérent aux *constructive trusts*¹⁹⁷.

Cependant, il a été admis dans *Chase Manhattan Bank*¹⁹⁸ que les *constructive trusts* n'étaient pas identiques en Angleterre¹⁹⁹. Si la thèse radicale a influencé certains auteurs anglais²⁰⁰, elle est largement nuancée, notamment du fait que la relation entre enrichissement injuste et *constructive trust* soit complexe car ces deux notions sont difficiles à appréhender²⁰¹.

Il semble admis que l'enrichissement injuste soit un fondement des *constructive trusts*²⁰², comme dans les hypothèses de la répétition de l'indu et de l'annulation d'un contrat. Toutefois, il ne semble pas que l'enrichissement injuste soit le seul fondement des *constructive trusts*.

B. L'affirmation d'une classification

44. **Thèse des trois fondements** – Une théorie s'attache à démontrer que les situations dans lesquelles émergent les *constructive trusts* peuvent toujours être expliquées par un fondement²⁰³.

Les *constructive trusts* ont alors trois fondements. Ils ont pour objectif la « perfection », la « restitution » et la « réparation »²⁰⁴. Cependant, il convient de bien distinguer ces fondements entre

¹⁹³ G. ELIAS, *Explaining Constructive Trusts*, *op. cit.*, p. 155.

¹⁹⁴ Pour traduire « *unjust enrichment* », le terme « enrichissement injuste » est préféré au terme « enrichissement injustifié », car la **traduction** de « *unjust* » est « injuste » ; V. aussi *infra* n° 139 ; P. LEPAULLE, *Traité...*, *op. cit.*, p. 132.

¹⁹⁵ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *Goff & Jones ...*, *op. cit.*, n° 1-01 s. : le droit de l'enrichissement injuste (*Law of Unjust Enrichment*) est l'intitulé plus moderne du droit de la restitution (*Law of Restitution*) et la **différence** entre les deux est que l'enrichissement injuste est l'événement causant la restitution. R. DAVID, D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985, p. 346 s. : le droit de l'enrichissement injuste diffère du droit des quasi-contrats.

¹⁹⁶ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *Goff & Jones ...*, *op. cit.*, n° 38-36.

¹⁹⁷ Aux **Etats-Unis**, le *Restatement of the Law, Trusts*, The American Law Institute, 3^{ème} éd., 2003-2012, T. 1, p. 8, définit les *constructive trusts* grâce à l'enrichissement injuste et opère immédiatement un renvoi quant à leur régime juridique au *Restatement of the Law, Restitution and Unjust Enrichment*, The American Law Institute, 3^{ème} éd., 2011. Le **Canada** s'est éloigné de l'exemple des Etats-Unis en admettant que certains *constructive trusts* n'étaient pas fondés sur l'enrichissement injuste (*Soulos c. Korkontzilas* [1997] 2 RCS 217).

¹⁹⁸ [1981] Ch. 105, 122 s.

¹⁹⁹ *Chase Manhattan Bank* [1981] Ch. 105, 122 s. : les *constructive trusts* aux Etats-Unis sont fondés sur l'enrichissement injuste mais les règles anglaises sont différentes, car chaque système juridique a ses spécificités.

²⁰⁰ G. ELIAS, *Explaining Constructive Trusts*, *op. cit.*, p. 164 s. : l'auteur explique l'influence de la théorie radicale en Angleterre ; B. A. WORTLEY, « Le "trust" et ses applications modernes en droit anglais. » *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 14 N°4, Octobre-décembre 1962, p. 701 ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, n° 268 ; J. PERRIN, *Le Trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg – Etude de droit comparé et de droit international privé*, coll. « Comparativa 77 », Librairie Droz, 2006, n° 191 : le Tribunal fédéral Suisse « a rapproché de la notion d'enrichissement illégitime un *constructive trust* » (19 nov. 2001, cause 5C.169/2001, X. c. USA).

²⁰¹ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *Goff & Jones...*, *op. cit.*, n° 38-02.

²⁰² *Re D&D Wines International Ltd. (In Liquidation)* [2016] UKSC 47, 30.

²⁰³ Cependant, il n'est pas possible d'expliquer pourquoi une situation ne répondant pas à l'un de ces fondements n'entraîne pas la naissance d'un *constructive trust* ; G. ELIAS, *Explaining Constructive Trusts*, *op. cit.*, p. 5 : « *There is no intrinsic reason why a rule which does not further any of the three aims could not be a rule on constructive trusts; all that is being suggested is that it is just so happens that the rules on constructive trusts do further the three aims.* ».

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 4 et p. 149 : « *perfection aim* », « *restitution aim* » et « *reparation aim* ».

eux pour les appliquer à leur juste valeur²⁰⁵. Par exemple, l'enrichissement injuste est un fondement permettant d'expliquer presque tous les *constructive trusts*, mais il ne doit être retenu que dans les cas où il prime sur les autres fondements.

45. **Appréciation** – Tout d'abord, la « perfection »²⁰⁶ permet de parfaire un engagement auquel il manque des conditions de validité et qu'une partie voudrait remettre en cause. En effet, ce fondement renvoie aux *constructive trusts* qui émergent afin de protéger la volonté des parties. Si des parties se sont engagées dans un sens, alors le *constructive trust* permet d'imposer aux parties de respecter leur engagement²⁰⁷. Ainsi, le fondement ne semble pas être tellement de parfaire un engagement, mais plutôt de protéger la volonté des parties à un engagement²⁰⁸.

Ensuite, le fondement de la restitution est plutôt général car les restitutions peuvent avoir un objet monétaire²⁰⁹ ou non monétaire²¹⁰. Elles permettent de restituer à une personne un bien ou un gain. En réalité, il est possible de soutenir que le fondement est plutôt la rectification de l'enrichissement injuste au moyen de la restitution.

Enfin, le troisième fondement permet à une personne de demander réparation du préjudice qu'elle a subi. Ce fondement semble difficile à appréhender car il pourrait, par exemple, attirer le paiement indu²¹¹. Pour éviter les difficultés, l'opposabilité pourrait remplacer ce fondement dans le cadre d'une nouvelle théorie²¹².

46. **Thèse (proposition)** – Une nouvelle classification peut être proposée²¹³.

D'une part, il existe des *constructive trusts* émergeant dans des rapports entre des parties déjà liées entre elles. Ceux-ci peuvent être divisés en deux fondements qui sont la protection de la volonté des parties à un arrangement²¹⁴, ainsi que la rectification de l'enrichissement injuste²¹⁵.

D'autre part, des *constructive trusts* naissant dans les rapports avec des tiers à un arrangement. Le fondement est alors l'opposabilité de l'arrangement par les parties aux tiers ou par les tiers aux parties, grâce au *constructive trust*. Par exemple, le *constructive trust* permet protéger des tiers à un contrat dans le cas des *licences*²¹⁶. Le fondement de l'opposabilité permet aussi d'inclure des situations difficiles à classer, comme celle où une personne est responsable en tant que *constructive trustee* mais sans qu'un *constructive trust* n'émerge²¹⁷.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 146 : « “furthering the three aims rationally” includes “giving every other good aim its due” ».

²⁰⁶ Sur l'utilisation de ce terme, cf. *supra* note 82.

²⁰⁷ Par ex., le *constructive trust* dans le cas de l'exécution en nature, cf. *supra* n° 18 s.

²⁰⁸ Cf. *supra* n° 17 s.

²⁰⁹ Par ex., le cas des profits secret, cf. *supra* n° 36.

²¹⁰ Par ex., le renouvellement d'un bail ; cf. *supra* n° 35 ; *Keech v Sandford* (1726) Sel Cas Ch 61.

²¹¹ *Chase Manhattan Bank* [1981] Ch. 105 ; G. ELIAS, *Explaining Constructive Trusts*, *op. cit.*, p. 28 ; cf. *supra* n°29.

²¹² Cf. *supra* n° 45 et *infra* n° 46.

²¹³ Cette classification est aussi cohérente avec les équivalents français du *constructive trust*, cf. *infra* n° 123 s.

²¹⁴ Cf. *supra* n° 17 s. et n° 45.

²¹⁵ Cf. *supra* n° 27 s.

²¹⁶ Cf. *supra* n° 15.

²¹⁷ Cf. *infra* n° 68 s.

§2. La portée des fondements

47. **Plan** – La portée des fondements du *constructive trusts* mène à tracer ses frontières. Si le droit anglais exclue les *constructive trusts* curatifs (A), certains fondements permettent, au contraire, une extension de la catégorie (B).

A. L'exclusion des *constructive trusts* curatifs

48. **Distinction** – Généralement, deux types de *constructive trusts* sont distingués. Le *constructive trust* peut être vu comme une institution ou comme un « remède »²¹⁸. Ces deux formes ont des conséquences différentes et sont distinguées selon le rôle du juge et le moment de leur émergence²¹⁹. En effet, le *constructive trust* institutionnel (« *institutional* ») « naît de plein droit à compter de la date des circonstances qui le créent : la fonction du juge est simplement de déclarer que ce *trust* a pris naissance dans le passé »²²⁰. En revanche, le juge a un pouvoir discrétionnaire dans le cas d'un *constructive trust* curatif (« *remedial* »), puisqu'il crée un intérêt équitable²²¹ et il accorde un *constructive trust* à partir du moment où il le souhaite (donc potentiellement avant la date de sa décision)²²².

49. **Fondements possibles** – Le *constructive trust* curatif est particulier en ce qu'il permet d'étendre les fondements du *constructive trust*.

Par exemple, aux Etats-Unis, le *constructive trust* est lié au fait qu'il soit un instrument au service de la restitution, c'est-à-dire de lutte contre l'enrichissement injuste²²³. Au Canada, il existe deux fondements aux *constructive trusts* curatifs qui sont, soit l'enrichissement injustifié²²⁴, soit un comportement fautif²²⁵. En Australie, le *constructive trust* curatif semble être fondé sur la conscience du défendeur²²⁶ et il permet notamment de dissuader certains comportements et de lutter contre l'enrichissement injuste²²⁷.

50. **Rejet des *remedial constructive trusts*** – Le *constructive trust* curatif n'existe pas en droit

²¹⁸ M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., n° 640.

²¹⁹ Y. K. LIEW, « Reanalysing institutional and remedial constructive trusts », *Cambridge Law Journal*, (2016), 528, 529 s.

²²⁰ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] AC 669, 714.

²²¹ G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, op. cit., p. 595-596.

²²² C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *Goff & Jones...*, op. cit., n° 38-17.

²²³ *Restatement of the Law, Trusts*, op. cit. ; *Restatement of the Law, Restitution and Unjust Enrichment*, op. cit. ; cf. *supra* n°43.

²²⁴ *Peter c. Beblow* [1993] 1 RCS 980 : le *constructive trust* curatif est un remède à l'enrichissement injustifié et émerge « lorsque le versement de dommages-intérêts n'est pas suffisant et qu'il y a un lien entre la contribution à la base de l'action et le bien qui serait grevé ».

²²⁵ *Soulos c. Korkontzilas* [1997] 2 RCS 217 : le *constructive trust* curatif est un remède à un comportement fautif si quatre conditions sont réunies.

²²⁶ *Muschinski v Dodds* (1985) 10 CLR 583 : « unconscionability ».

²²⁷ *Grimaldi v Chameleon Mining (No 2)* [2012] 287 ALR 22.

anglais²²⁸, même si certains juges ne sont pas opposés à son introduction²²⁹. La Cour suprême²³⁰ et le *Court of Appeal*²³¹ l'ont expressément rejeté, car les *constructive trusts* curatifs donnent un pouvoir discrétionnaire trop important au juge et ils ont des conséquences graves²³². Ces *trusts* permettraient aux juges de « jouer à Dieu »²³³, parce qu'ils peuvent décider d'accorder un *constructive trust* à une personne, qui deviendra à terme propriétaire d'un bien²³⁴. Toutefois, certaines analyses tentent de démontrer que le *constructive trust* curatif existerait en droit anglais.

B. L'extension des constructive trusts

51. **Fondements vagues** – Tout d'abord, un certain nombre de fondements du *constructive trust* sont vagues parce qu'ils ont une connotation morale. Ils permettent alors une extension de son domaine. Par exemple, Lord Browne-Wilkinson a considéré que le *constructive trust* institutionnel émergeait par opération du droit, car il naissait en raison de la conduite d'une personne, conduite qui était contraire à sa « conscience »²³⁵. Le fondement de la « conscience » est retenu dans d'autres pays, comme en Australie, pour déterminer l'émergence d'un *constructive trust* curatif²³⁶.

52. **Intention commune** – Ensuite, il existe une catégorie de *constructive trusts* dite d'intention commune (*common intention*). Dès lors que des parties à un arrangement ont une intention commune à ce qu'un bien leur profite à toutes, un *constructive trust* émerge afin de les obliger à respecter cet arrangement. Le *joint-venture constructive trust* en droit des affaires est un exemple de *constructive trust* d'intention commune²³⁷. Ce dernier est tellement difficile à classer qu'un auteur l'a même analysé en un *constructive trust* curatif fondé sur l'enrichissement injuste²³⁸.

53. **Nature des droits** – Une approche fondée sur la distinction entre droits primaires et droits

²²⁸ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] AC 669, 714 s. ; *FHR European Ventures* [2014] UKSC 45, 47.

²²⁹ Lord Mustill, *In Re Goldcorp Exchange Ltd.* [1995] 1 AC 74, 102 ; Lord Browne-Wilkinson, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] AC 669.

²³⁰ *Re D&D Wines International Ltd. (In Liquidation)* [2016] UKSC 47.

²³¹ *Halifax Building Society v Thomas and another* [1996] Ch 217 (CA) ; *Re Polly Peck International plc (in liquidation) (No 2)* [1998] EWCA Civ 3.

²³² T. ETHERTON, « Constructive trusts: a new model for equity and unjust enrichment », *Cambridge Law Journal*, (2008), 265 : le *constructive trust* curatif peut apporter de l'insécurité juridique aux opérations commerciales.

²³³ S. WORTHINGTON, « Four questions on fiduciaries », *op. cit.*, 36 : « play God ».

²³⁴ Cf. *infra* n° 67.

²³⁵ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] AC 669, 705 : « unconscionable conduct » ; P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, *op. cit.*, p. 7 : il s'agit sûrement d'un **principe directeur sans définition** ; G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, *op. cit.*, p. 601 : ce critère implique peut-être la prise en considération d'une **faute** sans indiquer quel degré de faute est requis.

²³⁶ Cf. *supra* n° 49.

²³⁷ *Crossco No.4 Unlimited & Ors v Jolan Limited & Ors* [2011] EWCA civ 1619 ; R. CLEMENTS, A. ABASS, *Equity and Trusts*, *op. cit.*, p. 101, 408 ; P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, *op. cit.*, p. 432 s. ; cf. *supra* n° 15.

²³⁸ T. ETHERTON, « Constructive trusts: a new model for equity and unjust enrichment », *op. cit.*, 271 s.

secondaires²³⁹, et non sur les fondements des *constructive trusts*, permettrait d'arriver à la conclusion que le droit anglais reconnaît les *constructive trusts* curatifs. Le bénéficiaire d'un *trust* a un droit primaire qui consiste à exclure toutes les personnes non bénéficiaires du *trust* de la jouissance du bien du *trust*. Le bénéficiaire a aussi un droit secondaire qui est conçu comme un remède (« *remedial* ») à la violation du droit primaire et qui est accordé par le juge²⁴⁰.

Cependant, un autre droit peut être envisagé et il implique une transformation (« *transformative remedies* »)²⁴¹. Il s'agit alors de créer une nouvelle relation entre des parties et celle-ci altère significativement leurs droits préexistants. Le juge a un pouvoir discrétionnaire bien plus important dans cette situation que dans le cas où il accorde un droit secondaire. Les *constructive trusts* curatifs seraient dès lors admis en droit anglais en ce qu'ils accordent des droits secondaires, mais ils seraient rejetés dans les cas où ils auraient un effet transformateur.

54. **Nouveau modèle** – Lord Denning MR a proposé d'introduire un « nouveau modèle »²⁴² de *constructive trust*. Ce *trust* devrait être imposé si « la justice et la bonne conscience »²⁴³ l'exigeaient. Ces fondements ont été critiqués comme étant particulièrement vagues²⁴⁴. Cependant, ce nouveau modèle a été suivi par certains juges, par exemple dans le cas des *licences*, qui peuvent entraîner l'émergence d'un *constructive trust* au bénéfice du tiers. Dans un premier temps, il n'a pas été requis de circonstances très spéciales révélant la volonté de l'acquéreur d'assumer une nouvelle responsabilité à l'égard de ces tiers²⁴⁵. Il pouvait donc être considéré que ces *trusts* pouvaient avoir des effets plus vigoureux que les *constructive trusts* curatifs²⁴⁶. Néanmoins, le nouveau modèle est aujourd'hui restreint²⁴⁷.

Ainsi, il existe des difficultés de compréhension des fondements du *constructive trust*, qui ne sont pas sans faire échos aux difficultés concernant ses définitions.

Section 2. Les définitions du *constructive trust*

55. **Plan** – La sécurité juridique requiert la définition précise des mécanismes juridiques afin d'éviter l'instabilité du droit positif²⁴⁸. Cependant, les *trusts* et *constructive trusts* semblent révéler

²³⁹ La distinction entre « *primary rights* » et « *secondary rights* » est débattue en droit anglais et elle est transversale ; par ex. en droit des délits civils (*torts*), le droit secondaire est le droit résultant d'une violation du droit primaire et il peut donner droit à des dommages-intérêts ; R. STEVENS, *Torts and Rights*, Oxford University Press, 2007 ; D. NOLAN, A. ROBERTSON, *Rights and Private Law*, Hart Publishing, 2011.

²⁴⁰ R.C. NOLAN, « Equitable Property », *The Law Quarterly Review*, (2006), 232, 233.

²⁴¹ Y. K. LIEW, « Reanalysing institutional and remedial constructive trusts », *op. cit.*, 536 et 548.

²⁴² *Eves v Eves* [1975] 1 WLR 1338, 1341 : « *new model* ».

²⁴³ *Hussey v Palmer* [1972] 1 WLR 1286, 1289 et 1290 : « *justice and good conscience* ».

²⁴⁴ P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, *op. cit.*, p. 328.

²⁴⁵ *Ashburn Anstalt v Arnold* [1989] Ch 1 ; cf. *supra* n° 15.

²⁴⁶ *Hanbury and Martin: Modern Equity*, *op. cit.*, p. 337 ; P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, *op. cit.*, p. 431.

²⁴⁷ Par ex., dans le cas des *licences*, *Ashburn Anstalt v Arnold* [1989] Ch 1 ; par ex., dans le cas des droits des conjoints cohabitant dans un immeuble, *Stack v Dowden* [2007] 2 WLR 831, *Jones v Kernott* [2011] UKSC 53.

²⁴⁸ *AIB Group (UK) Plc v Mark Redler & Co Solicitors (n 4)* [2014] UKSC 58 : « *Legal analysis is as important in equity as in the common law.* » (nous soulignons) ; S. WORTHINGTON, « Four questions on fiduciaries », *op. cit.*, 23.

la tendance « habituelle »²⁴⁹ du droit anglais à concevoir des mécanismes sans les définir précisément. S'il est proposé d'avoir une approche pragmatique pour définir les *trusts* et les *constructive trusts*²⁵⁰, il n'en demeure pas moins que les règles d'équité anglaise sont entourées d'un certain « mystère »²⁵¹ qu'il convient de percer en étudiant la définition générale du *trust* (A), puis la définition particulière du *constructive trust* (B).

§1. La définition générale du trust

56. **Plan** – Pour définir le *trust*, il faut décrire le mécanisme du *trust* (A), avant d'affiner la définition avec la nature de l'intérêt du bénéficiaire (B).

A. L'originalité du mécanisme

57. **Définition** – Le *trust* est un mécanisme difficile à définir mais il est certain qu'il repose sur la dualité entre l'équité et le droit (*common law*)²⁵².

Tout d'abord, Lord Browne-Wilkinson a posé quatre règles fondamentales qu'il considérait s'appliquer à tous les *trusts*²⁵³. Premièrement, « l'équité fonctionne (opère) selon la conscience » du propriétaire (*trustee*). Deuxièmement, le *trust* émerge au moment où la « conscience » du propriétaire est « affectée », « touchée », c'est-à-dire au moment où il n'ignore plus les faits pouvant donner naissance à un *trust*. Troisièmement, en principe, un *trust* ne peut être imposé que s'il peut porter sur un bien « identifiable ». Quatrièmement, le bénéficiaire d'un *trust* a un « intérêt » en équité concernant le bien du *trust*. Cependant, ces règles ne sont pas sans poser des difficultés, car elles ne constituent pas une véritable définition, mais plutôt des principes directeurs et peuvent être contestées²⁵⁴.

En outre, de nombreuses définitions ont été proposées. Elles semblent insuffisantes car conçues trop en lien avec les *trusts* exprès, comme celles de la Convention de La Haye sur les *trusts*²⁵⁵ et du droit fiscal français²⁵⁶. Il peut être retenu que le *trust* émerge quand « une personne

²⁴⁹ S. WORTHINGTON, « Four questions on fiduciaries », *op. cit.*, 24 : l'auteur cite Lord MILLETT, « *Equity's Place in the Law of Commerce* » (1998) 114 LQR 214, 218 : « *as usual we [the English] have tried to muddle through without attempting a definition, believing that anyone can recognize a fiduciary when he sees one* » (nous soulignons).

²⁵⁰ P. G. TURNER, « Understanding the constructive trust between vendor and purchaser », *op. cit.*, 599.

²⁵¹ S. WORTHINGTON, « Four questions on fiduciaries », *op. cit.*, 23 : « *mystique and mystery* ».

²⁵² Cf. *supra* n° 3.

²⁵³ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] AC 669, 705.

²⁵⁴ Par ex. sur l'utilisation du terme « conscience », cf. *supra* n° 51 s.

²⁵⁵ Convention de la Conférence de La Haye de droit international privé du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, art. 2 : « le terme '*trust*' vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant (...) lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. » puis l'article poursuit en énumérant les caractéristiques du *trust* ; sur les *trusts* exprès, cf. *infra* n° 65.

²⁵⁶ CGI, art. 792-0 bis, I - 1. : « Pour l'application du présent code, on entend par *trust* l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un Etat autre que la France par une personne qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé. »

(*trustee*) est propriétaire en son nom de biens (...) mais ne peut pas tirer avantage de cette propriété de manière générale (...) [car] elle doit détenir ces biens pour une autre personne (bénéficiaire) »²⁵⁷.

58. **Définition négative** – Le *trust* est une institution distincte de tout autre mécanisme juridique²⁵⁸. Par exemple, il n'est pas un contrat²⁵⁹ et n'a pas la personnalité morale²⁶⁰.

Le *trust* n'est pas non plus un patrimoine d'affectation²⁶¹. Cependant, cette théorie²⁶² a influencé plusieurs législations²⁶³. En revanche, la notion de patrimoine est plutôt méconnue des pays de *common law* et cette théorie ne rend pas compte de l'importance des parties au *trust*²⁶⁴. Par ailleurs, cette théorie ne semble pas en accord avec la nature de l'intérêt du bénéficiaire.

B. La nature de l'intérêt du bénéficiaire

59. **Droit du bénéficiaire** – La nature de l'intérêt (ou du droit) du bénéficiaire est débattue alors même qu'il pourrait s'agir de l'élément central de la définition du *trust*²⁶⁵. En effet, le *trust* ne peut exister que si le bénéficiaire a des droits qu'il peut exécuter contre le *trustee*²⁶⁶ et ces droits varient selon le type de *trust* dont il est question²⁶⁷.

Il est incertain si le bénéficiaire a un droit réel sur le bien du *trust* ou un droit personnel contre le *trustee* et pourtant cette distinction n'est pas inconnue en droit anglais²⁶⁸. Il est souvent fait référence à des droits ou des intérêts de nature « *proprietary* »²⁶⁹, mais il ne semble pas s'agir

²⁵⁷ Définition proposée par l'Université d'Oxford :

<https://www.law.ox.ac.uk/admissions/options?year=All&programme=7957> .

²⁵⁸ L. D. SMITH, « Trust and Patrimony », *op. cit.*, n° 24 : le *trust* « cannot be understood in terms of other institutions ».

²⁵⁹ J.-P. BERAUDO, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, coll. droit des affaires, LGDJ, 1992, n° 34 s.

²⁶⁰ L. D. SMITH, « Trust and Patrimony », *op. cit.*, n° 22 s.

²⁶¹ P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, *op. cit.*, p. 29, note 22 : même s'il est vrai qu'en principe le *trustee* doit détenir les biens issus du *trust* séparés de ses biens propres, personnels.

²⁶² Cette théorie est l'œuvre de P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne...*, *op. cit.*, p. 31 : « (...) le *trust* est une institution juridique qui consiste en un patrimoine indépendant de tout sujet de droit et dont l'unité est constituée par une affectation qui est libre dans les limites des lois en vigueur et de l'ordre public. ».

²⁶³ Le droit québécois et le droit français semblent en être des exemples ; L. D. SMITH, « Trust and Patrimony », *op. cit.*, n° 4 ; C. civ., art. 2011 s.

²⁶⁴ L. D. SMITH, « Trust and Patrimony », *op. cit.*, n° 6-7.

²⁶⁵ Il est soutenu que connaître la nature de cet intérêt serait une question purement **académique**, car le régime du *trust* est plutôt clair, R. CLEMENTS, A. ABASS, *Equity and Trusts*, *op. cit.*, p. 29. Par ailleurs, les chanceliers, en accordant des droits, ne se sont certainement jamais posés la question de savoir si ces droits étaient personnels ou réels : « *Did the Chancellor ask himself what sort of right he was giving (...) ? Probably not.* », F. W. MAITLAND, *Equity, a course of lectures*, *op. cit.*, p. 30.

²⁶⁶ *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241, 253 « (...) there is an irreducible core of obligations owed by the trustees to the beneficiaries and enforceable by them which is fundamental to the concept of a trust. If the beneficiaries have no rights enforceable against the trustees there are no trusts. ».

²⁶⁷ Cf. *infra* n° 67.

²⁶⁸ Par ex., R. CLEMENTS, A. ABASS, *Equity and Trusts*, *op. cit.*, p. 29.

²⁶⁹ Par ex., *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] AC 669, 705 : « *proprietary interest* ».

« techniquement »²⁷⁰ de droits réels ou d'un droit de propriété²⁷¹.

60. **Droit réel** – La règle selon laquelle le bénéficiaire peut exiger du *trustee* qu'il lui transfère la propriété du bien serait une illustration de la nature réelle de l'intérêt du bénéficiaire, car elle montrerait que le bénéficiaire est propriétaire en équité du bien²⁷².

Ensuite, le procédé du *tracing* permet au bénéficiaire d'un *trust*, dans le contexte d'une fraude à ses droits, d'identifier un nouveau bien en substitution d'un bien du *trust* qui aurait été aliéné par le *trustee*. Le but de ce procédé est de demander la restitution ou la valeur du bien²⁷³. Ce procédé peut être à la fois comparé à un droit personnel²⁷⁴ et à un droit réel²⁷⁵. Il est aussi relatif car le bénéficiaire perd le bénéfice de ce procédé si le bien a été transmis à un acheteur de bonne foi²⁷⁶.

En outre, dans *Baker v Archer-Shee*, il a été décidé que le bénéficiaire d'un *trust* était redevable de l'impôt sur les plus-values issues de la gestion du bien du *trust* (donc comme s'il en était propriétaire). Néanmoins, il a aussi été précisé à cette occasion que « le *trustee* a[vait] la pleine propriété de l'ensemble des biens du *trust* et pas le bénéficiaire »²⁷⁷.

Enfin, « un démembrement horizontal entre la *propriété légale* et la *propriété bénéficiaire* »²⁷⁸ ne caractérise pas le *trust*²⁷⁹.

61. **Droit personnel** – Le *trust* semble résulter d'une « distorsion » du droit des obligations et pas d'un démembrement de la propriété entre un « titre légal » et un « titre équitable »²⁸⁰. Ainsi, la nature du droit du bénéficiaire est personnelle²⁸¹. Le droit de la responsabilité délictuelle semble le justifier, puisque dans le cas où un tiers cause un dommage au bien du *trust*, le *trustee* peut agir contre le tiers, mais pas le bénéficiaire. Le bénéficiaire ne peut agir que s'il joint le *trustee* à la

²⁷⁰ G. ELIAS, *Explaining Constructive Trusts*, *op. cit.*, p. 8 ; L. D. SMITH, « Trust and Patrimony », *Revue générale de droit*, t. 38 n° 2, 2008, p. 379, n° 15-16 ; B. A. WORTLEY, « Le 'trust' et ses applications modernes en droit anglais. » *op. cit.*, p. 702 ; J. EDELMAN, « Two fundamental questions for the law of trusts », *The Law Quarterly Review*, (2013), 66, 74 : l'auteur dénonce une **confusion des notions** de « *proprietary right* » et « *ownership* » en droit (*common law*) et en équité.

²⁷¹ L'incertitude à ce sujet résulte notamment de la jurisprudence qui a considéré que les *trusts* discrétionnaires, en vertu desquels le *trustee* a le pouvoir de choisir les bénéficiaires du *trust*, ne donnaient pas des droits de nature « *proprietary* » aux bénéficiaires, *Gartside v IRC* [1968] AC 553, 617 s.

²⁷² *Saunders v Vautier* (1841) 4 Beavan 115 : si le bénéficiaire en a la capacité (adulte, ...) et qu'il dispose de son intérêt en tant que bénéficiaire (il n'est pas contingent à une condition, ...), alors le bénéficiaire peut mettre fin au *trust* ; P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, *op. cit.*, p. 519 ; R. CLEMENTS, A. ABASS, *Equity and Trusts*, *op. cit.*, p. 29.

²⁷³ *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102, 127 : « *Tracing is the process of identifying a new asset as the substitute for the old.* ».

²⁷⁴ F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, n° 642 s. : l'auteur le compare à l'action paulienne.

²⁷⁵ M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, n° 827 : l'auteur le traduit par droit de suite.

²⁷⁶ *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102, 127 : « *bona fide purchaser for value without notice* » (l'acquéreur de bonne foi du bien, à titre onéreux et sans connaissance du *trust* et des droits du bénéficiaire).

²⁷⁷ *Baker v Archer-Shee* [1927] AC 844, 850.

²⁷⁸ F. TRIPET, *Trusts patrimoniaux anglo-saxons et droit fiscal français*, Litec, 1989, p. 1.

²⁷⁹ B. A. WORTLEY, « Le "trust" et ses applications modernes en droit anglais. » *op. cit.*, p. 702 ; cf. *supra* n° 59 sur la signification de « *proprietary* ».

²⁸⁰ L. D. SMITH, « Trust and Patrimony », *op. cit.*, n° 15-16.

²⁸¹ J. EDELMAN, « Two fundamental questions for the law of trusts », *op. cit.*, 72 : « (...) *the nature of the interest of the beneficiary under a trust (...) is an interest or encumbrance upon the rights held by the trustee.* » (« la nature de l'intérêt du bénéficiaire » est « un intérêt ou une charge sur les droits détenus par le *trustee* »).

procédure, car il n'est pas propriétaire du bien²⁸². De surcroît, les juges anglais se sont reconnus compétents pour reconnaître des *trusts* dans des affaires ayant une dimension internationale²⁸³, notamment dans des cas de constitution de *trusts* sur des immeubles situés à l'étranger, ce qui ne semble pas possible si le bénéficiaire a un droit réel sur les immeubles²⁸⁴. Enfin, le terme « *trust* » signifie « confiance »²⁸⁵, ce qui conforterait l'idée que le *trust* soit principalement une relation entre le propriétaire d'un bien, *trustee*, et un bénéficiaire²⁸⁶.

62. **Autres théories** – Le bénéficiaire pourrait aussi être celui qui détient « des droits sur les droits que le *trustee* détient sur les biens du *trust* »²⁸⁷.

Il est aussi possible de considérer que le *trust* a deux dimensions, réelle et personnelle qui confèrent ces deux types de droits au bénéficiaire²⁸⁸ ou alors qu'il existe une catégorie intermédiaire entre les droits réels et personnels²⁸⁹.

63. **Approche opportuniste** – Somme toute, le droit anglais semble avoir une approche opportuniste et souple, dépassant la distinction entre droit réel et droit personnel²⁹⁰. La qualification de « *proprietary* » est peut-être inexacte mais elle est utile, dans le sens où elle impose à un *trustee* d'exécuter ses obligations en nature plutôt que par équivalent²⁹¹. Elle permet aussi de bénéficier de quelques avantages, comme dans le cas de l'insolvabilité du *trustee*, où le bénéficiaire peut récupérer les biens constituant le *trust* avant tout autre créancier du *trustee*²⁹². Un autre exemple est la possibilité pour le bénéficiaire de bénéficier de la plus-value réalisée par le *trustee* avec le bien du *trust*²⁹³. Le procédé du *tracing* permet aussi d'opposer à de nombreux tiers l'existence du *trust*.

²⁸² *Shell U.K. Ltd. v Total U.K. Ltd.* [2010] EWCA Civ 180 : si le *trustee* est joint à l'action, le bénéficiaire peut agir pour tous les dommages subis, même ceux qu'il est le seul à avoir subi.

²⁸³ *Akers and others v Samba Financial Group* [2017] UKSC 6, 34 : « (...) in the eyes of English law, a trust may be created, exist and be enforceable in respect of assets located in a jurisdiction, the law of which does not recognise trusts in any form ».

²⁸⁴ *Webb v Webb* [1991] 1 WLR 1410. L'article 16 de la **Convention de Bruxelles** du 27 sept. 1968 (72/454/CEE) concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dispose qu'en « matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État contractant » où l'immeuble est situé sont compétents. Les tribunaux anglais se reconnaissent compétents dans les affaires concernant les *trusts* constitués sur des immeubles à l'étranger, ce qui signifie que le bénéficiaire n'a pas un droit de nature réelle.

²⁸⁵ D. TALLON, « Trust », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 1487.

²⁸⁶ B. A. WORTLEY, « Le “trust” et ses applications modernes en droit anglais. » *op. cit.*, p. 702 : « Le *trust* repose sur la confiance donnée et acceptée. » Il pourrait être ajouté que le **bénéficiaire fait confiance au trustee** et pas aux biens du *trust*.

²⁸⁷ L. D. SMITH, « *Trust and Patrimony* », *op. cit.*, 2.

²⁸⁸ P. JAFFEY, « Explaining the Trust », *The Law Quarterly Review*, (2015), 377 ; C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *Goff & Jones ...*, *op. cit.*, 38-09 et s. ; P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts ...*, *op. cit.*, p. 485 s.

²⁸⁹ P. JAFFEY, « Explaining the Trust », *op. cit.*, p. 383 : « *persistent right* » (le « droit persistant », « permanent »).

²⁹⁰ En vertu de l'adage « **equity acts in personam** », il est reconnu que, historiquement, le Chancelier a accordé un droit personnel contre le *trustee*, mais ce droit a aussi aujourd'hui une nature réelle ; J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, *op. cit.*, p. 18-19.

²⁹¹ G. ELIAS, *Explaining Constructive Trusts*, *op. cit.*, p. 35 : l'auteur oppose l'exécution en nature (accorder au bénéficiaire des droits de nature « *proprietary* ») à l'exécution par équivalent (accorder au bénéficiaire des obligations monétaires ; « *obligation to pay cash* »).

²⁹² *Insolvency Act 1983*, s. 283(3)(a) ; *Southern Pacific Mortgages Ltd. v Scott* [2015] AC 385 ; *National Crime Agency and others v Robb*, [2015] Ch. 520, 51 ; G. ELIAS, *Explaining Constructive Trusts*, *op. cit.*, p. 115 s.

²⁹³ J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, *op. cit.*, p. 676 ; cf. *supra* n° 36.

Le droit du bénéficiaire apparaît donc comme un droit personnel, avec quelques effets réels. La difficulté de définir le *trust* rejoint celle de définir le *constructive trust*.

§2. La définition particulière du *constructive trust*

64. **Plan** – La définition particulière du *constructive trust* permet de distinguer les authentiques *constructive trusts* (A), des *constructive trustees* factices (B).

A. Les authentiques *constructive trusts*

65. **Classification des *trusts*** – Tous les *trusts* renvoient à une relation entre un *trustee* et un bénéficiaire. Le *constructive trust* est une des espèces principales du genre du *trust* comme le sont aussi les *trusts* exprès, les *trusts* implicites et les *trusts* par retour.

Les *trusts* exprès (*express trusts*) sont créés intentionnellement par un constituant²⁹⁴. Les *trusts* implicites ou non exprès (*implied trusts*)²⁹⁵ sont une espèce de *trust* dont l'existence est discutée²⁹⁶. Le *trust* par retour (*resulting trust*) est le *trust* par lequel une personne transfère la propriété ou l'intérêt équitable concernant un bien, mais l'intérêt équitable lui fait retour²⁹⁷, soit de manière automatique²⁹⁸, soit par l'effet d'une présomption réfragable²⁹⁹. La frontière de ce *trust* avec le *constructive trust* est difficile à cerner³⁰⁰.

66. « **Constructive** » – Le terme de « *constructive* » est particulier³⁰¹. En effet, le terme devrait renvoyer à l'interprétation d'une situation pour la traiter en un certain sens (autrement dit, il faudrait faire comme si la situation devait être interprétée en un *trust*)³⁰², ce qui peut renvoyer à la notion de fiction. Cependant, le *constructive trust* n'est pas un *trust* fictif³⁰³, car il est un vrai *trust*³⁰⁴.

67. **Constructive trust** – Le *constructive trust* est particulier par sa notion et ses effets.

²⁹⁴ En principe, les *trusts* exprès naissent à condition que l'intention du constituant, le bien constituant la matière du *trust* et les bénéficiaires (objets du *trust*) soient établis avec certitude ; *Knight v Knight* (1840) 3 Beav 148, 173.

²⁹⁵ *Cook v Fountain* [1676] 36 ER 984, 987 ; B. A. WORTLEY, « Le “*trust*” et ses applications modernes en droit anglais. » *op. cit.*, p. 701.

²⁹⁶ Il n'est pas établi si les *trusts* non exprès sont de véritables *trusts* ou une catégorie générique incluant les *resulting* et *constructive trusts* ; par ex., le *Law Property Act*, s. 53(2) suggère qu'il s'agirait d'un *trust* distinct.

²⁹⁷ *In Re Vandervell's Trusts (No. 2)* [1974] Ch 269.

²⁹⁸ *Vandervell Appellant v IRC* [1967] 2 WLR 87.

²⁹⁹ *Fowkes v Pascoe* (1875) 10 Ch App 343.

³⁰⁰ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *Goff & Jones... , op. cit.*, 38-44 : les auteurs ont proposé d'abandonner la terminologie de « *resulting* » et « *constructive* » *trust* dans les situations d'enrichissement injuste pour le terme de « *restitutionary trust* » (*trusts* de restitution).

³⁰¹ V. l'étymologie du terme, n° 12.

³⁰² L. D. SMITH, « *Constructive trusts and constructive trustees* », *Cambridge Law Journal*, (1999), 294, 294 s.

³⁰³ *Chase Manhattan Bank* [1981] Ch 105, 124 : le *constructive trust* est analysé comme une fiction aux Etats-Unis ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, n° 268.

³⁰⁴ L. D. SMITH, « *Constructive trusts and constructive trustees* », *op. cit.*, 296 et s. : le terme de « *constructive* » est utilisé de manière anormale en ce qui concerne les *constructive trusts*.

D'une part, il émerge de plein droit, c'est-à-dire par opération du droit et indépendamment de la volonté des parties³⁰⁵. Le *constructive trust* anglais est avant tout institutionnel et le rôle du juge est de déclarer son existence³⁰⁶. Cependant, il ne faut pas omettre l'existence des *constructive trusts* d'intention commune³⁰⁷ et, de manière générale, les graves conséquences du *constructive trust*³⁰⁸.

D'autre part, même si le *trustee* a l'obligation de transférer la propriété du bien du *trust* au bénéficiaire, les obligations du *constructive trustee* ne sont pas toutes identiques à celles des *trustees* d'autres formes de *trusts*³⁰⁹. Enfin, il convient de distinguer les *trustees* des *constructive trusts* d'autres situations où est utilisé le terme de « *constructive trustee* ».

B. Les constructive trustees factices

68. **Distinction** – Un arrangement est généralement opposable aux tiers et les *trusts*, ainsi que les relations fiduciaires, ne font pas exception à ce principe. Cependant, un tiers peut être parfois le complice d'une personne dans la violation de ses obligations de *trustee*, ou de fiduciaire. Le juge peut alors décider que le tiers soit responsable comme s'il était un *constructive trustee* (*liable to account as a constructive trustee*).

Toutefois, la qualification du tiers en *constructive trustee* est à relativiser, car elle est une simple « formule »³¹⁰. En effet, cette qualification semble fictive³¹¹ en ce sens qu'aucun véritable *constructive trust* n'émerge. Il existe donc « d'authentiques » *constructive trusts* émergeant par opération du droit et dans lesquels il y a de véritables *constructive trustees*. Ils sont à distinguer des situations frauduleuses où aucun *constructive trust* n'émerge, mais où une personne fautive est responsable en tant que *constructive trustee*. Cette responsabilité est personnelle et accessoire³¹². Elle est avantageuse pour le bénéficiaire du *trust* car elle lui permet d'exiger au tiers de rendre compte, c'est-à-dire de réparer les pertes subies par le *trust*, même si le tiers n'a jamais eu ou n'a plus le bien en sa possession.

69. **Illustrations** – La complicité du tiers peut prendre la forme de « l'assistance malhonnête » (*dishonest assistance* ou *accessory liability*). Le tiers doit avoir porté assistance à un *trustee* ou à un

³⁰⁵ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] AC 669 ; *Air Jamaica Ltd v Charlton* [1999] 1 WLR 1399, 1412.

³⁰⁶ Cf. *supra* n° 48.

³⁰⁷ Cf. *supra* n° 52.

³⁰⁸ *Cook v Fountain* [1676] 36 ER 984, 987 : les *trusts* imposés sans considération de la volonté des parties doivent être nécessaires car ils ont pour conséquence de priver une personne de la propriété d'un bien ; cf. *supra* n° 60.

³⁰⁹ *Lonrho Plc v Al-Fayed (No. 2)*, [1992] 1 WLR 1, 12 : « *It is a mistake to suppose that in every situation in which a constructive trust arises the legal owner is necessarily subject to all the fiduciary obligations and disabilities of an express trustee.* » ; par ex., le *constructive trustee* n'a pas toujours l'obligation d'investir ; par ex., cf. *supra* n° 21 sur le *constructive trust* et le cas d'une vente.

³¹⁰ *Paragon Finance Plc v D. B. Thakerar & Co* [1999] 1 All ER 400, 408-409 et 412 ; *Dubai Aluminium Company Limited v Salaam* [2002] UKHL 48, 140-142 ; *Williams v Central Bank of Nigeria* [2014] UKSC 10, 11, 22, 64, 66 et 116.

³¹¹ J. EDELMAN, « Two fundamental questions for the law of trusts », *op. cit.*, 76-77.

³¹² *Williams v Central Bank of Nigeria* [2014] UKSC 10, 28 : « *ancillary liability* ».

fiduciaire dans la violation de ses obligations³¹³. La malhonnêteté du tiers comprend un élément psychologique³¹⁴, car il doit avoir assisté le *trustee* d'une façon malhonnête, active³¹⁵.

Une autre illustration est la « réception en connaissance de cause » (*unconscionable receipt* ou *knowing receipt*), concernant le tiers n'ayant pas acquis de bonne foi le bien d'un *trust*³¹⁶. Il doit alors restituer le bien, mais s'il ne l'a plus, alors sa responsabilité de rendre compte comme un *constructive trustee* peut être retenue. Un élément psychologique est requis car « la connaissance du tiers doit être telle qu'il serait contraire à sa conscience qu'il conserve le bénéfice du bien reçu »³¹⁷ puisque'il « a accepté le bien reçu tout en sachant qu'il était transféré en violation d'un *trust* et qu'il n'avait pas le droit de le recevoir »³¹⁸.

70. Somme toute, les définitions du *constructive trust* ne sont pas sans soulever des difficultés qui font échos à celles concernant ses fondements. Le *constructive trust* est d'une riche diversité, mais il est un mécanisme fuyant, échappant à toute véritable conceptualisation. Il convient dès lors de procéder à la mise en perspective du *constructive trust*, valorisée par le droit français.

³¹³ *Barnes v Addy* (1874) LR 9 Ch App 244, 251-252.

³¹⁴ *Royal Brunei Airlines v Tan* [1995] 2 AC 378 : en revanche, aucun élément psychologique n'est requis pour le *trustee* et il suffit seulement qu'il viole l'une de ses obligations pour que le tiers voit sa responsabilité engagée.

³¹⁵ La simple négligence du tiers n'est pas suffisante à caractériser l'élément psychologique. Par ailleurs, l'appréciation de l'élément psychologique semble être objective (donc par rapport à ce que ferait une honnête personne dans les mêmes circonstances) ; *Royal Brunei Airlines v Tan* [1995] 2 AC 378 ; *Barlow Clowes International Ltd (In Liquidation) v Eurotrust International Ltd* [2006] 1 WLR 1476 ; *Abou-Rahmah v Abacha* [2006] EWCA Civ 1492 ; *Contra Twinsectra Ltd. v Yardley* [2002] UKHL 12.

³¹⁶ Le tiers est de bonne foi s'il est un « *bona fide purchaser for value without notice* » ; cf. *supra* note 276.

³¹⁷ *BCCI v Chief Labode Onadimaki Akindele* [2001] Ch 437, 455. Cependant, certaines décisions antérieures admettaient que le test reposait sur la connaissance du tiers de ce que le bien reçu était détenu sous un *trust* et cette connaissance pouvait être présumée ; *Belmont Finance Corp v Williams Furniture Ltd* [1980] 1 All ER 393 ; *Agip (Africa) Ltd v Jackson* [1990] Ch 265.

³¹⁸ *Williams v Central Bank of Nigeria* [2014] UKSC 10, 31.

TITRE SECOND. LA MISE EN PERSPECTIVE DU *CONSTRUCTIVE TRUST*
ANGLAIS EN DROIT FRANÇAIS

71. **Plan** – La mise en perspective du *constructive trust* anglais en droit français implique deux étapes. Il faut d’abord déterminer les caractères du *constructive trust*, qui ne sont pas inconnus du droit français. Puis, il convient de confronter le *constructive trust* au droit français. L’étude du *constructive trust* et des outils d’amélioration du système juridique (chapitre premier) aboutit à l’examen du *constructive trust* et de ses multiples équivalents français (chapitre second).

CHAPITRE PREMIER. LE *CONSTRUCTIVE TRUST* ET LES OUTILS D’AMÉLIORATION DU SYSTÈME JURIDIQUE

72. **Plan** – Les droits anglais et français permettent de constater que le *constructive trust* semble être fondamentalement tourné vers la fonction qu’il satisfait, l’amélioration du système juridique. Le *constructive trust* et d’autres outils répondent à un besoin d’amélioration du système juridique (section 1), car ils constituent une méthode efficace d’amélioration du système juridique (section 2).

Section 1. Un besoin d’amélioration du système juridique

73. **Plan** – Le *constructive trust*, comme d’autres outils, répond à un besoin d’améliorer le système juridique. Ce besoin est causé par l’existence des lacunes du droit (§1), qui a pour corollaire l’identification des lacunes du droit (§2).

§1. L’existence des lacunes du droit

74. **Plan** – L’existence des lacunes du droit peut être constatée grâce à l’étude de la nature des lacunes du droit (A), ainsi que des lacunes du droit dans le système juridique (B).

A. La nature des lacunes du droit

75. **Définition** – La lacune du droit³¹⁹ est une notion difficile à appréhender car elle a une multitude de sens³²⁰ et elle est originale³²¹. D’une manière générale, la notion renvoie au

³¹⁹ P. FORIERS, « Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant Bruxelles, 1968, p. 9 : les termes « lacune du droit » et « lacune en droit » sont équivalents.

³²⁰ O. PFERSMAN, « Lacunes et complétude », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 911 ; P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *op. cit.* p. 25.

³²¹ F. TERRE, « Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 143 : « Une lacune du droit est (...) une oasis de fraîcheur au milieu des sables du droit. » (nous soulignons).

« manque »³²² et se révèle « dans toutes les situations qui ont normalement vocation à être couvertes par le droit et, pourtant, ne le sont pas. »³²³. La lacune est liée au « vide » car ils ne peuvent être saisis que par la multitude des règles qui les entoure³²⁴.

76. **Définition négative** – La lacune se distingue du non-droit car elle est souvent envisagée afin d'être comblée, alors que le non-droit est un « phénomène naturel, qu'il y a simplement lieu de constater »³²⁵. En outre, la lacune n'est pas comme l'antinomie, car l'antinomie implique des contradictions entre des règles, tandis que la lacune fait face au manque de règles³²⁶. Par ailleurs, la lacune est différente du « creux »³²⁷.

77. **Distinctions** – La lacune peut, par exemple, renvoyer à l'absence d'une règle nécessaire ou à l'existence d'une règle insatisfaisante³²⁸. En effet, la lacune est dite « véritable » ou « vraie »³²⁹ si elle est causée par le manque absolu d'une règle juridique et elle implique alors une activité de création. En revanche, la « fausse » lacune est causée par la décision d'écarter une règle, ce qui crée un manque qu'il convient de combler. Par conséquent, la vraie lacune est « technique » et « subie », alors que la fausse lacune est « pratique » et « créée »³³⁰.

B. Les lacunes du droit dans le système juridique

78. **Système juridique** – La lacune ne peut se comprendre que dans un système car elle renvoie à une inadéquation, dans le sens où le système ne dispose pas d'une règle pour déterminer une solution à une situation³³¹.

³²² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 598 : l'**étymologie** du terme « lacune » est « *lacuna* » en latin et signifie « trou, manque ».

³²³ F. TERRE, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 147.

³²⁴ *Ibid.*, p. 145 : l'auteur utilise les termes « lacunes » et « vide » comme **synonymes** ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 1073-1074 : le vide juridique est la « lacune non intentionnelle du droit (en une matière juridique relevante) dont le comblement incombe *in casu* au juge (lequel ne peut dénier justice, C. civ. a. 4), à terme au législateur (...) » ; *Contra* U. KLUG, « Observations sur le problème des lacunes en droit », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 85, p. 88.

³²⁵ J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *Le dépassement du droit*, *Archives de philosophie du droit*, t. 8, 1963, p. 55, p. 59, note 3.

³²⁶ P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 10.

³²⁷ Le **creux** est une notion contestable à la limite de la lacune, mais qui semble renvoyer aux situations où le droit ne permet pas de reconnaître des institutions et des règles juridiques ; Ch. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit – essai de synthèse », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 537, p. 538 s. ; *Contra* R. SAVATIER, « Les creux en droit positifs au rythme des métamorphose d'une civilisation », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 521.

³²⁸ P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 10 ; Ch. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 31, p. 40-41.

³²⁹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. SURIOLUX, éd. Panthéon-Assas, 1999, 668 : cette lacune peut aussi être qualifiée de « lacune objective » et s'oppose à la « lacune subjective ».

³³⁰ P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 9 et p. 23.

³³¹ A. G. CONTE, « Décision, complétude, clôture », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 67, p. 68 ; U. KLUG, « Observations sur le problème des lacunes en droit », *op. cit.*, p. 85 ; Ch. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit – essai de synthèse », *op. cit.*, p. 537.

Le système³³² a de nombreux sens³³³ et il est un élément essentiel de la science juridique³³⁴. Le système juridique est « *l'ensemble des éléments divers dont l'agencement et l'interaction fournissent à tout ordre juridique positif reconnu comme tel les moyens de sa cohérence et de son fonctionnement* »³³⁵.

79. **Complétude** – L'existence des lacunes en droit est débattue car elles posent la question de la complétude du système³³⁶. La théorie de la « plénitude logiquement nécessaire à la législation écrite »³³⁷ permet de soutenir que le droit écrit n'admet aucune lacune, car en-dehors de la règle écrite, il existerait une règle générale de liberté ou d'interdiction³³⁸. Néanmoins, cette théorie a été critiquée³³⁹, car les lacunes du droit ne sont pas à confondre avec les lacunes de la loi³⁴⁰, qui ne sont guère contestables³⁴¹. Par ailleurs, le système pourrait aussi être lacunaire, car il n'y aurait aucune règle générale de liberté ou d'interdiction en droit civil³⁴².

80. **Besoins du système** – La distinction entre « vraie » et « fausse » lacune est peut-être inconsistante, car il peut revenir au même de considérer que le système soit lacunaire, ou qu'il soit complet et qu'il ne puisse donc admettre que des « fausses » lacunes. Par exemple, il revient au même que le *constructive trust* règle une « vraie » lacune existante ou une « fausse » lacune créée, car dans les deux cas, le juge se saisit de la lacune pour la combler grâce au *constructive trust*. Il est indifférent de considérer que le droit (*common law*) anglais soit véritablement lacunaire en ce qui concerne les obligations du vendeur et de l'acquéreur dans l'attente du transfert de propriété, ou

³³² R. SEVE, « Introduction », *Le système juridique*, *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 2 : l'**étymologie** de « système » est « *synistavai* » en grec qui signifie « disposer en ordre » et qui a donné « *systasis* » et « *systema* » en latin.

³³³ G. TIMSIT, « Système », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 1462.

³³⁴ R. SEVE, « Introduction », *op. cit.* : l'auteur note que « (...) les interrogations essentielles de la 'science' juridique, concernant la définition, l'unité, l'autonomie, les propriétés structurelles du droit, prennent appui sur une compréhension primordiale du caractère systématique de celui-ci. » (p. 1) et que « (...) la véritable systématisation du droit (...) [est] sa compréhension autonome. » (p. 10) (nous soulignons).

³³⁵ P. ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruylant, 1982, p. 169 ; M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, coll. Les Voies du droit, PUF, 1988, p. 24 s. : les caractéristiques du système juridique sont « la réunion (...) d'un ensemble d'éléments », « l'existence de relations spécifiques entre ces éléments » et « une certaine unité ».

³³⁶ R. SAVATIER, « Les creux en droit positifs au rythme des métamorphose d'une civilisation », *op. cit.*, p. 521 : les « véritables lacunes » n'existent pas car le droit positif « (...) se fait un devoir de les combler aussitôt ! ».

³³⁷ F. TERRE, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 150 : cette théorie a été développée par les **juristes allemands** (H. KELSEN).

³³⁸ Par ex., si une règle écrite n'interdit pas une action, alors elle est possible (règle générale de liberté), J. MIEDZIANOGORA, « Juges, lacunes et idéologie », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 513, p. 515.

³³⁹ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Anthologie du Droit, LGDJ, 2nd éd., 2016, I, n° 81bis : la **méthode de la « libre recherche scientifique »** permet d'obvier au fait que la « loi écrite (...) ne peut être tenue pour autre chose, qu'une *information*, très limitée, du droit. », *ibid.*, II, n° 183 ; P.-Y. GAUTIER, « François GénY, *Science et technique en droit privé positif* (1914-1924) : une consécration indirecte par l'Europe », RDA, 2019, n° 18, p. 116, spéc. p. 119-120.

³⁴⁰ F. TERRE, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 147 : le droit inclut la loi, la coutume, la jurisprudence, ...

³⁴¹ P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 17 : l'auteur cite **Portalis** : « C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas. » ; L. SILANCE, « Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplifiante », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 489, p. 492 : au contraire, les **exégètes** considéraient que tous les problèmes juridiques avaient une solution dans le Code civil et qu'il suffisait d'étendre son champ d'application (par l'interprétation) pour éviter une lacune.

³⁴² P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 17.

alors qu'il ne soit pas véritablement lacunaire mais que le juge s'empare de cette situation afin d'écarter le droit en considérant qu'il existe une « fausse » lacune. En effet, dans les deux cas, le même résultat est atteint car le juge déclare le *constructive trust*³⁴³.

Par conséquent, ce qui importe est le rôle de la lacune. La lacune entraîne, en réaction à son existence, une correction du système juridique. Il s'agit de répondre à un manque ou à un besoin pour que le système soit plus complet, cohérent et logique (versant objectif) ou plus juste (versant subjectif).

Ainsi, la théorie des lacunes « se dévore elle-même »³⁴⁴, car dès qu'une lacune est identifiée, il appartient notamment au juge de l'identifier pour la traiter et la supprimer.

§2. L'identification des lacunes du droit

81. **Plan** – Les lacunes du droit peuvent être identifiées et réglées par différentes institutions, à l'instar du législateur³⁴⁵. Le juge a un rôle prépondérant car il est l'organe qui applique le droit aux faits. Il est donc davantage confronté à l'identification et au comblement des lacunes du système juridique. Il convient d'étudier l'intervention du juge (A), puis la portée de cette intervention (B).

A. L'intervention du juge

82. **Possibilité de l'intervention** – Le rôle du juge face aux lacunes implique qu'il puisse intervenir pour les combler. L'intervention du juge peut sembler obligatoire si le juge a l'interdiction de dénier la justice. Dans cette situation, les lacunes ne sont que provisoires car le juge fournit une réponse à tout problème juridique. Alors, le système juridique est toujours réputé complet, au moins après l'intervention du juge³⁴⁶. En droit français, l'article 4 du Code civil interdit au juge le déni de justice³⁴⁷. Cet article donne un rôle actif au juge car il lui impose de statuer et donc de suppléer aux lacunes de la loi³⁴⁸. Le droit anglais interdit aussi le déni de justice³⁴⁹, donc le juge peut compléter la loi (*statutory law*) et le droit (*common law*).

Cependant, le juge peut s'abstenir de combler une lacune, sans pour autant se rendre

³⁴³ Cf. *supra* n° 20 s.

³⁴⁴ Ch. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », *op. cit.*, p. 66.

³⁴⁵ La **réforme du droit des contrats** est un exemple récent de comblement de certaines lacunes du **Code civil** ; Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 ; Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ; N. MOLFESSIS, « Droit des contrats : que vive la réforme », *JCP G*, 2016, 180 ; Comp. avec P. WERY, « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *Conférence sur la réforme droit des obligations belge*, 7 mars 2019, Institut de Droit Comparé, Paris II : la **réforme du droit des contrats belge** permettra le « comblement de lacunes ».

³⁴⁶ U. KLUG, « Observations sur le problème des lacunes en droit », *op. cit.*, p. 92 s. ; Ch. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », *op. cit.*, p. 50 s.

³⁴⁷ Art. 4 C. civ. : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » ; Comp. avec C. pén. art. 437-7-1.

³⁴⁸ Ch. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », *op. cit.*, p. 50 s.

³⁴⁹ J. STONE, « Non liquet and the international judicial », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 305, p. 306.

coupable d'un déni de justice³⁵⁰. Il lui suffit de débouter le demandeur de son action en se fondant sur le fait que celui-ci n'ait pu la fonder sur aucune règle juridique. Historiquement, le juge anglais procédait ainsi avant la reconnaissance du *trust*, car il décidait que le demandeur ne pouvait pas fonder son action sur une règle de droit (*common law*)³⁵¹. Cette nuance ne remet pas en cause la faculté qu'a le juge de combler une lacune, et surtout la « fausse » lacune, qu'il crée³⁵².

83. **Périmètre de l'intervention** – Il semble que le périmètre normal d'intervention du juge soit les lacunes existantes dans la loi, et pas nécessairement dans le droit³⁵³. Toutefois, l'opposition entre droit (*common law*) et équité paraît plus pertinente en droit anglais. En effet, la lacune touche plutôt le droit et elle peut être comblée par l'équité. Par exemple, le *constructive trust* entre le vendeur et l'acquéreur³⁵⁴ apporte une solution à un manque du droit, qui ne répond pas au besoin de régir les relations des cocontractants dans cette situation. Par ailleurs, il est original de constater que si le juge français comble principalement les lacunes du droit écrit, le juge anglais comble surtout les lacunes du droit jurisprudentiel ; la jurisprudence (en équité) comble donc les lacunes qu'elle a elle-même créée (en *common law*)³⁵⁵.

B. La portée de l'intervention du juge

84. **Force de l'intervention** – L'intervention du juge révèle que la lacune peut être *contra legem* ou *praeter legem*³⁵⁶. Ces expressions se réfèrent à la loi (*legem*), mais elles peuvent être généralisées à toute règle de droit. Dans le premier cas, la décision du juge de combler la lacune est contraire à la règle et a pour fonction de l'évincer pour la corriger³⁵⁷. Dans le second cas, la décision du juge dépasse la règle et a pour fonction de la compléter³⁵⁸.

Toutefois, ces deux cas ne sont pas toujours facilement distinguables³⁵⁹. Le *constructive trust* entre le vendeur et l'acquéreur peut être analysé comme contraire au droit (*common law*), car le droit n'imposerait aucune obligation aux parties dans l'attente du transfert de propriété. En revanche, ce *constructive trust* peut aussi être compris comme suppléant le droit, parce que le droit n'imposerait aucune obligation aux parties, tout en n'interdisant pas au juge de leur en imposer. Le

³⁵⁰ P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 12.

³⁵¹ Cf. *infra* n° 88.

³⁵² La « fausse » lacune peut correspondre au « désir » du juge de ne pas trancher les différends de façon contraire à l'équité ou à la pratique, P. LESCOT, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP G*, 1966, I, 2007.

³⁵³ La loi est prépondérante en droit anglais, en raison de la souveraineté parlementaire ; cf. *infra* n° 90.

³⁵⁴ Cf. *supra* n° 20 s.

³⁵⁵ Le *common law* est principalement de source jurisprudentielle ; Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, n° 388.

³⁵⁶ Pour combler une lacune, le juge peut ne pas s'appuyer d'un texte ou rendre une décision en méconnaissance d'un texte, P. LESCOT, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *op. cit.*, n° 5.

³⁵⁷ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, n° 668 : les « lacunes *contra legem* » permettent « d'évincer la règle légale ».

³⁵⁸ Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 342.

³⁵⁹ Ch. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit – essai de synthèse », *op. cit.*, p. 545.

point commun entre ces deux approches est que le juge écarte la règle de droit, pour des raisons juridiques ou d'opportunité³⁶⁰.

85. **Légitimité de l'intervention** – Quand il comble les lacunes, l'office du juge peut poser problème. En effet, les réponses jurisprudentielles aux lacunes peuvent modifier profondément les droits subjectifs, ce qui ressort davantage des prérogatives du législateur³⁶¹, plus légitime³⁶².

En effet, le juge semble effectuer un travail créateur³⁶³ car il a la faculté de créer une règle pour combler une lacune³⁶⁴. Il n'est pas pour autant fondamental de se pencher sur le fait de savoir si la jurisprudence est une source de droit dans les systèmes juridiques français³⁶⁵ et anglais³⁶⁶. En effet, il suffit seulement d'admettre que, même s'il est considéré que le juge n'est que « la bouche de la loi », il peut créer quelques règles de droit pour compléter la loi³⁶⁷, au moins en se fondant sur l'équité, les usages, ... En cas contraire, le juge ne pourrait jamais combler les lacunes.

Cependant, il est important de noter que le juge est limité dans son œuvre créatrice. Le juge doit d'abord motiver sa décision³⁶⁸. De surcroît, la prohibition des arrêts de règlements, à l'article 5 du Code civil français, interdit « aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Par ailleurs, la doctrine du précédent impose aux juges anglais de respecter les décisions des juridictions supérieures³⁶⁹.

Ainsi, le rôle du juge est prépondérant en ce qu'il comble les lacunes, comme dans le cas des *constructive trusts* qui révèlent aussi une méthode de comblement des lacunes.

Section 2. Une méthode d'amélioration du système juridique

86. **Plan** – Il existe de nombreuses manières d'améliorer le système juridique et de combler les lacunes³⁷⁰. Le *constructive trust* illustre une méthode par laquelle il est fait une combinaison du

³⁶⁰ Cf. *supra* n° 80 ; P. LESCOT, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *op. cit.*, n° 6.

³⁶¹ *Re Polly Peck International plc (in liquidation) (No 2)* [1998] EWCA Civ 3, 23 : un argument contre les *constructive trusts* curatifs est qu'ils peuvent entraîner une grave modification des droits et que seul le Parlement peut conférer ce pouvoir au juge.

³⁶² En France comme en Angleterre, les membres de la chambre basse du Parlement sont élus au suffrage universel direct, alors que les juges ne le sont pas.

³⁶³ P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *op. cit.* p. 17.

³⁶⁴ Cf. *supra* n° 82.

³⁶⁵ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005, n° 2.1.2 ; Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 392 s.

³⁶⁶ La jurisprudence n'est pas nécessairement assimilée à une source de droit en Angleterre (même si son caractère déclaratif a été remis en cause), mais il n'empêche pas que l'élaboration du *common law* (et de l'équité) est réalisée par les juges ; H. LEVY-ULLMAN, *Le système juridique de l'Angleterre*, coll. Les introuvables, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 130 et p. 158.

³⁶⁷ A. BENABENT, « Un nouvel instrument jurisprudentiel : la gomme à effacer », in *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p.81 : la jurisprudence peut « combler les lacunes [de la loi] par de véritables créations » ; J.-P. GRIDEL, « Le rôle normatif de la Cour de cassation – À propos de l'Étude annuelle 2018 », *JCP G*, 2019, 214, n° 6.

³⁶⁸ CPC, art. 455 ; Ch. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit – essai de synthèse », *op. cit.*, p. 537.

³⁶⁹ Cf. *infra* n° 88.

³⁷⁰ Les **raisonnements logiques**, comme l'analogie, permettent aussi de combler les lacunes ; G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 129 ; M.-L. MATHIEU, *Logique et raisonnement juridique*, PUF, 2^{ème} éd., 2015 ; U. KLUG, « Observations sur le problème des lacunes en droit », *op. cit.*, p. 93.

recours à l'équité (§1) et du recours à des notions fonctionnelles (§2).

§1. Le recours à l'équité

87. **Plan** – Il est nécessaire d'analyser d'abord l'équité dans les systèmes juridiques (A), puis les fonctions de l'équité (B).

A. L'équité dans les systèmes juridiques

88. **Equité et droit naturel** – Il existe une difficulté à distinguer l'équité du droit naturel³⁷¹, qui sont liés³⁷² et parfois confondus³⁷³. Ils peuvent être difficilement distingués³⁷⁴, le droit naturel semblant plutôt renvoyer à un ensemble de règles que nul ne peut ébranler³⁷⁵, tandis que l'équité renvoie plutôt à des fonctions particulières auxquelles le juge peut avoir recours dans certaines circonstances.

89. **Evolutions** – L'équité anglaise n'a pas connu les mêmes évolutions qu'en France et elle peut donc avoir davantage d'effets. L'équité est née et s'est développée au Moyen-Age en opposition au *common law* et a permis de le compléter³⁷⁶. L'équité est encore aujourd'hui une source du droit anglais qui n'est pas négligeable.

En revanche, le droit français se caractérise par une méfiance à l'égard de l'équité des juges, considérée comme excessive et arbitraire dans l'Ancien droit³⁷⁷. Ainsi, l'équité n'a pas fait l'objet d'une consécration générale dans le Code civil, même si certaines dispositions assez générales y renvoient expressément, comme en droit des contrats³⁷⁸.

90. **Sources du droit** – Le droit anglais accorde une plus grande place à l'équité dans le système et elle peut alors avoir plus d'effets. L'équité anglaise est la source de nombreux mécanismes, dont

³⁷¹ P. ex., le Code civil introduit un doute sur leur distinction à l'article 565 : « principes de l'équité naturelle ».

³⁷² C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 329, 2000, n° 99.

³⁷³ R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, t. I, LGDJ, 2^{ème} éd., 1947, n° 22 : « l'équité n'est pas autre chose que le droit naturel interprété par le juge » (nous soulignons).

³⁷⁴ A. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, th. Toulouse, 1934, p. 64 s. (spéc. p. 68 et p. 70) ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé, op. cit.*, n° 99.

³⁷⁵ SOPHOCLE, « *Antigone* », in *Tragiques grecs, Eschyle, Sophocle*, coll. NRF, Gallimard, 1967, p. 549, p. 584 : « Je ne pense pas que tes décrets soient assez forts pour que toi, mortel, tu puisses passer outre aux lois non écrites et immuables des dieux. Elles n'existent d'aujourd'hui ni d'hier mais de toujours ; personne ne sait quand elles sont apparues. ».

³⁷⁶ Cf. *supra* n° 4.

³⁷⁷ « Dieu nous garde de l'équité des parlements », adage attribué au Chancelier Séguier ; H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 93 ; C. ALBIGES, « L'équité et le juge civil », in *AEquitas - Equité - Equity*, Actes de Colloque, Montpellier, 2015 ; G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz, 1960, p. 257, spéc. p. 260.

³⁷⁸ C. civ., art. 1194 C. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. » ; Comp. avec C. civ., anc. art. 1135.

le *trust* et le *constructive trust* ne sont que des illustrations. Par exemple, les injonctions³⁷⁹ et l'exécution en nature³⁸⁰ sont des réponses différentes aux remèdes de *common law* en cas d'inexécution contractuelle. Par ailleurs, l'équité peut s'opposer au *common law*, car en cas de conflit entre les règles de *common law* et d'équité, ce sont ces dernières qui prévalent³⁸¹. En outre, l'équité est une source permettant de compléter l'inadéquation d'un remède offert par le *common law*, donc une forme de lacune³⁸².

L'équité anglaise est une source du droit très influente dans le système anglais, et pas seulement par rapport au *common law*. Les interactions de l'équité avec les actes du Parlement en sont une preuve supplémentaire. En effet, l'équité semble pouvoir nuancer la législation³⁸³, ce qui peut paraître inconstitutionnel car le Parlement anglais est souverain³⁸⁴. En principe, les lois ne peuvent être remises en cause que par le Parlement, mais il semble exister des *constructive trusts* contraires à la loi³⁸⁵.

91. En France, l'équité n'est pas nécessairement considérée comme une source du droit³⁸⁶. Cependant, le juge peut avoir recours à l'équité³⁸⁷ et parfois certaines dispositions impliquent même qu'il y fasse recours, même en droit des contrats³⁸⁸. Par ailleurs, le Doyen Carbonnier a soutenu que les juges usaient en pratique du « *sylogisme régressif* »³⁸⁹, révélateur d'équité.

En outre, en droit français, comme en droit anglais, il existe des recours identiques à la notion d'équité. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, relatif au « droit à un procès équitable » en est un exemple, car il s'applique aussi bien en France qu'en Angleterre.

Dans tous les cas, que l'équité soit considérée ou non comme une source du droit, il importe surtout qu'elle puisse déployer, au moins partiellement, ses fonctions.

B. Les fonctions de l'équité

92. **Difficultés** – L'équité est difficile à définir³⁹⁰ et ses fonctions sont diverses.

³⁷⁹ *Redland Bricks Ltd. Appellants v Morris* [1969] 2 WLR 1437 ; P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, *op. cit.*, p. 977 s : les injonctions peuvent permettre aux juges d'imposer une obligation de faire ou de ne pas faire.

³⁸⁰ Cf. *supra* n° 18.

³⁸¹ *Supreme Court of Judicature Act 1873*, s. 25(11).

³⁸² *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] A.C. 669, 696 : « (...) *the common law remedy is (...) plainly inadequate (...)* », « (...) *the common law remedy is incomplete.* ».

³⁸³ *Contra* E. SERVIDIO-DELABRE, *The Legal System of a Common Law Country*, *op. cit.*, n° 172.

³⁸⁴ H. LEVY-ULLMAN, *Le système juridique de l'Angleterre*, *op. cit.*, p. 360 s. (spéc. p. 370, p. 372 et p. 377) ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORE, *op. cit.*, n° 339.

³⁸⁵ Cf. *supra* n° 25, sur le *Law Property Act 1925*, s. 53(1)(b), le *constructive trust* et la fraude.

³⁸⁶ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, *op. cit.*, I, n° 17 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, n° 207 s.

³⁸⁷ Des auteurs considèrent que l'article 4 du Code civil permet aux juges de statuer en équité, à la limite de ne pas rendre des arrêts de règlement ; Ch. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », *op. cit.*, p. 55.

³⁸⁸ C. civ., art. 1194 C. civ. ; V. aussi CPC, art. 12, al 4.

³⁸⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Quadriga, PUF, 2004, t. I, n° 9 : les juges « commencent par poser la décision concrète qui leur paraît humainement désirable, et s'efforcent de remonter ensuite jusqu'à une règle de droit. ».

³⁹⁰ Cf. *supra* n° 4.

Le *constructive trust* illustre l'irrégularité de l'équité. Il est souvent affirmé que les *constructive trusts* doivent respecter la règle du précédent et ne pas être fondés sur le sentiment de « justice » qu'éprouverait le juge dans une affaire³⁹¹. En revanche, les standards de « discrétion »³⁹² et de « conscience »³⁹³ sont parfois essentiels dans la reconnaissance d'un *constructive trust*. Cette antinomie permet de distinguer entre les termes « equity » et « justice », « fairness », « good conscience »³⁹⁴, pouvant renvoyer à la distinction entre l'équité objective et l'équité subjective. Le *constructive trust* serait donc un hybride de ces deux fonctions.

93. **Identification des fonctions** – Les fonctions de l'équité peuvent être mieux appréhendées en distinguant l'équité objective de l'équité subjective³⁹⁵. L'équité objective est plutôt une branche du droit permettant de compléter le système juridique (donc elle règle une « vraie » lacune du droit, sous réserve que celle-ci puisse exister), tandis que l'équité subjective est plutôt une adaptation (ou une opposition) des règles du système juridique à une espèce et à ses conséquences (donc elle règle une « fausse » lacune du droit). D'autre part, l'équité peut être *praeter* ou *contra legem* et permet alors de palier les lacunes du droit en corrigeant la loi³⁹⁶. L'équité est donc un mécanisme créateur ou correcteur, qui peut permettre de trouver des « équilibres »³⁹⁷.

94. Ainsi, l'équité peut avoir des sens différents en droit anglais et en droit français. Néanmoins, les fonctions de l'équité sont souvent peu ou prou identiques, car l'équité agit comme un instrument pour combler des lacunes. L'équité a donc un effet palliatif dans le système juridique et elle naît en réaction à une lacune. En sus de l'équité, le juge peut recourir aux notions fonctionnelles.

§2. Le recours à des notions fonctionnelles

95. **Plan** – L'amélioration du système juridique peut résulter de l'utilisation de notions fonctionnelles, comme le *constructive trust*. Il convient d'expliquer la définition (A), puis la valeur (B) de la notion fonctionnelle.

³⁹¹ *Re Diplock* [1948] Ch 465, 482 : « 'justice' of the present case » ; cf. *supra* n° 47 s. sur le *remedial constructive trust*.

³⁹² *Re Hallett's Estate* (1880) 13 Ch D 697, 710 : « (...) the older precedents in Equity are of very little value. », la doctrine du précédent est à nuancer, ce qui permet au juge d'avoir une certaine discrétion dans sa décision.

³⁹³ Le terme de « conscience » est débattu car il n'est pas compris si le *trust* émerge en réaction au comportement du *trustee*, qui est contraire à sa propre conscience, ou alors en réaction à ce comportement, qui choque la conscience du juge ; *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* [1996] AC 669, 705 ; P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts...*, *op. cit.*, p. 29.

³⁹⁴ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORE, *op. cit.*, p. 260, note 1 ; F. HAGE CHAHINE, « Rapport de synthèse », in *L'équité ou les équités : confrontation occident et monde arabe*, Actes de Colloque, Société de législation comparée, 2004, p. 237, p. 246 ; par ex., afin de reconnaître de nouveaux cas d'application du *tort of negligence*, le juge doit vérifier s'il serait juste (« just, fair and reasonable ») de reconnaître un nouveau devoir (*duty of care*), *Caparo v Dickman* [1990] 2 WLR 358.

³⁹⁵ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} éd., 2000, n°39 s. ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, n° 262.

³⁹⁶ E. AGOSTINI, « L'équité », *D.* 1978, t. 1, p. 7, n° 2, n° 3 et n° 9.

³⁹⁷ Ch. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit – essai de synthèse », *op. cit.*, p. 546.

A. La définition de la notion fonctionnelle

96. **Distinction** – Il existe une distinction fondamentale entre les notions « conceptuelles » et les notions « fonctionnelles »³⁹⁸. Cette distinction est utile à la compréhension de nombreux mécanismes, dont le *constructive trust*.

Les notions conceptuelles « peuvent recevoir une définition complète et (...) [leur] contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes », tandis que les notions fonctionnelles ne peuvent être définies qu'en « indiquant ce à quoi elles servent c'est-à-dire leur fonction »³⁹⁹. Ainsi, les notions conceptuelles sont définies « selon les critères logiques habituels », « abstraitement une fois pour toutes » et elles ont une « réelle unité conceptuelle »⁴⁰⁰. En revanche, l'unité de la notion fonctionnelle résulte de sa fonction. La fonction permet de dresser un « catalogue »⁴⁰¹ des situations où la notion s'applique, tout en leur donnant une unité. La fonction est donc l'élément unificateur d'un certain nombre d'espèces éparses, ne pouvant pas être regroupées autrement.

97. **Identification** – Il n'existe pas un facteur d'identification de la notion fonctionnelle en tant que tel. Néanmoins, un faisceau d'indices peut indiquer son existence.

Tout d'abord, la fonction de cette notion permet principalement de répondre à un « besoin »⁴⁰². Cette fonction est utile à un but souhaitable, s'il n'est pas nécessaire. Par exemple, le juge répond à un besoin lorsqu'il comble une lacune, comme dans le cas d'un *constructive trust*. L'office du juge est utile et nécessaire en ce qu'il complète le système juridique⁴⁰³.

De surcroît, il semble que le juge ait un rôle beaucoup plus actif car il est obligé de « créer très abondamment des règles de droit »⁴⁰⁴, ce qui est bien le cas des *constructive trusts*.

En outre, les notions fonctionnelles s'appliquent toujours « *a posteriori* »⁴⁰⁵ car elles justifient l'application d'un régime sans expliquer les raisons pour lesquelles il émerge.

Ensuite, les notions fonctionnelles peuvent se caractériser par le fait qu'elles ne puissent pas être conceptualisées, car elle seraient alors « vagues, contradictoires et sans unité »⁴⁰⁶. En outre, il convient de noter que toute notion subissant une évolution n'est pas nécessairement fonctionnelle. En effet, les notions conceptuelles ne sont pas « immuables »⁴⁰⁷ car les situations auxquelles elles

³⁹⁸ Cette distinction a été initiée par le **Doyen VEDEL** ; G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, th. Toulouse, Sirey, 1934, p. 493-495.

³⁹⁹ Ph. DEROUIN, « Pour une analyse “fonctionnelle” de la condition », *RTD civ.*, 1978, 1, n° 4.

⁴⁰⁰ G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950, I, 851, n° 4 : il est possible de « dire ce qu'elles *sont* indépendamment de ce à quoi elles *servent*. ».

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP G* 1948, I, 682, n° 11.

⁴⁰³ Cf. *supra* n° 74 s.

⁴⁰⁴ G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, ... », *op. cit.*, n° 4.

⁴⁰⁵ G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 253, 1997, n° 6 s.

⁴⁰⁶ G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *op. cit.*, n° 11.

⁴⁰⁷ G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, ... », *op. cit.*, n° 4.

s'appliquent peuvent évoluer, mais sans que jamais leur nature ne change. En revanche, si la nature de la notion change au gré des espèces, alors elle n'est pas conceptuelle et est donc fonctionnelle. Par ailleurs, des « solutions changeantes et contradictoires dans tous les domaines »⁴⁰⁸ peuvent indiquer qu'une notion ne peut pas être conceptualisée. Le *constructive trust* répond bien aux difficultés de conceptualisation.

Enfin, la notion semble fonctionnelle lorsque son régime fonde son « originalité »⁴⁰⁹. Ainsi, la notion peut être fonctionnelle si sa qualification est difficile, alors que ses effets sont plutôt bien identifiés, ce qui semble encore être le cas du *constructive trust*.

B. La valeur de la notion fonctionnelle

98. **Utilité** – La souplesse de la notion fonctionnelle est l'argument principal démontrant son utilité. En effet, la notion fonctionnelle permet « la réalisation d'opérations juridiques malgré un environnement incertain »⁴¹⁰. La notion fonctionnelle permet aussi au juge de rendre des décisions, de dire le droit, car, sans aucune notion fonctionnelle, le juge serait probablement face à une lacune du droit⁴¹¹. En outre, la notion fonctionnelle permet au juge de se ménager une marge de manœuvre dans le futur pour faire évoluer la notion, puisqu'elle est un catalogue ouvert et inachevé dans lequel des espèces ont vocation être intégrées⁴¹².

Ensuite, si la généralité de la notion fonctionnelle peut apparaître comme une source d'insécurité juridique⁴¹³, elle peut aussi, au contraire, être révélatrice d'un soin particulier apporté à la prévisibilité et à la sécurité juridique, puisqu'elle est un catalogue⁴¹⁴. De plus, l'étendue du pouvoir du juge dans la détermination des effets de la notion fonctionnelle est à nuancer, parce qu'il est limité par « la cohérence et la logique interne du mécanisme »⁴¹⁵, sinon il le déformerait.

Toutefois, la difficulté d'appréhender la notion fonctionnelle⁴¹⁶ demeure un écueil, même si elle semble fonder son essence. La notion fonctionnelle peut alors représenter une source de frustration pour la jurisprudence et la doctrine, qui ont notamment pour mission de délimiter les notions⁴¹⁷. Par exemple, la difficulté de percevoir les fondements et les définitions des *constructive trusts* semble être un obstacle à leur compréhension, mais ils n'existeraient probablement pas s'ils étaient des notions conceptuelles.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, n° 28.

⁴⁰⁹ Ph. DEROUIN, « Pour une analyse “fonctionnelle” de la condition », *op. cit.*, n° 4 et 81.

⁴¹⁰ *Ibid.*, n° 3.

⁴¹¹ Cf. *supra* n° 74 s.

⁴¹² G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinsein », *op. cit.*, n° 11.

⁴¹³ G. WICKER, *Les fictions juridiques ...*, *op. cit.*, n° 6 s.

⁴¹⁴ G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, ... », *op. cit.*, n° 4.

⁴¹⁵ Ph. DEROUIN, « Pour une analyse “fonctionnelle” de la condition », *op. cit.*, n° 80.

⁴¹⁶ G. WICKER, *Les fictions juridiques ...*, *op. cit.*, n° 6.1 : « Technique d'appréhension de phénomènes juridiques existants, [les notions fonctionnelles] sont réfractaires à une construction d'ensemble. ».

⁴¹⁷ G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinsein », *op. cit.*, n° 11 : la « jurisprudence » et la « doctrine » ont souvent pour mission d'éviter que le droit sombre dans « une sorte d'impressionnisme juridique ».

99. **Portée** – La portée de la notion fonctionnelle peut être nuancée. D’une part, il pourrait être soutenu que toutes les notions ont un « aspect » conceptuel et un « aspect »⁴¹⁸ fonctionnel, mais que l’un aurait une prépondérance sur l’autre. D’autre part, il a été avancé que les notions fonctionnelles arrivaient à « maturité »⁴¹⁹ lorsqu’il y avait un grand nombre d’espèces et que ces notions disparaissaient à cet instant. En effet, elles pourraient alors être conceptualisées ou incluses dans d’autres catégories, ce qui entraînerait leur disparition. Néanmoins, le *constructive trust*, de par son existence ancienne et sa diversité, semble être un contre-exemple à cette remarque.

En outre, la distinction entre les notions conceptuelles et fonctionnelles s’applique à toutes les branches du droit⁴²⁰, et donc, par extension, elle peut expliquer le droit anglais. Par ailleurs, il convient de noter que le terme « notion » doit être pris dans un sens très large⁴²¹. En effet, la « notion fonctionnelle » peut renvoyer à une « catégorie »⁴²², un « mécanisme »⁴²³, une « discipline » juridique⁴²⁴, un outil⁴²⁵... Par conséquent, le *constructive trust* semble être une notion fonctionnelle, au même titre que la cause⁴²⁶, la voie de fait⁴²⁷, le droit économique⁴²⁸, la subrogation réelle⁴²⁹, peut-être la prestation de service⁴³⁰, ...

100. Somme toute, les *constructive trusts* sont des outils constituant une méthode efficace pour répondre à un besoin d’amélioration du système juridique et ils ne sont pas sans équivalents en droit français.

⁴¹⁸ Ph. DEROUIN, « Pour une analyse “fonctionnelle” de la condition », *op. cit.*, n° 4 et 80.

⁴¹⁹ G. VEDEL, « De l’arrêt Septfonds à l’arrêt Barinsein », *op. cit.*, n° 11 ; G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, ... », *op. cit.*, n° 4.

⁴²⁰ G. VEDEL, « De l’arrêt Septfonds à l’arrêt Barinsein », *op. cit.*, n° 11 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques ...*, *op. cit.*, n° 6 s. : la distinction a d’abord été développée en droit administratif.

⁴²¹ *Le Lexis : le dictionnaire érudit de la langue française*, J. DUBOIS (dir.), Larousse, 3^{ème} éd., 2009, p. 1249 : en un sens strict, la « notion » peut être synonyme de « concept » ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 693 et 988-989 : la « notion » n’est pas non plus à restreindre à la « notion-cadre » qui est le synonyme de « standard ».

⁴²² G. VEDEL, « De l’arrêt Septfonds à l’arrêt Barinsein », *op. cit.*, n° 11.

⁴²³ Ph. DEROUIN, « Pour une analyse “fonctionnelle” de la condition », *op. cit.*, n° 80.

⁴²⁴ G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, coll. travaux et recherches de l’IPA-IAE, Toulouse, 1981, t. 2, 767, p. 768 s. : la définition du droit économique doit suivre une démarche « fonctionnelle et empirique » afin de déterminer s’il est une discipline autonome ou pas.

⁴²⁵ C. GIVERDON, « L’outillage juridique », in *L’avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 275.

⁴²⁶ G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 493-495.

⁴²⁷ G. VEDEL, « De l’arrêt Septfonds à l’arrêt Barinsein », *op. cit.*, n° 11 ; G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, ... », *op. cit.*, n° 5.

⁴²⁸ G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? », *op. cit.*, 768 s.

⁴²⁹ V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, préf. Ph. MALAURIE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 187, 1985, p. 25-27.

⁴³⁰ C. NOBLOT, « Pour une interprétation téléologique de la notion de “service” », *LPA*, 2018, n° 136, p. 8.

CHAPITRE SECOND. LE *CONSTRUCTIVE TRUST* ET SES MULTIPLES EQUIVALENTS FRANÇAIS

101. **Plan** – Rares sont les mécanismes sans aucun équivalent dans un autre système juridique et le *constructive trust* n'échappe pas à ce constat. En effet, le *constructive trust* a, en droit français, des équivalents fonctionnels (section 1) et des équivalents factuels (section 2).

Section 1. Des équivalents fonctionnels au *constructive trust*

102. **Plan** – Les quatre caractéristiques définissant la fonction du *constructive trust* (notion fonctionnelle, équité, juge, lacune) permettent d'observer l'existence d'équivalents fonctionnels français. Le droit français, afin de compléter le système juridique, peut avoir recours à des mécanismes interprétant la réalité (§1) et à des mécanismes contrôlant l'exercice d'un droit (§2). Ces mécanismes ont souvent des frontières floues et se recoupent parfois.

§1. Des mécanismes interprétant la réalité

103. **Plan** – L'apparence (A) et la fiction (B) sont deux mécanismes interprétant la réalité. S'ils permettent de distordre les faits afin d'atteindre un résultat, l'apparence est une « réponse du droit à l'existence accidentelle d'une situation apparente et fausse, [alors que] la fiction crée volontairement le faux »⁴³¹.

A. L'apparence

104. **Notion fonctionnelle** – L'apparence est une notion fonctionnelle et polysémique, qui renvoie notamment à la théorie de l'apparence. La fonction de cette théorie est qu'une apparence « contraire à la réalité »⁴³², c'est-à-dire une « croyance erronée »⁴³³, produit des effets de droit⁴³⁴. Il semble que la théorie de l'apparence soit un moyen de regrouper des espèces qui ont un champ d'application transversal⁴³⁵. Toutefois, l'apparence est « un mécanisme flou, aux contours mal dessinés »⁴³⁶, dont le fondement est difficile à appréhender.

⁴³¹ A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, préf. G. VINEY, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 414, 2004, note 140, p. 22-23.

⁴³² L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 212, 1990, n° 81 s., spéc. n° 83.

⁴³³ A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, op. cit., n° 7 s., spéc. n° 15 s.

⁴³⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., t. I, n° 163 : l'auteur a une conception beaucoup plus large de l'apparence.

⁴³⁵ A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, op. cit., n° 26.

⁴³⁶ *Ibid.*, n° 553, n° 636 et n° 649 s. : l'auteur propose de fonder l'apparence sur le « déficit d'information ».

105. **Équité** – La théorie de l'apparence peut être perçue comme un mécanisme d'équité⁴³⁷ car elle permet de corriger l'application stricte des règles. Le cas du mandat apparent l'illustre. En principe, le mandant ne peut pas être tenu d'un acte juridique passé en son nom mais qui a été conclu hors des limites du pouvoir qu'il a accordé au mandataire et il en va de même si le mandataire n'avait en réalité aucun pouvoir⁴³⁸. Néanmoins, la jurisprudence, dans un arrêt de 1962⁴³⁹ dont le champ d'application a été élargi en 1969⁴⁴⁰, a fait application de la théorie de l'apparence au mandat et a admis qu'une personne puisse être tenue d'un acte juridique comme s'il avait été mandant. Il s'agit bien d'une correction de l'application rigoureuse des règles du mandat, qui s'oppose à ce que le mandant apparent soit tenu de l'acte conclu. Le tiers ne peut se prévaloir de l'apparence que s'il a eu une croyance légitime dans les pouvoirs du mandataire apparent et que les circonstances l'autorisaient à ne pas les vérifier.

106. **Juge** – Le juge a un rôle fondamental dans la théorie de l'apparence, puisqu'elle est prétorienne. Le cas du mandat apparent, consacré par la loi, l'illustre⁴⁴¹.

107. **Lacune** – La théorie de l'apparence semble être un moyen de combler une « fausse » lacune car elle permet d'écartier l'application d'une règle afin de consacrer l'apparence⁴⁴², comme le montre le mandat apparent. L'apparence se distingue de la fiction.

B. La fiction

108. **Notion fonctionnelle** – La fiction est une notion fonctionnelle⁴⁴³, qui renvoie à « une dénégation ou une dénaturation de la réalité »⁴⁴⁴. Sa définition est tournée vers une fonction, qui est

⁴³⁷ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Apparence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 73, p. 74 ; A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, *op. cit.*, n° 29, n° 554 s.

⁴³⁸ C. civ., art. 1198, al. 2 : « Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. ».

⁴³⁹ Le « mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir », Ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569, *JCP* 1963, I, 13105, note P. ESMEIN.

⁴⁴⁰ « si une personne peut être engagée sur le fondement d'un mandat apparent, c'est à la condition que la croyance du tiers aux pouvoirs du prétendu mandataire soit légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier lesdits pouvoirs » Civ. 1^{re}, 29 avr. 1969, Bull. civ. I, 2 arrêts, n° 153 et n° 155, *D.* 1970, 23, note J. CALAIS-AULOY ; L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, *op. cit.*, n° 119 : la théorie ne s'applique aussi dans le cas de « l'absence totale de mandat ».

⁴⁴¹ L'article 1156, alinéa 1^{er} du Code civil consacre l'apparence dans la représentation et peut sembler donner aujourd'hui une « base légale » au mandat apparent (F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n° 236). En effet, le mandat semble lié à la représentation car il est « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. » (C. civ., art. 1984).

⁴⁴² P. LESCOT, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *op. cit.*, n° 7-9 ; A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, *op. cit.*, n° 554.

⁴⁴³ G. WICKER, *Les fictions juridiques ...*, *op. cit.*, n° 6.2 ; A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. Paris II, 1995, n° 16 ; Ch. PERELMAN, « Présomptions et fictions en droit – essai de synthèse », in *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 339, p. 343, p. 348 : la fiction « prend le contre-pied » de la réalité juridique.

⁴⁴⁴ G. WICKER, « Fiction », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 716.

de retenir une « solution de droit contraire à la réalité »⁴⁴⁵, car la fiction consiste « à affirmer ou à nier, en méconnaissance de la réalité juridique, l'existence d'éléments de fait ou de droit »⁴⁴⁶. En ce sens, la fiction est une « construction juridique »⁴⁴⁷. Il est possible d'affiner la notion de fiction en lui consacrant une « dualité fonctionnelle »⁴⁴⁸, car elle permet de créer du droit, mais aussi de l'interpréter et de le systématiser. En outre, la fiction est une notion fonctionnelle car elle ne fait pas l'objet d'une « construction juridique globale »⁴⁴⁹ et les fictions ont vocation à disparaître⁴⁵⁰.

Il existe de nombreuses fictions juridiques⁴⁵¹. La causalité alternative en matière de responsabilité civile pourrait en être un exemple⁴⁵². La « clause réputée non écrite », sanction notamment prévue à l'article 1170 du Code civil⁴⁵³, illustre aussi la fiction⁴⁵⁴.

109. **Équité** – La fiction peut manifester une « politique juridique de faveur fondée sur l'équité »⁴⁵⁵. La clause réputée non écrite, sanction à l'article 1170 du Code civil, l'illustre car elle permet rétablir un équilibre entre les contractants, lorsqu'existe dans le contrat une « clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ». En effet, il s'agit de faire comme si la clause n'avait jamais été écrite, ce qui paraît contraire à la réalité et donc fictif, puisque, justement, la clause a été écrite. Cette sanction permet de maintenir le contrat tout en écartant la clause⁴⁵⁶.

110. **Juge** – Les fictions juridiques peuvent avoir pour origine la jurisprudence. La sanction de la clause réputée non écrite à l'article 1170 du Code civil codifie la jurisprudence⁴⁵⁷.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 717 ; C. GIVERDON, « L'outillage juridique », *op. cit.*, n° 13.

⁴⁴⁶ A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n° 91.

⁴⁴⁷ J. DABIN, *La technique d'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruylant, Sirey, 1935, p. 321.

⁴⁴⁸ G. WICKER, « Fiction », *op. cit.*, p. 717 s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques ...*, *op. cit.*, n° 2 s. : les fictions peuvent aussi être divisées entre les « fictions-règles » qui sont un « choix de politique juridique » car il y a une contradiction ou inadéquation entre « la réalité juridique établie par la règle et (...) la réalité matérielle », tandis que les « fictions juridiques » sont appréciées par rapport à la « réalité juridique » et sont une « altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application ».

⁴⁴⁹ G. WICKER, *Les fictions juridiques ...*, *op. cit.*, n° 4.2.

⁴⁵⁰ C. GIVERDON, « L'outillage juridique », *op. cit.*, n° 13 : la fiction est souvent abandonnée au bout d'un certain temps ; J. DABIN, *La technique d'élaboration du droit positif...*, *op. cit.*, p. 339.

⁴⁵¹ Ch. PERELMAN, « Présomptions et fictions en droit – essai de synthèse », *op. cit.*, p. 346 : un autre exemple de fiction est l'esclave, qui est assimilé par une fiction à une chose sans droits ni obligations, alors qu'il est un être humain et, qu'en tant que tel, il devrait posséder la personnalité juridique.

⁴⁵² C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La fiction de la causalité alternative, Fondement et perspectives de la jurisprudence 'Distillène' », *D.* 2010, 1162 ; A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n° 115 et n° 270 ; *Contra* M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Corpus Droit Privé, Economica, 3^{ème} éd., 2016, n° 520 s. : il s'agit d'une présomption de causalité.

⁴⁵³ C. civ., art. 1170 : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. ».

⁴⁵⁴ G. WICKER, « Fiction », *op. cit.*, p. 718 ; A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n° 266, p. 309 ; *Contra* S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Economica, 2006, n° 9 s.

⁴⁵⁵ A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n° 259. En droit de la famille, l'adage *infans conceptus* en est une autre illustration, D. MAZEAUD, « Une application inédite par la Cour de cassation de l'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur* », *RTD civ.* 2018, 72 : « la règle selon laquelle l'enfant simplement conçu, s'il naît vivant et viable, est considéré comme s'il était né chaque fois qu'il y va de son intérêt, repose sur l'équité. ».

⁴⁵⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*, t. II, n° 1019.

⁴⁵⁷ Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Chronopost* ; Com., 29 juin 2010, n°09-11.841, *Faurecia*.

111. **Lacune** – La fiction permet de combler une lacune⁴⁵⁸. La lacune est créée car l'application d'une règle ne serait pas « acceptable »⁴⁵⁹, donc l'application de la fiction permet d'écarter la réalité⁴⁶⁰.

112. **Constructive trusts** – En droit français, la fiction et l'apparence peuvent donc être analysées de la même manière que le *constructive trust* car ils ont des caractéristiques semblables. Ce constat peut mener à se demander si le *constructive trust* n'est pas un mécanisme d'interprétation de la réalité. Par exemple, le *constructive trust* entre le vendeur et l'acquéreur émerge car « l'équité considère comme déjà fait ce qui devrait l'être »⁴⁶¹, c'est-à-dire que la faculté d'exécuter en nature le contrat permet de considérer que le transfert de propriété a déjà été effectué, alors que ce n'est pas le cas en réalité. En ce sens, le *constructive trust* relève d'une certaine apparence ou fiction. Néanmoins, le *constructive trust* lui-même n'est ni apparent, ni fictif, mais il est réel.

§2. Des mécanismes contrôlant l'exercice d'un droit

113. **Plan** – Il existe des mécanismes français qui permettent de contrôler l'exercice d'un droit et qui ont des caractéristiques semblables au *constructive trust*. L'abus (A) et la fraude (B) en sont deux illustrations.

A. L'abus

114. **Notion fonctionnelle** – L'abus des droits⁴⁶² est une notion fonctionnelle⁴⁶³, permettant notamment au juge de contrôler l'exercice des droits subjectifs⁴⁶⁴. Cette théorie était « sous-jacente »⁴⁶⁵ au droit, mais elle a été approfondie au début du XX^{ème} siècle⁴⁶⁶.

L'abus des droits permet de retenir son auteur responsable de tous les dommages qu'il a causé par l'exercice abusif de son droit, sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

⁴⁵⁸ F.-X. ROUX-DEMARE, M.-C. DIZES, « Prolégomènes », in *Les fictions en droit*, coll. Colloques & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 7 : « Et si la fiction servait à pointer les failles d'un système juridique ? » (nous soulignons) ; A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n° 235 s.

⁴⁵⁹ Ch. PERELMAN, « Présomptions et fictions en droit – essai de synthèse », *op. cit.*, p. 343.

⁴⁶⁰ G. WICKER, « Fiction », *op. cit.*, p. 717 s : la fiction permet une « méconnaissance volontaire de la réalité en vue de l'obtention d'un résultat » et « d'identifier une insuffisance ou une incohérence dans la construction du droit ».

⁴⁶¹ Cf. *supra* n° 20.

⁴⁶² L'étude de l'abus est ici limité à l'abus des droits et n'inclut pas l'abus des libertés, pouvoirs, ...

⁴⁶³ G. DURRY, obs., *RTD civ.* 1972, 395, p. 398 : « il ne paraît pas possible d'établir une théorie unitaire de l'abus du droit » ; G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, ... », *op. cit.*, n° 4.

⁴⁶⁴ A. SERIAUX, « Abus de droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 2.

⁴⁶⁵ Ph. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal », *RDA*, 2011, n° 3, p. 41, p. 48.

⁴⁶⁶ L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1905 : l'auteur n'utilise pas la terminologie « abus de droit », mais plutôt « abus des droits ».

Néanmoins, il est difficile de connaître son critère⁴⁶⁷. L'abus est à la fois une faute et un moyen de délimiter le contenu d'un droit⁴⁶⁸. D'une part, une approche finaliste peut être suivie et alors la théorie de l'abus des droits est « l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité »⁴⁶⁹. Dans l'exercice d'un droit, sa « finalité » est prise en compte car son titulaire ne peut pas dévier ce droit de son « but »⁴⁷⁰. D'autre part, une approche fondée sur l'intention de nuire peut être suivie. Celui qui use de son droit dans le but de nuire à autrui est alors responsable⁴⁷¹. L'abus des droits est donc bien une notion fonctionnelle.

115. **Équité** – L'abus des droits a été lié à l'équité par la jurisprudence⁴⁷² car il permet une « modération »⁴⁷³, tout en évitant un excès, une disproportion dans l'exercice d'un droit⁴⁷⁴.

116. **Juge** – Le juge a consacré la notion d'abus avant le législateur. Les premières décisions la consacrant concernaient le droit de propriété⁴⁷⁵, mais il y a eu une extension à de nombreux domaines, donc la théorie est transversale⁴⁷⁶. Par exemple, la rupture des pourparlers⁴⁷⁷ et le contrôle de la fixation unilatérale du prix⁴⁷⁸ permettent d'appliquer la théorie de l'abus.

117. **Lacune** – L'abus des droits est une solution à une « fausse » lacune. En effet, le système accorde un droit à une personne qui en fait un usage jugé « inadmissible »⁴⁷⁹. Toutefois, le juge écarte la règle qui permet au titulaire d'un droit de l'exercer comme il l'entend. Le juge crée une lacune, afin de prendre en compte l'abus et de sanctionner. Ainsi, l'abus des droits est « *mécanisme correcteur, une façon d'assurer les finalités du système juridique* »⁴⁸⁰.

⁴⁶⁷ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 : l'abus de droit se distingue de la bonne foi et de l'obligation de motivation.

⁴⁶⁸ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 8.

⁴⁶⁹ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, op. cit., n° 292.

⁴⁷⁰ L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, op. cit., p. 5 : ainsi, l'abus de droit apporte une « limitation de nature subjective » à la réalisation des droits subjectifs.

⁴⁷¹ L. CADJET, Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. civ Dalloz*, 2015 (actualisation 2017), n° 25.

⁴⁷² CA Colmar, 2 mai 1855, *D.* 56, 2, 9, *Doerr* : les « principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant grave préjudice à autrui » ; Cass. req. 21 janv. 1845, DP 1845, 1, 104 « principe général d'équité ».

⁴⁷³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., t. II, n° 1149.

⁴⁷⁴ G. DURRY, op. cit., 398 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., n° 185.

⁴⁷⁵ CA Colmar, 2 mai 1855, *D.* 56, 2, 9, *Doerr*.

⁴⁷⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., t. I, n° 183 : les **droits discrétionnaires** sont peut-être une limite à la théorie de l'abus des droits ; *Contra* F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, les obligations*, Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2019, n° 968.

⁴⁷⁷ Si la jurisprudence utilisait notamment le standard de « rupture abusive des **pourparlers** » (par ex., Com. 11 juill. 2000, n° 97-18.275), le Code civil intègre aujourd'hui l'abus car l'article 1112, al. 2 C. civ. requiert une « faute commise dans les négociations ».

⁴⁷⁸ La **fixation unilatérale du prix** était permise et contrôlée par le biais de l'abus dans tous les contrats avant la réforme du droit des contrats, mais elle semble aujourd'hui limitée aux contrats cadre et aux contrats de prestation de service ; Ass. plén. 1^{er} déc 1995, 4 arrêts, H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n° 152-155 ; C. civ., art 1164, al. 2 ; C. civ., art. 1165, al. 2.

⁴⁷⁹ Ch. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit – essai de synthèse », op. cit., p. 546.

⁴⁸⁰ Th. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, 581.

B. La fraude

118. **Notion fonctionnelle** – La fraude renvoie à l'adage *fraus omnia corrumpit*⁴⁸¹. Elle semble être une notion fonctionnelle car elle est difficile à conceptualiser⁴⁸². En effet, la définition de la fraude est tournée vers sa fonction⁴⁸³. Sa fonction est « d'assurer l'efficacité des règles juridiques »⁴⁸⁴, dans le but d'éviter que les justiciables rendent inefficaces les règles de droit⁴⁸⁵.

119. **Équité** – La nature de la fraude est multiple car elle peut, par exemple, être analysée en une « coutume *contra legem* »⁴⁸⁶ ou encore en un « principe de droit privé »⁴⁸⁷. La fraude semble aussi être un mécanisme d'équité en ce sens qu'elle permet d'apporter des corrections au « droit objectif »⁴⁸⁸, puisqu'elle assure son efficacité. Ce rôle correcteur est tellement fondamental qu'il pourrait être pensé que la fraude est le pendant naturel du droit⁴⁸⁹.

120. **Juge** – Le juge a un rôle prépondérant dans l'identification de la fraude, puisqu'il s'agit de situations où l'exercice d'un droit est illicite, frauduleux, sans que pour autant le droit ait été exercé d'une façon irrégulière. Le rôle du juge est d'autant plus important que la nuance en ce domaine est forte⁴⁹⁰ ; la fraude commençant là où s'arrête l'habileté⁴⁹¹. Par exemple, l'action paulienne⁴⁹² sanctionne d'inopposabilité l'acte par lequel le débiteur organise une fraude qui lui permet de

⁴⁸¹ H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, op. cit., n° 148.

⁴⁸² L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, Dalloz, 1928, n° 171 : « la signification et la portée [de la fraude] sont demeurées dans la pénombre » ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, th. Toulouse, Dalloz, 1957, p. 453 : « si l'on s'interroge sur le contenu exact de la fraude ou sur la raison de sa répression, l'évidence fait place au doute » ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., n° 757 : il est d'ailleurs impossible de « transcrire en phrases exhaustives le principe '*fraus omnia corrumpit*' » ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, les obligations*, op. cit., note 2, p. 1048 ; *Contra* F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, th. Paris I, 2008, n° 709 : « l'illégitimité du résultat » pourrait être « l'instrument conceptuel » identifiant la fraude.

⁴⁸³ J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, th. Toulouse, Dalloz, 1957, p. 208 : « il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif » ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., n° 736 : la fraude « se caractérise par la réunion véritable de conditions de droit dans le dessein spécifique d'éluider l'application de la règle de droit » et se **distingue** notamment de la « fraude fiscale » qui est une dissimulation de la vérité.

⁴⁸⁴ J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, op. cit., p. 386.

⁴⁸⁵ *Ibid*, p. 456 : « La fraude a pour effet sa propre inefficacité. » (nous soulignons) ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., t. I, n° 136 : « La fraude est une intention de préjudicier autrui sans violence, mais par tous les moyens, y compris par les moyens de droits. ».

⁴⁸⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., t. I, n° 136.

⁴⁸⁷ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., n° 80.

⁴⁸⁸ A. SERIAUX, « Abus de droit », op. cit., p. 3 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., n° 485 : la fraude et l'abus des droits sont des « correcteurs omniprésents du droit en vigueur, de véritables censeurs de l'usage illégitime des prérogatives juridiques » (nous soulignons).

⁴⁸⁹ F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, op. cit., n° 6 : « La fraude est universelle car consubstantielle à l'idée même de droit. » ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., n° 80.

⁴⁹⁰ Mais, selon une expression attribuée au Doyen JOSSERAND, le droit n'est-il pas fait « de plus de nuances que de contrastes » ?

⁴⁹¹ J. VIDAL, *D.* 1963, t. 1, 149 ; F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, op. cit., n° 5.

⁴⁹² C. civ., art. 1341-2 (anc. art. 1167) ; L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Action paulienne », *Rép. civ Dalloz*, 2016.

s'appauvrir pour ne pas effectuer un paiement ou pour rendre plus dur le paiement d'une créance⁴⁹³.

121. **Lacune** – La fraude permet au juge d'écarter une règle de droit derrière laquelle le justiciable s'abrite⁴⁹⁴, parce que, de droit, la fraude « fait exception à toutes les règles »⁴⁹⁵. Le constat d'une fraude permet au juge de combler une « fausse » lacune du droit pour éviter des conséquences indésirables. La lacune est créée par le juge afin de neutraliser la règle⁴⁹⁶.

122. **Constructive trust** – L'abus et la fraude apparaissent comme des mécanismes de contrôle. Le *constructive trust* n'est pas étranger à cette logique, car certains *constructive trusts* ont pour fondement le comportement d'une personne titulaire d'un droit⁴⁹⁷. La reconnaissance d'un *constructive trust* permet donc d'éviter le comportement illégitime du titulaire du droit.

Néanmoins, à la différence de ses équivalents français, il est difficile de connaître la fonction précise du *constructive trust*, à part sa fonction générale d'amélioration du système juridique⁴⁹⁸. Il convient à présent d'étudier ses équivalents factuels.

Section 2. Des équivalents factuels aux *constructive trusts*

123. **Plan** – Les situations dans lesquelles émergent les *constructive trusts* ont des équivalents français, principalement en lien avec le droit des obligations. Il suffit, pour le vérifier, de reprendre les exemples déjà approfondis sur la protection de la volonté des parties (A) et la rectification de l'enrichissement injuste (B)⁴⁹⁹.

§1. La protection de la volonté des parties

124. **Plan** – Les exemples de l'exécution en nature (A) et des comportements frauduleux (B) peuvent être repris.

⁴⁹³ Civ. 1^{ère}, 6 févr. 2001, n° 98-23.203 : l'arrêt a retenu la fraude dans le cas de « la vente de l'immeuble » qui « avait eu pour effet de substituer à un bien immobilier saisissable une somme d'argent facile à dissimuler ».

⁴⁹⁴ Ch. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit – essai de synthèse », *op. cit.*, p. 546 : la fraude permet souvent de limiter « l'application de textes légaux » ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, n° 601 : le juge peut même écarter une « norme constitutionnelle », comme dans le cas de la fraude dans l'exercice du droit de grève, droit à valeur constitutionnelle (al. 7 Préambule de la Constitution de 1946).

⁴⁹⁵ Cass. req., 3 juill. 1817, S. chr. 1815-1818, I, 342 : le dol et la fraude font « exception à toutes les règles faites pour les cas ordinaires ».

⁴⁹⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*, t. I, n° 136 « la condamnation de la fraude a pour effet de paralyser la norme juridique qui validait une opération, de refouler l'Etat de droit lui-même (ainsi que le montre la théorie de la fraude à la loi) » ; F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, *op. cit.*, n° 709 : « la fraude s'exerce à l'encontre de la règle de droit, soit par élusion de son applicabilité, soit par neutralisation de son application, soit par son détournement ».

⁴⁹⁷ Cf. *supra* n° 25 s.

⁴⁹⁸ Notamment en raison des difficultés d'identifier ses fondements ; cf. *supra* n° 39 s.

⁴⁹⁹ Cf. *supra* n° 16 s.

A. L'exécution en nature

125. **Exécution en nature** – Le *constructive trust* est utile en ce qu'il renforce l'exécution en nature, qui est exceptionnelle en droit anglais⁵⁰⁰. Le droit français atteint des solutions similaires sans avoir recours à l'exécution en nature, alors qu'elle est un principe⁵⁰¹.

126. **Contrat translatif de propriété** – Le *constructive trust* peut émerger dans le cas d'une vente (contrat translatif de propriété) grâce au mécanisme de l'exécution en nature. Le *constructive trust* permet alors de régir la période entre la vente et le transfert de propriété.

Le droit français peut aussi connaître de situations avec une telle période intermédiaire⁵⁰². En principe, l'effet translatif du contrat est affirmé à l'article 1196 du Code civil et il entraîne le transfert de propriété *solo consensu*, c'est-à-dire au jour de « la conclusion du contrat »⁵⁰³ et le transfert des risques lui est attaché⁵⁰⁴. Toutefois, le transfert de propriété peut être « différé »⁵⁰⁵.

Le droit français n'a pas besoin de recourir à un mécanisme spécial afin d'imposer des obligations aux cocontractants, grâce à l'application de l'article 1197 du Code civil : « L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable. ». L'obligation de conservation de la chose s'applique même si le transfert de propriété est différé⁵⁰⁶. Il y a donc une équivalence des solutions avec les *constructive trusts*, sans pour autant utiliser l'exécution forcée comme fondement.

Néanmoins, en ce qui concerne le transfert des risques, le droit français semble plus tempéré car les risques pèsent, en principe, sur le propriétaire⁵⁰⁷. Ainsi, si le transfert de propriété est différé, le transfert des risques l'est aussi⁵⁰⁸. En revanche, en droit anglais, le transfert des risques opère même sans qu'il n'y ait eu de transfert de propriété, ce qui montre que l'équité considère que

⁵⁰⁰ Cf. *supra* n° 18 : l'exécution en nature est admise si la chose est unique et les dommages-intérêts sont **inadéquats**.

⁵⁰¹ C. civ., art. 1221 : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. » : à l'**inverse** du droit anglais, l'exécution en nature semble donc plutôt limitée si elle est inadéquate, inappropriée (impossible ou manifestation disproportionnée).

⁵⁰² M. AZENCOT, « Vente immobilière et transfert de propriété », *AJDI*, 1996, 2 : alors que la vente (par ex.) est parfaite dès la conclusion du contrat, même si le transfert de propriété est différé.

⁵⁰³ C. civ., art. 1196, al. 1^{er} : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. ».

⁵⁰⁴ C. civ., art. 1196, al. 3 : « Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. (...) ».

⁵⁰⁵ C. civ., art. 1196, al. 2 : « Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi. » ; S. GAUDEMET, « L'effet translatif », *JCP N*, 2015, 1211, n° 7 : par ex., « le transfert de la propriété des choses de genre suppose en général leur individualisation ».

⁵⁰⁶ Ph. SIMLER, « Transfert de propriété », *JCI. Civil Code Formulaire*, fasc. 90, 2017, n° 51 : l'obligation de conserver la chose est « tout à la fois une suite nécessaire de l'effet translatif, que celui-ci soit immédiat ou différé, et un préalable tout aussi indispensable à l'obligation de délivrance tombe sous le sens. »

⁵⁰⁷ « *Res perit domino* », sauf si le transfert de propriété a été reporté ou (C. civ., art. 1196, al. 3) que le débiteur de l'obligation de délivrer a été mis en demeure (sous réserve de l'art. 1351-1) ou que les parties ont aménagé le transfert des risques.

⁵⁰⁸ En principe, le transfert des risques est conçu dans la dépendance du transfert de propriété car ce dernier « emporte » le transfert des risques (C. civ., art. 1196, al. 3) ; O. BARRET, « Vente : effets », *Rép. civ Dalloz*, 2007 (actualisation 2019) : l'ancien article 1138 (remplacé par l'article 1196) « lie donc expressément la charge des risques de la détérioration ou de la disparition de la chose à l'attribution de la propriété »

l'acquéreur a un intérêt tellement fort à devenir propriétaire qu'il en subit les risques.

Ainsi, les droits anglais et français protègent différemment l'intérêt à l'exécution du contrat pour chacun des cocontractants.

127. **Formalisme à titre de validité** – Le *constructive trust* peut émerger dans des situations où un écrit est requis à titre de validité⁵⁰⁹, par exemple, dans le cas d'un arrangement oral transférant un intérêt équitable susceptible de faire l'objet d'une exécution en nature. Le *constructive trust* neutralise alors l'exigence légale d'un écrit requis à titre de validité.

La jurisprudence française a aussi manifesté une certaine « hostilité »⁵¹⁰ à l'égard des solennités pour la conclusion de certains actes juridiques, sans aller aussi loin que la jurisprudence anglaise. Si le formalisme est requis à titre de validité, alors son absence est sanctionnée par la nullité⁵¹¹. Néanmoins, cette exigence a été atténuée, en ce sens que la jurisprudence a admis qu'un acte juridique puisse acquérir force obligatoire par une autre forme que la solennité requise. Par exemple, la jurisprudence a admis que les dons manuels puissent être réalisés par tradition réelle⁵¹², un autre formalisme⁵¹³, dérogeant ainsi à l'article 931 du Code civil, qui impose la forme authentique des donations⁵¹⁴.

128. L'instabilité de la jurisprudence anglaise et le fait que la jurisprudence française appréhende ces situations comme des atténuations révèlent un certain malaise des juges à écarter une exigence légale, même pour des raisons d'opportunité. Cependant, les juges atténuent l'exigence d'un écrit à titre de validité car ils ont une approche concrète des situations qui leur sont soumises. Ils considèrent que la volonté des parties était, en fait, réelle. Les effets protecteurs du formalisme à titre de validité⁵¹⁵ ne sont donc pas anéantis puisqu'il s'agit, au contraire, de donner effet à la volonté des parties⁵¹⁶.

⁵⁰⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 39 : les expressions « *ad solemnitatem* » (« à titre de solennité ») et « *ad validitatem* » (« pour la validité ») sont tenus pour synonymes et s'opposent à l'expression « *ad probationem* » (« en vue d'une preuve ») ; C. JOLIBOIS, Rapport, Sénat : <https://www.senat.fr/rap/199-203/199-2038.html>

⁵¹⁰ N. LAURENT-BONNE, S. TISSEYRE, « Regards croisés sur le formalisme », in *Le formalisme, sources et technique en droit privé*, Actes de Colloque, Université de Pau et des Pays de l'Adour, LGDJ, 2017, p. 1, p. 5.

⁵¹¹ C. civ., art. 1172, al. 2 : « Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation. »

⁵¹² Cependant, l'exigence de la tradition a été assouplie et le don manuel est possible sous la forme d'un virement de compte à compte ; par ex. dans le cas d'un transfert de valeurs mobilières, Com., 19 mai 1998, n° 96-16.252, *JCP G* 1999, I, 118, n° 8 : il s'agit d'une prise « en considération de l'évolution des techniques ».

⁵¹³ C. civ., art. 1172, al. 3 : « En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose. »

⁵¹⁴ C. civ., art. 931 : « Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité. »

⁵¹⁵ N. LAURENT-BONNE, S. TISSEYRE, « Regards croisés sur le formalisme », *op. cit.*, p. 1, p. 4 : le formalisme ne s'oppose pas la volonté des parties mais il peut la renforcer, en permettant de protéger la volonté des parties, d'extérioriser leur consentement, de renforcer la sécurité juridique, ...

⁵¹⁶ G. RAOUL-CORMEIL, « Donations et testaments – forme authentique », *JCI. Notarial Répertoire*, fasc. 10, 2017, n° 11, par ex., dans le cas des donations déguisées : « sous la science de l'acte simulé perce une intention libérale murie ».

B. Les comportements frauduleux

129. **Constructive trust** – Le *trust* portant sur un immeuble doit être prouvé à l’écrit. Toutefois, le droit anglais permet d’écarter cette règle probatoire en se fondant sur la fraude et en retenant l’existence d’un *constructive trust*, qui ne requiert pas d’écrit⁵¹⁷. Le résultat obtenu est similaire au droit français, à la nuance près que ce dernier ne connaissant pas des *trusts*, la règle la plus proche et caractéristique est l’exigence d’un écrit pour les actes juridiques excédant un certain montant.

130. **Preuve écrite** – L’article 1359 du Code civil, alinéa 1^{er} dispose que « l’acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant [1 500 euros]⁵¹⁸ doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique. ». Il s’agit d’un écrit à valeur probatoire. L’acte juridique est donc valide mais n’a pas d’effet, ce qui renvoie à la situation comparée en droit anglais ; « *idem est non esse et non probari* »⁵¹⁹. La conséquence est qu’il n’est pas possible de compléter ou contredire une preuve écrite⁵²⁰. Néanmoins, des tempéraments existent à ces règles probatoires.

Tout d’abord, l’impossibilité « morale de se procurer un écrit »⁵²¹ déroge à l’article 1359, notamment si elle est fondée sur la confiance ou l’amitié⁵²², ce qui ne semble pas être une règle très éloignée de l’esprit des *constructive trusts*. Ensuite, la fraude semble être un fondement permettant d’écarter l’application de l’article 1359⁵²³. Ainsi, une partie peut prouver par tous moyens la fraude⁵²⁴. Enfin, la simulation frauduleuse est une autre situation proche des *constructive trust*. La simulation renvoie à la situation où un contrat apparent dissimule « un contrat occulte »⁵²⁵. Le contrat apparent produit normalement des effets entre les parties, mais à la condition de respecter les exigences probatoires. Par conséquent, si le contrat apparent a été établi par écrit, il ne pourra être prouvé contre que par un autre écrit. Cependant, les règles sont de nouveau aménagées en cas de simulation frauduleuse, auquel cas, la preuve est libre⁵²⁶.

La fraude permet donc d’apporter un tempérament aux règles de preuve et a le même esprit

⁵¹⁷ Cf. *supra* n° 24 s.

⁵¹⁸ Décret n° 80-533 du 15 juill. 1980, art. 1^{er}, modifié par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, art. 56.

⁵¹⁹ H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français, op. cit.*, n° 161 : « Ne pas être ou ne pas prouver, c’est tout un ».

⁵²⁰ C. civ., art. 1359, al. 2 : « Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n’excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique. »

⁵²¹ C. civ., art. 1360.

⁵²² CA Fort-de-France, 21 nov. 2017, n° 16/00838 ; M. LOPEZ, « Amitié et preuve littérale : les liaisons dangereuses », *JCP G*, 2018, I, 155 : « C’est ainsi à la faveur de l’amitié que le créancier fut libéré de l’obligation de prouver par écrit. ».

⁵²³ Cf. *supra* n° 118 s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, les obligations, op. cit.*, n° 1919 : les auteurs soutiennent que l’ancien article 1353 du Code civil assouplissait expressément les exigences probatoires en cas de « fraude ». Si le terme de « fraude » n’a pas été repris par l’ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, il ne semble pas pour autant que la solution soit remise en cause.

⁵²⁴ Civ. 1^{ère}, 19 mars 2009, *Bull. civ.* III, n° 61 : le défendeur ne peut contester l’exactitude d’un acte écrit que par un autre « écrit », « sauf fraude, laquelle peut être prouvée par tous moyens ».

⁵²⁵ C. civ., art. 1201 : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n’est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s’en prévaloir. »

⁵²⁶ Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2009, n° 08-13.276 : « en cas de fraude, la simulation peut être prouvée par tout moyen » ; L. LEVENEUR, « L’incroyable danger du dessous de table pour le vendeur ! », *CCC* 2010, n° 65 : la « jurisprudence pose toute seule » la « réserve de la fraude ».

en droit anglais et en droit français. Il s'agit d'interdire à une partie à un arrangement de s'abriter derrière une exigence légale pour transgresser son esprit.

§2. *La rectification de l'enrichissement injuste*

131. **Plan** – Les *constructive trusts* émergent afin de rectifier un enrichissement injuste peuvent être comparés aux restitutions anormales (A) et à la résolution des conflits d'intérêts (B)

A. *Les restitutions anormales*

132. **Paiement indu** – Les *constructive trusts* peuvent émerger dans le cas d'une erreur de paiement lorsque le *solvens* et l'*accipiens* ne sont ni l'un ni l'autre créancier ou débiteur. Cette hypothèse renvoie précisément à l'hypothèse de l'indu objectif⁵²⁷, devant être restitué⁵²⁸. Toutefois, le droit français diffère car le *solvens* n'a pas à démontrer qu'il a commis une erreur⁵²⁹.

133. **Annulation du contrat** – Les *constructive trusts* peuvent émerger afin de permettre des restitutions suivants l'annulation d'un contrat. Le droit français n'accorde pas un mécanisme spécial lorsqu'un contrat est nul, mais l'annulation du contrat entraîne des restitutions⁵³⁰.

134. **Restitutions anormales** – Les restitutions issues du paiement indu et de l'annulation du contrat⁵³¹ ont été qualifiée de « restitutions anormales »⁵³². Aujourd'hui, les restitutions ont un régime unitaire, fondé sur les articles 1352 et suivants du Code civil. La restitution est en principe en nature⁵³³, ce qui montre un point commun avec le *constructive trust* anglais ayant précisément pour objet la restitution du bien qui a été transféré et devant être restitué. En outre, les fruits doivent être restitués en droit français⁵³⁴, comme la restitution du bien par un *trust* qui inclut ses fruits. Cependant, il convient de noter que la répétition de l'indu en droit français a une disposition originale puisque la restitution « peut être réduite si le paiement procède d'une faute »⁵³⁵.

⁵²⁷ M. JEOL, Conclusions, D. 1993, 373 : « le *solvens* a payé une dette qui n'existait pas ».

⁵²⁸ C. civ., art. 1302-1 C. civ. : « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. »

⁵²⁹ C. civ., art. 1302-1 C. civ. confirme Ass. plén., 2 avril 1993, D. 1993. 373 concl. JEOL ; *Contra* A. SERIAUX, « Beaucoup de bruit pour rien », D. 1993, chron., 229, n° 5 : il s'agit d'un arrêt d'espèce sur un « paiement déclaré ultérieurement indu ».

⁵³⁰ Les restitutions conséquentes à la nullité s'expliquent par son effet rétroactif ; C. civ. art. 1178, al. 2 : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. », al. 3 : « Les prestations exécutées donnent lieu à restitution (...) ».

⁵³¹ Les restitutions suivants l'annulation ont été dissociés de celles du paiement indu ; Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n° 00-21278 : « les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de la nullité ».

⁵³² M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, op. cit.* : les **restitutions anormales** « provoquent un trouble » (p. 35), « heurtent une situation juridique jusqu'alors paisible » (p. 35) et ne sont pas « entrées dans les prévisions des parties » (p. 72).

⁵³³ C. civ., art. 1352 : « La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution. »

⁵³⁴ C. civ., art. 1353-3 : « La restitution inclut les fruits (...) que la chose a procurée. » ; F. SAFI, « Les restitutions consécutives à la nullité du contrat : rétablir ou corriger ? », D. 2016, 1179 : l'auteur note que cet article « détache de la restitution des fruits la condition relative à la bonne ou mauvaise foi », exigée par la jurisprudence antérieure.

⁵³⁵ C. civ., art. 1302-3, al. 2.

B. Les conflits d'intérêts

135. **Relation fiduciaire** – Un *constructive trust* peut émerger dans le cas de la violation d'une obligation de loyauté par un fiduciaire. Cette obligation semble prévenir les conflits d'intérêts, qui est donc une notion fondamentale en ce domaine. Le droit anglais a peut-être influencé le droit français⁵³⁶, même si les deux droits diffèrent.

136. **Conflit d'intérêts** – D'une manière générale, le conflit d'intérêts « résulte d'une opposition entre un intérêt supérieur et un intérêt personnel »⁵³⁷. Le conflit d'intérêts naît lorsqu'une personne suit son intérêt personnel, alors même que celui-ci contredit un autre intérêt dont elle est en charge à l'égard d'une autre personne et qui est jugé supérieur à son intérêt personnel. Le droit français ressemble au droit anglais car le conflit d'intérêts peut être commis par un dirigeant social⁵³⁸, un avocat⁵³⁹, un représentant (comme un mandataire)⁵⁴⁰, un fiduciaire⁵⁴¹, ...

Ensuite, le conflit d'intérêts est protéiforme. Par exemple, en principe, les « contrats avec soi-même » et la « double représentation » sont aujourd'hui prohibés⁵⁴². Ces solutions nouvelles⁵⁴³ marquent un certain alignement avec le traitement anglais du conflit d'intérêts⁵⁴⁴.

Enfin, le conflit d'intérêts peut être prévenu par différents moyens, comme l'autorisation⁵⁴⁵. Sinon le conflit est sanctionné⁵⁴⁶. L'acte peut être annulé comme en droit anglais⁵⁴⁷. Par ailleurs, la

⁵³⁶ P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts – Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD com.*, 2005, 1, n° 4 : l'expression « conflit d'intérêts » pourrait bien être « un anglicisme, c'est-à-dire de la francisation de la notion anglaise de *conflict of interests* » qui résulte des « devoirs fiduciaires (*fiduciary duties*) » (nous soulignons) .

⁵³⁷ P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts », *op. cit.*, n° 12.

⁵³⁸ Le régime des conventions réglementées aux art. L 225-38 s. C. com. permet de prévenir et gérer des conflits d'intérêts.

⁵³⁹ Décret n°2005-790 du 12 juill. 2005, art. 7, al. 1^{er} : « L'avocat ne peut être ni le conseil ni le représentant ou le défenseur de plus d'un client dans une même affaire s'il y a conflit entre les intérêts de ses clients ou, sauf accord des parties, s'il existe un risque sérieux d'un tel conflit. ».

⁵⁴⁰ C. civ., art. 1161, al. 1^{er} : « En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. ».

⁵⁴¹ C. civ., art. 1596, al. 1^{er} et al. 6 : « 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. » ; F. BARRIERE, « Fiducie », *Rép. civ Dalloz*, 2013 (actualisation 2017), n° 86 s. : la « loyauté oblige le fiduciaire à ne pas faire prévaloir son intérêt personnel sur celui de la fiducie ».

⁵⁴² C. civ., art. 1161, al. 1^{er}, cf *supra* note 540.

⁵⁴³ L'article 1161 du Code civil résulte de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, mais **auparavant**, ces situations étaient valides. J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé : contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. G. WICKER, Bibliothèque de droit privé, tome 589, 2019, n° 72 ; K. RODRIGUEZ, « Impact de la réforme du droit des obligations sur le droit des associations », *Rev. sociétés* 2017, p. 67, n° 26.

⁵⁴⁴ Cet **alignement partiel** avec le droit anglais est certainement **involontaire**, même si l'article 1161 est conforme « à ce qui est admis dans les projets européens » (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131..., *op. cit.*).

⁵⁴⁵ Par ex., dans le cas de la représentation, C. civ., art. 1161, al. 2 : « (...) l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. » ; cependant, s'il est précisé que l'acte n'est pas nul en cas d'autorisation, il n'est pas précisé que le représentant n'engage pas sa **responsabilité** ; N. MATHEY, « Représentation », *Rép. civ Dalloz*, 2017 (actualisation 2018), n° 105 : si le représentant « manque effectivement à sa mission : il peut toujours y avoir détournement de pouvoir, ou encore manquement engageant sa responsabilité ».

⁵⁴⁶ F. LECLERC, « Les conflits d'intérêts en droit civil », in *Les conflits d'intérêts*, G. VIRASSAMY (dir.), PUAM, 2015, p. 71, p. 108 s.

⁵⁴⁷ Par ex., dans le cas de la représentation, C. civ., art. 1161, al. 2 : « (...) l'acte accompli est nul (...) ».

responsabilité, notamment délictuelle, de l'auteur d'un conflit d'intérêts peut être recherchée si tous ses éléments sont caractérisés⁵⁴⁸. Les rétro-commissions secrètes sont aussi sanctionnées en droit français. La plupart des espèces sont en lien avec des infractions⁵⁴⁹, même si l'auteur du conflit d'intérêts peut engager sa responsabilité civile professionnelle⁵⁵⁰ ou contractuelle⁵⁵¹.

137. Cependant, la sanction par le *constructive trust* semble bien plus protectrice du bénéficiaire car elle n'exige que la preuve du manquement au devoir de loyauté. De plus, le *constructive trust* accorde des droits plus vigoureux à la personne protégée, car il peut être largement opposé aux tiers⁵⁵². En outre, le procédé du *tracing*⁵⁵³ qui lui est attaché est particulièrement efficace pour que le bénéficiaire fasse valoir ses droits sur le bien, alors qu'en droit français, il n'existe pas de mécanisme particulier. La victime du conflit d'intérêts ne semble pouvoir que demander la condamnation *in solidum* du tiers, sur le fondement de la responsabilité délictuelle⁵⁵⁴.

Le droit anglais s'attache donc plutôt à retenir une sanction dès l'émergence d'un risque de conflit d'intérêts, alors que le droit français sanctionne plutôt le conflit d'intérêts lui-même. Le droit français est plus difficile à appréhender car il n'existe pas de régime unifié du conflit d'intérêts, même si des auteurs proposent de le systématiser⁵⁵⁵. A l'instar du droit anglais, il semble fondé sur une obligation de loyauté⁵⁵⁶, ayant peut-être une coloration morale⁵⁵⁷.

⁵⁴⁸ La responsabilité de l'**article 1240 du Code civil** (anc. art. 1382) peut être retenue si toutes les conditions de la responsabilité ont été prouvées, comme l'existence d'un dommage. Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2009, n° 08-16.153 ; Soc., 21 sept. 2006, n° 05-41.155.

⁵⁴⁹ Par ex., dans le cas d'une **corruption passive d'agent privé** (C. pén., art. 445-2) ; Crim., 25 oct. 2006, n° 04-81.502 : la SNCF a obtenu des dommages-intérêts correspondant aux sommes perçues par chacun des prévenus au titre des commissions occultes ; Crim., 14 janv. 2015, n° 13-86.604 : un employeur a pu demander, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, des dommages-intérêts égaux aux rétro-commissions secrètes et illicites perçues par son salarié.

⁵⁵⁰ Réponse ministérielle à question écrite n° 19169, *JO Sénat Q* 17 mai 2012, p. 1280, à propos art. 66 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, pris pour l'application de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 : « (...) le syndicat de copropriété ne peut légalement percevoir de rétro-commissions de la part d'entreprises en contrepartie de la passation de contrats avec ces entreprises pour le compte des syndicats de copropriétaires dont il est le mandataire » au risque de « voir sa responsabilité civile professionnelle engagée vis-à-vis du syndicat des copropriétaires, dès lors que le syndicat est en mesure de démontrer l'existence non seulement d'une faute (...) mais aussi d'un préjudice en résultant pour les copropriétaires » (nous soulignons).

⁵⁵¹ Par ex., le maître d'œuvre qui surfacture ses prestations auprès d'entrepreneurs afin d'obtenir d'eux des rétro-commissions secrètes engage sa **responsabilité contractuelle** (C. civ., anc. art. 1147), CA Aix-en-Provence, 12 nov. 2013, n° 13/05111.

⁵⁵² Le tiers qui n'est pas un « *bona fide purchaser for value without notice* », cf. *supra* note 276.

⁵⁵³ Cf. *supra* n° 60.

⁵⁵⁴ CA Aix-en-Provence, 12 nov. 2013, n° 13/17636 ; Civ. 2^{ème}, 26 mars 2015, n° 14-11.620 ; cf. *supra* note 551. Dans la même affaire, le maître d'ouvrage avait acquis, avec les profits générés par les rétro-commissions, une automobile auprès d'un concessionnaire. Le client a été débouté de sa demande en condamnation *in solidum* du concessionnaire, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, faute d'avoir pu démontrer « une faute délictuelle civile intentionnelle ».

⁵⁵⁵ P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts », *op. cit.*, n° 48 : l'auteur propose de consacrer un **nouveau principe** : « Nul ne peut faire entrer en conflit ses intérêts personnels avec ceux dont il a la charge. » ; T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, préf. C. ALLEAUME, coll. des Thèses, Institut Universitaire Varenne, 2014, n° 323 et n° 526 : l'auteur propose de consacrer un **nouvel adage** : « Nul ne peut agir sous l'empire d'un conflit d'intérêts. ».

⁵⁵⁶ V. cependant J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », *D.* 2011, 1100, n° 14 : selon l'auteur, les conflits d'intérêts défendent « deux valeurs : la loyauté ou l'impartialité ».

⁵⁵⁷ P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts », *op. cit.*, spéc. n° 41 ; *Contra* D. SCHMIDT, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *D.* 2013, 446, : l'objectif du traitement des conflits d'intérêts « est de créer ou de maintenir la confiance nécessaire à l'ordre économique et la loyauté dans les échanges. ».

CONCLUSION GENERALE

138. Le *constructive trust* anglais est un paradoxe. Il est fondamental au droit anglais mais quasiment inexplicable⁵⁵⁸. Son étude comparative permet de pénétrer le système juridique français.

Le *constructive trust* anglais a assurément des avantages dans certaines situations, mais le droit français n'éprouve pas les mêmes besoins. Soit ces besoins sont déjà traités par le droit français qui les satisfait de la même façon, voire mieux ; soit le droit français ne ressent pas les mêmes besoins que le droit anglais et les satisfait donc peut-être d'une moindre manière. Il y aurait peu d'utilité à importer le *constructive trust*, qui n'a certainement pas vocation à circuler⁵⁵⁹.

139. **Attractivité (exemple de l'enrichissement injuste)** – L'exportation d'un mécanisme suppose qu'il soit utile et assimilable par le système qui le réceptionne.

Par exemple, les *constructive trusts* peuvent être analysés comme un moyen de rectifier l'enrichissement injuste dans des cas de restitutions anormales et de conflits d'intérêts. L'enrichissement injuste n'est pas une notion absente du droit français⁵⁶⁰ et il permet de rassembler des situations ayant pour objet des restitutions. Ainsi, la rectification de l'enrichissement injuste, par les restitutions, permet de répondre au principe « *suum cuique tribuere* » qui est une « finalité essentielle du droit »⁵⁶¹.

Toutefois, si le fondement de l'enrichissement injuste peut satisfaire le droit anglais, il ne rend pas compte du droit français, notamment sur la question des conflits d'intérêts⁵⁶². En outre, l'enrichissement injuste renvoie à un principe juridique avec une forte connotation morale⁵⁶³.

⁵⁵⁸ Si la magie existait en droit, alors le droit anglais l'aurait découverte, par le prisme des *constructive trusts*, instruments par excellence d'équité. Il n'est pas toujours su et compris quand et pourquoi ils naissent, mais ils ont pour objectif de rendre plus juste des situations qui ne le seraient pas.

⁵⁵⁹ G. L. GRETTON, « Constructive Trusts and Insolvency », in *Trusts in Mixed Legal Systems*, J. M. MILO, J. M. SMITS (dir.), Ars Aequi Cahiers, 2001, p. 28, p. 40-41 : l'auteur **déconseille** même l'exportation du *constructive trust* et il note la dangerosité d'une application généralisée de ce *trust*.

⁵⁶⁰ Par ex., l'action *de in rem verso* est souvent conditionnée à un **enrichissement injuste**, condition ayant de **nombreux points communs** avec le *constructive trust*. Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2001, n° 98-13285, D. 2001, 1824, note M. BILLIAU : « principe général de droit selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui » ; F. GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui. Source autonome et générale d'obligations en droit privé français*, Dalloz, 1949, n° 200 : l'auteur cite A. ROUAST sur l'origine de l'enrichissement injuste : « La jurisprudence s'est trouvée en pratique devant des cas d'enrichissement et d'appauvrissement corrélatifs où la justice commandait impérieusement le rétablissement du déséquilibre. Le droit positif ne donnait aucune action à l'appauvri. Il y avait une lacune. La jurisprudence s'est efforcée de la combler. » ; *ibid.*, n° 201 : « l'enrichissement injuste » peut être analysée en une « source d'obligations » ; *ibid.*, n° 236 : « L'enrichissement injuste est celui qui a eu lieu aux dépens d'autrui, contre sa volonté. » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le fait juridique*, Sirey, Dalloz, 14^{ème} éd., 2011, n° 54, p. 60 : « les *enrichissements injustes* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, droit des obligations*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018, p. 620 : l'absence de cause « rend injuste » l'enrichissement.

⁵⁶¹ G. CORNU écrit dans la préface de M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, préf. G CORNU, th. Paris II, éd. Cujas, 1991 : « Ainsi ordonnée, la restitution est toujours dans la juste application de la maxime "*suum cuique tribuere*" (qui comprend *restituere*, rétablir). Finalité primordiale du droit : rendre à chacun le sien. Mais on ne rend pas volontiers. »

⁵⁶² Sinon, cette approche signifierait que les conflits d'intérêts, en France, sont sanctionnés par un principe de restitution. La responsabilité permet d'apporter des restitutions, mais elle ne lui est pas identique.

⁵⁶³ P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne...*, *op. cit.*, p. 132 ; F. GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui... op. cit.*, n° 100 s., spéc. n° 104 : « Il ne faut pas se contenter de dire que l'enrichissement doit être injuste mais déterminer d'une façon précise à quoi correspond exactement cette injustice ».

140. **Attractivité** – L’attractivité du droit est une véritable chimère des temps modernes, rivalisant avec une certaine nostalgie du rayonnement et de l’âge d’or du Code Napoléon. L’attractivité est toujours recherchée (par exemple, la réforme du droit des contrats⁵⁶⁴) et jamais suffisante (par exemple, les rapports *Doing Business*⁵⁶⁵) ; le droit français ne serait pas assez attractif⁵⁶⁶. Il cherche à être compétitif dans le cadre d’une mondialisation de l’économie et du droit, où les agents économiques et les justiciables choisissent leur modèle économique et les règles qui leur sont applicables.

Le droit anglais serait plus attractif. Rien n’est moins certain.

Le droit anglais serait un droit « d’hommes d’affaires »⁵⁶⁷, notamment en raison du droit des contrats. Il serait, par exemple, très hostile à l’obligation de loyauté⁵⁶⁸ et le contrat serait conçu comme une « bonne affaire »⁵⁶⁹. En revanche, le droit français, en preux chevalier du XXI^{ème} siècle, protégerait trop le faible, la veuve et l’orphelin ; par exemple, le partenaire lésé lors de la rupture des pourparlers⁵⁷⁰.

Mais précisément, l’équité anglaise a ce rôle. Le *constructive trust* a cet objectif. Il naît dans des situations où une injustice trop grande doit être tempérée, adoucie, même si le règlement de cette injustice participe à la cohérence du système et n’est pas dépourvu de toute rationalité. A l’inverse, le droit français est particulièrement hostile aux mécanismes aussi complexes à appréhender que le *constructive trust*⁵⁷¹. Un mécanisme français ayant les mêmes attributs que le *constructive trust* anglais serait certainement la hantise des juristes français.

Ainsi, l’évaluation de l’attractivité d’un droit ne peut se faire qu’à l’aune de l’ensemble du système juridique. Sur le chemin de la vie éternelle, la déesse égyptienne Maât pesaient les âmes et les cœurs. Elle prenait en compte tous les pans de la vie de la personne jugée. Peser l’âme du droit anglais sur la base du droit des contrats, des délits civils et des *trusts* exprès est certainement représentatif d’une partie éminente du système anglais ; mais pas du droit anglais dans son ensemble. Les *constructive trusts* donnent une autre perspective du cœur du système anglais.

Chacun jugera en son âme et « conscience »⁵⁷².

⁵⁶⁴ J.-S. BORGHETTI, « Rayonnement », *RDC* 2018, p. 177.

⁵⁶⁵ Rapport *Doing Business* 2019 : sur la facilité de faire des affaires, le Royaume-Uni est classé en 9^{ème} position et la France 32^{ème}, soit vingt-deux places derrière la Macédoine du Nord et deux places derrière le Rwanda.
http://francais.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf.

⁵⁶⁶ Même si « le nouveau droit français des contrats est sans doute aujourd’hui, de tous les droits nationaux, le plus proche du modèle européen incarné par les divers instruments d’harmonisation » (J.-S. BORGHETTI, « Rayonnement », *op. cit.*).

⁵⁶⁷ En tirant le trait, tous les anglais seraient donc des *businessmen*.

⁵⁶⁸ Ce qui contraste avec les relations fiduciaires ; cf. *supra* n° 34.

⁵⁶⁹ Le « *bargain* » est la « bonne affaire », le « marché ».

⁵⁷⁰ C. civ., art. 1112, al. 1^{er} : les négociations précontractuelles sont sous le sceau des « exigences de la bonne foi ».

⁵⁷¹ La « cause » du contrat n’a-t-elle pas été justement supprimée afin de mieux appréhender ses fonctions ? V. en ce sens, Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25 : « l’abandon formel de la notion de cause (...) tout en consacrant dans la loi [s]es différentes fonctions ».

⁵⁷² Pour reprendre un standard juridique, pourtant si moral, de l’équité anglaise ; cf. *supra* n° 1.

BIBLIOGRAPHIE

Les documents ont été classés par pays de publication.

- Section 1. Droit français
Section 2. Droit anglais
Section 3. Autres droits étrangers

Section 1. Droit français

§1. Traités, manuels, ouvrages généraux et dictionnaires

- M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Corpus Droit Privé, Economica, 3^{ème} éd., 2016.
- Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 16^{ème} éd., 2018.
- H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015.
- J. CARBONNIER, *Droit civil*, Quadriga, PUF, 2004.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, coll. Quadriga, PUF, 12^{ème} éd., 2018.
- G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2015.
- R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORE, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2016.
- J. DUBOIS (dir.), *Le Lexis : le dictionnaire érudit de la langue française*, Larousse, 3^{ème} éd., 2009.
- P. FLOBERT (dir.), *Le Grand Gaffiot, Dictionnaire Latin français*, Hachette, 2000.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le fait juridique*, Sirey, Dalloz, 14^{ème} éd., 2011.
- G. GADBIN-GEORGE (dir.), *Glossaire de droit anglais*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2019.
- A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadriga, PUF, 2006.
- A. LEVASSEUR, M.-E. LAPORTE-LEGEAIS (dir.), *Dictionary of the Civil Code*, Association Henri Capitant, PUF, 2014..
- Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018.
- Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, droit des obligations*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018.
- M.-L. MATHIEU, *Logique et raisonnement juridique*, PUF, 2^{ème} éd., 2015.
- R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, t. I, LGDJ, 2^{ème} éd., 1947.
- R. SEROUSSI, *Introduction au droit comparé*, Dunod, 3^{ème} éd., 2008.

- E. SERVIDIO-DELABRE, *The Legal System of a Common Law Country*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2014.
- B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} éd., 2000.
- F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis, Dalloz, 10^{ème} éd., 2015.
- F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, les obligations*, Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2019.
- G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, Traité de droit civil, LGDJ, 4^{ème} éd., 2017.

§2. Thèses, monographies et ouvrages spéciaux

- C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 329, 2000.
- F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. GRIMALDI, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2004.
- J.-P. BERAUDO, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, coll. droit des affaires, LGDJ, 1992.
- A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, préf. G. VINEY, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 414, 2004.
- R. DAVID, D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1985.
- A. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, th. Toulouse, 1934.
- F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, th. Paris I, 2008.
- T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, préf. C. ALLEAUME, coll. des Thèses, Institut Universitaire Varenne, 2014.
- S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Economica, 2006.
- F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Anthologie du Droit, LGDJ, 2^{nde} éd., 2016.
- M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. FLOUR, Sirey, 1957.
- S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. LEQUETTE, éd. Panthéon-Assas, 2004.
- F. GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui. Source autonome et générale d'obligations en droit privé français*, Dalloz, 1949.
- L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1905.
- L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006.
- L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, Dalloz, 1928.
- Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR WATT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 419, 2004.

- L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 212, 1990.
- H. LEVY-ULLMAN, *Le système juridique de l'Angleterre*, coll. Les introuvables, éd. Panthéon-Assas, 1999.
- A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. Paris II, 1995.
- P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Rousseau & Cie, 1932.
- M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, préf. G CORNU, th. Paris II, éd. Cujas, 1991.
- N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005.
- P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. SOURIOUX, éd. Panthéon-Assas, 1999.
- M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, préf. C. WITZ, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 418, 2004.
- V. PIRONON, *Les joints ventures, Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, préf. Ph. FOUCHARD, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004.
- A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, th. Paris II, 2001.
- V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, préf. Ph. MALAURIE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 187, 1985.
- H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999.
- Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. BOUT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 337, 2000.
- F. TRIPET, *Trusts patrimoniaux anglo-saxons et droit fiscal français*, Litec, 1989.
- M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, coll. Les Voies du droit, PUF, 1988.
- J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé : contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. G. WICKER, Bibliothèque de droit privé, tome 589, 2019.
- G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, th. Toulouse, Sirey, 1934.
- J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, th. Toulouse, Dalloz, 1957.
- G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 253, 1997.
- C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCMIDT, Economica, 1980.

§3. Articles

- E. AGOSTINI, « L'équité », *D.* 1978, t. 1, p. 7.
- C. ALBIGES, « L'équité et le juge civil », in *AEquitas - Equité - Equity*, Actes de Colloque, Montpellier, 2015.
- C. ALBIGES, « Equité », *Rép. civ Dalloz*, 2017.

- B. AUDIT, « Fraude », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 755.
- M. AZENCOT, « Vente immobilière et transfert de propriété », *AJDI*, 1996, 2.
- O. BARRET, « Vente : effets », *Rép. civ Dalloz*, 2007 (actualisation 2019).
- F. BARRIERE, « Fiducie », *Rép. civ Dalloz*, 2013 (actualisation 2017).
- G. BEAUSSONIE, « Affaire *Wildenstein* : nouvelle relaxe, autres causes, en attendant le pourvoi », *AJ pénal*, 2018, p. 416.
- F. BELLIVIER, R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 91.
- A. BENABENT, « Un nouvel instrument jurisprudentiel : la gomme à effacer », in *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 81.
- J.-S. BORGHETTI, « Rayonnement », *RDC* 2018, p. 177.
- M. BOUDOT, « Apparence », *Rép. civ Dalloz*, 2018.
- G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz, 1960, p. 257.
- L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. civ. Dalloz*, 2015 (actualisation 2017).
- J. CALAIS-AULOY, note, *D.* 1970, p. 23.
- J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *Le dépassement du droit, Archives de philosophie du droit*, t. 8, 1963, p. 55.
- A.-S. CHONE-GRIMALDI, « Les maux de la traduction : nouvelles illustrations avec la directive ECN + », *D.* 2019, p. 544.
- G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 129.
- P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts – Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD com.*, 2005, 1.
- J. DABIN, *La technique d'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruylant, Sirey, 1935.
- R. DEMOGUE, « De la violence comme vice du consentement », *RTD civ.*, 1914, 435.
- Ph. DEROUIN, « Pour une analyse "fonctionnelle" de la condition », *RTD civ.*, 1978, 1.
- M. DOUCHY-OUUDOT, « Paiement de l'indu », *Rép. civ. Dalloz*, 2018.
- F. DRUMMOND, H. LECUYER, « Equité et droit européen », in *L'équité ou les équités : confrontation occident et monde arabe*, Actes de Colloque, Société de législation comparée, 2004, p. 99.
- M. DUBUY, « La fraude à la loi », *RFDA*, 2009, 243.
- G. DURRY, obs., *RTD civ.* 1972, 395.
- P. ESMEIN, note, *JCP* 1963, I, 13105.

- M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301.
- V. FORTI, « Exécution forcée en nature », *Rép. civ Dalloz*, 2016 (actualisation 2018).
- S. GAUDEMET, « L'effet translatif », *JCP N*, 2015, 1211.
- P.-Y. GAUTIER, « François Gény, *Science et technique en droit privé positif* (1914-1924) : une consécration indirecte par l'Europe », *RDA*, 2019, n° 18, p. 116.
- C. GIVERDON, « L'outillage juridique », in *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 275.
- J.-P. GRIDEL, « Le rôle normatif de la Cour de cassation – À propos de l'Étude annuelle 2018 », *JCP G*, 2019, 214.
- F. HAGE CHAHINE, « Rapport de synthèse », in *L'équité ou les équités : confrontation occident et monde arabe*, Actes de Colloque, Société de législation comparée, 2004, p. 237.
- T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, 581.
- B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective » *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 57 n° 1, 2005, p. 29.
- M. JEOL, *Conclusions*, D. 1993, 373 .
- M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Apparence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 73.
- N. LAURENT-BONNE, S. TISSEYRE, « Regards croisés sur le formalisme », in *Le formalisme, sources et technique en droit privé*, Actes de Colloque, Université de Pau et des Pays de l'Adour, LGDJ, 2017, p. 1.
- C. LEBEN, « Ordre public », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 1119.
- Ph. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal », *RDA*, 2011, n° 3, p. 41.
- Ph. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ Dalloz*, 2017 (actualisation 2018).
- F. LECLERC, « Les conflits d'intérêts en droit civil », in *Les conflits d'intérêts*, G. VIRASSAMY (dir.), PUAM, 2015, p. 71.
- P. LESCOT, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP G*, 1966, I, 2007.
- L. LEVENEUR, « L'incroyable danger du dessous de table pour le vendeur ! », *CCC* 2010, n° 65.
- M. LOPEZ, « Amitié et preuve littérale : les liaisons dangereuses », *JCP G*, 2018, I, 155.
- N. MATHEY, « Représentation », *Rép. civ Dalloz*, 2017 (actualisation 2018) .
- D. MAZEAUD, « Une application inédite par la Cour de cassation de l'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur* », *RTD civ.* 2018, 72.
- N. MOLFESSIS, « Droit des contrats : que vive la réforme », *JCP G*, 2016, 180.
- J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », *D.* 2011, 1100.
- J.-L. MOURALIS, « Preuve : modes de preuve », *Rép. civ Dalloz*, 2011 (actualisation 2018).

- C. NOBLOT, « Pour une interprétation téléologique de la notion de “service” », *LPA*, 2018, n° 136, p. 8.
- C. OPHELLE, « Simulation », *Rép. civ Dalloz*, 2012 (actualisation 2016).
- O. PFERSMAN, « Lacunes et complétude », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 911.
- C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La fiction de la causalité alternative, Fondement et perspectives de la jurisprudence ‘Distilbène’ », *D.* 2010, 1162.
- G. RAOUL-CORMEIL, « Donations et testaments – donation entre vifs – forme authentique », *JCI. Notarial Répertoire*, fasc. 10, 2017.
- K. RODRIGUEZ, « Impact de la réforme du droit des obligations sur le droit des associations », *Rev. sociétés* 2017, p. 67.
- F.-X. ROUX-DEMARE, M.-C. DIZES, « Prolégomènes », in *Les fictions en droit*, coll. Colloques & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 7.
- F. SAFI, « Les restitutions consécutives à la nullité du contrat : rétablir ou corriger ? », *D.* 2016, 1179.
- L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Action paulienne », *Rép. civ Dalloz*, 2016 (actualisation 2018).
- D. SCHMIDT, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *D.* 2013, 446.
- A. SERIAUX, « Beaucoup de bruit pour rien », *D.* 1993, chron., 229.
- A. SERIAUX, « Abus de droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 2.
- R. SEVE, « Introduction », *Le système juridique, Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 2.
- Ph. SIMLER, « Transfert de propriété », *JCI. Civil Code Formulaire*, fasc. 90, 2017.
- J. L. SOURIOUX, « Genèse de l'équité en droit français », in *L'équité ou les équités : confrontation occident et monde arabe*, Actes de Colloque, Société de législation comparée, 2004, p. 9.
- D. TALLON, « Trust », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 1487.
- G. TIMSIT, « Système », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 1462.
- S. TISSEYRE, « Le renouvellement du formalisme en droit commun des contrats », in *Le formalisme, sources et technique en droit privé*, Actes de Colloque, Université de Pau et des Pays de l'Adour, LGDJ, 2017, p. 97.
- G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP G* 1948, I, 682.
- G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950, I, 851.
- G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, coll. travaux et recherches de l'IPA-IAE, Toulouse, 1981, t. 2, 767.
- J. VIDAL, *D.* 1963, t. 1, 149.

- P. WERY, « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *Conférence sur la réforme droit des obligations belge*, 7 mars 2019, Institut de Droit Comparé, Paris II.
- G. WICKER, « Fiction », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, Lamy, 2003, p. 716.
- S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats, droit anglais », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), Bruyant, LGDJ, 2001, p. 977.
- S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC*, 2005, p. 49.
- B. A. WORTLEY, « Le "trust" et ses applications modernes en droit anglais. » *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 14 N°4, Octobre-décembre 1962, p. 699.

Section 2. Droit anglais

§1. Traités, manuels, ouvrages généraux et dictionnaires

- J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, 30^{ème} éd., 2016.
- A. BURROWS, *The Law of Restitution*, Oxford University Press, 3^{ème} éd. 2011.
- R. CLEMENTS, A. ABASS, *Equity and Trusts*, Oxford University Press, 5^{ème} éd., 2018.
- S. CLARKE, S. GREER, *Land Law*, Oxford University Press, 5^{ème} éd., 2016.
- P. S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts, text, cases, and materials*, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2016.
- J. EDELMAN, E. BANT, *Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2^{ème} éd., 2016.
- H. W. FOWLER, F. G. FOWLER (dir.), *The concise Oxford dictionary of current English*, coll. Clarendon Press, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 1934.
- D. HAY (dir.), *Words and Phrases Legally Defined*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2007, Vol. 2.
- F. W. MAITLAND, *Equity, a course of lectures*, Cambridge University Press, 2^{nde} éd., 1949.
- J. E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, Sweet & Maxwell, 16^{ème} éd., 2001.
- C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *Goff & Jones, The Law of Unjust Enrichment*, Sweet & Maxwell, 9^{ème} éd., 2016.
- G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2015.
- G. WATT, *Equity and Trusts law*, Oxford University Press, 5^{ème} éd., 2016.

§2. Thèses, monographies et ouvrages spéciaux

- P. BIRKS, *Unjust Enrichment*, coll. Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2^{nde} éd., 2005.
- G. ELIAS, *Explaining Constructive Trusts*, coll. Clarendon Press, Oxford University Press, 1990.

LAW COMMISSION, *Transfer of land: passing of risk from vendor to purchaser*, Law Com. No. 109, 1988.

LAW COMMISSION, *Transfer of land: risk of damage after contract for sale*, Law Com. No. 191, 1990.

LAW COMMISSION, *Fiduciary Duties and Regulatory Rules*, Law Com. Consultation Paper No. 124, 1992.

LAW COMMISSION, *Fiduciary Duties of Investment Intermediaries*, Law Com. No. 350, 2014.

M. LUPOI, *Trusts: a comparative study*, Cambridge University Press, 2000.

D. NOLAN, A. ROBERTSON, *Rights and Private Law*, Hart Publishing, 2011.

R. STEVENS, *Torts and Rights*, Oxford University Press, 2007.

§3. Articles

P. CRITCHLEY, « Instruments of fraud, testamentary dispositions, and the doctrine of secret trusts », *The Law Quarterly Review*, (1999), 631.

J. EDELMAN, « When do Fiduciary Duties Arise? », *The Law Quarterly Review*, (2010), 302.

J. EDELMAN, « Two fundamental questions for the law of trusts », *The Law Quarterly Review*, (2013), 66.

T. ETHERTON, « Constructive trusts: a new model for equity and unjust enrichment », *Cambridge Law Journal*, (2008), 265.

T. ETHERTON, « The role of equity in mistaken transactions », *Trust Law International*, (2013), 159.

P. JAFFEY, « Explaining the Trust », *The Law Quarterly Review*, (2015), 377

Y. K. LIEW, « Reanalysing institutional and remedial constructive trusts », *Cambridge Law Journal*, (2016), 528.

R.C. NOLAN, « Equitable Property », *The Law Quarterly Review*, (2006), 232.

L. D. SMITH, « Constructive trusts and constructive trustees », *Cambridge Law Journal*, (1999), 294.

M. THOMPSON, « The profits of crime », *Conveyancer and Property Lawyer*, (1998), 45.

M. THOMPSON, « Mere formalities », *Conveyancer and Property Lawyer*, [1996], 366.

P. G. TURNER, « Understanding the constructive trust between vendor and purchaser », *The Law Quarterly Review*, (2012), 582.

S. WORTHINGTON, « Fiduciary duties and proprietary remedies: addressing the failure of equitable formulae », *Cambridge Law Journal*, (2013), 720.

S. WORTHINGTON, « Four questions on fiduciaries », *Trust Law International*, (2018), 22.

Section 3. Autres droits étrangers

§1. Belgique

- A. G. CONTE, « Décision, complétude, clôture », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 67.
- P. FORIERS, « Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 9.
- Ch. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 31.
- U. KLUG, « Observations sur le problème des lacunes en droit », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 85.
- J. MIEDZIANOGORA, « Juges, lacunes et idéologie », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 513.
- P. ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruylant, 1982.
- Ch. PERELMAN, « Avant-propos », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 7.
- Ch. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit – essai de synthèse », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 537.
- Ch. PERELMAN, « Présomptions et fictions en droit – essai de synthèse », in *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 339.
- R. SAVATIER, « Les creux en droit positifs au rythme des métamorphose d’une civilisation », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 521.
- J. STONE, « Non liquet and the international judicial function », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 305.
- A. G. CONTE, « Décision, complétude, clôture », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 67.
- F. TERRE, « Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 143.

§2. Etats-Unis d’Amérique

- B. A. GARNER (dir.), *Black’s Law Dictionary*, Thomson Reuters, 10^{ème} éd., 2014.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Trusts*, The American Law Institute, 3^{ème} éd., 2003-2012.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Restitution and Unjust Enrichment*, The American Law Institute, 3^{ème} éd., 2011.

§3. Pays-Bas

- G. L. GRETTON, « Constructive Trusts and Insolvency », in *Trusts in Mixed Legal Systems*, J. M. MILO, J. M. SMITS (dir.), Ars Aequi Cahiers, 2001, p. 28.
- D. J. HAYTON, S. C. J. J. KORTMANN, H. L. E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law*, coll. Law of Business and Finance, Kluwer Law International, 1999.

J. M. MILO, J. M. SMITS, « Trusts in Mixed Legal Systems, a challenge to comparative trust law », in *Trusts in Mixed Legal Systems*, J. M. MILO, J. M. SMITS (dir.), Ars Aequi Cahiers, 2001, p. 11.

§4. Canada

L. D. SMITH, « Trust and Patrimony », *Revue générale de droit*, t. 38 n° 2, 2008, p. 379.

J.-M. DOYON, « Droit, Loi et Equité », *Revue générale de droit*, t. 26 n° 2, 1995, p. 325.

§5. Italie

M. LUPOI, *Trusts*, Giuffrè editore, 2nde éd., 2001 (en italien).

§6. Suisse

J. PERRIN, *Le Trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg – Etude de droit comparé et de droit international privé*, coll. « Comparativa 77 », Librairie Droz, 2006.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION..... 1

TITRE PREMIER. LA PRESENTATION DU *CONSTRUCTIVE TRUST* ANGLAIS 8

CHAPITRE PREMIER. LA DIVERSITE DES *CONSTRUCTIVE TRUSTS*..... 8

Section 1. La protection de la volonté des parties..... 9

 §1. L'exécution en nature..... 9

 A. Le cas de la vente..... 10

 B. Le cas du formalisme à titre de validité..... 12

 §2. Les comportements frauduleux 13

Section 2. La rectification de l'enrichissement injuste 15

 §1. Les restitutions anormales 15

 A. Le cas du paiement indu..... 16

 B. Le cas de l'annulation du contrat 17

 §2. Les relations fiduciaires 18

CHAPITRE SECOND. LA COMPREHENSION DELICATE DU *CONSTRUCTIVE TRUST*..... 21

Section 1. Les fondements du constructive trust..... 21

 §1. L'identification des fondements 21

 A. L'exclusion d'une classification 21

 B. L'affirmation d'une classification..... 22

 §2. La portée des fondements..... 24

 A. L'exclusion des constructive trusts curatifs..... 24

 B. L'extension des constructive trusts 25

Section 2. Les définitions du constructive trust..... 26

 §1. La définition générale du trust..... 27

 A. L'originalité du mécanisme..... 27

 B. La nature de l'intérêt du bénéficiaire 28

 §2. La définition particulière du constructive trust..... 31

 A. Les authentiques constructive trusts 31

 B. Les constructive trustees factices 32

TITRE SECOND. LA MISE EN PERSPECTIVE DU *CONSTRUCTIVE TRUST* ANGLAIS EN DROIT FRANÇAIS..... 34

CHAPITRE PREMIER. LE *CONSTRUCTIVE TRUST* ET LES OUTILS D'AMELIORATION DU SYSTEME JURIDIQUE..... 34

Section 1. Un besoin d'amélioration du système juridique 34

 §1. L'existence des lacunes du droit..... 34

 A. La nature des lacunes du droit 34

 B. Les lacunes du droit dans le système juridique..... 35

 §2. L'identification des lacunes du droit..... 37

 A. L'intervention du juge..... 37

 B. La portée de l'intervention du juge 38

<i>Section 2. Une méthode d'amélioration du système juridique</i>	39
§1. Le recours à l'équité.....	40
A. L'équité dans les systèmes juridiques	40
B. Les fonctions de l'équité.....	41
§2. Le recours à des notions fonctionnelles	42
A. La définition de la notion fonctionnelle	43
B. La valeur de la notion fonctionnelle.....	44
CHAPITRE SECOND. LE <i>CONSTRUCTIVE TRUST</i> ET SES MULTIPLES EQUIVALENTS FRANÇAIS	46
<i>Section 1. Des équivalents fonctionnels au constructive trust</i>	46
§1. Des mécanismes interprétant la réalité.....	46
A. L'apparence	46
B. La fiction	47
§2. Des mécanismes contrôlant l'exercice d'un droit.....	49
A. L'abus.....	49
B. La fraude.....	51
<i>Section 2. Des équivalents factuels aux constructive trusts</i>	52
§1. La protection de la volonté des parties.....	52
A. L'exécution en nature.....	53
B. Les comportements frauduleux.....	55
§2. La rectification de l'enrichissement injuste.....	56
A. Les restitutions anormales	56
B. Les conflits d'intérêts	57
CONCLUSION GENERALE	59

