

---

**UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)**  
Droit – Économie – Sciences sociales  
École doctorale de droit privé

---

**LA PROTECTION**  
**DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE-*TRUST FUND***  
**(ÉTUDE COMPARÉE : DROIT FRANÇAIS-DROIT ANGLAIS)**

---

Thèse pour le doctorat en droit

Présentée et soutenue publiquement le 5 février 2013 par

**RAFAEL IBARRA GARZA**

Directeur de thèse : **Monsieur Christian LARROUMET**  
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury : **Madame Mireille BACACHE-GIBEILI**  
Professeur à l'Université René Descartes (Paris V)

**Monsieur Philippe DUPICHOT**  
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (Paris XII)

**Madame Blandine MALLET-BRICOUT**  
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III), rapporteur

**Monsieur Lionel SMITH**  
Professeur à l'Université McGill, rapporteur



**Université Panthéon-Assas**



**LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE-*TRUST FUND***  
**(ÉTUDE COMPARÉE : DROIT FRANÇAIS-DROIT ANGLAIS)**





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



## *Remerciements*

La majeure partie du travail de thèse consiste à lire. Lire et lire encore. Avec pour but la compilation d'idées dispersées dans un abîme d'informations sans fin. Et, une fois ce travail accompli, le chercheur poursuit en organisant ses idées, méthodologiquement. Ce n'est que lorsqu'il existe une lacune entre les idées compilées que l'on peut espérer en apporter de nouvelles ; mais, même dans cette situation, les idées apportées seront inspirées des auteurs lus. Ainsi, une thèse n'est pas tant ce qu'elle est par ce qui a été écrit, mais bien par ce qui a été lu \*. Pour cette raison, je voudrais commencer ces remerciements en rendant hommage à tous les auteurs (même ceux restés anonymes ici) qui, tout au long de ces années, m'ont permis de forger cette thèse. Sans la lecture de leurs travaux, je n'aurais pu écrire ce que je sou mets aujourd'hui aux professeurs qui ont eu la gentillesse d'accepter de faire partie de mon jury, et à tous ceux qui voudront bien me lire. Ma thèse est ainsi, en quelque sorte – et même si je demeure seul responsable du texte ici présenté –, la thèse de tous ces auteurs.

Je voudrais adresser mes plus vifs remerciements à Monsieur le Professeur Christian Larroumet pour la confiance qu'il m'a accordée dès ma candidature au Master de droit privé général et, tout au long de mes travaux de recherche, pour la hauteur de vue, l'intelligence, l'efficacité et la bienveillance avec lesquelles il a su diriger cette étude. Cette opportunité qui m'a été offerte m'a permis de prendre goût à la recherche et au travail d'approfondissement que celle-ci requiert. J'espère que le Professeur Larroumet voudra bien trouver dans ce travail un témoignage de ma profonde reconnaissance.

Si la langue française se rapproche de ma langue maternelle, l'espagnol, celle-ci n'en demeure pas moins très différente de celle-là ; je tiens ainsi à remercier Céline Guillemet, Nicolas Balat, Charles Gijbers, Eric Robert, Maximin de Fontmichel et Louis-Antoine Poletti, pour avoir su restaurer le français là où, parfois, ma plume l'avait

---

\* Cette phrase est inspirée d'une pensée de l'écrivain argentin Jorge Luis Borges, qui m'a beaucoup marqué et m'a poussé à être un meilleur lecteur : « une personne n'est pas ce qu'elle est par ce qu'elle a écrit, mais par ce qu'elle a lu » (traduction libre).

sauvagement profané. Sans cette œuvre de correction, ce travail n'aurait pu voir le jour dans l'état dans lequel il est présenté.

Sur le plan technique, je souhaite particulièrement exprimer ma gratitude à Nicolas Balat et Charles Gijbbers pour le temps qu'ils m'ont offert à discuter sur ma thèse et à débattre de mes positions, bien qu'ils aient été par ailleurs encore plus occupés que moi. Ces discussions, ainsi que leurs conseils avisés, sont un des piliers sur lesquels repose ce travail : j'espère ne pas avoir trahi l'effet de stimulation intellectuelle qu'ils m'ont apporté. Je les remercie de tout cœur et attends avec ardeur le jour où je pourrai leur rendre la pareille.

Quoique ces remerciements ne s'adressent pas à personne déterminée, je suis aussi infiniment reconnaissant envers le système universitaire français, dont je garderai toujours en mémoire la très grande qualité, et les facilités qu'il offre pour accéder au savoir ; je promets d'en devenir l'un des plus fervents ambassadeurs au Mexique. Dans le même esprit, je voudrais remercier les organismes (du gouvernement mexicain et du gouvernement français) qui m'ont offert des bourses pour réaliser ma thèse dans les meilleures conditions possibles. Ainsi, je voudrais remercier le CONACYT, l'Universidad Autónoma de Nuevo León, la Facultad de Derecho y Criminología (notamment son Doyen Monsieur le Professeur José Luis Prado Maillard) et Egide (devenu Campus France).

J'exprime ensuite toute ma gratitude à Carlos Leal-Isla, qui, sans me connaître, a donné de sa personne pour que je puisse accomplir mon rêve d'étudier en troisième cycle en France ; les mots me manquent pour exprimer toute la reconnaissance que j'ai pour lui.

Je ne pourrais pas finir ces remerciements sans dire quelques mots sur ma famille et mes amis. Sans mes parents, cette belle expérience n'aurait pas été possible : le voyage académique qui prend fin avec ces lignes n'a pas commencé il y a quelques années, mais dès ma naissance. J'espère, à mon tour, pouvoir être à leur hauteur dans l'éducation que je donnerai à mes enfants. Quant à ma femme... comment exprimer mes sentiments en quelques mots ? Elle est le pilier de ma vie et de notre famille ; le destin a été très généreux pour moi, en me laissant recueilli par ses mains. Quant à mon fils, je voudrais qu'il sache que, sans lui, j'aurais très sûrement fini cette thèse un peu plus tôt... mais sans le même sens de l'amour.



Je voudrais aussi exprimer ma gratitude au reste de ma famille et à mes amis, pour tout le soutien qu'ils m'ont donné : sans ce soutien, ce voyage aurait été impossible. Enfin, je voudrais remercier les amis qui m'ont accompagné, à un moment ou à un autre, au cours de ces huit années parisiennes : certains sont repartis, d'autres nous accompagnent encore. Merci à tous, d'avoir fait de Paris une fête !



## ***Résumé***

La constitution d'une fiducie-*trust* a comme effet la création d'une universalité juridique, le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. De cette universalité, les bénéficiaires-*cestuis que trusts* tirent les avantages que le constituant-*settlor* a prévu pour eux ; ainsi pour qu'ils puissent obtenir leurs avantages, il faut que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit en bon état. D'où l'importance d'avoir des moyens adéquates qui protègent le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Dans le cas contraire, les possibilités que le but d'une fiducie-*trust* déterminée soit réalisé se réduisent, et l'efficacité de l'ensemble de l'institution est remise en question.

La protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund* commence par des moyens qui évitent à cette universalité d'être endommagée. Puisque toute action, comme toute inaction du fiduciaire-*trustee*, peut avoir des effets négatifs sur le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, il faut empêcher qu'il endommage cette universalité. A l'égard du fiduciaire-*trustee*, le patrimoine fiduciaire-*trust fund* encourt deux dangers : non seulement que le fiduciaire-*trustee* agisse dans un intérêt autre que celui des *cestuis que trusts*, mais aussi qu'il soit négligent dans l'exécution de ses obligations. Pour faire face à ces dangers, et empêcher que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit endommagé par le fiduciaire-*trustee*, deux obligations lui sont imposées : le devoir de loyauté-*duty of loyalty* et le devoir de diligence-*duty of care*. D'autre part, si le patrimoine fiduciaire-*trust fund* peut être endommagé par le fiduciaire-*trustee*, il peut aussi être endommagé par des tiers. La protection à l'égard des tiers commence en faisant du fiduciaire-*trustee* le titulaire des droits mis en fiducie-*trust* (s'il s'agit d'une propriété, il sera propriétaire ; s'il s'agit d'une créance, il sera créancier) ; elle se poursuit en rendant les biens fiduciaires, et donc le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, indépendants du patrimoine du fiduciaire-*trustee*.

Bien qu'il existe des moyens préventifs de protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, ces moyens ne sont pas infaillibles. Ainsi, quand le patrimoine fiduciaire-*trust fund* est endommagé, il est nécessaire que le constituant et les bénéficiaires-*cestuis que trusts* disposent de recours pour faire face aux préjudices soufferts par cette universalité. Parmi les moyens curatifs de protection, on en trouve de nature personnelle : ceux dont les

remèdes visent l'exécution en nature de la fiducie-*trust* et ceux qui visent la réparation du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Pour réparer le dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund*, on trouve aussi des remèdes de nature réelle. Si le droit anglais offre de vrais remèdes réels, en revanche le droit français offre de « faux » remèdes réels puisque, même si ces remèdes ne sont pas *stricto sensu* des remèdes réels, ils ont des effets analogues aux remèdes du droit anglais.

**Descripteurs** : bénéficiaires, bon père de famille, *breach of trust*, *cestuis que trusts*, clause de non responsabilité, conflit d'intérêts, constituant, *constructive trust*, devoir de diligence, devoir de loyauté, dommage, *duty of care*, *duty of loyalty*, *equitable lien*, exécution forcée, fiduciaire, fiducie, *following*, nullité, *ordinary prudent man of business*, patrimoine d'affectation, patrimoine fiduciaire, propriété, propriété fiduciaire, remèdes personnels, remèdes réels, responsabilité civil, standard juridique, *tracing*, *trust fund*, *trust*, *trustee*

## ***Abstract***

### **The protection of the *patrimoine fiduciaire-trust fund* (Comparative study : French law and English law)**

The constitution of a *fiducie-trust* has the effect of creating a *patrimoine fiduciaire-trust fund*. Because the beneficiaries obtain their benefits from the *patrimoine fiduciaire-trust fund* it has to be in a condition that permits them to obtain those benefits. Hence the importance of having adequate means to protect the *patrimoine fiduciaire-trust fund*.

The protection of the *patrimoine fiduciaire-trust fund* starts by preventing it from being harmed. Since any action or any inaction of the *fiduciaire-trustee* can have negative effects on the *patrimoine fiduciaire-trust fund*, it is necessary to begin by protecting it from the *fiduciaire-trustee*. There are two situations which have been proven to be dangerous to the *patrimoine fiduciaire-trust fund*: a) when the *fiduciaire-trustee* acts in an interest other than that of those of the beneficiaries and b)

when the *fiduciaire*-trustee is negligent in the performance of his obligations. To cope with these two problems and to prevent the *patrimoine fiduciaire*-trust fund from being damaged by the *fiduciaire*-trustee, two obligations are imposed upon him: a) the *devoir de loyauté*-duty of loyalty and b) the *devoir de diligence*-duty of care. If the *patrimoine fiduciaire*-trust fund is at risk of the actions of the *fiduciaire*-trustee, it is also at risk of the actions of third parties. The protection of the *patrimoine fiduciaire*-trust fund from third parties begin by the ownership of the *fiduciaire*-trustee and continues by separating the *patrimoine fiduciaire*-trust fund from the personal property of the *fiduciaire*-trustee.

Because the preventive measures that protect the *patrimoine fiduciaire*-trust fund are not infallible, it is necessary that the *constituant* and the beneficiaries have access to legal remedies for when the *patrimoine fiduciaire*-trust fund has been damaged. Among the remedial protection are those of personal nature, including remedies for specific enforcement of the *fiducie*-trust and those that tend to repair the *patrimoine fiduciaire*-trust fund. To repair the damage caused to the *patrimoine fiduciaire*-trust fund there are also real remedies. If English law provides true real remedies, in contrast to French law offers "fake" real remedies because even if the nature of those remedies are not strictly real, they have similar effects to those offered by English law.

**Keywords** : bénéficiaires, bon père de famille, *breach of trust*, *cestuis que trusts*, clause de non responsabilité, conflit d'intérêts, *constituant*, *constructive trust*, *devoir de diligence*, *devoir de loyauté*, *dommage*, *duty of care*, *duty of loyalty*, *equitable lien*, *exécution forcée*, *fiduciaire*, *fiducie*, *following*, *nullité*, *ordinary prudent man of business*, *patrimoine d'affectation*, *patrimoine fiduciaire*, *propriété*, *propriété fiduciaire*, *remèdes personnels*, *remèdes réels*, *responsabilité civil*, *standard juridique*, *tracing*, *trust fund*, *trust*, *trustee*



## Table de principales abréviations

AC	Law Reports, Appeal Cases (3rd Series)
ACTEC J.	ACTEC Journal
AJDI	Actualité juridique Droit immobilier
AJF	Actualité juridique Famille
Alta. L. Rev.	Alberta Law Review
Am. Jo. Comp. Law	American Journal of Comparative Law
American University L.R.	American University Law Review
App. Cas.	Law Reports, Appeal Cases (2nd Series)
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
B.C.C.	British Company Cases
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
Banking L. J.	Banking Law Journal
Baylor L. Rev.	Baylor Law Review
Beav.	Beavan's Rolls Courts Report
Bol. del Inst. de Der.	Boletín del Instituto de Derecho Comparado de
Comp. de Méx.	México
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres
	civiles
Bull. civ. ass. plén.	Bulletin de l'Assemblée plénière de la Cour de
	cassation
Bull. Joly Bourse	Bulletin Joly (Bourse et produits financiers)
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
Bus. Law.	Business Lawyer
Ca.t.King	Select Cases in Chancery tempore King
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cam. L.J.	Cambridge Law Journal
Can. Bar Rev.	Canada Bar Review

Can. L. T.	The Canadian Law Times
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
Ch.	Law Reports, Chancery Division (3rd Series)
Ch.App.	Law Reports, Chancery Appeal Cases
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division (2nd Series)
CLC	CCH Commercial Law Cases
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Comp. Law	Company Lawyer
Contrats, conc., consomm.	Contrats, concurrence, consommation
Conv.	Conveyancer & property lawyer
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Cov. L.J.	Coventry Law Journal
Cr.& Ph.	Craig & Phillips' Chancery Reports
D.	Recueil Dalloz
dactyl.	Dactylographiée
De G.F.&J.	De Gex, Fisher & Jones' Chancery Reports
De G.M.&G.	De Gex, Macnaghten & Gordon's Chancery Reports
DP	Dalloz périodique
Dr.	Droit
Duke L. J.	Duke Law Journal
E.R.	English Reports
éd.	Edition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Giff.	Giffard's Chancery Reports
H.L.R	Housing law reports
Hare	Hare's Chancery Reports
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review



I.B.F.L.	International Banking and Financial Law
I.C.C.L.R.	International Company and Commercial Law Review
Ill. L. Rev.	Illinois Law Review
Int. I. L. R.	International Insurance Law Review
Int'l & Comp. L. Q.	International and Comparative Law Quarterly
Is. L. R.	Israel Law Review
J.B.L.	Journal of Business Law
J. Comp. Leg. Int. L.	Journal of Comparative Legislation and International Law
J.F.C.	Journal of Financial Crime
J.I.B.L.	Journal of International Banking Law
J.I.B.L.R.	Journal of International Banking Law and Regulation
JCI	Jurisclasseur
JCP E	La semaine juridique, édition entreprise et affaires
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JCP N	La semaine juridique, édition notariale et immobilière
Jus	Revista de Derecho y Ciencias Sociales
K.B.	Law Reports, King's Bench
Keen	Keen's Rolls Court Reports
L.Q.R.	Law Quarterly Review
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
M.L.R.	Modern Law Review
Madd.	Maddock's Chancery Reports
Marq. L. Rev.	Marquette Law Review
Mass.	Massachusetts Reports
Mél.	Mélanges
Mer.	Merivale's Chancery Reports
Miami L. Q.	Miami Law Quarterly

Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
My.&K.	Mylne & Keen's Chancery Reports
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
N.Z. L. Rev.	New Zealand Law Review
N.Z. Universities L. Rev.	New Zealand Universities Law Review
Nw. U. L. Rev	Northwestern University Law Review
obs.	Observation
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
Okla. City U. L. Rev.	Oklahoma City University Law Review
op. cit.	Opere citado, dans l'ouvrage précité
Or. L. Rev.	Oregan Law Review
P.&C.R.	Property, Planning & Compensation Reports
P.C.B.	Private Client Business
P.Wms.	Peere-Williams' Chancery & King's Bench Cases
PA	Les petites affiches
Pick.	Pickering's Massachusetts Reports
PLI/Est	Practising Law Institute
préf.	Préface
PUF	Presse universitaires de France
QB	Law Reports, Queen's Bench (3rd Series)
R.D.U.S	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R.F.D.M. (UNAM)	Revista de la Facultad de Derecho de México (Universidad Nacional Autónoma de México)
R.I.J. de la E.L.D.	Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier

RD imm.	Revue de droit immobilier
réimp.	Réimpression
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
Rev. Bancaria	Revista Bancaria
Rev. Banque	La Revue Banque
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. de la Escuela de Estudios Contables (I.T.E.S.M.)	Revista de la Escuela de Estudios Contables (Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey)
Rev. de la Fac. de Der. de Méx.	Revista de la Facultad de Derecho de México
Rev. Der. Priv. (U.N.A.M.)	Revista de Derecho Privado (Universidad Nacional Autónoma de México)
Rev. dr. H. CAPITANT	Revue de Droit Henri Capitant
Rev. Esc. Nac. Jurisp.	Revista <i>de la</i> Escuela Nacional <i>de</i> Jurisprudencia
Rev. gen. de der. y jurisp.	Revista General de Derecho y Jurisprudencia
Rev. Lamy dr. aff.	Revue Lamy Droit des affaires
Rev. Lamy dr. civil	Revue Lamy Droit civil
Rev. Mexicana de Der.	Revista Mexicana de Derecho
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Russ.	Russell's Chancery Reports tempore Eldon
s.	Suivant
S.	Recueil Sirey
s. la dir. de	Sous la direction de
Sem. Jud. de la Fed.	Semanario Judicial de la Federación
Sim.	Simons' Vice Chancellor's Reports

Sing. J. Legal Stud.	Singapore Journal of Legal Studies
SLT	Scots Law Times
spéc.	Spécialement
St. John's L. Rev.	Saint John's Law Review
Strange	Strange's King's Bench Reports
Syracuse L. Rev.	Syracuse Law Review
T.	Tome
th.	Thèse
Tru. L.I.	Trust Law International
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U.N.S.W. Law J.	University of New South Wales Law Journal
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal
UCLA L. Rev.	University of California, Los Angeles Law Review
University of Queensland L.J.	University of Queensland Law Journal
V. (v.)	Voire
v°	verbo, mot
Ves.Jr.	Vesey Junior's Chancery Reports
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
Vol.	Volume
W. St. L. Rev.	Western State University Law Review
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WL	Westlaw Transcripts
WLR	Weekly Law Reports
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
Yale L.J.	Yale Law Journal

## Sommaire

<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b>	<b>23</b>
<b>PARTIE I.- LA PROTECTION PRÉVENTIVE DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE-<i>TRUST FUND</i></b>	<b>51</b>
TITRE I.- LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> À L'ENCONTRE DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i>	55
CHAPITRE I.- LE DEVOIR DE LOYAUTÉ- <i>DUTY OF LOYALTY</i>	61
CHAPITRE II.- LE DEVOIR DE DILIGENCE- <i>DUTY OF CARE</i>	123
TITRE II.- LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> À L'ENCONTRE DES TIERS	175
CHAPITRE I.- LA TITULARITÉ DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> DES DROITS FIDUCIÉS	179
CHAPITRE II.- L'INDÉPENDANCE DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> PAR RAPPORT AU PATRIMOINE DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i>	241
<b>PARTIE II.- LA PROTECTION CURATIVE DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE-<i>TRUST FUND</i></b>	<b>277</b>
TITRE I.- LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> PAR DES REMÈDES PERSONNELS	281
CHAPITRE I.- LES REMÈDES VISANT L'EXÉCUTION DE LA FIDUCIE- <i>TRUST</i>	285
CHAPITRE II.- LES REMÈDES VISANT LA RÉPARATION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i>	319
TITRE II.- LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> PAR DES REMÈDES DITS « RÉELS »	407
CHAPITRE I.- LES VRAIS REMÈDES RÉELS	411
CHAPITRE II.- LES FAUX REMÈDES RÉELS	443
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b>	<b>489</b>



# INTRODUCTION GÉNÉRALE







« Le droit comparé n'est pas seulement une science, c'est aussi un phénomène sociologique, une force vive, quoique inaperçue, qui est à l'œuvre autour de nous. »<sup>1</sup>

J. CARBONNIER

« *Even if we are not born comparativists, we must at least aspire to comparativism, before it is thrust upon us.* »<sup>2</sup>

P. MATHEWS

1.- Puisque le droit français a ses origines dans le droit romain, il est surprenant que la fiducie ait été « connue à Rome, [mais] inconnue des rédacteurs du code de 1804 »<sup>3</sup>. Le droit romain connaissait et régulaient deux mécanismes fiduciaires : la *fiducia*<sup>4</sup> et le *fideicommissum*<sup>5</sup>. Cependant, le manque d'une fiducie nommée dans le Code civil

---

<sup>1</sup> « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger », in *Verzekeringen von Vriendschap*, Kluwer, 1974, p. 65.

<sup>2</sup> « From obligation to property, and back again? The future of the non-charitable purpose trust », in *Extending the boundaries of trusts and similar ring fenced funds*, s. la dir. de D. HAYTON, Kluwer Law International, 2002, p. 203 et s., spéc. p. 204.

<sup>3</sup> S. PRIGENT, « Premier pas en fiducie dans le code civil », *AJDI* 2008, p. 280 et s., spéc. p. 280.

<sup>4</sup> La *fiducia* figurait dans les Institutes de Gaius, les sentences de Paul, la *Collatio*, et les fragments du Vatican (en ce sens, v. P. CLARET Y MARTI, *De la fiducia y del trust. Estudio de derecho comparado*, Bosch, 1946, p. 10) ; elle consistait dans un transfert de propriété assorti d'un pacte qui obligeait le fiduciaire à restituer la chose conformément aux conditions préétablies (en ce sens, v. P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-Ph. LEVY, Dalloz, 2003, p. 552).

Dans les Institutes de Gaius, la *fiducia* est divisée selon ses applications : d'une part, la *fiducia cum creditore* et d'autre part, la *fiducia cum amico* ; la première avait une fonction de garantie (v. F. GENY, *Etude sur la fiducie*, th. Nancy, 1885, p. 63 et s.), la deuxième une fonction de gestion (v. *ibidem*, p. 58 et s.).

<sup>5</sup> Le *fideicommissum* (sur le sujet, v. D. JOHNSTON, *The roman law of trusts*, Oxford, 2001 [réimp.]) était une institution de droit des successions en vertu de laquelle le *de cuius* transmettait aux légataires ses biens pour qu'ils les retransmettent ultérieurement, ou pour accomplir quelque chose en faveur d'un tiers désigné par le *de cuius* (en ce sens, v. D. JOHNSTON, « Trust and trust-like devices in roman law », in *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 45 et s., spéc. p. 46 et 47 ; M. PETITJEAN, cité par C. WITZ, *Fiducie en droit privé français*, th. dactyl. Strasbourg 3, 1979, p. 60). Cette institution a été utilisée par les testateurs notamment pour détourner les incapacités d'hériter, et pour imposer leur volonté au-delà de leur mort (en ce sens, v. A. STEMPEL PARIS, *Trust y fideicomiso*, Facultad de derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1955, p. 7).

Le *fideicommissum* a survécu à l'Empire Romain, et il est devenu ce que nous connaissons sous le nom de substitutions fidéicommissaires (v. C. WITZ, *Fiducie en droit privé français*, th. dactyl., op. cit., n° 29 et s. ; M. GRAZIADEI, « The development of Fiducia in Italian and French law from the 14th century to the end of the Ancien Régime », in *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 327 et s.).

Lorsque nous analyserons l'histoire du droit romain, nous limiterons notre analyse à la *fiducia*, car le *fideicommissum* était une institution de droit des successions. Au contraire, la fiducie française prohibe

s'explique par la disparition de la *fiducia* romaine à l'époque de Justinien <sup>6</sup> et l'interdiction décrétée par la Convention nationale des substitutions fidéicommissaires <sup>7</sup>.

2.- Depuis le début du vingtième siècle, la fiducie a été introduite dans plusieurs pays de tradition civiliste – ou continentale – dont, tout dernièrement, la France. En effet, malgré l'apparition de fiducies innommées tout au long du XX<sup>e</sup> siècle <sup>8</sup>, il a fallu attendre la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, menant enfin à bien l'« opération fiducie sur le sol français » <sup>9</sup>, pour que l'institution nommée voie officiellement le jour dans la législation nationale <sup>10</sup>.

toute utilisation dans une intention libérale au profit des bénéficiaires (v. l'article 2013 du Code civil) de sorte que la fiducie française n'a pas directement à voir avec le droit des successions.

<sup>6</sup> V. R. MONIER, *Manuel de droit romain, Les obligations*, Domat, 5<sup>ème</sup> éd., 1954, p. 121.

<sup>7</sup> La prohibition remonte aux décrets des 25 octobre et 14 novembre 1792. Il faut en chercher la raison dans les idées politiques de l'époque (v. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004, préf. M. Grimaldi, n° 56). La substitution fidéicommissaire est une « disposition entre vifs ou testamentaire [...] par laquelle le disposant charge la personne gratifiée (dite grevé) de conserver toute sa vie les biens à elle donnés ou légués en vue de les transmettre à son décès à une autre personne (dite appelé) désignée par le disposant lui-même » (G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 2005, v° substitution fidéicommissaire).

L'influence du Code Napoléon sur autres pays civilistes explique le faible développement des substitutions fidéicommissaires dans ces pays (en ce sens, v. E. EROLI, *Common and civil law : a comparison exemplified in trusts*, dactyl., p. 8.).

<sup>8</sup> V. C. WITZ, *Fiducie en droit privé français*, th. dactyl., op. cit. ; A. GOBIN, « Fiducie sans la fiducie », *JCP N* 1994, I, p. 315 ; H. de VAUPLANE, « La fiducie avant la fiducie : - le cas du droit bancaire », *JCP E* 2007, 2051.

<sup>9</sup> Ph. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007, act. 121.

Sur la loi instituant la fiducie, v. « Dispositions consolidées au titre de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie », *JCP E* 2007, 2061.

<sup>10</sup> Pour les travaux préparatoires, v. proposition de loi n° 178, Sénat, 2004-2005, Institution de la fiducie, par Ph. MARINI ; Rapport n° 11, Sénat, 2006-2007, Institution de la fiducie, par H. DE RICHEMONT ; JO déb. Sénat 18 octobre 2006 ; Rapport n° 3655, Assemblée nationale, 12<sup>e</sup> législature, février 2007, par X. DE ROUX ; JO déb. Assemblée nationale du 8 février 2007.

Pour de la bibliographie sur la loi adoptant la fiducie, v. S. RETIF, « Premières observations sur la fiducie "à la française" », *Resp. civ. et assur.* 2007, alerte 13 ; Ph. MARINI, « Enfin la fiducie à la française », *D.* 2007, p. 1347 ; S. HAZAN, « Fiducie à la française », *PA* 12 juin 2007, n° 117, p. 5 ; « Fiducie : fin d'un mythe mais début des incertitudes », *Rev. Lamy dr. civil*, avril 2007, n° 37, p. 34 ; A.-N. CHARVILLAT-CARREZ, « Introduction de la fiducie à la française », *Rev. Lamy dr. aff.* avril 2007, n° 15, p. 31 ; V. FORRAY, « Chronique des contrats spéciaux (suite et fin) », *PA* 13 novembre 2007, n° 227, p. 6 ; L. CHAMBAZ, « La France est-elle en passe d'adopter le concept de relations fiduciaires sans limites ? La réponse est non, mais... », *Rev. Lamy dr. civ.* mai 2007, n° 38, p. 29.

Depuis son introduction, la législation sur la fiducie a été modifiée notamment par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (v. D. OLIVIER, « Le droit de la fiducie fait déjà l'objet d'une réforme », *Dr. des contrats* 01 septembre 2008, n° 3, p. 3 ; F. ROUSSEL et H. MROZ, « Regards sur la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie », *Dr. et patrimoine* octobre 2008, n° 174, p. 30) et l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 (v. P. GILLES, « Le gouvernement parachève la réforme de la fiducie par voie d'ordonnance », *Dr. des contrats* 01 mars 2009, n° 3, p. 3 ; « Ordonnance relative à la fiducie », *Dr. Sociétés*

Procédons avec méthode. Il s'agira de voir successivement les influences de la fiducie française (I), l'objet de l'étude (II), son domaine (III) et la méthode retenue (IV).

## I.- INFLUENCES DE LA FIDUCIE FRANÇAISE

3.- Sous couvert d'appellation romaine, on doit se garder de toute conclusion faussée. Si le droit français a trouvé dans la *fiducia* romaine une certaine inspiration, sa véritable source d'inspiration est cependant le droit anglo-américain<sup>11</sup>. Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi instituant la fiducie<sup>12</sup>, M. Philippe MARINI est parfaitement clair sur ce point : l'objectif est d'introduire l'équivalent français du *trust* anglo-américain<sup>13</sup> et plus spécialement l'*express trust*<sup>14</sup>. Pour cette raison, la fiducie telle que conçue dans le Code civil ne doit pas être comprise à la lumière du droit romain<sup>15</sup>, à

2009, alerte 13 ; M. BURGARD, « La fiducie après la loi du 4 août 2008 l'ordonnance du 30 janvier 2009 et la loi du 12 mai 2009 », *PA* 24 août 2009, n° 168, p. 3 ; Ph. DUPICHOT, « La fiducie-sûreté en plein lumière - A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G* 2009, I, 132 ; P.-M. NICOLE, « Aménagement du régime de la fiducie tel qu'il avait été complété par l'ordonnance », *Dr. famille et personnes* 01 juillet 2009, n° 4, p. 6).

Avant l'adoption de la fiducie en 2007 il y a eu un autre projet de loi, qui n'a pas abouti ; c'était le projet de loi n° 2583 (publié le 25 mars 1992, in *Dr. Fiscal*, n° 13, p. 572 et s.) qui a été déposé le 20 février 1992 sur le Bureau de l'Assemblée Nationale (pour de la bibliographie sur ce projet, v. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, art. 35085, spéc. n° 4 ; « Fiducie », *JCP G*, 1992, act. 100114 ; « Projet de loi relatif à la fiducie », *JCP G* 1992, act. 100123 ; « La fiducie Exposé des motifs du projet de loi », *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 380 ; M. CANTIN-CUMYNYN, « L'avant projet de loi relatif à la fiducie, du point de vue civiliste d'outre-atlantique », *D.* 1992, p. 117, spéc. n° 1 et s.).

<sup>11</sup> Il en est ainsi depuis la première tentative d'adoption de la fiducie, v. Ch. LARROUMET, « Fiducie inspirée du *trust* », *D.* 1990, chron. p. 119 ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 4 ; M. CANTIN-CUMYNYN, « L'avant projet de loi relatif à la fiducie, du point de vue civiliste d'outre-Atlantique », *op. cit.*, n° 1 et s.

<sup>12</sup> Pour la bibliographie sur la proposition de loi, v. E. FILIBERTI, « La fiducie bientôt reconnue en droit français ? », *PA* 01 mars 2005, n° 42, p. 3 ; F. FRESNEL, « La fiducie et les personnes vulnérables », *PA* 01 mars 2005, n° 42, p. 8 ; B. HOHL, « Une seule fiducie, ça suffit ! », *Gaz. Pal.* 2005, p. 2 ; « Fiducie. Proposition de loi de Philippe Marini instituant la fiducie », *Dr. Sociétés* 2005, alerte 24 ; « Adoption de la proposition de loi Marini sur la fiducie », *JCP G* 2006, act. 500 ; « La proposition de la loi instituant la fiducie », *Dr. Sociétés* 2006, alerte 49.

<sup>13</sup> V. la proposition de loi n° 178, Sénat, 2004-2005, Institution de la fiducie.

La doctrine, elle aussi, a présenté la fiducie comme étant inspirée du *trust*, v. F. BARRIERE, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Fiducie, spéc. n° 9 ; C. WITZ, « La fiducie française face aux expériences étrangers et à la convention de La Haye relative au *trust* », *D.* 2007, p. 1369.

<sup>14</sup> L'*express trust* est défini comme le *trust* qui est constitué par la volonté du *settlor* (v. *Black's Law Dictionary*, Thomson West, 3<sup>ème</sup> Pocket éd., 2006, v° *trust*, *express trust*).

<sup>15</sup> En ce sens, v. Ch. LARROUMET, « La fiducie inspirée du *trust* », *op. cit.*

l'exception toutefois de la fiducie-sûreté<sup>16</sup>. Ainsi, loin d'exhumer l'antique fiducie romaine, la loi française a donné vie à une « fiducie d'un nouveau type »<sup>17</sup>.

4.- La volonté du législateur français de se doter d'une institution équivalente au *trust*, comme l'ont fait avant lui d'autres pays de tradition civiliste, ne peut se comprendre qu'à la lumière du mouvement de globalisation économique et de l'influence décisive des systèmes anglo-américains sur l'économie mondiale. Cette influence a un impact évident sur la sphère juridique. Non seulement les acteurs économiques des pays civilistes sont obligés de connaître l'institution du *trust* qu'ils rencontrent souvent dans leurs relations d'affaires, mais ils peuvent en outre éprouver un intérêt direct à disposer d'un mécanisme comparable dans leur propre droit national<sup>18</sup>. C'est un fait établi que l'absence d'outil juridique comparable au *trust* a provoqué la délocalisation de plusieurs opérations importantes, les opérateurs allant faire ailleurs ce qu'ils ne peuvent faire chez eux<sup>19</sup>. Enfin, force est de reconnaître l'utilité pratique de l'institution, qui explique non seulement que le *trust* soit devenu un des instruments juridiques les plus importants des systèmes juridiques anglo-américains<sup>20</sup>, mais aussi qu'il se propage presque partout dans le monde<sup>21</sup>.

5.- Le *trust* est un mécanisme original. Issu de la scission du système juridictionnel anglais entre les cours de *Common law* et d'*Equity*, le *trust* est fondé sur un dédoublement de la propriété entre le *trustee* et les *cestuis que trusts* : le premier a la propriété devant les

---

<sup>16</sup> En effet, la fiducie-sûreté tire son inspiration principale de la *fiducia cum creditore* du droit romain, et non pas du droit du *trust*.

<sup>17</sup> Ch. LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques. », *D.* 2007, chron. p. 1350, spéc. n° 7.

<sup>18</sup> Dans un sens proche, v. R. GOLDSCHMIDT, *El fideicomiso en los países de América latina*, Sucre, 1961, p. 6.

<sup>19</sup> Le rapport DE ROUX (*op. cit.*, p. 12) donne trois exemples importants de délocalisation.

Ainsi le *trust* est introduit dans les différents pays de tradition civiliste quand les conditions économiques de ce pays le demandent (en ce sens, v. R. PATTON, « Los sistemas de trust en los países americanos de derecho civil », *Rev. Jus.* 1944, Vol. 13, p. 299 et s., spéc. p. 307).

<sup>20</sup> Ainsi, P. LEPAULLE écrit que le *trust* « accompagne toute la vie des Anglais et Américains : dans leur foyer comme dans leur commerce, dans leurs élans les plus idéalistes comme dans leur combinaisons financières, dans les phases les plus importantes de leur existence, depuis leur berceau jusqu'à leur tombe » (in *De la nature du trust*, extrait du *Journal du droit international*, Paris, Godde, 1927, p. 1).

<sup>21</sup> En effet, le prestige du *trust* anglo-américain explique sa circulation (en ce sens, v. R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, n° 50) ; et sa circulation s'explique par le fait que le *trust* s'adapte aux différents besoins des acteurs économiques (en ce sens, v. R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, « Views of trust and treuhand : an introduction », in *Itinera Fiducia, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 27 et s., spéc. p. 28).

cours de *Common law* quand les deuxièmes la conservent aux yeux des cours d'*Equity*<sup>22</sup>. Cette division de la propriété est l'un des traits saillants et essentiels de l'institution<sup>23</sup>. C'est d'ailleurs parce que cette division de propriété est intrinsèque et unique aux droits anglo-américains que le *trust*, tel que le connaissent ces pays, n'a pu être importé dans notre droit<sup>24</sup>. Comme l'écrit très justement un auteur, « [l]e respect tant du droit français

---

<sup>22</sup> Quand on parle d'une division ou du dédoublement de propriété on doit le comprendre dans un sens métaphorique (en ce sens mais, v. L. SMITH, « Trust and patrimony », [2009] 28 *Estates Trusts & Pensions Journal* 332, spéc. p. 333 et 344 [pour l'auteur il est ainsi puisque les *cestuis que trusts* n'ont aucun relation directe avec les biens mis en *trust*, mais ils ont un droit sur la chose d'autrui donc les droits des *cestuis que trusts* ne peuvent pas être considéré réellement comme un droit de propriété] ; v. aussi B. MCFARLANE, *The structure of property law*, Hart publishing, 2008, p. 23 et s. et 70 et s. [l'auteur critique la notion d'*equitable property*]), et non pas littérale ; du contraire, des droits reconnus par les cours d'*Equity* ne pourraient pas être mis en *trust*. En effet, comment expliquer que le *trustee* est le propriétaire dans la *Common law* d'un droit reconnu seulement par les cours d'*Equity* ? Aussi, il faut avoir une notion élargie de la propriété (ce qui est le cas du droit anglais) ; ainsi, des droits personnels peuvent être mis en *trust*, et donc le *trustee* peut être considéré comme leur propriétaire selon la *Common law* et les *cestuis que trusts* selon l'*Equity*. Par les *Judicature Acts* de 1873 et 1875, l'organisation judiciaire a été modifiée : les cours de la *Common law* et d'*Equity* ont été fusionnées (sur cette fusion, v. Ph. H. PETIT, *Equity and the law of trusts*, Buttersworth, 8<sup>ème</sup> éd., 1997, p. 7 et s.). Malgré cette fusion, les règles de la *Common law* et celles d'*Equity* gardent chacune leur indépendance ; en effet, « ces deux juridictions, comme deux rivières, bien que coulant dans le même lit, s'écoulent côte à côte et ne mêlent pas leurs eaux » (« *the two streams of jurisdiction, though they run in the same channel, run side by side, and do not mingle their waters* » [ASHBUERNER in K. EDWARDS, *Australian essential Equity & trusts*, Routledge, 2000, p. 6]).

<sup>23</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, Oxford University Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2004, n° 1.01.

En sens contraire, un auteur estime que « [l]e fait que le *trust* soit essentiellement un produit de l'histoire laisse présumer que sa structure ne soit pas de son essence » (F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 135 ; v. aussi T. HONORE, « Trusts : The inessentials », in *Rationalizing property, equity and trusts, Essays in honor of Edward Burn*, s. la dir. de J. GETZLER, p. 7 et s.), et donc que le *trust* peut survivre en dehors de cette structure particulière, et être introduit dans le droit continental parce qu'il « est compatible avec le droit civil » (*ibidem*, n° 652). Pourtant, contrairement à ce qui est défendu, on peut penser que le fait que la fiducie soit une institution analogue au *trust* ne signifie pas que les caractéristiques du *trust* qui font défaut dans la fiducie (notamment le dédoublement de propriété) ne sont pas essentielles au *trust*. M. BARRIERE arrive à la conclusion que la structure du *trust* n'est pas de son essence en raison de la problématique propre à sa thèse, qui est de savoir si le *trust* peut être reçu en France au travers de la fiducie. Cette question l'oblige à examiner la structure du *trust* et à se demander si cette structure est ou non de son essence. Pour conclure que le *trust* peut être reçu en droit français, il faut conclure que la structure du *trust* n'est pas essentielle, sinon il faudrait introduire le *trust* tel quel. Or, puisque le *trust* ne peut pas être adopté tel quel dans le droit français, l'auteur est obligé de conclure que la structure du *trust* n'est pas essentielle à cette institution. Si l'auteur ne s'était pas posé cette question, mais plutôt celle de savoir si la fiducie peut être considérée ou non comme une institution analogue, il aurait pu éviter d'aller contre la dogmatique du droit des *trusts*.

<sup>24</sup> En ce sens, v. S. FUENZALIDA, *El trust o fideicomiso angloamericano y sus adaptaciones latinoamericanas*, Prensas de la escuela de derecho de Valparaiso, 1963, p. 103.

Non seulement le *trust* n'est pas transposable, mais en plus il ne peut pas être constitué dans un pays civiliste (en ce sens, v. H. MOTULSKY, « De l'impossibilité juridique de constituer un "Trust" anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. crit. DIP* 1948, p. 450 [cet article est souvent cité pour exprimer l'idée que le *trust* ne peut être adapté en droit français. Ce n'est, en réalité, pas de tout le propos de l'auteur. Son idée centrale est simplement de dire qu'un *trust* ne peut pas être créé en droit français, ce que

que du droit anglais nous force à partir du postulat que, tel qu'il existe en droit anglais, le *trust* est intransposable en droit français »<sup>25</sup>. Pour cette raison, il est difficile d'accepter l'idée que le *trust* puisse être exporté en terre civiliste<sup>26</sup>. Rien n'empêche, en revanche, que le *trust* soit adapté aux principes directeurs du droit des pays importateurs<sup>27</sup>. La science du droit comparé nous enseigne en effet que « la transposition d'une institution d'un pays à l'autre doit se faire avec les adaptations nécessaires pour tenir compte du climat dans lequel elle est appelée à se mouvoir. C'est une observation bien connue des comparatistes que les greffes législatives pratiquées à la légère risquent d'entraîner un phénomène de rejet »<sup>28</sup>.

6.- Plusieurs adaptations ont donc été nécessaires pour acclimater le *trust* en droit français. Premièrement, le législateur l'a introduit en tant que contrat<sup>29</sup>. Cela résulte des

l'on approuvera sans réserve] ; P. HEFTI, « Trusts and their treatment in the civil law », (1956) 5 *Am. Jo. Comp. Law* 553, spéc. p. 553).

<sup>25</sup> M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, « Droit des trustees et droit des biens », *Rev. Lamy dr. civ.* 2006, n° 25, p. 57, spéc. p. 62 et 63.

<sup>26</sup> En ce sens, v. M. CANTIN-CUMYN, « The Quebec Trust: A Civilian Institution with English Law Roots », in *Trusts in Mixed Legal Systems*, s. la dir. de J. M. MILO et J. M. SMITS, Ars Aequi Libri, 2001 p. 73 et s., spéc. p. 74.

Il est même des auteurs qui ont nié la possibilité d'adopter le *trust* dans des pays de système civiliste (v. T. ESQUIVEL OBREGON, « Caracter legal de lo que la ley bancaria llama fideicomiso », *Rev. gen. de der. y jurisprud.*, 1930, p. 601 et s.) ; ou encore d'autres qui le considèrent dangereux (en ce sens, v. J. GARRIGUES, « The law of trusts », (1953) 2 *Am. Jo. Comp. Law* 25, spéc. 35).

<sup>27</sup> En ce sens, un auteur écrit : « Le droit anglais n'est pas véritablement adapté aux casiers civilistes. Cela est légitime. Mais il faut se méfier de l'inverse. Il ne s'ensuit pas que le système qui adopte le *trust* doit avoir un casier anglais pour lui » (« *English law does not readily fit into civilian pigeon-holes. This is legitimate. But one must beware of the reverse. It does not follow that a system which has the trust must have an English pigeon-hole for it* » [G. GRETTON, « The evolution of the trust in a semi-civilian system », *Itinera Fiduciaae, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 507 et s., spéc. p. 507]).

<sup>28</sup> Y. LOUSSOUARN, « Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 307, spéc. p. 308.

<sup>29</sup> Puisque la fiducie est un contrat, elle doit remplir les conditions de formation applicables à toutes les conventions (contenues à l'article 1108 du Code civil). Cette applicabilité des règles de droit commun du contrat n'empêche pas que des dispositions spécifiques à la fiducie ajoutent certaines précisions. La fiducie étant un contrat entre le constituant et le fiduciaire, il faut bien évidemment leur consentement, mais la qualité du fiduciaire est limitée à certaines professions (v. l'article 2015 du Code civil). Comme tout contrat, la fiducie doit avoir un objet : ainsi, l'article 2011 du Code civil prévoit que « des biens, des droits ou de sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés » pourraient être l'objet de la fiducie, mais puisque le fiduciaire est obligé d'accomplir une mission déterminée, il faut que cet objet soit précisé sous peine de nullité (v. l'article 2018 du Code civil). Enfin, quant à la cause, l'article 2013 du Code civil interdit l'intention libérale au profit du bénéficiaire (cela implique nécessairement la préexistence d'une relation juridique entre le constituant et les bénéficiaires, ou au moins l'établissement d'une relation concomitante à la conclusion le contrat de la fiducie ; donc la fiducie fera très probablement partie d'un groupe de

termes mêmes de l'article 2012 du Code civil <sup>30</sup>. Du reste, la fiducie française se réalisant nécessairement entre vifs (*inter vivos*), ce transfert ne peut être effectué que contractuellement <sup>31</sup>. De la sorte, la nature unilatérale du *trust* est écartée ; il y a en effet deux manières de constituer un *trust* : la première consiste dans une déclaration unilatérale du *settlor* (constituant) qui devient lui-même *trustee* sur certains de ses biens, cette déclaration ayant comme effet la création du *trust* ; la deuxième consiste dans le transfert de propriété (*inter vivos* ou *mortis causa*) de certains biens du *settlor* au *trustee*, pour que ce dernier les détienne en *trust* <sup>32</sup>. Si la nature unilatérale du *trust* est évidente quand le *settlor* se déclare lui-même *trustee* et quand le transfert de propriété réalisé au *trustee* se réalise *mortis causa*, un civiliste pourrait au contraire s'étonner de la nature unilatérale du *trust* lorsqu'il est constitué par un transfert *inter vivos* entre le *settlor* et le *trustee*. C'est pourtant bien la solution du droit anglais des biens, qui prévoit la possibilité qu'un transfert *inter vivos* à titre gratuit de propriété puisse être réalisé unilatéralement <sup>33</sup>.

---

contrats). En outre, la fiducie est un contrat solennel, donc sa validité dépend du respect de certaines mentions (v. l'article 2018 du Code civil), et de son enregistrement (v. les articles 2019 et 2020 du Code civil).

<sup>30</sup> Sur le mode de constitution de la fiducie prévu par l'article 2012 du Code civil, v. *infra*, n° 779.

<sup>31</sup> Il est ainsi malgré le fait que l'article 2012 du code civil prévoit que la fiducie puisse être constituée par la loi, v. *infra*, n° 779.

<sup>32</sup> En ce sens, v. *Milroy v Lord* (1862) 4 De GF & J 264, spéc. p. 274 et 275.

<sup>33</sup> Même si le transfert au *trustee* pourrait être réalisé dans des opérations commerciales (v. J. H. LANGBEIN, « The secret Life of the trust: the trust as an instrument of commerce », in *Modern international developments in trust law*, s. la dir. de D. J. HAYTON, Kluwer Law International, 1999, p. 169 et s.), le transfert au *trustee* est généralement analysé comme un transfert à titre gratuit (v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, Buttersworth, 15<sup>ème</sup> éd., 1995, par D. J. HAYTON, p. 129 et s.). Ce type de transfert peut être réalisé unilatéralement (v. J. HILL, « The role of the donee's consent in the law of gift », (2001) 117 *L.Q.R.* 127 ; Ph. MECHEM, « The requirement of delivery in gifts of chattels and of choses in action evidenced by commercial instruments », (1926-1927) 21 *Ill. L. Rev.* 341, spéc. p. 364 et s. ; O. S. RUNDELL, « Delivery and acceptance of deed in Wisconsin », (1921) 1 *Wis. L. Rev.* 65). Ainsi, dans certaines hypothèses, un « don est immédiatement efficace, même si le donataire n'en a pas connaissance » (« *gift is immediately effective even if the donee is wholly ignorant of it* » [R. J. SMITH, *Property law*, Longman, 4<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 108]).

En revanche, une fois que le donataire (dans notre cas le *trustee*) a connaissance de la donation réalisée en sa faveur, il peut la refuser. Ce refus du transfert de propriété aurait aussi pour conséquence le rejet de la fonction du *trustee* (v. LEWIN, *Lewin on trusts*, Sweet & Maxwell, 17<sup>ème</sup> éd., 2000, par J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, n° 12-07 et s.). En effet, « la fonction de *trustee* ne peut pas avoir lieu sans acceptation expresse ou tacite » (« *no trusteeship binding the trustee can arise without his express or implicit acceptance* » [D. J. HAYTON, « Introduction », in *Trust & Fiducie, La Convention de La Haye et la nouvelle législation Luxembourgeoise*, Montchrestien, 2005, p. 1 et s., spéc. p. 3]). Cependant, le refus du *trustee* ne met pas en échec le *trust* (sauf dans le cas où le *trustee* serait constitué *intuitu personæ*) qui serait considéré comme valablement formé dès le transfert des biens au *trustee* (en ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 438). Il en est ainsi puisque la transmission effective réalisée en faveur du *trustee* a comme effet que les *cestuis que trusts* se voient transférés des droits sur ces biens. Donc, une fois que les droits des *cestuis que trusts* sont créés, ils ne peuvent plus être

7.- Une deuxième adaptation qui a dû être réalisée pour acclimater le *trust* à notre droit est l'élimination du dédoublement de la propriété, ce qui provoque une transformation de la nature des droits du bénéficiaire de la fiducie. En effet, une fois que le *trust* est constitué<sup>34</sup>, les *cestuis que trusts* se voient reconnaître un droit sur les biens mis en *trust* par les cours d'*Equity*, droit qui est considéré comme un droit de propriété. En revanche, on estime généralement que la fiducie n'investit les bénéficiaires que d'un droit personnel à l'encontre du fiduciaire<sup>35</sup>.

8.- Si l'adaptation française du *trust via* la fiducie crée donc deux différences importantes, ces différences n'empêchent pas pour autant de considérer que la fiducie est analogue au *trust*, comparable à celui-ci, spécifiquement à l'*express trust*. En effet, les deux institutions relèvent d'éléments de définition communs : un instrument juridique à trois acteurs<sup>36</sup> (étant précisé qu'une même personne peut occuper plus d'un rôle<sup>37</sup>) par lequel une ou plusieurs personne(s), le(s) constituant(s)-*settlor(s)*<sup>38</sup>, va (vont) transférer

modifiés sans leur consentement (en ce sens, v. A. H. MARSH, « Phases in the law of trusts, How distinguished from contract », [1892] 12 *Can. L. T.* 249, spéc. p. 250).

<sup>34</sup> Sur la constitution d'un *express trust*, v. LEWIN, *Lewin on trusts, op. cit.*, n° 3-01 et s. ; UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 57 et s. ; sur la bibliographie en langue française, v. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, n° 437 et s. ; J.-P. BERAUDO et J. M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et le pays de droit civil. Approche juridique et fiscal*, Academy & Finance, 2006, n° 91 et s.

<sup>35</sup> V. *infra*, n° 419 et s.

<sup>36</sup> V., plus généralement sur les instruments à trois acteurs, Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968.

Il est encore possible qu'un autre acteur soit ajouté à l'opération : le tiers protecteur (v. *infra*, n° 198 et s.).

<sup>37</sup> Ainsi, dans la fiducie, le constituant et le fiduciaire peuvent être aussi le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires (v. l'article 2016 du Code civil). Dans le *trust*, le *settlor* peut être aussi *trustee* (cette hypothèse s'explique par la nature unilatérale du *trust*, raison pour laquelle la nature contractuelle de la fiducie française empêche cette possibilité), et le *cestui que trust*. Le *trustee* peut être aussi un des *cestuis que trusts*. En revanche, il ne peut pas être l'unique bénéficiaire (en ce sens, v. T. HONORE, « Trusts : The inessentials », *op.cit.*, p. 11). C'est que le *trust* suppose la division de la propriété entre le *trustee* et le ou les *cestuis que trusts*. Si le *trustee* était l'unique *cestui que trust*, il deviendrait le propriétaire absolu et le *trust* cesserait d'exister.

<sup>38</sup> En droit français l'article 2014 du Code civil prévoyait que seules les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés pouvaient être des constituants (v. B. HOHL, « Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie », *JCP E* 2007, 2052). En revanche depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 cet article a été abrogé, et la fiducie peut être constituée par des personnes physiques et morales non soumises à l'impôt sur les sociétés (v. A. CERLES, « Constituant personne physique », *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 60 ; A. PANDO, « La fiducie est enfin accessible aux personnes physiques », *PA* 23 janvier 2009, n° 17, p. 3 ; J.-L. PIERRE, « Fiducie constituée par une personne physique ou par une personne morale non soumise à l'impôt



des droits <sup>39</sup> à une ou plusieurs autres personne(s), le(s) fiduciaire(s)-*trustee(s)* <sup>40</sup> (dans le *trust*, il est encore possible que le *settlor* se déclare lui-même *trustee* sur certains de ses biens), afin qu'il(s) les détienne pour l'accomplissement d'un but déterminé en faveur d'une ou plusieurs personne(s), le(s) bénéficiaire(s)-*cestui(s) que trust(s)* <sup>41</sup>. À la fin de la fiducie-*trust*, le fiduciaire-*trustee* devra transférer les droits restants au constituant (dans ce cas, on peut considérer le constituant comme un bénéficiaire aussi) ou aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* <sup>42</sup>.

---

sur les sociétés », *Dr. Sociétés* 2009, comm. 85 ; J. MASSIP, « Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », *Defrénois* 2009, p. 1549).

En principe, dans le droit anglais, toute personne capable peut être *settlor* (v. LEWIN, *Lewin on trusts, op. cit.*, n° 2-02).

<sup>39</sup> Quoique l'article 2011 du Code civil indique que le constituant peut transférer au fiduciaire « des biens, des droits ou des sûretés ou un ensemble de biens, de droits ou sûretés », il s'agit toujours au fond d'un transfert de droits puisqu'« un bien est nécessairement un droit (droit réel), une sûreté est aussi un droit (droit accessoire) » (F. BARRIERE, *Rép. civ. Dalloz*, v° Fiducie, spéc. n° 33).

<sup>40</sup> En droit français, l'article 2015 du Code civil prévoit : « Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire » (c'est la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 qui a ouvert la qualité de fiduciaire aux avocats [v. « Précisions sur l'ouverture de la qualité de fiduciaire aux avocats », *JCP G* 2009, act. 86]).

En principe dans le droit anglais toute personne capable peut être *trustee* (v. LEWIN, *Lewin on trusts, op. cit.*, n° 2-13).

<sup>41</sup> En droit français comme en droit anglais, toute personne (même incapable) peut être bénéficiaire-*cestui que trust* (en ce sens dans le droit français, v. B. JADAUD, « Le régime juridique de la fiducie », *PA* 10 juin 2009, n° 115, p. 4, spéc. n° 15 ; dans le droit anglais, v. LEWIN, *Lewin on trusts, op. cit.*, n° 2-26).

Il y a certaines exceptions dans le droit anglais dans lesquelles aucun *cestui que trust* n'existe (pour la bibliographie sur le sujet, v. L. H. LEIGH, « Trusts of imperfect obligations », (1955) 18 *M.L.R.* 120 ; J. C. GRAY, « Gifts for a non-charitable purpose », (1902) 15 *Harv. L. Rev.* 67 ; B. SMITH, « Honorary trusts and the rule against perpetuities », (1930) 30 *Colum. L. Rev.* 60 ; D. HAYTON, « Developing the obligational characteristic of the trust », (2001) 117 *L.Q.R.* 96 ; P. MATHEWS, « From obligation to property, and back again? The future of the non-charitable purpose trust », in *Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, s. la dir. de D. HAYTON, Kluwer Law International, 2002, p. 203 et s. ; G. THOMAS, « Purpose trusts », in *The international trust*, s. la dir. de J. GLASSON, Jordans, 2003, p. 238 et s. ; J. BROWN, « What are we to do with testamentary trusts of imperfect obligation », [2007] *Conv.* 148 ; M. PAWLOWSKI et J. SUMMERS, « Private purpose trusts - a reform proposal », [2007] *Conv.* 440).

<sup>42</sup> La fiducie-*trust* s'éteindra à la survenance du terme qui, dans le droit français, ne peut être supérieur à 99 ans (v. l'article 2018 du Code civil). Dans le droit anglais, le terme maximal est de 125 ans (v. la section 5 (1) de *Perpetuities and Accumulations Act* 2009). En outre la fiducie prendra fin si le constituant (personne physique) décède, si la finalité de la fiducie est atteinte, si la totalité des bénéficiaires renoncent à la fiducie, si le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire, d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption, et si le fiduciaire est avocat en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau (v. l'article 2029 du Code civil). La fiducie peut en outre être révoquée par le constituant avant que les bénéficiaires l'acceptent, suivant en cela le régime des stipulations pour autrui (v. l'article 2028 du Code civil). Quant au *trust*, tous les *cestuis que trusts*, « pleinement capables, qui ont des droits absolus et certains sur les biens du trust » (J.-P. BERAUDO et J. M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et le pays de droit civil. Approche juridique et fiscal, op. cit.*, n° 150) peuvent mettre fin au *trust* s'ils le décident

9.- Malgré le fait que le législateur ait réussi à introduire une institution analogue au *trust*, l'adoption de la fiducie dans notre droit n'est que la première étape<sup>43</sup> : elle ne servira à rien si la réforme reste lettre morte. En effet, le succès de la fiducie n'est pas garanti. La plus fondamentale des causes susceptibles d'influer sur son succès ou son échec réside dans son régime, qui doit être absolument adapté aux finalités de l'institution. C'est à ce stade que l'histoire de la fiducie romaine comme celle du *trust* peuvent être riches d'enseignements. Elles pourront éclairer le chemin que la fiducie doit prendre pour pouvoir s'épanouir pleinement<sup>44</sup>.

10.- Dans la genèse de la *fiducia* romaine, les constituants n'avaient aucune action en justice contre un fiduciaire réticent à accomplir ses devoirs<sup>45</sup>. Ainsi, les fiduciaires n'avaient qu'une obligation morale<sup>46</sup>. Il en résultait cette situation choquante dans laquelle les fiduciaires pouvaient violer leur parole en toute impunité juridique. Aussi bien l'obligation morale du fiduciaire a-t-elle été progressivement transformée en une obligation juridique<sup>47</sup>.

---

ainsi (v. *Saunders v Vautier* (1841) Craig & Phillips 240, 41 E.R. 482). La fiducie pourrait aussi prendre fin si le constituant, le fiduciaire et les bénéficiaires en décidaient.

<sup>43</sup> V. G. BLANLUET et J.-P. LE GALL, « La fiducie, une œuvre inachevée (1<sup>re</sup> partie) », *Dr. Sociétés* 2007, étude 9 ; G. BLANLUET et J.-P. LE GALL, « La fiducie, une œuvre inachevée (2<sup>e</sup> partie : une réforme nécessaire) », *Dr. Sociétés* 2007, étude 10.

<sup>44</sup> En effet, « [p]our trouver le cœur d'une institution, rien de tel que de remonter le cours de l'Histoire » (C. WITZ, « Rapport introductif », in *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 1 et s., spéc. p. 3).

<sup>45</sup> Comme il fallait avoir une autorisation législative pour disposer d'une action en justice, le constituant n'avait aucune action car rien n'était prévu en ce sens (v. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 33). Une autre explication pourrait être que, à l'époque classique, « aucun acte du droit ancien ne produisait en même temps un effet réel et un effet obligatoire » (IHERING, cité par F. GENY, *Etude sur la fiducie*, op. cit., p. 9) donc dans la fiducie c'était l'effet réel qui l'emportait et le pacte resterait sans sanction juridique.

<sup>46</sup> Pour GENY une sanction légale n'était pas nécessaire, car à Rome la *fides* était un lien religieux où la *Dius Fidius* vengeait les offenses à la bonne foi et la rupture de promesses faites sous la garantie de la *fides* ; ainsi, en tant que la société romaine était attachée à la religion, on n'avait pas besoin d'une sanction légale (v. *ibidem*, p. 16 et 17 ; *contra*, v. R. JACQUELIN, *De la fiducie*, Girard, 1891, p. 116 et s.). Une autre explication sur l'absence de besoin d'une sanction légale est à rechercher dans les mœurs antiques, dans le mode d'organisation de la société (v. *ibidem*, p. 118 et s).

Même si les constituants n'avaient aucune action directe contre le fiduciaire, ils avaient la possibilité de recouvrer la propriété de la chose fiduciaire en rentrant en sa possession par le jeu de l'*usureceptio fiduciae* (v. *ibidem*, p. 120 et s. ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 555).

<sup>47</sup> Pour une explication plus détaillée de cette évolution, v. R. JACQUELIN, *De la fiducie*, op. cit., p. 99 et s. ; F. GENY, *Etude sur la fiducie*, op. cit., p. 13 et s.

11.- On a d'abord mis en œuvre une sanction délictuelle contre le fiduciaire qui avait violé la confiance mise en lui <sup>48</sup> ; il en était ainsi puisque « la violation par le fiduciaire de la confiance mise en lui constituait un délit » <sup>49</sup>. Ainsi, le fiduciaire pouvait être condamné à payer une somme à titre de réparation du préjudice causé par la non-exécution de ses promesses <sup>50</sup>. Bien que le constituant eût déjà une action à l'encontre du fiduciaire, celle-ci n'était pas pleinement adéquate puisqu'elle était difficile à mettre en œuvre et se limitait en outre au fiduciaire lui-même, ce qui empêchait notamment de l'engager contre ses héritiers <sup>51</sup>. Puis la *fiducia* s'enrichit d'une action contractuelle contre le fiduciaire infidèle mais sans pour autant se débarrasser de son caractère délictuel <sup>52</sup> ; ainsi, par l'*actio fiduciæ in factum*, le fiduciaire qui ne respectait pas sa parole pouvait être condamné au paiement du double du préjudice causé <sup>53</sup>. Postérieurement, la *fiducia* s'est dépouillée de son caractère délictuel et une action civile (l'*actio fiduciæ in jus*) a été introduite pour faire face aux violations du fiduciaire. La *fiducia* devient enfin un contrat synallagmatique avec des obligations réciproques <sup>54</sup> : le pacte fiduciaire se trouve sanctionné par l'*actio fiduciæ directa* quand le fiduciaire viole ses obligations, et par l'*actio fiduciæ contraria* quand le constituant viole les siennes <sup>55</sup>. La sanction de l'*actio fiduciæ directa* consiste pour le constituant à obtenir une réparation économique pour le

---

<sup>48</sup> Le fiduciaire avait été sanctionné par le *crimen perfidia* (v. R. JACQUELIN, *De la fiducia, op. cit.*, p. 129 et s.).

<sup>49</sup> F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducia, op. cit.*, n° 45.

<sup>50</sup> « [O]n considéra la violation de l'obligation morale qui en résultait comme un délit, sorte d'abus de confiance sanctionné par une action *ex delicto infamante*, et attribuant à la victime, en outre de la réparation du préjudice, une certaine satisfaction à titre de dommages et intérêts » (F. GENY, *Etude sur la fiducia, op. cit.*, p. 20).

<sup>51</sup> En ce sens un auteur a écrit : « l'action délictuelle [...] ne pouvait résulter que d'une violation grave de la *fides* [...] donc il n'y avait aucune sanction pour la *culpa non faciendo*. D'autre part, il est probable, qu'à raison de son caractère délictuel, elle ne passait pas contre les héritiers du coupable. Enfin, elle exigeait la preuve souvent difficile de la *perfidia*. De tous ces motifs naquit la nécessité de substituer au point de vue trop étroit du droit ancien une idée à la fois plus équitable et plus large ; l'idée que le pacte de fiducia reposait avant tout et essentiellement sur une promesse acceptée » (*ibidem*, p. 23).

<sup>52</sup> Pour cette raison M. BARRIERE parle d'une sanction hybride (in *La réception du trust au travers de la fiducia, op. cit.*, n° 46).

<sup>53</sup> V. R. JACQUELIN, *De la fiducia, op. cit.*, p. 133.

<sup>54</sup> V. *Ibidem*, p. 138.

<sup>55</sup> En ce sens, v. P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain, op. cit.*, p. 557.

Nous ne ferons de remarque que sur l'*actio fiduciæ directa*, puisque l'*actio fiduciæ contraria* était donnée au fiduciaire pour se faire indemniser pour les dépenses faites en exécutant le pacte (sur l'*actio fiduciæ contraria*, v. J. Ph. DUNAND, B. SCHMIDLIN et B. WINIGER, *Droit privé romain, T. II, Obligations*, Université de Genève, Faculté de droit, Université de Neuchâtel, Faculté de droit, Bruylant, Schulthess, 2010, p. 67).

préjudice subi, mais le défendeur peut éviter la condamnation en restituant en nature la chose fiduciaire ; pour cette raison les auteurs parlent d'une action arbitraire <sup>56</sup>.

**12.-** De cette manière, le constituant avait enfin la possibilité de retrouver la propriété de la chose fiduciaire, mais cela dépendait complètement de la volonté du fiduciaire qui pouvait préférer payer une compensation pécuniaire plutôt que de restituer la chose en nature. Les intérêts du constituant n'étaient donc pas suffisamment protégés.

**13.-** Cette situation précaire du constituant n'était pas seulement le résultat de l'absence d'une sanction adéquate. Elle était aussi la conséquence de la transmission de propriété au fiduciaire <sup>57</sup>. En devenant propriétaire effectif et définitif du bien, ce dernier pouvait user, jouir et disposer de la chose fiduciaire. De même, le bien fiduciaire faisait partie du gage commun des créanciers du fiduciaire. Dès lors, si un tiers obtenait la propriété du fiduciaire, le constituant ne pouvait pas la revendiquer <sup>58</sup>. Celui-ci s'en trouvait alors relégué au statut de créancier chirographaire, exposé comme tel aux dangers de l'insolvabilité du fiduciaire <sup>59</sup>.

**14.-** Même s'il y avait déjà des sanctions pour les fiduciaires qui ne respectaient pas leur parole, la fiducie ne perdura pas, et s'éteignit au cours de l'Empire <sup>60</sup>. Une des raisons est à rechercher dans l'absence de protection adéquate des intérêts des constituants <sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> En ce sens, v. F. GENY, *Etude sur la fiducie*, op. cit., p. 44 ; R. JACQUELIN, *De la fiducie*, op. cit., p. 160.

<sup>57</sup> En ce sens, v. F. GENY, *Etude sur la fiducie*, op. cit., p. 366 et s. ; R. JACQUELIN, *De la fiducie*, op. cit., p. 168 et s.

<sup>58</sup> En ce sens, v. J. B. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, Bosch, 1959, p. 16 et 17 ; P. CLARET Y MARTI, *De la fiducia y del trust. Estudio de derecho comparado*, op.cit, p. 9.

<sup>59</sup> En ce sens, v. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, th. dactyl., op. cit., p. 52.

<sup>60</sup> En ce sens, v. J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2000, 2<sup>ème</sup> éd., p. 269.

<sup>61</sup> En ce sens, v. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 57 ; M. CANTIN-CUMYN, « L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique », op. cit., n° 12 ; C. LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *Rev. Lamy dr. civ.* mai 2009, n° 60, p. 71, spéc. n° 10.

La disparition de la fiducie peut être expliquée aussi par d'autres raisons : la fiducie étant liée à certaines formalités (la *mancipatio* et l'*in iure cessio*), une fois que ces formalités ne furent plus utilisées, la fiducie ne le fut plus non plus (en ce sens, v. J. B. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, op. cit., p. 61 et s. ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 558) ; la fiducie a disparue au profit de la création de nouveaux outils juridiques (en ce sens, v. J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, p. 269 ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », op. cit., note page n° 76 ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 53).

Insuffisamment protégés, il était logique que les constituants délaissent la fiducie au profit d'autres outils juridiques plus adaptés à leurs besoins <sup>62</sup>.

**15.-** Passons maintenant à l'histoire du *trust*. Il faut commencer par l'analyse de son prédécesseur : l'*use* <sup>63</sup>. Par l'*use*, une personne (*feoffor*) transférait des droits à une autre personne (*feoffee to use*) pour qu'il les utilise au profit du *feoffor* lui-même ou d'un tiers (*cestuy que use* <sup>64</sup>). Au commencement de l'institution, le *cestuy que use* était dans la même situation précaire que ses frères romains : ils n'avaient aucune action en justice <sup>65</sup>. « Si le *feoffee to use* a jugé bon de nier qu'il a la propriété pour un autre, et l'affecte à son propre usage, il pourrait le faire en toute impunité » <sup>66</sup>.

**16.-** Cette absence de sanction s'explique par la rigidité de la procédure de la *Common Law* <sup>67</sup>. Pour qu'un demandeur puisse saisir la cour, il fallait qu'il ait un *writ* <sup>68</sup>.

---

<sup>62</sup> La *fiducia* romaine a été remplacée par le gage, l'hypothèque, le dépôt et le commodat (en ce sens, v. M. J. GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano, Casos, Acciones, Instituciones*, Dykinson, 7<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 628).

<sup>63</sup> Sur l'histoire du *trust*, v. J. BIANCALANA, « Medieval Uses », in *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 111 et s. ; R. HELMHOLZ, « Trusts in the English ecclesiastical courts 1300 – 1640 », in *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 153 et s. ; N. JONES, « Trusts in England after the Statute of Uses : A view from the 16th century », in *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 173 et s. ; M. MACNAIR, « The conceptual basis of trusts in the later 17th and Early 18th centuries », in *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 207 et s.

<sup>64</sup> C'est l'abréviation du « *cestuy a que use le feoffment fait fait* » (en ce sens, v. J. H. BAKER, *An introduction to english legal history*, Buttersworth, 3<sup>ème</sup> éd. 1990, p. 286, note de page 7).

<sup>65</sup> Pour cette raison, M. BAKER a comparé le *cestuy que use* avec un parfait inconnu (*ibidem*, p. 286) ; *contra*, v. O. W. Holmes, « Select Essays », in *Anglo-American Legal History, Vol. II*, Cambridge, 1908, p. 705 et s. (l'auteur soutient qu'avant l'intervention du *Chancellor*, l'*use* était sanctionné par les cours de la *common law* par le *writ of covenant*).

<sup>66</sup> « *If the feoffee to uses saw fit to deny that he held the property for another, and appropriated it to his own use, he might do so with impunity* » (G. G. BOGERT et G. T. BOGERT, *The law of trusts and trustees, Sections 1 to 46*, West Publishing Co., 2<sup>ème</sup> éd. révisée, 1984, § 3, p. 21).

<sup>67</sup> La *Common law* est devenue rigide par la *Provisions of Oxford* de 1258 qui a empêché la *Common law* de développer des nouveaux *writs* (brèves) pour des nouveaux cas (en ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, LexisNexis-Buttersworth-Tolley, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 4).

<sup>68</sup> « Le *writ* peut être défini comme un ordre émanant du pouvoir royal, ordre qui permet à un justiciable d'ester en justice et aux autorités chargées du respect de l'ordre public de contraindre le défendeur à comparaître devant les tribunaux » (F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, n° 64).

Or, comme aucun *writ* n'était prévu pour l'hypothèse où se trouvait le *cestuy que use*, il ne pouvait accéder aux cours et se faire rendre justice <sup>69</sup>.

17.- Malgré cette situation, la justice restait une prérogative du roi. Il retenait des pouvoirs discrétionnaires pour la rendre. En conséquence, le *cestuy que use* pouvait demander au roi de sanctionner le *feoffee* infidèle <sup>70</sup>. Cette délégation faite par le roi aux *Chancellors* <sup>71</sup> des requêtes des *cestuys que uses* a permis la transformation de l'obligation morale du *feoffee* en une véritable obligation juridique <sup>72</sup>. En effet, le *Chancellor* étant originairement un religieux, généralement un évêque <sup>73</sup>, il trouvait naturellement inéquitable que le *feoffee* puisse impunément violer sa parole donnée <sup>74</sup>.

18.- Une fois la pétition faite, le *Chancellor* ordonnait au défendeur, dans notre cas le *feoffee*, par le *writ* de *subpoena*, de comparaître devant lui <sup>75</sup>. Si le *Chancellor* jugeait que le *feoffee* avait violé ses promesses, il était condamné à faire ou à ne pas faire quelque chose <sup>76</sup>, et si le *feoffee* ne respectait pas l'ordonnance, il risquait l'emprisonnement <sup>77</sup>. De cette manière, le *cestuy que use* avait droit à une exécution en nature des promesses réalisées par le *feoffee* <sup>78</sup>. Cette exécution en nature était le remède le plus adéquat, puisque

---

<sup>69</sup> Pour une analyse plus approfondie de l'absence de sanctions par les cours de *Common law*, v. M. A. BADRE, *Le développement historique des « uses » jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*, Rousseau, 1932, p. 42 et s. ; F. W. MAITLAND, *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lecture*, Cambridge University Press, 1932 (réimp.), préf. A. H. Chaytor et W. J. Whittaker, p. 28 et s.

<sup>70</sup> En ce sens, v. HANBURY et MARTIN, *Modern Equity*, Sweet & Maxwell, 16<sup>ème</sup> éd., 2001, par J. E. MARTIN, p. 6.

<sup>71</sup> Initialement, le roi recevait lui-même les pétitions, mais il les a déléguées dès le quatorzième siècle aux *Chancellors*. Enfin, les *Chancellor* finiront par rendre justice de manière autonome, statuant seuls et en leur propre nom (en ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 5).

<sup>72</sup> Avant même que l'*use* soit sanctionné par le *Chancellor*, on trouve certains indices montrant que les cours ecclésiastiques avaient rendu justice à l'encontre des *feoffees* infidèles (v. R. HELMHOLZ, « Trusts in the English ecclesiastical courts 1300 – 1640 », *op. cit.*, p. 153 et s. ; R. HELMHOLZ, « The early enforcement of uses », [1979] 79 *Colum. L. Rev.* 1503).

<sup>73</sup> En ce sens, v. F. W. MAITLAND, *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lecture*, *op. cit.*, p. 2 et 3.

<sup>74</sup> En ce sens, v. G. G. BOGERT et G. T. BOGERT, *The law of trusts and trustees, Sections 1 to 46*, *op. cit.*, § 3, p. 22.

<sup>75</sup> En ce sens, v. M. A. BADRE, *Le développement historique des « uses » jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>76</sup> En ce sens, v. J. B. AMES, « The origin of uses and trusts », (1908) 21 *Harv. L. Rev.* 261, spéc. p. 261.

<sup>77</sup> En ce sens, v. F. W. MAITLAND, *Equity: a course of lectures*, University Press, 1949, 2<sup>ème</sup> éd. révisée, préf. A. H. Chaytor et W. J. Whittaker, p. 111.

<sup>78</sup> En ce sens, v. H. POTTER, *An introduction to the history of equity and its courts*, Sweet & Maxwell, 1931, p. 87.

le *feoffor* voulait que le *cestuy que use* puisse jouir de l'immeuble mis en *use*, et non pas qu'il reçoive une compensation pécuniaire <sup>79</sup>.

**19.-** Malgré cela, le *cestuy que use* restait dans une situation précaire, puisque si le bien avait été transmis par le *feoffee* à un tiers – à cause de mort ou *inter vivos* –, aucune action contre les tiers acquéreurs n'existait <sup>80</sup>. En conséquence, le *cestuy que use* ne pouvait plus jouir des biens mis en *use*, puisqu'aucun remède n'existait contre des tiers acquéreurs.

**20.-** Pour protéger les *cestuys que uses* des aliénations non autorisées, l'*Equity* a élargi peu à peu les remèdes. Le *Chancellor* a d'abord octroyé aux *cestuys* une action contre les héritiers et légataires du *feoffee* ; ensuite, les créanciers du *feoffee* qui ont saisi des biens mis en *use* ont été sanctionnés ; subséquemment, les *cestuys* obtinrent des droits contre les ayants cause à titre gratuit du *feoffee* ; postérieurement, les acquéreurs à titre onéreux furent eux aussi affectés à l'*use*, s'ils connaissaient au moment de l'acquisition l'affectation du bien à l'*use* ; enfin, l'*use* devait être sanctionné contre tout acheteur qui aurait pu en connaître l'existence, s'il n'avait pas agi comme l'aurait fait un acheteur plus prudent <sup>81</sup>. De cette manière, les *cestuys* pouvaient exiger une exécution en nature de leurs droits contre tout acquéreur, sauf les acquéreurs à titre onéreux et de bonne foi <sup>82</sup>.

**21.-** La protection à l'encontre des *feoffees* et à l'encontre des tiers acquéreurs non seulement a permis la survivance du *trust* mais fut surtout la raison de son immense succès. En effet, « dès que la protection a été élargie, la moitié de la terre du royaume a été entre les mains de *feoffees to uses* » <sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Dans un sens proche, v. F. POLLOCK et F. W. MAITLAND, *The History of English Law Before the time of Edward I, Vol. II*, Cambridge University Press, 2<sup>ème</sup> éd. (réimp.), 1968, p. 232.

<sup>80</sup> En ce sens, v. J. L. BARTON, « The Medieval Use », (1965) 81 *L.Q.R.* 562, spéc., p. 569.

<sup>81</sup> V. F. W. MAITLAND, *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lecture, op. cit.*, p. 117 et s. ; M. A. BADRE, *Le développement historique des « uses » jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais, op. cit.*, p. 75 et s.

<sup>82</sup> V. *Pilcher v Rawlins* (1872) L.R. 7 Ch. App. 259, spéc. p. 268 et 269.

<sup>83</sup> « No sooner this protection extended, the half the lands in the kingdom became vested in *feoffees to uses* » (T. LEWIN, *A practical treatise in the law of trusts*, Sweet & Maxwell, 11<sup>ème</sup> éd., 1904, par C. C. M. DALE, p. 1).

## II.- OBJET DE L'ÉTUDE

22.- L'histoire de la *fiducia* romaine et celle du *trust* nous montrent l'importance de donner une protection adéquate aux intérêts des bénéficiaires de la fiducie. En effet, l'histoire du droit romain nous a enseigné qu'un régime qui ne protège pas suffisamment les intérêts des bénéficiaires est voué à l'échec ; alors que de l'histoire du *trust*, nous pouvons tirer la conclusion que la mise en œuvre d'un régime adéquat de protection des intérêts des *cestuis que trusts* permet à l'institution de survivre, mais encore en favorise l'essor. D'où la conclusion, et c'est un point tout à fait fondamental, que la mise en place d'un régime suffisamment protecteur des intérêts des bénéficiaires est une condition essentielle de la survie et du succès de la fiducie française <sup>84</sup>.

23.- La question qui se pose est donc celle de l'identification des moyens qui permettent de protéger les intérêts des bénéficiaires. La réponse à cette question suppose évidemment de bien s'entendre sur ce qui correspond aux « intérêts des bénéficiaires ». Généralement, ce qui est le plus avantageux pour les bénéficiaires est de retirer les profits prévus dans le contrat de fiducie <sup>85</sup>. Cette idée est étayée par la *fiducia* romaine où l'exécution par équivalent n'était pas un remède suffisant.

24.- Pour répondre à la question posée, il faut prendre conscience de ce qu'un des effets majeurs de la constitution d'une fiducie est la création d'un patrimoine d'affectation (le patrimoine fiduciaire) <sup>86</sup>. Le fiduciaire exécute ses obligations sur cette universalité et les profits prévus pour les bénéficiaires sont tirés de ce patrimoine. En conséquence, il faut que le patrimoine fiduciaire soit en bonne santé et administré d'une manière qui permette à chaque bénéficiaire de recevoir les profits qui lui reviennent. Par où l'on comprend que la protection des intérêts des bénéficiaires commence par la protection du patrimoine

---

<sup>84</sup> Ainsi un auteur écrit que « [l]e succès de la fiducie dépend en grande partie de la sécurité qu'elle offre aux différents acteurs de l'opération fiduciaire, et notamment au bénéficiaire » (C. LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *op. cit.*, n° 10).

<sup>85</sup> Même s'il ne serait pas toujours possible que les bénéficiaires reçoivent les avantages prévus pour eux dans le contrat de fiducie, il faut quand même un régime qui favorise et protège cette possibilité.

<sup>86</sup> V. *infra*, n° 619 et s.



fiduciaire. En effet, le fiduciaire n'est obligé de transmettre aux bénéficiaires les avantages qui leur reviennent que si le patrimoine fiduciaire est solvable <sup>87</sup>.

**25.-** En conséquence, avoir un régime adéquat qui protège le patrimoine fiduciaire s'avère important pour la réussite de la fiducie en France. Malheureusement, le régime de la protection du patrimoine fiduciaire ne résulte pas clairement des dispositions consacrées à la fiducie par la loi du 19 février 2007. Aussi bien le juriste est-il obligé de « deviner » quelles règles vont s'appliquer au nouveau contrat de fiducie. Une étude sur la protection du patrimoine fiduciaire s'en trouve par là même justifiée, non seulement car une protection adéquate aidera au succès de la fiducie, mais en plus car le droit français ne dispose pas, sur ce point central, d'un régime clair et précis. L'intérêt du sujet s'impose avec d'autant plus de force lorsqu'on observe que, pour la plupart, les études jusqu'ici consacrées à la fiducie française sont essentiellement descriptives et ne s'intéressent pas, ou s'intéressent peu, à la question de la protection de l'intérêt des bénéficiaires.

### III.- DOMAINE DE L'ÉTUDE

**26.-** Dans la mesure où, « dans la fiducie-sûreté, le fiduciaire va gérer le bien essentiellement dans son propre intérêt » <sup>88</sup>, on aurait pu comprendre que notre thèse se limite à la fiducie-gestion. Deux raisons principales auraient pu être invoquées en ce sens : d'une part, la fiducie-sûreté constituée sur un seul bien ne paraît pas engendrer un patrimoine fiduciaire ; d'autre part, la fiducie-sûreté est constituée essentiellement en faveur du fiduciaire, de sorte qu'il pourrait sembler de peu d'intérêt de chercher un régime protecteur des intérêts du fiduciaire contre lui-même.

---

<sup>87</sup> V. *infra*, n° 435 et s., notamment n° 438.

<sup>88</sup> P. CROCQ, « Le cœur du dispositif fiduciaire », *Rev. Lamy dr. civ.* juillet 2007, n° 40, p. 61, spéc. p. 64.

Sur la fiducie-sûreté, v. S. NAHON, « La fiducie à la française : mythe ou réalité », *Rev. Lamy dr. aff.* février 2007, n° 13, p. 38 ; A. CERLES, « La fiducie, nouvelle reine des sûretés », *JCP E* 2007, 2054 ; F.-X. LUCAS, « Fiducie vs sauvegarde, un arbitrage équilibré », *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 105 ; M.-C. LASSERRE, « La paralysie de la fiducie-sûreté », *PA* 11 février 2011, n° 30, p. 3 ; A. CERLES, « Simplification du régime de la fiducie à titre de sûreté », *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 124 ; M.-L. COQUELET, « Fiducie-sûreté : fin de feuilletton », *Dr. Sociétés* 2007, repère 7 ; D. LEGEAIS, « Fiducie », *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 23.

**27.-** Cependant, ces deux arguments en faveur d'une limitation de l'étude à la fiducie-gestion ne sont pas pleinement convaincants. D'abord, parce que toute fiducie a comme effet la création d'un patrimoine fiduciaire. Cela reste vrai même dans le cas où la fiducie-sûreté n'est créée que sur un seul droit. En effet, dans la mesure où les dispositions relatives à la fiducie (notamment les articles 2011, 2025, 2026, 2027 et 2030 du Code civil) prévoient la création d'un patrimoine fiduciaire et comme ses dispositions sont aussi applicables à la fiducie-sûreté (v. les articles 2372-1 et 2488-1 du Code civil), il en résulte que la fiducie-sûreté a comme effet la création d'un patrimoine fiduciaire. D'ailleurs, même dans l'hypothèse où un bien constitue l'unique élément de ce patrimoine, ce bien va être affecté au paiement des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire (v. les articles 2372-4 et 2488-4 du Code civil). Au demeurant, la fiducie-sûreté ne se limitera pas toujours à un seul droit transmis : il est en effet possible et même courant qu'une dette soit garantie par plusieurs droits.

**28.-** Ensuite, quant à l'argument voulant que la fiducie-sûreté soit réalisée essentiellement en faveur du fiduciaire, il n'est vrai que dans l'hypothèse où le fiduciaire est l'unique créancier. Il est en effet possible que d'autres créanciers s'ajoutent au fiduciaire comme bénéficiaires de la fiducie. Il est même possible que le fiduciaire ne soit pas même créancier de la dette garantie de sorte que, dans ce cas, la fiducie ne sera pas créée dans son intérêt (v. les articles 2372-3 et 2488-3 du Code civil). Ainsi, dans ces hypothèses, la fiducie-sûreté ne sera pas créée dans le seul intérêt du fiduciaire. De même, à supposer que le fiduciaire soit l'unique créancier, et donc l'unique bénéficiaire de la fiducie, la plus ou moins bonne conservation du patrimoine fiduciaire aura une répercussion immédiate sur sa valeur. Le constituant-débiteur aura donc un intérêt direct à ce que le patrimoine fiduciaire soit bien protégé : non seulement dans le cas où il paierait sa dette (puisque en principe, une fois la dette payée, les actifs du patrimoine devront être transférés au constituant <sup>89</sup>), mais aussi en cas de défaut de paiement puisque la valeur du patrimoine fiduciaire excédant le montant de la dette restant due devra être restituée au constituant (v. les articles 2372-4 et 2488-4 du Code civil). Sous ces conditions, il faut considérer le constituant comme un bénéficiaire potentiel qui a également droit à ce que

---

<sup>89</sup> La propriété cédée peut être affectée à la garantie d'autres dettes (v. les articles 2372-5 et 2488-5 du Code civil) donc, malgré le paiement de la dette originaire, la propriété cédée ne fera pas retour au constituant.

ses intérêts soient pris en compte et donc que le patrimoine fiduciaire soit conservé, géré et protégé en sa faveur. Enfin, quand bien même l'on pourrait dire que certaines fiducies-sûreté sont essentiellement conçues en faveur du fiduciaire, le régime protecteur du patrimoine fiduciaire ne se limite pas à protéger cette universalité du seul fiduciaire, mais cherche aussi à la protéger des tiers<sup>90</sup>. Dans ces conditions, le fiduciaire a, lui aussi, un intérêt à ce qu'il existe un régime adéquat de protection du patrimoine fiduciaire.

**29.-** Tout ceci justifie que notre étude englobe la fiducie-gestion<sup>91</sup> ainsi que la fiducie-sûreté<sup>92</sup>, étant entendu que si un jour la fiducie-libéralité<sup>93</sup> devait être autorisée en droit français (ce qui, pour l'heure, n'est pas le cas : v. l'article 2013 du Code civil), notre thèse présenterait également un intérêt pour ce type de fiducie.

#### IV.- MÉTHODE RETENUE

**30.-** Ainsi délimitée dans son champ d'investigation, notre travail de recherche appelle encore quelques précisions sur le terrain de la méthode. Il s'agit, on l'aura compris, d'une étude comparative<sup>94</sup>. Ce choix s'imposait de lui-même, puisqu'il est rapidement apparu qu'« [i]l n'est guère possible de s'intéresser à la fiducie ou de contribuer à sa construction doctrinale sans intégrer dans sa réflexion le *trust* des pays de *common law* »<sup>95</sup>. La réflexion est d'autant plus intéressante que la source d'inspiration de la fiducie française est le *trust*, spécifiquement l'*express trust*. Il est clair que, lorsqu'une institution est importée d'un autre système juridique, il est essentiel de faire de l'ordre juridique

---

<sup>90</sup> V. *infra*, n° 385 et s.

<sup>91</sup> C'est la fiducie qui est constituée en vue que les biens fiduciaires soient gérés dans l'intérêt du constituant ou d'un tiers bénéficiaire.

<sup>92</sup> C'est la fiducie qui est constituée en vue de garantir le paiement d'une dette.

<sup>93</sup> C'est la fiducie qui est constituée en vue de transmettre les biens fiduciaires à titre gratuit à un tiers bénéficiaire.

<sup>94</sup> « La science du droit a, par sa nature même de science, un caractère transnational » (R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2002, n° 5).

<sup>95</sup> C. WITZ, « Trust et fiducie, une distinction estompée par la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance », in *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 343 et s., spéc. p. 343.

d'origine l'un des termes de la comparaison avec l'ordre juridique importateur <sup>96</sup>. C'est pourquoi une étude comparative avec l'institution anglaise s'impose.

**31.-** Le caractère comparatif de l'étude sur le point précis de la protection du bénéficiaire dans le *trust* et la fiducie présente au moins un double intérêt. En premier lieu, l'institution du *trust* a un régime plus développé que la fiducie française : le régime de protection applicable aux *cestuis que trusts* est plus complet et plus subtil. La loi française étant sur ce point lacunaire, elle oblige le constituant à anticiper toutes les difficultés <sup>97</sup> s'il ne veut courir le risque d'une opération aléatoire. C'est la rançon des carences des règles supplétives applicables à la fiducie française <sup>98</sup>. Nous ne pouvons donc que tirer profit de la richesse de l'expérience du *trust* pour faire progresser le droit français sur la fiducie <sup>99</sup>. En second lieu, en étudiant le droit français à travers le prisme d'une institution étrangère, nous sortons « du territoire de la pensée juridique française » <sup>100</sup>, ce qui permet de déceler « les réalités non perçues de l'intérieur du système observé » <sup>101</sup>. Ainsi, une étude comparative non seulement s'impose mais est également souhaitable, puisqu'elle offre la connaissance des enseignements d'une institution plus avancée que la nôtre ; elle nous permet de mieux comprendre la fiducie, d'éclairer <sup>102</sup> une institution qui est encore pour l'instant obscure. Ainsi, le *trust* peut constituer une source d'inspiration pour la fiducie, ce qui n'empêche pas que d'autres institutions du droit français seront analysées, car elles pourront elles aussi servir d'inspiration à la fiducie (par exemple le mandat et le dépôt).

---

<sup>96</sup> En ce sens, v. L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, T. II, La méthode comparative*, LGDJ, 1974, p. 367.

<sup>97</sup> En ce sens M. WITZ écrit : « le législateur laissant une large place à la liberté contractuelle. De manière paradoxale, les parties sont contraintes d'en faire usage » (in « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au *trust* », *op. cit.*, p. 1369).

<sup>98</sup> En ce sens, v. M. CANTIN-CUMY, « L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique », *op. cit.*, p. 117 (même si le commentaire porte sur l'avant-projet de 1992, son opinion est toujours valable).

<sup>99</sup> En effet « [s]i telle ou telle législation, notion ou institution étrangère à fait ses preuves, il est tentant de vouloir l'emprunter ou de d'en inspirer. », (Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, n° 10). V. aussi SALEILLES, cité par L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, T.I, Introduction au droit comparé*, LGDJ, 1972, p. 132).

<sup>100</sup> P. LEGRAND, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », in *Comparer les droits, résolument*, s. la dir. de P. LEGRAND, PUF, 2009, p. 209 et s., spéc. p. 209.

<sup>101</sup> H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RID comp.* 2000, p. 503, n° 18.

Dans un sens proche M. SACCO écrit que « [s]eule la comparaison nous décèle certains détails des modèles considérés » (cité par M.-L. IZORCHE, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *RID comp.* 2001, p. 289, n° 15).

**32.-** Pour qu'une étude comparative puisse se dérouler, il faut respecter la comparabilité des objets <sup>103</sup>. Comme nous l'avons vu, malgré le fait que la fiducie française ait supposé une adaptation du *trust* aux principes directeurs de notre système juridique, il reste que la fiducie et le *trust* sont des institutions analogues <sup>104</sup>. En effet, les deux mécanismes fiduciaires reposent sur l'affectation de certains biens à un but déterminé au profit des bénéficiaire-*cestuis que trusts* <sup>105</sup>. De cette manière, les bénéficiaires de la fiducie se trouvent dans une situation analogue à celle des *cestuis que trusts*. Le problème que soulève la protection des intérêts des bénéficiaires et des *cestuis que trusts* se pose donc en des termes similaires. En conséquence, la comparabilité ne tient pas seulement au fait que la fiducie et le *trust* sont des institutions analogues, mais aussi au fait qu'une même problématique (celle de la protection des bénéficiaires et des *cestuis que trusts*) se pose dans les deux systèmes différents <sup>106</sup>.

**33.-** La protection des intérêts des bénéficiaires commence par la protection du patrimoine fiduciaire lui-même. En effet, les obligations du fiduciaire sont exécutées sur cette universalité, et les profits prévus pour les bénéficiaires dépendent d'elle. La comparabilité de notre étude dépend donc aussi du fait qu'il existe en droit anglais du *trust* une universalité juridique comme celle du patrimoine fiduciaire, et que les droits des *cestuis que trusts* soient, eux aussi, tirés de cette universalité.

---

<sup>102</sup> En d'autres termes, le droit comparé « permet de connaître les droits étrangers, et par là de mieux comprendre, voire améliorer le droit national » (P. LANGERON, « La recherche en droit comparé », *RRJ* 1996-4, p. 1101, spéc. p. 1101).

<sup>103</sup> « La comparabilité suppose toujours à la base des termes à comparer une unité ou une équivalence des problèmes juridiques. Cette unité ou équivalence des problèmes juridiques est déterminante pour établir la comparabilité [...] La comparabilité existe du fait de l'unité ou de l'équivalence des problèmes qui se pose à plusieurs ordres juridiques » (L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, T. II, La méthode comparative, op. cit.*, p. 88).

<sup>104</sup> V. *supra*, n° 8.

<sup>105</sup> « L'essence de l'institution fiduciaire se retrouve en présence tant du *trust* anglo-américain que de la fiducie de droit civil : un tiers détient des droits dont le bénéficiaire est attribué à autrui » (F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, n° 651).

<sup>106</sup> En ce sens, M. ANCEL écrit que la méthode fonctionnelle « s'attache à étudier comment un même problème concret, qui se pose à la même époque dans des systèmes de même civilisation (ou de même développement économique ou social) est résolu par ces différents systèmes, et à procéder ensuite à une évaluation comparée des solutions » (in « Comment aborder le droit comparé ? A propos d'une nouvelle "introduction au droit comparé" », in *Etudes offertes à R. RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 3 et s., spéc., p. 6).

**34.-** Est-ce vraiment le cas ? En dépit du fait que la notion de patrimoine n'existe pas en droit anglais, des universalités juridiques s'y manifestent toutefois, notamment le *fund*<sup>107</sup> dont le *trust fund* est une expression particulière. Avec la constitution d'un *trust*, un ensemble de biens sera affecté à une même finalité ; cette affectation aura comme effet la création d'une universalité dont les éléments vont être inséparablement liés, l'actif répondant du passif (il faut noter que si actif et passif peuvent exister dès la création du *trust*, ils peuvent aussi s'ajouter pendant l'exécution du *trust*)<sup>108</sup>. En revanche, une particularité du *trust fund* réside dans le fait que les obligations créées pendant sa conservation et gestion sont dues personnellement par le *trustee* ; en d'autres termes, « les créanciers du *trust* » ne peuvent pas accéder aux biens mis en *trust* pour se faire payer ; cependant, le *trustee* a le droit d'exécuter ces obligations directement sur les biens mis en *trust* ou, si le *trustee* les exécute avec ses biens propres, il peut se faire rembourser sur les biens mis en *trust* (en d'autres termes, le *trustee* a le droit de payer les créanciers avec les biens mis en *trust*, ou de les payer avec ses propres ressources et de se faire ensuite, dans cette seconde hypothèse, rembourser sur les biens mis en *trust*)<sup>109</sup>. Le fait que le *trustee* a le droit de payer directement avec les biens mis en *trust*, ou de se faire rembourser sur eux, signifie tout simplement que les actifs du *trust fund* sont affectés au paiement des droits du *trustee*. En conséquence, de toutes les obligations nées de la conservation et de la gestion du *trust fund*, seul le *trustee* peut être considéré comme créancier.

**35.-** Ainsi s'explique que « [l]e patrimoine d'affectation est la traduction en droit civil du *trust fund* »<sup>110</sup>. Le patrimoine fiduciaire étant un patrimoine d'affectation<sup>111</sup>, il est

---

<sup>107</sup> Sur les universalités en droit anglais, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., n° 38 et s. ; R. C. NOLAN, « Property in a fund », (2004) 120 *L.Q.R.* 108 ; C. R. NOYES, *The institution of property: a study of the development, substance and arrangement of the system of property in modern Anglo-American law*, Longmans Green and Co., 1936, p. 469 et s.

<sup>108</sup> Bien que pour les civilistes le point central d'une universalité juridique soit l'affectation des actifs aux passifs, le droit anglais a comme point central de la notion du *fund* la subrogation (v. C. R. NOYES, *The institution of property: a study of the development, substance and arrangement of the system of property in modern Anglo-American law*, op. cit., p. 481 et 482 ; B. RUDDEN, « Les biens et le trust », in *Common law d'un siècle l'autre*, s. la dir. de P. LEGRAND JR, Y. BLAIS, 1992, p. 253 et s., spéc. p. 267 et 268).

<sup>109</sup> Sur cette particularité, v. *infra*, n° 616 et s. et 763 et s.

<sup>110</sup> F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 474.

Le précurseur de cette idée a été P. LEPAULLE, v. « De la nature du 'trust' », extrait du *journal du droit international*, 1927 ; « An outsider's view of trusts », (1928) 14 *Cornell L. Rev.* 52 ; « Les essentiels du trust », extrait du *Bulletins de la société de Législation comparée*, 1930 ; *Traité théorique et pratique des*

réellement analogue au *trust fund*, et l'on peut même dire qu'il a été instauré pour la fiducie à l'image du *trust fund*. Dans le cas contraire, nous aurions ressuscité la *fiducia* romaine, et non pas une adaptation du *trust* anglo-américain.

**36.-** Le *trust* a donc comme conséquence la création du *trust fund*, universalité juridique dont l'actif répond du passif. Or les droits des *cestuis que trusts* sont considérés comme des obligations du *trustee* en tant que propriétaire des biens mis dans le *trust fund*. En conséquence, leurs droits sont considérés comme formant le passif du *trust fund* et dépendent donc des actifs de cette universalité. En d'autres termes, comme dans le droit français, les droits des *cestuis que trusts* sont tirés du *trust fund* de sorte que la protection de leurs intérêts commence aussi par la protection du *trust fund*. Par où l'on voit que la problématique sur la protection du patrimoine fiduciaire est comparable à celle de la protection du *trust fund* : le régime de la fiducie sur la protection du patrimoine fiduciaire devrait donc obéir à un régime similaire à celui du *trust* sur la protection du *trust fund*.

**37.-** En définitive, dans la mesure où la fiducie est une institution comparable au *trust*, où les intérêts des bénéficiaires sont comparables à ceux des *cestuis que trusts*, et où le patrimoine fiduciaire trouve son analogue dans la notion du *trust fund*, il est légitime de comparer le régime de protection du patrimoine fiduciaire avec le régime de la protection du *trust fund*.

**38.-** Si la fiducie française trouve son inspiration dans le *trust* anglo-américain, nous limiterons notre étude au *trust* anglais, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, la proximité géographique avec le Royaume-Uni explique que nous soyons davantage influencés par son système juridique que par les autres systèmes de la tradition de *Common law*. En outre, cette proximité nous permet d'avoir accès direct à la bibliographie

---

*trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Rousseau, 1932 ; « Trusts and the civil law », (1932) 15 *J. Comp. Leg. Int. L.* 18 ; « La naturaleza del trust » (traduction par P. MACEDO), *Rev. gen. de der. y jurisp.* 1932, T. 3, p. 105 et s. ; *contra*, v. L. SMITH, « Trust and patrimony », *op. cit.*  
V. aussi F. BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique*, th. dactyl. Paris I, 1997, n° 365 ; G. L. GRETTON, « Trusts without equity », (2000) 49 *Int'l & Comp. L. Q.* 599, spéc. p. 608 et s. ; Y. EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droit des biens », *RID comp.* 2009, p. 49, spéc. p. 61 et s. ; M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, n° 41.

nécessaire pour entreprendre cette étude ce qui est essentiel pour une étude comparée <sup>112</sup>. De plus, une analyse de tous les systèmes qui ont adopté le *trust* sous l'influence du Royaume-Uni, outre qu'elle serait impossible, n'aurait en plus aucun intérêt réel, car nous perdrons en profondeur ce que nous gagnerions en étendue. Enfin et surtout, le droit anglais du *trust* fait figure de modèle puisque le *trust* est né dans ce pays et qu'il a été ensuite transporté aux quatre coins du monde <sup>113</sup>.

**39.-** Une autre limitation tiendra à la typologie des *trusts*. Nous n'analyserons ici que les *express trusts*, qui sont définis comme les *trusts* créés par la volonté du *settlor*. Cette limitation s'explique par le fait que la fiducie française ne peut être créée que par la volonté expresse du constituant. Certes, l'article 2012 du Code civil prévoit la possibilité d'une fiducie créée par la loi, mais jusqu'à maintenant, aucune fiducie légale n'a été instaurée. En outre, le régime des *trusts* a été façonné à partir des *express trusts* si bien que l'on peut considérer que ce régime constitue le modèle du *trust*.

**40.-** Enfin, notre étude sera essentiellement axée autour du droit des obligations et du droit des biens ; c'est, en d'autres termes, une étude principalement civiliste. Ajouter d'autres disciplines comme le droit pénal, le droit fiscal ou encore le droit processuel aurait conduit à élargir le sujet dans des proportions difficilement maîtrisables <sup>114</sup>.

**41.-** Un régime adéquat de protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund* doit commencer par éviter que cette universalité soit endommagée. Il faut donc disposer de moyens préventifs de protection. Cependant, aussi perfectionnée que soit la protection préventive, elle ne sera jamais infaillible. Pour cette raison, le régime préventif doit être complété par un régime curatif, mettant en œuvre des sanctions qui permettront d'effacer

---

<sup>111</sup> V. *infra*, n° 619 et s.

<sup>112</sup> « A notre sens, le comparatiste ne doit s'en écarter que s'il en a les moyens scientifiques. La connaissance des systèmes étudiés, si possible en accédant à des sources de première main, est au fond le seul critère valable de la délimitation de la comparaison » (Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé, op. cit.*, n° 15).

<sup>113</sup> « [O]n ne peut pas nier que, que du point de vue scientifique, une certaine législation peut intéresser plus qu'une autre, pour un des deux motifs suivants [...] cette législation peut être tête de série dans le sens qu'elle a été reçue par d'autres législations soumises à la comparaison, et à cause de son originalité, jouit d'un plus grand intérêt » (v. D. ZLATESCU, « Quelques aspects méthodologiques de la comparaison des droits », *RID comp.* 1983, p. 559, spéc. p. 564).

<sup>114</sup> Sans compter, ici encore, que la thèse aurait gagné en étendue, mais perdu en profondeur.



les violations subies par le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Les deux parties de notre travail seront donc respectivement consacrées à chacun de ces deux aspects.

Première partie – La protection préventive du patrimoine fiduciaire-*trust fund*

Deuxième partie – La protection curative du patrimoine fiduciaire-*trust fund*



## **PARTIE I**

# **LA PROTECTION PRÉVENTIVE DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE-*TRUST FUND***





42.- Plutôt que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit endommagé, il vaut mieux prévenir en amont ; cela implique que des moyens préventifs de protection soient mis en place. Quand on pense au dommage que peut souffrir un patrimoine, normalement on pense que le dommage est causé par une autre personne que son titulaire, c'est-à-dire que c'est un tiers qui infligerait le dommage. En revanche, la crainte principale des constituants-*settlers* et des bénéficiaires-*cestuis que trusts* est plutôt que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit endommagé par le fiduciaire-*trustee* lui-même, titulaire de ce patrimoine. Il est ainsi notamment parce que la position dans la quelle se trouve le fiduciaire-*trustee* par rapport au patrimoine fiduciaire-*trust fund* lui permet d'abuser de sa position -- abus qui a été constaté depuis l'origine de la fiducie romaine comme du *trust*. En outre, il s'agit de leur préoccupation principale puisqu'en principe c'est à eux de surveiller le fiduciaire-*trustee* et de protéger le patrimoine fiduciaire-*trust fund* à l'encontre du fiduciaire-*trustee*. Pourtant, on ne peut négliger la possibilité que cette universalité soit endommagée par des tiers ; mais c'est plutôt un souci du fiduciaire-*trustee*, et non pas des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, puisqu'il leur revient de protéger le patrimoine à l'encontre de tiers.

43.- Les moyens préventifs de protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund* diffèrent, selon que leur objet est de prévenir des attaques du fiduciaire-*trustee*, ou que leur objet est de le protéger des tiers. Pour cette raison nous analyserons dans un premier temps les moyens de protection à l'encontre du fiduciaire-*trustee* (titre I), pour continuer avec les moyens de protection à l'encontre de tiers (titre II) <sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Comme notre étude va se limiter au droit civil, nous laisserons de côté les mesures conservatoires (v. *infra*, n° 40).



## **TITRE I**

# **LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE-*TRUST FUND* À L'ENCONTRE DU FIDUCIAIRE-*TRUSTEE***







44.- Quand un propriétaire, par ses propres actes, cause un dommage à ses propres biens, et par conséquent diminue la valeur de son patrimoine, normalement personne ne subit un préjudice sauf lui-même <sup>116</sup> : de la sorte aucun problème juridique ne se pose pour lui. Toutefois, l'intérêt économique de la propriété fiduciaire-*trust property* étant en faveur des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, toute action comme toute inaction du fiduciaire-*trustee* peut avoir des effets négatifs sur le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, affectant ainsi les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trust*. En conséquence, un régime qui protège le patrimoine fiduciaire-*trust fund* contre le fiduciaire-*trustee* est justifié <sup>117</sup>.

45.- Si le droit français sur la fiducie n'a presque rien prévu en vue de ce phénomène, nous ne pouvons pas dire la même chose concernant le droit anglais du *trust*. Ce dernier a développé principalement deux obligations pour faire face à deux problématiques différentes. Le *trust fund* n'est pas seulement mis en danger quand le *trustee* agit dans un intérêt autre que celui des *cestuis que trusts*, mais aussi quand il est négligent. Pour faire face à ces dangers, deux obligations lui sont imposées : d'une part le *duty of loyalty* et d'autre part le *duty of care* <sup>118</sup>. Ces obligations sont connues en droit français comme devoir de loyauté et devoir de diligence <sup>119</sup>. Par l'imposition de ces obligations, on contribue à conduire le comportement du fiduciaire-*trustee* vers un comportement qui aide à prévenir des violations au patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

---

<sup>116</sup> Dans quelques circonstances, ses créanciers peuvent être affectés par la diminution de la valeur du patrimoine. Raison pour laquelle la loi donne dans certains cas des défenses juridiques aux créanciers, par exemple, l'action paulienne.

<sup>117</sup> Si les auteurs anglais font référence au bon choix du *trustee*, et le choix d'au moins deux *trustees*, comme un des moyens préventifs de protection les plus efficaces (en ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trusts, op. cit.*, n° 38-03 et s.), en soi cela ne peut pas être considéré comme faisant partie du régime du *trust*, puisque le choix du *settlor* pour son *trustee* relève de l'exercice de sa liberté. Ainsi, ce sujet ne sera pas analysé ici.

<sup>118</sup> En ce sens, v. R. COOTER et B. J. FREEDMAN, « The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences », (1991) 66 *N.Y.U. L. Rev.* 1045, spéc. p. 1047.

Bien que ces notions puissent être traduites, leurs régimes diffèrent de leurs homologues français ; pour cette raison les qualifications vont rester dans leur langue d'origine.

<sup>119</sup> Même si par les notions de devoir de loyauté et devoir de diligence nous faisons référence à des obligations, nous resterons avec le terme de devoir.

46.- Si ces deux obligations sont considérées, aux Etats-Unis, comme de *fiduciary duties*<sup>120</sup>, en droit anglais, par contre, seul le *duty of loyalty* est considéré comme tel<sup>121</sup>. Cette discussion doctrinale sur le contenu exact du *fiduciary duties* ne nous concerne pas.

47.- *Fiduciary duties* n'est qu'une catégorie indiquant qu'il s'agit d'une obligation applicable aux *fiduciary relationships*<sup>122</sup>. Un *fiduciary* est constitué d'une personne qui est placée dans une situation analogue au *trustee* et à laquelle, en vertu de cette analogie, les règles du *trust* lui sont applicables<sup>123</sup>. Mais, comme au fur et à mesure les juges ont considéré comme *fiduciary* une grande variété de relations juridiques (liste qui n'est pas encore close)<sup>124</sup>, un nouveau domaine de droit est né : celui du *fiduciary law*<sup>125</sup>. En conséquence, si pour les Anglo-américains il est important de connaître le contenu exact des *fiduciary duties* pour avoir un régime bien défini concernant leur *fiduciary law*<sup>126</sup>, ce

<sup>120</sup> En ce sens M. LANGBEIN (in « The contractarian basis of the law of trusts », (1995) 105 *Yale L.J.* 625, spéc. p. 642) a écrit : « *Fiduciary law* impose deux principes généraux, loyauté et diligence » [« *Fiduciary law imposes two broad standards, loyalty and care* »].

Dans le même sens v. T. FRANKEL, « *Fiduciary duties as default rules* », (1995) 74 *Or. L. Rev.* 1209, spéc. p. 1210.

<sup>121</sup> Ainsi, MILLET L.J. (in *Bristol and West Building Society v Mothew* [1998] Ch. 1, spéc. p. 18) a établie que « l'obligation distinctive d'un *fiduciary* est l'obligation de *loyalty* » (« *the distinguishing obligation of a fiduciary is the obligation of loyalty* »).

V. aussi M. CONAGLEN, « *The nature and function of fiduciary loyalty* », (2005) 121 *L.Q.R.* 452, spéc. pp. 454-460.

Sur une étude extensive du *duty of loyalty*, v. M. CONAGLEN, *Fiduciary loyalty : protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart publishing, 2011 (réimp.).

<sup>122</sup> En ce sens MILLET L.J. (in *Bristol and West Building Society v Mothew* [1998] Ch. 1, spéc. p. 16) a affirmé que : « L'expression *fiduciary duty* se limite aux obligations qui sont propres aux *fiduciaries* » (« *The expression fiduciary duty is properly confined to those duties which are peculiar to fiduciaries* »).

Pour de bibliographie sur *fiduciary relationships*, v. L. S. SEALY, « *Fiduciary relationships* », (1962) 20 *Cam. L.J.* 69 ; J. GLOVER, *Commercial equity : fiduciary relationships*, Buttersworth, 1995, p. 32 et s. ; J. GLOVER, « *The identification of fiduciaries* », in *Privacy and loyalty*, s. la dir. de P. BIRKS, Clarendon Press-Oxford University Press, 1997, p. 269 et s. ; J. C. SHEPHERD, « *Towards a unified concept of fiduciary relationships* », (1981) 97 *L.Q.R.* 51 ; G. S. ALEXANDER, « *A cognitive theory of fiduciary relationships* », (2000) 85 *Cornell L. R.* 767 ; S. WORTHINGTON, « *Fiduciaries: when is self-denial obligatory* », (1999) 58 *Cam. L.J.* 500.

<sup>123</sup> Ainsi, DEMOTT (in « *Beyond metaphor: an analysis of fiduciary obligation* », (1988) *Duke L. J.* 879, spéc. p. 880) a prévu que « [l]e terme *fiduciary* a été adopté pour des situations qui étaient en deçà des *trusts*, mais dans lesquelles une personne a néanmoins été obligée d'agir comme *trustee* » (« *The terme fiduciary itself was adopted to apply to situations falling short of trusts, but in which one person was nonetheless obliged to act like a trustee* »). Dans le même sens, v. P. BIRKS, « *The content of fiduciary obligation* », (2000) 34 *Is. L. R.* 1, spéc. pp. 3, 8 et 11.

<sup>124</sup> *V. English v Dedham Vale Properties Ltd* [1978] 1 *WLR* 93, spéc. p. 110.

<sup>125</sup> Sur les méthodes du développement du *fiduciary law*, v. T. FRANKEL, « *Fiduciary law* », (1983) 71 *Cal. L. Rev.* 795, spéc. p. 804 et s.

<sup>126</sup> Sur *fiduciary law* en general, v. T. FRANKEL, « *Fiduciary law* », *op. cit.*

contenu n'importe pas au droit français <sup>127</sup>. Ainsi, la notion de *fiduciary duty* <sup>128</sup> n'apporte rien à notre sujet ; de plus une catégorisation des obligations imposées aux *trustees* est relativement peu importante tant que le régime du *duty of loyalty* et *duty of care* est déjà précisé <sup>129</sup>.

**48.-** Ainsi nous n'analyserons que les obligations qui doivent être imposées aux fiduciaires-*trustees* pour protéger de ce dernier le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Dans un premier temps nous verrons le devoir de loyauté-*duty of loyalty* (chapitre I), pour aborder ensuite le devoir de diligence-*duty of care* (chapitre II).

---

Sur *fiduciary law* dans le droit commercial, v. *Commercial aspects of trusts and fiduciary obligations*, s. la dir. de E. MCKENDRICK, Clarendon Press-Oxford University Press, 1992 ; J. GLOVER, *Commercial equity : fiduciary relationships*, *op. cit.* ; R. P. AUSTIN, « Commerce and equity – fiduciary duty and constructive trust », (1986) 6 *OJLS* 444.

<sup>127</sup> *Contra*, v. S. BONFILS, *Les droits des obligations dans l'intermédiation financière*, th. dactyl. Paris II, 2004, n° 309 et s. (l'auteur a formulé une nouvelle catégorie de contrats, celle des contrats fiduciaires [catégorie à laquelle appartient la fiducie], avec un régime propre où les obligations fiduciaires [notion reprise du *fiduciary obligations* du droit américain], devoir de loyauté et de diligence, sont le nœud du régime). En ce même sens, Ph. DIDIER catégorise le devoir de loyauté et de diligence comme des obligations fiduciaires (in *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, préf. Y. Lequette, n° 218 et s.).

<sup>128</sup> Sur le sujet, v. E. J. WEINRIB, « The fiduciary obligation », (1975) 25 *U.T.L.J.* 1 ; C. HARPUM, « Fiduciary Obligations and fiduciary powers. Where are we going? », in *Privacy and Loyalty*, s. la dir. de P. BIRKS, Clarendon Press-Oxford University Press, 1997, p. 146 et s. ; R. FLANNIGAN, « The fiduciary obligation », (1989) 9 *O.J.L.S.* 285 ; L. S. SEALY, « Some principles of fiduciary obligations », (1963) 21 *Cam. L.J.* 119.

<sup>129</sup> En ce sens, v. M. CONAGLEN, « The nature and function of fiduciary loyalty », *op. cit.*, spéc. p. 452.



## CHAPITRE I

### LE DEVOIR DE LOYAUTÉ-*DUTY OF LOYALTY*

49.- Le *duty of loyalty* dans le droit anglais du *trust* est une notion très précise. Elle est définie par les obligations imposées aux *trustees*. En conséquence, le *duty of loyalty* est généralement défini comme l'interdiction d'avoir un conflit d'intérêt et de profiter de sa fonction ; ces interdictions sont connues comme *no conflict rule* et *no profit rule*<sup>130</sup>. Bref, dans l'administration du *trust*, le *duty of loyalty* interdit au *trustee* de poursuivre son propre intérêt. A cette définition négative du droit anglais, le droit américain propose une définition positive. Ainsi, le *duty of loyalty* est l'obligation du *trustee* d'agir dans le seul intérêt des *cestuis que trusts*<sup>131</sup>. Bien que ces définitions représentent bien la notion du *duty of loyalty*, il faut faire une nuance ; les *trustees* peuvent être rémunérés<sup>132</sup>.

50.- Parce qu'étonnamment la vision américaine du *duty of loyalty* représente mieux le régime anglais, on la préfère sur celle des anglais. Puisque, dans le droit anglais, le *duty of loyalty* ne se limite pas à interdire au *trustee* de poursuivre un intérêt personnel, il lui interdit aussi de poursuivre l'intérêt d'un tiers au détriment des intérêts des *cestuis que trusts*<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> En ce sens M. CONAGLEN (in *ibidem*, p. 460) a écrit : « Il est suggéré que ce sont ces doctrines [les doctrines du *no-conflict rule* et *no-profit rule*...] qui constituent la conceptualisation de la loyauté » (« *It is suggested that it is these doctrines [...] constitute its conceptualization of loyalty* »). Ce qui est entre crochets est ajouté par nous.

<sup>131</sup> En ce sens, v. J. H. LANGBEIN, « Questioning the trust law duty of loyalty : sole interest or best interest ? », (2005) 114 *Yale L.J.* 929, spéc. p. 931.

<sup>132</sup> Sur le droit de *trustees* à être rémunérés, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 21.01.

<sup>133</sup> En ce sens MILLET L.J. (in *Armitage v Nurse* [1998] Ch. 241, spéc. p. 251) écrit qu'« [i]l est du devoir d'un *trustee* pour gérer les biens du *trust* et de s'occuper d'eux dans l'intérêt des bénéficiaires. S'il agit d'une manière qu'il ne croyait pas sincèrement être dans leur intérêt, donc il agit de façon malhonnête. C'est sans incidence s'il obtient ou croit obtenir un avantage personnel de ses actions. Un *trustee* qui agit dans l'intention de bénéficier de personnes qui ne sont pas les objets du *trust*, n'est pas moins malhonnête parce qu'il n'a pas eu l'intention de se bénéficier » (« *[i]t is the*

**51.-** Contrairement au droit anglais, les dispositions sur la fiducie sont muettes sur le devoir de loyauté, et si cette notion n'est pas inconnue en droit français, elle n'a pas une définition précise. Le devoir de loyauté est une notion-cadre <sup>134</sup>, qu'embrasse un grand nombre de situations différents <sup>135</sup>. « Le foisonnement des applications du devoir de loyauté est tel qu'il trouble la notion » <sup>136</sup>, en empêchant ainsi d'avoir une notion unitaire.

**52.-** Malgré la manque de définition précise du devoir de loyauté, il y a des applications qui ressemblent à celles du *duty of loyalty*. Ce qui paraît difficile de concilier avec le droit français de contrats, auquel appartient la fiducie, où chaque partie est entrée pour retirer des avantages <sup>137</sup>, et donc, prendre en compte ses propres intérêts. Mais il existe plusieurs relations juridiques, quelques unes contractuelles, où au stade de l'exécution il est interdit à une des parties de poursuivre des intérêts personnels. Ainsi le mandataire, en exécutant sa mission, doit le faire dans l'intérêt du mandant et non dans le sien <sup>138</sup>.

---

*duty of a trustee to manage the trust property and deal with it in the interests of the beneficiaries. If he acts in a way which he does not honestly believe is in their interests then he is acting dishonestly. It does not matter whether he stands or thinks he stands to gain personally from his actions. A trustee who acts with the intention of benefiting persons who are not the objects of the trust is not the less dishonest because he does not intend to benefit himself »).*

En revanche, les situations où le trustee violera le trust avec les risques que cela implique, en bénéficiant à un tiers non bénéficiaire du trust, sans aucun bénéfice économique ou morale pour lui resteront exceptionnelles.

<sup>134</sup> En ce sens, v. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, préf. G. Couturier, n° 70 et s.

<sup>135</sup> V. L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. dr.* 2000, p. 195 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommages à François Terré*, Dalloz-PUF-Juris Classeur, 1999, p. 603 et s. ; Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, *Rép. civ. Dalloz*, v° Bonne foi, spéc. n° 27 et s., et 68 et s. ; *JCI Civil Code*, Art. 1134 à 1135, fasc. 11, 2007 [par Y. PICOD], spéc. n° 38 et s. ; H. LE NABASQUE, « Le devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999, p. 273 ; J.-J. DAIGRE, « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Petites Affiches-Montchrestien, 2002, p. 79 et s.

<sup>136</sup> J.-L. RIVES-LANGES, « Rapport de synthèse, le devoir de loyauté : essai d'une définition unitaire », in *Le devoir de loyauté en droit des affaires*, *Gaz. Pal.* 2000, 2<sup>ème</sup> sem., doct. p. 2167 et s., spéc. p. 2168.

<sup>137</sup> En ce sens, v. V. D. DO, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, préf. J. Mestre.

**53.-** Ainsi avec des applications du devoir de loyauté très proches de celles du *duty of loyalty*, on peut supposer qu'il est possible d'imposer une telle obligation au fiduciaire. Ce qui est souhaitable car, en interdisant des actions et abstentions égoïstes de la part du fiduciaire, le devoir de loyauté protégerait le patrimoine fiduciaire.

**54.-** Pour confirmer cette supposition, il conviendra d'envisager une étude plus approfondie du devoir de loyauté-*duty of loyalty*. Ainsi, on analysera d'abord le régime du devoir de loyauté-*duty of loyalty* (section I), pour étudier ensuite sa justification (section II).

## SECTION I.- LE RÉGIME DU DEVOIR DE LOYAUTÉ-*DUTY OF LOYALTY*

**55.-** Pour bien dégager le régime du devoir de loyauté-*duty of loyalty*, il est souhaitable d'analyser les obligations imposées au fiduciaire-*trustee* (§ 1), ainsi que leurs modifications conventionnelles (§ 2).

### § 1.- LE CONTENU DU DEVOIR DE LOYAUTÉ-*DUTY OF LOYALTY*

**56.-** Si le devoir de loyauté-*duty of loyalty* oblige le fiduciaire-*trustee* d'agir dans le seul intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, il est donc interdit d'avoir un conflit d'intérêt (A), comme d'obtenir un profit quelconque des biens fiduciaires ou de sa fonction (B) <sup>139</sup>.

#### A.- L'INTERDICTION DE CONFLITS D'INTÉRÊTS

---

<sup>138</sup> V. Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, préf. M. Cabrillac, n° 196 ; L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *op. cit.*, p. 199.

<sup>139</sup> En ce sens, v. J. R. M. GAUTREAU, « Demystifying the fiduciary mystique », (1989) 68 *Can. Bar Rev.* 1, spéc. p. 2.

57.- Dans la mesure où la notion de conflit d'intérêts n'est pas bien connue, il s'agira de commencer par la préciser (1) avant d'analyser la typologie à laquelle elle peut donner lieu (2).

### 1.- La notion de conflit d'intérêts

58.- Dans les dictionnaires juridiques français, nous ne trouvons pas la définition de conflit d'intérêts, connue en droit anglais comme *conflict of interests*. Ceci ne veut pas dire que l'idée soit inconnue dans notre droit <sup>140</sup>, mais son absence dans nos dictionnaires juridiques nous révèle que l'expression est plutôt nouvelle <sup>141</sup>.

59.- Si par conflit d'intérêts on peut comprendre « la situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs » <sup>142</sup>, cette même définition peut être tirée de du *no conflict rule* du droit anglais des *trusts*, où « un *trustee* ne peut pas se placer dans une position où son devoir à l'égard du *trust* et ses propres intérêts peuvent entrer en conflit » <sup>143</sup>.

60.- Bien que cette définition ne soit pas fausse, elle est incomplète, car elle n'englobe pas toutes les situations que la règle en question régle. En effet, comme le fiduciaire-*trustee* peut poursuivre deux ou plusieurs intérêts différents des siens <sup>144</sup>, ceux-ci peuvent entrer en conflit aussi. Raison pour laquelle un conflit d'intérêt « prend naissance lorsqu'une même personne poursuit deux ou plusieurs intérêts et lorsque ces intérêts sont contradictoires » <sup>145</sup>, qu'un des intérêts en conflit appartienne ou non à cette personne.

---

<sup>140</sup> L'article 1596 du Code civil est un clair exemple, que la situation du conflit d'intérêts est connue par notre droit, même si l'expression n'est pas utilisée.

<sup>141</sup> En ce sens, v. P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe en droit privé », *RTD com.* 2005, p. 1, n° 4.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>143</sup> « *A trustee may not place himself in a position where his duty to the trust and his own self-interest may come into conflict* » (G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 10.99).

<sup>144</sup> Pour M MORET-BAILLY un des éléments clefs de la notion de conflit d'intérêts est la prise en charge d'un intérêt tiers (in « Définir les conflits d'intérêts », *D.* 2011, p. 1100, spéc. n° 22).

<sup>145</sup> D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly, 2004, n° 18.



**61.-** Si l'on peut donc définir la notion de conflit d'intérêt comme la situation où une personne (dans notre cas le fiduciaire-*trustee*) poursuivrait au moins deux intérêts contradictoires, il nous faut encore dégager la notion d'intérêt, pour bien comprendre la notion en question.

**62.-** Il y a ambiguïté dans la compréhension tant du terme d'intérêt, que de son équivalent anglais *interest*. Celle-ci s'explique non seulement par les nombreuses significations que les langues française<sup>146</sup> et anglaise<sup>147</sup> donnent à leur terme, mais aussi par les différentes utilisations techniques du mot<sup>148</sup>.

**63.-** « Cet état de chose nous a conduit à rechercher la signification de cette notion dans ses origines »<sup>149</sup> pour pouvoir discerner la notion d'intérêt. Comme le mot *interest* trouve son origine dans la langue française<sup>150</sup>, une analyse étymologique du mot intérêt mettra aussi à jour celle du mot anglais.

**64.-** Le mot intérêt dérive du latin *interest*, qui provient du verbe latin *interesse*<sup>151</sup>. Le mot *interest* s'utilisait dans le sens d'« importer », d'« être concerné par », sens proche du sens actuel<sup>152</sup>.

**65.-** Le premier sens du mot en langue française était de dommage, de préjudice, mais sans désigner la réparation<sup>153</sup>. Naturellement elle désigne plus tard la réparation du

---

<sup>146</sup> Par exemple dans le *Grand Larousse Universel* du 1994 il y a 8 sens différents.

<sup>147</sup> Dans *Webster's new international dictionary of the English language, unabridged*, G. & C. Merriam Co., 1964, il y a 12 sens principaux.

<sup>148</sup> V. *Droit et intérêt, Vol. I : Approche interdisciplinaire*, s. la dir. de Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990.

A titre d'exemple, en droit français, il suffit d'évoquer intérêt général, intérêt d'assurance, intérêt social, intérêts des capitaux, dommage-intérêts, intérêt légitime, conflit d'intérêts, etc. De même, dans le droit anglais, nous trouvons entre autres expressions : *beneficial interest, future interest, proprietary interest, Boston interest, conventional interest, interest bond, interest coupon*, etc.

<sup>149</sup> La phrase est empruntée du M. DUMOULIN (in *Essai sur la notion des intérêts des capitaux*, th. dactyl. Toulon, 2006, n° 1).

<sup>150</sup> *Webster's new international dictionary of the English language, unabridged*, v° *Interest*.

<sup>151</sup> En ce sens, v. M. PROVOST, *La notion d'intérêt d'assurance*, LGDJ, 2009, préf. F. Leduc, n° 2.

<sup>152</sup> En ce sens, v. G. BRAIVE, « L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt, Aspects critiques et sémantiques », in *Droit et intérêt, Vol. I : Approche interdisciplinaire*, s. la dir. de Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 25 et s., spéc. note de page n° 6.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 28.

dommage causé <sup>154</sup>, d'où le terme de dommage-intérêts. Postérieurement, il indique le « dédommagement dû pour le prêt d'une somme d'argent » <sup>155</sup>, d'où dérive un de ces sens principaux : « somme qui rémunère un créancier pour l'usage de son argent par un débiteur pendant une période déterminée » <sup>156</sup>. Ensuite, de l'acception économique du mot, va suivre un sens qui prend en compte le sentiment qui accompagne le profit réalisé par l'opération, c'est-à-dire un sentiment égoïste <sup>157</sup>. Enfin, ce sens psychologique s'élargirait jusqu'à ce qu'intérêt soit défini comme « ce qui importe, ce qui convient à quelqu'un » <sup>158</sup> et donc le terme intérêt ne désigne pas seulement un sentiment égoïste, mais aussi des sentiments altruistes.

**66.-** Parmi les différents sens du mot intérêt dans le droit français et anglais, nous constatons des éléments psychologiques dans leur définition. Ainsi, le mot intérêt est défini comme « ce qui importe : considération d'ordre moral <sup>159</sup> ou économique <sup>160</sup> qui, dans un affaire, attire, préoccupe une personne » <sup>161</sup>. Dans *Black's law dictionary*, *interest* est défini comme « l'objet d'un désir de l'homme ; spécialement, avantage ou profit de nature économique » <sup>162</sup>, même si dans cette définition référence est faite à un avantage économique, un avantage moral peut être aussi l'objet d'un désir <sup>163</sup>.

---

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

<sup>156</sup> *Le petit Robert*, v° Intérêt.

<sup>157</sup> En ce sens, v. G. BRAIVE, « L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt, Aspects critiques et sémantiques », *op. cit.*, p. 29 et 30.

<sup>158</sup> *Le petit Robert*, v° Intérêt.

<sup>159</sup> Par moral nous faisons référence « par opposition à pécuniaire, qui touche à des valeurs extrapatrimoniales d'ordre supérieur » (G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, *op. cit.*, v° Moral).

<sup>160</sup> Par économique nous faisons référence à « syn. de patrimonial, pécuniaire, financier, pour caractériser dans le Droit des biens ce qui a une valeur appréciable en argent » (G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, *op. cit.*, v° Economique).

<sup>161</sup> G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, *op. cit.*, v° Intérêt.

<sup>162</sup> « *The object of any human desire, esp., advantage or profit of a financial nature* » (8<sup>ème</sup> éd., 2004, v° *Interest*).

<sup>163</sup> Dans *The guide to American law* (West Publishing Co., 1984, v° *Interest*) il y un autre sens du mot *interest* en droit anglo-américain ; il est défini comme le « terme général pour décrire tout droit, action ou privilège qu'une personne a sur sa propriété » (« *a comprehensive term to describe any right, claim, or privilege that an individual has toward real or personal property* »).

Cette signification du mot *interest* peut se traduire en français comme droit subjectif (sur ce point, v. G. SAMUEL, « La notion d'intérêt en droit anglais », in *Droit et intérêt, Vol. III : Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, s. la dir. de Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 405 et s.).

**67.-** Si de ce qui précède nous pouvons conclure que par intérêt on peut comprendre toute considération, pécuniaire ou morale, qui attire quelqu'un, il faut confirmer que cela soit bien le sens que le droit positif lui donne.

**68.-** Dans le droit français, l'article 1596 du Code civil interdit au fiduciaire de se rendre adjudicataire des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire, mais si la jurisprudence du mandat <sup>164</sup> a étendu cette interdiction aussi aux ventes amiables <sup>165</sup>, il devrait être ainsi aussi pour la fiducie ; mais de façon général, l'interdiction devrait être étendue aussi à toute opération où le fiduciaire contracterait avec lui-même <sup>166</sup>.

**69.-** Nous trouvons cette même interdiction dans le droit anglais du *trust*, où l'interdiction de *trustee* de contracter avec soi-même est connue comme la *self-dealing rule* <sup>167</sup>.

**70.-** En conséquence, en interdisant les contrats avec soi-même, il est clair que l'intérêt d'ordre pécuniaire est pris en compte par le droit positif français et anglais. Il est ainsi puisque les contrats ont comme conséquences des échanges économiques, donc le fiduciaire-*trustee* qui contracte avec lui-même poursuivra toujours un intérêt personnel de caractère pécuniaire <sup>168</sup>.

**71.-** La question qui se pose maintenant est de savoir s'il est interdit au fiduciaire-*trustee* de poursuivre ses intérêts personnels d'ordre moral dans l'administration de la fiducie-*trust*, même s'il n'en retire aucun profit économique. Par exemple, si le fiduciaire-*trustee* n'achète pas, au détriment de la fiducie-*trust*, des actions d'une entreprise de

---

<sup>164</sup> L'analogie avec le mandat s'impose car la relation entre le mandataire et mandant est le siège naturel des conflits d'intérêts (en ce sens, v. P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe en droit privé », *op. cit.*, n° 13).

<sup>165</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 octobre 1980 : *Bull. civ. I*, n° 241.

<sup>166</sup> En ce sens mais sur le droit de mandat, v. A. BENABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd. 2008, n° 933 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2007, n° 915.

<sup>167</sup> Si la règle interdit au *trustee* d'acheter la propriété du *trust*, elle a une application plus générale, v. *infra*, n° 103 et s.

<sup>168</sup> Dans ce sens M. LARROUMET établit que « le droit des obligations n'est rien d'autre, en fin de compte, que l'organisation juridique des relations économiques » (in *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat*, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 10).

boissons alcooliques parce que cela serait contraire à ses convictions ; ou si en prenant en considération l'affection qu'il a pour une personne, un ami par exemple, il conclut un contrat avec elle en tant que fiduciaire-*trustee* ; dans ces hypothèses, le fiduciaire-*trustee* serait-il en violation du devoir de loyauté-*duty of loyalty* ?

72.- Dans le droit de la fiducie, il n'y a aucune piste sur une telle interdiction. Par contre, en droit de mandat, des contrats entre le mandataire et les membres de sa famille ont été annulés sur la base de concert frauduleux, dès lors que le contrat avait été conclu dans des termes très préjudiciables pour le mandant <sup>169</sup>.

73.- Dans le droit anglais les tribunaux ont annulés des contrats passés entre les *trustees* avec des membres de leurs familles, par contre de ces jurisprudences on ne peut pas affirmer que la notion du conflit d'intérêt prend en compte des intérêts de caractère moral.

74.- Cela est dû au fait que la jurisprudence anglaise analyse cette situation par le prisme du *self-dealing rule* et non pas par celui du *no-conflict rule* : en conséquence, les cours anglaises analysent la problématique différemment. Au lieu de se demander si le *trustee* a réalisé le contrat en poursuivant un intérêt personnel et donc dans le cadre d'un conflit d'intérêt, ils se demandent si le cocontractant du *trustee* peut être considéré comme son *alter ego* <sup>170</sup>. Pour cette raison, il existerait des cas où le contrat passé entre le *trustee* et sa femme serait interdit et d'autres non <sup>171</sup>. Dans ce sens, il a été écrit que le fait que le *trustee* ait contracté avec un membre de sa famille n'est pas en soi suffisant pour que le contrat soit annulable <sup>172</sup>. En conséquence, on ne peut affirmer qu'un intérêt d'ordre moral

---

<sup>169</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juin 1958 : *Bull. civ.* I, n° 295, *RTD civ.* 1958, p. 631, obs. J. CARBONNIER.

<sup>170</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trusts, op. cit.*, n° 20-72 ; UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 649.

<sup>171</sup> Ainsi MEGARRY V.-C. (in *Tito v Waddel (No 2)* [1977] Ch. 106, spéc. p. 240) a signalé qu'« il y a épouses et épouses. Dans un cas, le *trustee* a pu vendre en secret à sa femme avec qui il vivait en parfaite amitié ; dans un autre, la propriété a été achetée aux enchères par la femme du *trustee*, avec laquelle il était séparé et entretenait des relations hostiles depuis une douzaine d'années » (« *there are wives and wives. In one case the trustee may have sold privately to his wife with whom he was living in perfect amity ; in another the property may have been knocked down at auction to the trustee's wife from whom he has been living separately and in enmity for a dozen of years* »).

<sup>172</sup> En ce sens, v. L. A. SHERIDAN, *The law of trusts*, Barry Rose Law Publishers Ltd., 12<sup>ème</sup> éd., 1993, p. 346.

soit pris en considération dans les hypothèses où le trustee contracte avec des membres de sa famille. Mais si on fait une interprétation *a contrario*, il paraît que le droit anglais ne prend pas en compte un intérêt personnel de caractère moral ; car, le seul fait que le trustee contracte avec sa famille ne suffit pas à annuler le contrat. Par contre cette interprétation ne suffit pas non plus à affirmer que le droit anglais ne prend pas en compte des intérêts de caractère moral dans la notion de conflit d'intérêts.

**75.-** Un cas qui nous paraît répondre à la question posée est celui du *Cowan v Scargill*<sup>173</sup> où le conseil de trustees était divisé sur la question d'investir dans l'industrie du pétrole, précisément dans une entreprise pétrolière sud-africaine. Bien que cet investissement fût considéré par les trustees comme la plus profitable, les trustees n'étaient pas d'accord d'agir ainsi. Les raisons données à la cour étaient : qu'investir dans le régime de l'apartheid de l'Afrique du Sud était contraire à leur éthique et qu'en investissant dans une entreprise pétrolière ils investissaient dans une industrie en compétition avec l'industrie du charbon à laquelle appartenait ou ont appartenu tous les *cestuis que trusts*.

**76.-** Dans cet affaire, MEGARRY V.-C. a été claire : « En examinant les investissements à faire, les trustees doivent mettre de côté leurs intérêts personnels et leurs opinions. Les trustees peuvent avoir des opinions sociales ou politiques. Ils peuvent être fermement opposés à des investissements en Afrique du Sud ou dans d'autres pays, ou ils peuvent s'opposer à des investissements dans des entreprises d'alcool, de tabac, d'armement ou des autres choses. Dans la conduite de leurs propres affaires, bien sûr, ils sont libres de s'abstenir de faire un tel type d'investissements. Mais, dans un trust, si ce type d'investissements est plus avantageux pour les bénéficiaires par rapport à d'autres investissements, les trustees ne doivent pas s'abstenir de faire ces investissements en raison de leurs opinions »<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> [1985] Ch. 270 (sur cette jurisprudence, v. R. THORNTON, « Ethical investments : a case of disjointed thinking », (2008) 67 *Cam. L.J.* 396).

<sup>174</sup> « In considering what investments to make trustees must put on one side their own personal interests and views. Trustees may have strongly held social or political views. They may be firmly opposed to any investment in South Africa or other countries, or they may object to any form 'of investment in companies concerned with alcohol, tobacco, armaments or many other things. In the conduct of their own affairs, of course, they are free to abstain from making any such investments. Yet under a trust, if investments of this type would be more beneficial to the beneficiaries than other

77.- Ainsi, cette jurisprudence prend en compte un intérêt de caractère moral, ce qui convient à la protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. En effet, l'intérêt (économique ou moral) a comme effet dans la psychologie d'un individu de lui « motiver à agir, à réaliser certaines activités, à se diriger vers certains secteurs de la réalité »<sup>175</sup>; subséquemment, un intérêt d'ordre moral suffirait à créer un conflit d'intérêts chez le fiduciaire-*trustee*<sup>176</sup>.

78.- L'avantage de prendre en compte des intérêts d'ordre moral c'est que les juges n'auraient pas besoin d'user d'autres fondements juridiques<sup>177</sup> pour condamner le fiduciaire-*trustee* qui poursuit ses intérêts moraux en détriment du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

79.- Dans ce sens, le droit américain du *trust* prend en compte l'intérêt d'ordre moral. Ainsi, dans un cas au Tennessee, un agent immobilier avait vendu, sans autorisation, à sa mère un immeuble. Postérieurement, il a revendu la propriété en réalisant un bénéfice économique pour elle. L'agent immobilier a été retenu responsable à l'égard de son mandant pour le bénéfice obtenu par sa mère<sup>178</sup>. Ainsi, « s'il y a des raisons de

---

*investments, the trustees must not refrain from making the investments by reason of the views that they hold* » (*ibidem*, p. 287 et 288).

<sup>175</sup> J. FLORENCE, « Remarques sur la notion d'intérêt en psychologie », in *Droit et intérêt, volume I : Approche interdisciplinaire*, s. la dir. de Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 89 et s., spéc. p. 89.

Cet effet nous le trouvons dans un des sens dégagés du mot intérêt : « recherche de son avantage personnel » (v. *Le petit Robert*, v° Intérêt, sens n° 4) ; et *interest* : « de provoquer ou d'inciter à participer : persuader de participer ou de s'engager » (« *to cause or induce to have a share or interest: persuade to participate or engage* » [v. *Webster's new international dictionary of the English language, unabridged, op. cit.*, v° *Interest*, sens n° 3]).

<sup>176</sup> En ce sens FLEMING a écrit que la vente d'un bien mis en *trust* à un membre de la famille du *trustee* met au *trustee* dans une position où son intérêt personnel serait en opposition avec ses obligations (in « *Can a trustee sell to his wife ?* », [1949] *Conv.* 248, spéc. p. 251).

<sup>177</sup> Par exemple un arrêt où le contrat réalisé entre un mandataire et sa femme avait été annulé sur le fondement du concert frauduleux (Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juin 1958 : *Bull. civ.* I, n° 295). J. CARBONNIER l'avait critiqué en disant que le contrat aurait dû être annulé parce que le mandataire s'était porté contrepartiste par personne interposée (in *D.* 1958, p. 631).

<sup>178</sup> *V. McNeil v Dobson-Bainbride Realty Co.* (in A. W. SCOTT, « The fiduciary principle », (1949) 37 *Cal. Law. Rev.* 539, spéc. p. 544).

croire que le fait que l'acheteur soit apparenté au *trustee* a été un élément dans la opération »<sup>179</sup>, celle-ci doit être invalide.

**80.-** Dans cet ordre d'idées, par intérêt nous devons comprendre toute considération qui va motiver le fiduciaire-*trustee* à agir ou à s'abstenir<sup>180</sup>. En effet, en poursuivant son intérêt le fiduciaire-*trustee* va « avoir la possibilité de satisfaire des besoins, soit d'obtenir des avantages, soit d'éviter des inconvénients »<sup>181</sup>, d'ordre économiques ou moral.

**81.-** Enfin, l'obtention du résultat, voulu par le fiduciaire-*trustee*, n'est pas comprise dans la notion<sup>182</sup> en question. S'il est vrai que « l'intérêt personnel apparaît toutes les fois qu'une personne retire un avantage de sa position »<sup>183</sup>, l'inverse ne l'est pas. Car, le fait que le fiduciaire-*trustee* n'aurait retiré aucun avantage, pour lui ou pour un tiers, ne veut pas dire qu'il n'aurait pas agi dans son propre intérêt. En conséquence, même si en poursuivant ses propres intérêts le fiduciaire-*trustee* ne retire aucun avantage, il serait responsable pour le dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund*<sup>184</sup>. Aussi, les

---

<sup>179</sup> « *whether there is reason to believe that the fact that the purchaser was related to the fiduciary was an element in the transaction* » (A. W. SCOTT, « The fiduciary principle », *op. cit.*, p. 543 et 544).

<sup>180</sup> En ce sens un auteur a écrit : « l'intérêt doit ici être étendu comme un considération susceptible de motiver un acte » (P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe en droit privé », *op. cit.*, n° 30).

En parlant du *conflict of interests* des auteurs anglophones font référence aussi à la motivation (v. L. SMITH, « The motive, not the deed », in *Rationalizing property, equity and trusts : essays in honour of Edward Burn*, s. la dir. de J. Getzler, LexisNexis, 2003, p. 53 et s. ; J. GLOVER, *Commercial equity : fiduciary relationships*, *op. cit.*, n° 5.45).

<sup>181</sup> A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts' », in *Mél. en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 et s., spéc. p. 241.

<sup>182</sup> *Contra*, v. M. DO, qui définit intérêt comme « un avantage, un profit, une utilité, une satisfaction des besoins, une amélioration de bien-être, un évitement d'inconvénients » (in *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, *op. cit.*, n° 2) ; M. PROVOST, pour qui l'intérêt « est l'avantage que l'on retire d'une situation qui nous fascine ou qui nous préoccupe, du moins, qui ne laisse pas indifférent » (in *La notion d'intérêt d'assurance*, *op. cit.*, n° 2) ; dans le même sens il a écrit « par définition, l'intérêt est un avantage d'ordre pécuniaire ou moral » (H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé, T. I, Introduction*, Sirey, 1961, n° 226).

<sup>183</sup> P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe en droit privé », *op. cit.*, n° 30.

<sup>184</sup> Dans un sens proche Lord Chancellor ELDON (in *Ex parte Lacey* (1802) 6 Ves.Jr. 625, 31 E.R. 1228, spéc. p. 1229 et 1230) a établi : « Je désavoue l'interprétation de la doctrine de Lord Rosslyn, selon laquelle le *trustee* doit obtenir un avantage. Qu'il obtienne ou non un avantage, je dis que, si la relation ne semble pas avoir été dissoute, c'est le choix des *Cestuy que trusts* de reprendre ou non la propriété, même si le *trustee* n'a obtenu aucun avantage » (« *I disavow the interpretation of Lord Rosslyn's doctrine, that the trustee must make advantage. I say, whether he makes advantage, or not, if the connection does not satisfactorily appear to have been dissolved, it is the choice of the*

bénéficiaires-*cestuis que trust* pourraient avoir le droit de demander le remplacement du fiduciaire-*trustee* <sup>185</sup>.

**82.-** Ainsi dégagée la notion du conflit d'intérêts, nous pouvons poursuivre notre étude avec l'analyse du contenu de la règle de conflit d'intérêts.

## 2.- La typologie des conflits d'intérêts

**83.-** Il est naturel que les personnes poursuivent leurs intérêts personnels. C'est ainsi que nous nous réalisons au niveau personnel comme professionnel. Or, il est naturel de craindre que le fiduciaire-*trustee* penche vers ses intérêts personnels au détriment de ceux des bénéficiaires-*cestuis que trusts*. Raison pour laquelle il faut interdire aux fiduciaires-*trustees* de poursuivre leurs intérêts quand ceci sont opposés à leurs obligations.

**84.-** Mais la question de conflit d'intérêt ne s'arrête pas là. Il y a aussi un conflit d'intérêt quand le fiduciaire-*trustee* est chargé de défendre au moins deux intérêts qui seront en conflit. Ici, le conflit prend naissance quand le fiduciaire-*trustee* est chargé d'accomplir deux obligations qui s'opposent. Comme « les deux obligations ne peuvent pas être dûment accomplies, l'exécution de l'une entraînerait la violation de l'autre » <sup>186</sup> : le patrimoine fiduciaire-*trust fund* serait en danger et donc les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trust* le seraient aussi.

**85.-** Ainsi, dans un premier temps nous analyserons la situation où les intérêts personnels du fiduciaire-*trustee* seraient en conflit avec ses propres obligations (a), pour ensuite étudier la situation où les obligations du fiduciaire-*trustee* entrent en conflit entre elles (b).

---

*Cestuy que trusts, whether they will take back the property, or not ; if the trustee has made no advantage »).*

<sup>185</sup> V. *infra*, 718 et s.



a.- Les conflits entre l'intérêt personnel du fiduciaire-*trustee* et ses obligations

**86.-** La situation paradigmatique du conflit d'intérêts apparaît quand les intérêts personnels du fiduciaire-*trustee* entrent en opposition avec ses obligations.

**87.-** Pour résoudre cette problématique, les Anglais ont créé la *no conflict rule*, qui a deux sous-règles, avec leur propre champ d'application, pour faire face à deux situations différentes. D'une part, il y a la *self-dealing rule*, et d'autre part, la *fair-dealing rule*. La première s'applique aux situations où le *trustee* contracte avec lui-même, alors que la deuxième s'applique spécifiquement à la situation où les *cestuis que trusts* auraient cédé leurs droits aux *trustees*<sup>187</sup>.

**88.-** En plus, deux autres situations existent où les intérêts du fiduciaire-*trustee* seraient en conflit avec ses obligations. Il en serait ainsi quand le fiduciaire-*trustee*, en traitant au nom de la fiducie-*trust* avec des tiers, prendrait en compte ses intérêts, et quand le fiduciaire-*trustee* entrerait en concurrence avec les affaires de la fiducie-*trust*.

**89.-** En résumé, le patrimoine fiduciaire-*trust fund* est en danger : quand le fiduciaire-*trustee* passe des contrats avec lui-même ; quand ce dernier prend en compte ses intérêts personnels en traitant, au nom de la fiducie-*trust*, avec des tiers ; et quand il entre en concurrence avec les affaires de la fiducie-*trust*. Par contre cela n'arrive pas dans l'hypothèse régie par le *fair-dealing rule*, car l'acquisition des droits des bénéficiaires-*cestuis que trusts* n'aurait d'effets que sur le patrimoine personnel du fiduciaire-*trustee* et sur celui des bénéficiaires-*cestuis que trusts*. Pour cette raison nous n'analyserons pas cette situation<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> « *if two sets of duties cannot possibly both be performed consistently, performance of one set will necessarily entail breach of the other* » (M. CONAGLEN, « Fiduciary regulation of conflicts between duties », (2009) 125 *L.Q.R.* 111, spéc. p 126).

<sup>187</sup> Les deux règles ont été résumées par MEGARRY V-C in *Tito v Waddell (No 2)* [1977] Ch. 106, spéc. 241.

**90.-** Ainsi, dans un premier temps nous verrons le conflit d'intérêts créé par le contrat que le fiduciaire-*trustee* passe avec lui-même (i). Ensuite, nous analyserons les conflits d'intérêts qui pourraient être créés quand le fiduciaire-*trustee* traite, au nom de la fiducie-*trust*, avec des tiers (ii). Enfin, nous étudierons la situation où le fiduciaire-*trustee* entre en concurrence avec les affaires de la fiducie-*trust* (iii). En vertu du danger qu'elles posent, les trois situations, décrites dorénavant, doivent être contrôlées à faveur des bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

#### i.- Les conflits d'intérêts et le contrat avec soi-même

**91.-** Dans le droit anglais comme français, un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, il faut au moins deux parties différentes pour la formation d'un contrat <sup>189</sup>. Ainsi, la théorie générale de contrat interdit les contrats avec soi-même.

**92.-** En dépit du fait que le fiduciaire conclue le contrat avec lui-même en deux qualités différentes (comme fiduciaire d'une part, et personnellement d'autre part) et que les effets juridiques vont se produire dans deux patrimoines différents (dans celui du patrimoine fiduciaire d'une part, et dans celui du patrimoine personnel du fiduciaire d'autre part), l'on se trouve dans le champ d'une interdiction imposée par la théorie générale du contrat. Ceci car, juridiquement une seule vraie volonté s'exprime, puisqu'il n'y a qu'une personne (le fiduciaire) <sup>190</sup>, et prétend avoir comme conséquence qu'une même personne devient le créancier et le débiteur de la même obligation.

---

<sup>188</sup> Sur le *fair-dealing rule*, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, op. cit., p. 755 et s. ; UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, op. cit., p. 655 et s. ; LEWIN, *Lewin on trusts*, op. cit., n° 20-126 et s.

<sup>189</sup> Celle-ci est connue en droit anglais comme la *two party rule*.

<sup>190</sup> Pour cette raison, un auteur considère que la nature juridique de ce type des actes est celle d'un acte unilatéral et non pas celle d'un contrat. Ce même auteur considère que l'acte juridique avec soi-même est impossible s'il y a un conflit d'intérêts entre les deux patrimoines qui appartiennent à la même personne ; pour ce type d'acte un contrat sera nécessaire et donc deux volontés différentes (v. A. VALLIMARESCO, « Des actes juridiques avec soi-même passés par une personne qui veut fixer la situation relative de deux fractions de son patrimoine soumis à un régime distinct », *RTD civ.* 1926, p. 973, spéc. p. 979 et s.). Selon le précédent, les actes (envisagés ici) que le fiduciaire réaliserait avec lui-même ne seront pas possibles, car il faudra faire intervenir une seconde volonté.

**93.-** En outre, il n'existe aucune possible analogie avec le mandat car quand le mandataire « contracte avec lui-même », il y a bien deux parties différentes au contrat (le mandant et le mandataire) <sup>191</sup>. Pour cette raison, dans le mandat « le contrat avec soi-même n'est pas illicite en soi » <sup>192</sup> et « ne devrait pas soulever d'objection théorique » <sup>193</sup>.

**94.-** Pourtant, un autre argument, d'ordre logique, semble plus décisif. En effet, si l'on admet qu'une même personne puisse avoir une pluralité de patrimoines (comme c'est notamment le cas dans les hypothèses de la fiducie et de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée), il faut lui permettre, également, de transférer des biens d'un patrimoine à un autre (dans le cas de la fiducie, soit d'un patrimoine fiduciaire à un autre patrimoine fiduciaire, soit du patrimoine fiduciaire au patrimoine personnel du fiduciaire et vice-versa). C'est pour cette raison de pure cohérence, qui peut sembler *a priori* décisive au plan de la politique juridique, qu'il faudrait, dans la fiducie, admettre la possibilité que le fiduciaire puisse contracter avec lui-même ; ce qui aurait pour effet un cumul des qualités de créancier et de débiteur sur la tête du fiduciaire.

**95.-** En revanche, sur un plan de pure technique juridique, trois raisons pourraient être avancés pour récuser cette position ; elles ne sont pourtant pas toute à fait convaincants. La première est que le cumul de la qualité du créancier et débiteur sur la tête du fiduciaire entraînerait l'extinction de l'obligation à cause de la confusion de ces deux qualités <sup>194</sup>. Par contre, il y a une différence entre l'hypothèse visée par l'article 1300 du Code civil et le cas étudié. En dépit du fait que l'article 1300 du Code civil ne fait pas mention du moment où le cumul des qualités de créancier et débiteur se réalise, il n'y a

---

La problématique ici posée diffère de la problématique posée par le Professeur LARROUMET puisque dans les hypothèses de contrat avec soi-même qu'il analyse il y a la présence de deux sujets différents malgré qu'une seule personne fait partie à l'acte juridique (in *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 1<sup>re</sup> partie : Conditions de formation*, Economica, 6<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 257 et s.).

<sup>191</sup> Pour cette raison, si le mandant autorise au mandataire de contracter avec lui-même, ce contrat serait valable (en ce sens, v. Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz.*, v° Mandat, spéc. n° 225). Car même si le mandataire est l'unique signataire du contrat, les effets juridiques se produiraient entre deux personnes et deux patrimoines différents, celui du mandant et celui du mandataire (en ce sens, v. F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 182).

<sup>192</sup> Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz.*, v° Mandat, spéc. n° 224.

<sup>193</sup> J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 31149.

aucun doute sur le fait qu'il vise un cumul postérieur à la création de l'obligation. Au contraire, dans la fiducie, le cumul est créé *ab initio* (et non pas, comme dans le cas précité, par un événement postérieur). Au demeurant, le fiduciaire agit en vertu de deux qualités différentes et le contrat produit des effets dans deux patrimoines différents ; ainsi, économiquement, il n'y a pas de confusion <sup>195</sup>.

**96.-** En outre, on pourrait se demander si la confusion, au lieu d'éteindre l'obligation, ne se traduit pas plutôt comme une impossibilité d'exécution de l'obligation <sup>196</sup>, car personne ne peut se poursuivre soi-même. C'est la deuxième raison qui s'oppose à la possibilité que le fiduciaire contracte avec lui-même dans le cadre d'une fiducie. On pourrait penser que le pouvoir de contrainte manque dans l'obligation qui est née du contrat que passe le fiduciaire avec lui-même ; ce n'est pourtant pas le cas, car en principe les bénéficiaires peuvent toujours contraindre le fiduciaire à exécuter son obligation.

**97.-** Enfin, la dernière raison technique qui s'oppose à la possibilité que le fiduciaire cumule les qualités de créancier et débiteur, est la définition dogmatique de l'obligation. La doctrine moderne définit unanimement l'obligation comme un lien de droit entre deux personnes <sup>197</sup>. Or, si l'on admet la possibilité que le fiduciaire puisse contracter avec lui-même, la notion d'obligation va devoir évoluer. Ainsi, on peut se demander si la théorie objective de l'obligation du SALEILLES a une place dans notre droit moderne <sup>198</sup>, et donc au lieu de définir l'obligation comme un lien entre deux

---

<sup>194</sup> L'article 1300 du Code civil prévoit : « [L]orsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux créances ».

<sup>195</sup> L'auteur remercie vivement le Professeur George GRETTON de l'avoir instruit sur le sujet.

<sup>196</sup> Sur cette discussion, v. J. FRANÇOIS, *Droit civil. T. IV, Les obligations, régime général*, Economica, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, n° 123 et s.

<sup>197</sup> V. M. FABRE- MAGNAN, *Les obligations*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2004, n° 1 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, T. I, L'acte juridique*, Armand Collin, 11<sup>ème</sup> éd., 2004, n° 2 ; A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 1 et 2 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, T. IV, Les obligations*, PUF, 22<sup>ème</sup> éd. refondue, 2000, n° 7 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 9<sup>ème</sup> éd., 2002, n° 457.

<sup>198</sup> « L'obligation est constituée par le fait promis, apprécié au point de vue de sa valeur pécuniaire. Considéré de ce point de vue, l'obligation se détache de la personnalité des parties qui en constituent les deux termes et devient un rapport juridique susceptible d'une valeur pécuniaire indépendant des personnes entre lesquelles elle existe » (in *Etude sur la théorie générale de*

personnes, il faudrait peut-être plutôt la définir comme un lien entre deux patrimoines<sup>199</sup>. Ainsi on évite, la contradiction qu'une même personne (dans notre cas le fiduciaire) puisse être obligée vers lui-même. En réalité, l'acceptation qu'une seule personne puisse avoir plusieurs patrimoines pourrait faire évoluer le droit dans ce sens<sup>200</sup>.

**98.-** Mais si l'on admet la possibilité que le fiduciaire contracte avec lui-même (chose qu'on devrait faire parce qu'il peut être nécessaire pour certaines fiducies que des biens se transfèrent entre des patrimoines différents détenus par un même fiduciaire), il faudra créer un régime particulier pour contrôler ces opérations, dans la mesure où elles représentent incontestablement un danger pour le patrimoine fiduciaire.

**99.-** Comme dans le droit anglais la notion de patrimoine est inconnue, nous ne pouvons pas dire que le contrat passé par le *trustee* au nom du *trust* d'une part, et en son nom d'autre part, produirait des effets juridiques dans deux patrimoines différents. Ainsi, nous ne pouvons pas dire que le *trustee* pourrait agir en deux qualités différentes<sup>201</sup>. En conséquence, le contrat que passerait le *trustee* avec soi-même serait illicite en soi, et donc à cause de la *two party rule*, aucun effet juridique ne se produirait<sup>202</sup>. Bien que le *trustee* puisse se soustraire à l'application de la *two party rule* en contractant avec un prête-nom<sup>203</sup>, les *cestuis que trusts* pourraient invoquer l'absence de validité du contrat sur

---

*l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire Allemand*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1925, n° 80).

Dans un sens pareil, v. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, reproduit en fac-sim, 2004, p. 12 et s.

Sur une critique à la théorie objective de l'obligation, v. F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1964, n° 38 et s.

<sup>199</sup> Dans un sens proche, v. M. LARROUMET définit l'obligation comme « un lien entre deux sujets de droit ou **mieux, en droit moderne, entre deux patrimoines** » (in *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 1<sup>er</sup> partie : Conditions de formation*, op. cit., n° 20 [les caractères gras ajoutés par nous]).

V. aussi du même auteur, *Droit Civil, T. I, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 4<sup>ème</sup> éd., 2004, n° 511.

<sup>200</sup> Au moins il servirait pour expliquer les cas exceptionnels quand un fiduciaire aurait personnellement une créance, ou une dette, inscrite dans le patrimoine fiduciaire.

<sup>201</sup> Celle-ci est démontrée par le fait que même quand le *trustee* contracte avec des tiers au nom du *trust*, il serait engagé personnellement (en ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, op. cit., n° 21.13).

<sup>202</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust*, op. cit., n° 20-56 et 20-57.

<sup>203</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 20-56.

le fondement de la *genuine transaction rule*<sup>204</sup>, dans la mesure où le contrat passé par le *trustee* n'est pas ce qu'il est censé être.

**100.-** Même si des recours juridiques existent déjà contre des contrats passés par le *trustee* avec lui-même, le droit du *trust* y ajoute le *self-dealing rule*.

**101.-** La situation paradigmatique du contrat avec soi-même dans la fiducie-*trust* est le contrat de vente où le fiduciaire-*trustee* achèterait un bien du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Le droit anglais par la *self-dealing rule* interdit au *trustee* d'acheter de biens appartenant au *trust*<sup>205</sup>. Cette interdiction est d'application stricte car même si le contrat a été passé dans des circonstances favorables aux *cestuis que trusts*<sup>206</sup>, même si les *trustees* n'ont pu retirer aucun profit économique<sup>207</sup>, et même si la vente a été faite aux enchères<sup>208</sup>, le contrat pourrait être anéanti<sup>209</sup>.

**102.-** Une interdiction analogue existe dans le droit français : l'article 1596 du Code civil interdit au fiduciaire de se rendre adjudicataire de biens appartenant au patrimoine fiduciaire. Mais, dans le droit de mandat, il a été prononcé que « l'incapacité de l'art. 1596 s'applique à toutes les ventes et n'est pas restreint aux seules ventes aux enchères »<sup>210</sup>. De la sorte, elle devrait l'être aussi dans la fiducie.

<sup>204</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 20-59.

<sup>205</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 20-60. *Contra*, v. *Holder v Holder* [1968] Ch. 353 (dans ce cas, un testateur avait nommé comme exécuteur testamentaire et *trustees* à sa femme, sa fille et son fils. Son fils n'avait pas accepté être l'exécuteur testamentaire, mais juridiquement sa renonciation était sans effet. Postérieurement, une ferme appartenant à la masse héréditaire était mise en vente aux enchères et avait été achetée par le fils du testateur. La Cour a rejeté la demande d'annulation de la vente car le fils n'avait joué aucun rôle dans l'administration du patrimoine héréditaire et donc aucun conflit d'intérêt n'existait. Ce cas reste exceptionnel ; il s'explique du fait que si *de juris* le fils était un *fiduciary*, *de facto* il ne l'était pas).

<sup>206</sup> V. *Ex parte James* (1803) 8 Ves.Jr. 337, 32 E.R. 385, spéc. p. 389.

<sup>207</sup> V. *Ex parte Lacey* (1802) 6 Ves.Jr. 625, 31 E.R. 1228.

<sup>208</sup> En ce sens, v. A. W. SCOTT, « The trustee's duty of loyalty », (1936) 49 *Harv. L. Rev.* 521, spéc. p. 528 et s.

<sup>209</sup> V. *Holder v Holder* [1968] Ch. 353, spéc. p. 398.

<sup>210</sup> CA Paris, 12 novembre 1964 : *D.* 1965, p. 445. En plus, l'interdiction se tient, même si la vente a été faite au prix stipulé par le mandant (Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 1987 : *Bull. civ.* I, n° 32), et même si le bien n'appartient pas au mandant (Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1995 : *Bull. civ.* I, n° 474, *Contrats, conc. consom.* 1996, n° 57, obs. L. LEVENEUR).

**103.-** Si la *self-dealing rule* interdit au *trustee* d'acheter un bien appartenant au *trust*, elle ne se limite pas à cette situation. En général « le *trustee* ne doit pas être une partie intéressée dans les contrats impliquant des biens du *trust* »<sup>211</sup>. Ainsi, en principe, le *trustee* serait interdit : de vendre ses biens au *trust*<sup>212</sup> ; de réaliser des baux avec lui-même, soit en qualité de bailleur<sup>213</sup>, soit en qualité de locataire de la propriété du *trust*<sup>214</sup> ; de réaliser des prêts, soit en qualité d'emprunteur<sup>215</sup>, soit en qualité de prêteur<sup>216</sup> ; etc.

**104.-** Du fait que les conflits d'intérêts sont innés à tout contrat que le *trustee* passe avec soi-même, « il est clair que la *self-dealing rule* est une application d'un principe plus général, selon lequel l'homme ne doit se mettre dans une position où son devoir et son intérêt entrent en conflit »<sup>217</sup>. Raison pour laquelle il est compréhensible que la *self-dealing rule* ne soit pas limitée au contrat de vente.

**105.-** Pour cette même raison, dans la fiducie la même solution doit s'imposer pour d'autres sortes d'opérations<sup>218</sup>. Ainsi, l'interdiction du contrat avec soi-même devrait être étendue à toute opération où le fiduciaire contracterait, en même temps, au nom de la fiducie et en son propre nom<sup>219</sup>.

---

<sup>211</sup> « *The trustee must not be an interested party in transactions involving the trust property* » (R. FLANNIGAN, « The fiduciary obligation », *op. cit.*, p. 311).

<sup>212</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-63 ; *contra*, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 10.104.

<sup>213</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 10.104.

<sup>214</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-62 ; G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 10.104.

<sup>215</sup> En ce sens, v. L. A. SHERIDAN, *The law of trusts, op. cit.*, p. 346 ; UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 651.

<sup>216</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-64 ; *contra*, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 10.104.

<sup>217</sup> « *It is clear that the self-dealing rule is an application of the wider principle that a man must not put himself in a position where duty and interest conflict or where his duty to one conflicts with his duty to another* » (in *Re Thompson's settlement* [1986] Ch. 99, spéc. p. 115).

<sup>218</sup> En ce sens sur le droit de mandat, v. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, n° 31149.

<sup>219</sup> En ce sens pour le mandat, v. A. BENABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 933 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, n° 915 ; *contra*, v. Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire, op. cit.*, n° 212 (l'auteur est de l'avis que l'article 1596 du Code civil devrait être interprété strictement ; quand le mandataire contracte avec lui-même, il propose plutôt de fonder les sanctions sur le dépassement des pouvoirs. Car, comme le mandant n'a pas autorisé le mandataire à se porter contrepartie, il lui a donc supprimé implicitement cette possibilité [le même raisonnement se trouve dans une solution de la Cour D'Appel de Rennes, le 6 janvier 1959, *D.* 1959, p. 273]. Ainsi, si le mandataire se fait contrepartie, il dépasse les limites de ses pouvoirs, et l'article 1998 du Code civil peut s'appliquer. L'auteur, en voulant trouver le

**106.-** Si les contrats avec soi-même doivent être en principe invalides, il faut accepter certaines exceptions. Il devrait en être ainsi pour les contrats qui s'avèrent essentiels ou inhérents à la gestion du patrimoine fiduciaire. Par exemple, permettre au fiduciaire (établissement du crédit) d'ouvrir un compte bancaire avec lui-même, serait nécessaire pour la bonne gestion du patrimoine fiduciaire ; ce serait aussi pratique, puisque le fait que le fiduciaire doive ouvrir un compte bancaire dans un autre établissement de crédit serait encombrant pour la gestion de la fiducie.

**107.-** Si le patrimoine fiduciaire-*trust fund* est en danger à cause de tout type de contrat que le fiduciaire-*trustee* passe avec lui-même, il le serait aussi face à tout contrat qui *de facto* pourrait être considéré comme un contrat avec soi-même. Comme c'est le fiduciaire-*trustee* « qui est en fin de compte bénéficiaire de l'opération dans tous ces cas »<sup>220</sup>, par conséquent, tout contrat que le fiduciaire-*trustee* passerait avec un tiers qui pourrait être considéré comme son *alter ego* devrait être interdit. Il en est ainsi en droit anglais<sup>221</sup> et c'est pour cela que le premier alinéa de l'article 1596 du Code civil interdit au fiduciaire de se rendre adjudicataire par personne interposée<sup>222</sup>.

---

fondement de la sanction du contrat avec soi-même, a analysé initialement le manquement au devoir de loyauté ; mais il conclut que ce devoir ne condamne pas en soi la contrepartie, elle ne serait condamnée que dans le cas où il y a eu effectivement un acte déloyal, c'est-à-dire quand le mandataire contracte avec lui-même dans le but d'obtenir un avantage contraire aux intérêts du mandant. Le défaut de cette analyse pourrait consister en l'absence d'analyse de la nature des obligations imposées par le devoir de loyauté. Compte tenu des risques de conflits d'intérêts, le devoir de loyauté impose une obligation de ne pas faire, de ne pas être contrepartie au contrat qu'il faut réaliser avec un tiers. En conséquence, le mandataire a une obligation de résultat ; ainsi il ne serait pas nécessaire d'analyser les intentions du mandataire. De cette manière, on évite la technique du dépassement de pouvoirs et avec la notion du devoir de loyauté, nous arrivons à la même solution que voulait PETEL [justifier la prohibition et remettre en cause systématiquement ces types d'actes]. Ainsi, nous pouvons sanctionner le contrat avec soi-même par la notion de conflit d'intérêts).

<sup>220</sup> Ch. YOUEGO, *JCP E* 2001, 2008, spéc. p. 2009.

<sup>221</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 649 ; LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-72 et s.

Ainsi le contrat passé entre le *trustee* et son prête-nom (v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 10.103 ; HANBURY et MARTIN, *Modern Equity, op. cit.*, p. 607) ou une vente faite avec un tiers sous l'accord de le revendre au *trustee* seraient interdites (v. L. A. SHERIDAN, *The law of trusts, op. cit.*, p. 345 ; LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-69 et s. ; G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 10.103 ; A. W. SCOTT, « The trustee's duty of loyalty », *op. cit.*, p. 530). Quand nous sommes en présence d'un contrat avec un tiers et qu'on veut l'annuler en vertu de l'interdiction de contracter avec soi-même, il faut pouvoir démontrer que le fiduciaire-*trustee* a



**108.-** En plus, dans le droit anglais « le *trustee* [...] ne peut pas démissionner pour pouvoir acheter de la propriété du *trust* »<sup>223</sup>. Il n'est pas sûr que cette interdiction tienne en droit français car, dans le droit du mandat, une fois le mandat arrivé à échéance, l'ancien mandataire pourrait contracter avec son ancien mandant<sup>224</sup>. Mais la différence entre le mandat et la fiducie est que, dans la fiducie, il peut y avoir un changement de fiduciaire sans que la fiducie soit considérée comme ayant pris fin<sup>225</sup>. Ainsi, s'il est vrai qu'une fois que le fiduciaire aura renoncé à la fiducie, il n'aurait plus d'obligations envers les bénéficiaires et donc plus aucune obligation avec laquelle ses intérêts personnels pourraient entrer en conflit, mais il est vrai aussi que l'intérêt du fiduciaire d'y renoncer pour pouvoir réaliser un contrat avec le nouveau fiduciaire, serait en conflit avec les obligations dues aux bénéficiaires. Raison pour laquelle il devrait être interdit au fiduciaire de renoncer au seul objectif de contracter avec la fiducie.

**109.-** Enfin, se pose la question de savoir si le fiduciaire-*trustee* peut demander une rémunération pour des services rendus pendant l'administration de la fiducie-*trust*. La question ne se pose pas sur le droit du fiduciaire-*trustee* à être rémunéré pour les services rendus en tant que fiduciaire-*trustee*, mais sur le droit d'être rémunéré pour les services rendus dans une autre qualité. Par exemple, l'avocat fiduciaire pourrait-il demander une rémunération pour les services qu'il rendrait à la fiducie en tant qu'avocat, par exemple dans une procédure où il défendrait la fiducie ?

---

contracté avec lui-même, et non pas qu'il y a eu un conflit entre ses intérêts personnels et ses obligations. Car la vraie question est de savoir si la personne avec qui le fiduciaire-*trustee* a contracté peut être considérée comme son *alter ego*. Raison pour laquelle il pourrait être critiquable que M. GLOVER, sous le titre de *self-dealing*, évoque le conflit d'intérêts qu'un *fiduciary* a dans une telle hypothèse ; il est permis de penser qu'il devrait plutôt se demander si le tiers peut, ou non, être assimilé au *trustee* (in *Commercial equity : fiduciary relationships*, *op. cit.*, n° 5.41).

<sup>222</sup> Pour une application de l'article 1596 du Code civil en vertu d'une interposition par personne morale, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1986 : *Bull. civ.* I, n° 170. Sur une interposition par l'épouse du mandataire, v. CA Paris, 24 avril 1990 : *Gaz. Pal.* 1990, 2, p. 633, note G. PAIRE.

<sup>223</sup> « A trustee [...] cannot retire from the trust in order to purchase trust property » (L. A. SHERIDAN, *The law of trusts*, *op. cit.*, p. 346).

<sup>224</sup> En ce sens, v. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 31150.

<sup>225</sup> En ce sens, v. article 2027 du Code civil

**110.-** Si on analyse la question par le prisme du conflit d'intérêts et de l'interdiction du fiduciaire-*trustee* de contracter avec soi-même, on devrait nier au fiduciaire-*trustee* cette possibilité. Car son intérêt personnel d'être rémunéré pourrait le conduire à réaliser des services inutiles pour la fiducie-*trust* <sup>226</sup>. Pour cette raison, dans *Re Barber* la cour anglaise n'a pas autorisé le *trustee* à être rémunéré pour des services rendus <sup>227</sup>, car au contraire « la valeur de l'*estate* diminuerait en conséquence des coûts d'administration » <sup>228</sup>.

**111.-** Mais si on analyse la question du point de vue pratique, il serait contraire aux intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts* que leur fiduciaire-*trustee*, ne pouvant pas être rémunéré pour des services rendus dans une autre qualité, contracte les services d'une tierce personne qui ne connaît pas les affaires de la fiducie-*trust*. Pour cette raison il pourrait être pratique de permettre au fiduciaire-*trustee* d'être rémunéré pour des services rendus dans une autre qualité. Il est ainsi dans le droit anglais depuis l'entrée en vigueur du *Trustee Act* 2000 où la section 29 prévoit que les *trusts corporations* et les *trustees* professionnels puissent avoir le droit de recevoir une rémunération pour des services rendus.

**112.-** Si le fiduciaire-*trustee* a un conflit d'intérêt quand il contracte avec lui-même, le conflit d'intérêts ne se limite pas seulement à cette situation.

#### ii.- Les conflits d'intérêts et les relations avec des tiers

**113.-** Pendant la gestion de la fiducie-*trust*, le fiduciaire-*trustee* traiterait avec des tiers. En le faisant, il ne devrait prendre en considération que les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

---

<sup>226</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-62.

<sup>227</sup> (1886) 34 Ch.D. 77

<sup>228</sup> « *the estate would be rendered of little value in consequence of administration costs* » (L. A. SHERIDAN, *The law of trusts, op. cit.*, p. 352).

114.- La *no conflict rule* trouve sa genèse dans la solution donnée dans *Keech v Sanford*<sup>229</sup>. Un enfant (KEECH) avait hérité le bail d'un marché, dont le *trustee* (SANFORD) avait la charge de l'administrer. Quand le propriétaire n'a pas voulu rénover le bail en faveur du *trust*, le *trustee* l'a renouvelé à son nom. Postérieurement, KEECH a demandé à SANFORD les profits obtenus du bail du marché. Lord KING a établi : « Je vois très bien que, si un *trustee* peut obtenir un bail, suite au refus du propriétaire de le renouveler, peu de *trust estates* seraient renouvelés en faveur de *cestuis que trusts*. Cela pourrait sembler difficile que le *trustee* soit la seule personne de toute l'humanité à ne pas avoir le bail ; mais il est pertinent que la règle soit appliquée strictement et ne soit pas tempérée »<sup>230</sup>.

115.- Un des fondements de la règle établie dans *Keech v Sanford* est la notion de conflit d'intérêts<sup>231</sup>. Des critiques ont été faites à ce raisonnement car, à vrai dire, il n'y a eu aucun conflit d'intérêt ; en effet le propriétaire n'a pas voulu renouveler le bail au nom du *trust*<sup>232</sup>. Mais cela ne veut pas dire que le raisonnement de la règle établie dans *Keech v Sanford* ne puisse pas être fondée sur la notion de conflit d'intérêts, car en imposant une obligation de ne pas faire (ne pas contracter à son nom, ce que le *trustee* devrait faire au nom du *trust*), nous sommes en présence d'une obligation de résultat. Ainsi la responsabilité du *trustee* serait engagée par le seul fait d'avoir contracté à son nom, peu importe qu'il y ait eu ou non un vrai conflit d'intérêts. En plus, la notion de conflit d'intérêts comme fondement de la solution du *Keech v Sanford* est déduite des mots du Lord KING. En effet, du paragraphe cité on peut déduire qu'il faut empêcher le *trustee* de poursuivre ses intérêts personnels au nom du danger que cela peut impliquer pour les *cestuis que trusts*.

---

<sup>229</sup> (1726) Ca.t.King 61, 25 E.R. 223 (sur cette jurisprudence, v. W. G. HART, « The development of the rule in *Keech v Sanford* », (1905) 21 L.Q.R. 258).

<sup>230</sup> « I very well see, if a trustee, on the refusal to renew, might have a lease to himself, few trust-estates would be renewed to *cestuis que use*. This may seem hard, that the trustee is the only person of all mankind who might not have the lease: but it is very proper that the rule should be strictly pursued, and not at least relaxed » (*ibidem*, p. 224).

<sup>231</sup> Sur des autres fondements, v. T LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-04.

<sup>232</sup> En ce sens, v. E. SIMPSON, « Conflicts » in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 75 et s., spéc. p. 81.

**116.-** Comme les mêmes dangers, aperçus par Lord KING dans *Keech v Sanford*, se retrouvent dans toute situation où le *trustee* contracterait à son nom ce qu'il devrait faire au nom du *trust*, la solution donnée dans *Keech v Sanford* n'est pas limitée à la rénovation du bail. Ainsi, « un *fiduciary* qui a entamé la négociation ou la conclusion d'un contrat au nom de son bénéficiaire ne peut pas revendiquer les bénéfices de ce contrat »<sup>233</sup>. Or, permettre au *trustee* de s'approprier des contrats qui devraient être conclus au nom du *trust* met en péril la bonne gestion du *trust fund* avec des conséquences néfastes aux intérêts de *cestuis que trusts*. Pour les mêmes raisons, tout contrat qui devrait être conclu au nom de la fiducie, ne devrait pas être conclu par le fiduciaire personnellement.

**117.-** De plus, des conflits d'intérêts surviennent aussi quand, en contractant au nom de la fiducie-*trust*, le fiduciaire-*trustee* serait motivé par ses intérêts personnels. Un contrat ainsi formé risque de ne pas être passé dans des circonstances les plus favorables pour les bénéficiaires-*cestuis que trusts*<sup>234</sup>. Raison pour laquelle, dans *Aberdeen Railway Co. v Blaikie Brothers* il a été établi : « C'est une règle d'application générale que nul, ayant des obligations à exécuter, ne peut être autorisé à entrer dans des engagements auxquels il a ou peut avoir un intérêt personnel opposé ou qui peuvent éventuellement entrer en conflit avec les intérêts de ceux qu'il doit protéger »<sup>235</sup>. Ce type d'actes devrait être aussi sanctionnés dans la fiducie<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> « A *fiduciary* who has undertaken to negotiate or make a contract on behalf of his beneficiary may not himself claim the benefit of the contract » (L. S. SEALY, « Some principles of fiduciary obligation », *op. cit.*, p. 1299).

Sur l'extension de la règle, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-12 ; P. JACKSON, « Trustees purchasing reversions », (1968) 31 *M.L.R.* 707.

Les contrats passés par le *trustee* personnellement qui devraient l'être au nom du *trust*, pourraient être aussi attaqués par le *no profit rule* (v. *infra*, n° 154 et s., 1066 et s.), c'est ainsi que l'analyse J. GLOVER (in *Commercial equity : fiduciary relationships, op. cit.*, n° 5.61).

<sup>234</sup> Dans le même ordre d'idées M. SCOTT (in « The trustee's duty of loyalty », *op. cit.*, p. 537) a écrit que : « Un *trustee* viole son obligation vers les bénéficiaires non seulement quand il achète personnellement les biens du *trust*, mais aussi où il a un intérêt personnel substantielle dans la vente telle qu'elle pourrait affecter son jugement en faisant la vente » (« A trustee violates his duty to the beneficiaries not only where he purchases trust property for himself individually, but also where he has a personal interest in the purchase of such substantial nature that it might affect his judgment in making the sale »).

<sup>235</sup> « It is a rule of universal application that no one, having such duties to discharge, shall be allowed to enter into engagements in which he has or can have a personal interest conflicting or which possibly may conflict with the interests of those whom he is bound to protect » (in A. BURROWS, E. MCKENDRICK et J. EDELMAN, *Cases and materials on the law of restitution*, Oxford University Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 1011).

**118.-** Comme les relations que le fiduciaire-*trustee* peut avoir avec des tiers ne se limitent pas à la formation de contrats avec eux, des conflits d'intérêts peuvent survenir en dehors de cette hypothèse. Nous trouvons un clair exemple de cette situation dans le chapitre seize de l'évangile selon Saint Luc :

« Il était un homme riche qui avait un intendant; celui-ci lui fut dénoncé comme dissipant ses biens.

Il l'appela et lui dit: 'Qu'est-ce que j'entends dire de toi? Rends compte de ton intendance, car tu ne pourras plus être intendant.'

Or l'intendant se dit en lui-même: 'Que ferai-je, puisque mon maître me retire l'intendance? Bêcher, je n'en ai pas la force; mendier, j'en ai honte.

**Je sais ce que je ferai pour que, quand je serai destitué de l'intendance, (il y ait des gens) qui me reçoivent chez eux.'**

Ayant convoqué chacun des débiteurs de son maître, il dit au premier: 'Combien dois-tu à mon maître?'

Il dit: 'Cent mesures d'huile.' Et il lui dit: 'Prends ton billet, assieds-toi vite et écris: cinquante.' Ensuite il dit à un autre: 'Et toi, combien dois-tu?' Il dit: 'Cent mesures de froment.' Et il lui dit: 'Prends ton billet et écris: quatre-vingts' »<sup>237</sup>.

**119.-** En conséquence, comme principe général, il doit être interdit au fiduciaire-*trustee*, agissant en cette qualité, de poursuivre ses intérêts personnels quand il traite avec des tiers, même en dehors de tout contexte contractuel.

---

Il est important de remarquer que par « *engagements* » la jurisprudence fait référence aux contrats que le *fiduciary* doit passer au nom du bénéficiaire (en ce sens, v. L. S. SEALY, « Some principles of fiduciary obligations », *op. cit.*, note de page n° 27).

<sup>236</sup> Pour des jurisprudences dans le droit du mandat où le mandataire poursuit ses intérêts personnels en complicité avec de tiers et en détriment du mandataire, v. Req. 14 avril 1908 : *DP* 1908, I, p. 344 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 décembre 1950 : *Bull. civ. I.*, n° 254 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juin 1958 : *Bull. civ. I.*, n° 295, *D.* 1958, p. 631, obs. J. CARBONNIER ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 novembre 1972 : *Bull. civ. III*, n° 647. Même si les jurisprudences citées font référence à la notion du détournement du pouvoir, il devrait être possible aussi de les baser sur la notion de conflit d'intérêts.

<sup>237</sup> Luc 16 : 1-7 (les caractères en gras sont ajoutés pas nous).

**120.-** Une dernière situation où les intérêts personnels des fiduciaires-*trustees* entreraient en conflit avec ses obligations, serait le cas où ils commenceraient des affaires en concurrence avec ceux de la fiducie-*trust*.

iii.- Les conflits d'intérêts et la concurrence aux affaires de la fiducie-*trust*

**121.-** Une opposition entre les intérêts du fiduciaire-*trustee* avec ses obligations l'empêchent d'agir valablement au nom de la fiducie-*trust*, il devrait donc être interdit aussi au fiduciaire-*trustee* de pouvoir concurrencer les affaires de la fiducie-*trust* <sup>238</sup>.

**122.-** Il en a été décidé ainsi dans *Re Thomson* <sup>239</sup> où un testateur avait légué une entreprise de courtage de yachts. Après la mort du testateur, le contrat de bail pour les locaux, où l'entreprise opérait, avait expiré et les *trustees* ont été obligés de changer de locaux. Un de *trustees* avait loué l'ancien local avec l'objectif de commencer une entreprise similaire. La cour anglaise a établi que le *trustee* ne pouvait pas réaliser des affaires qui étaient en compétition avec le *trust*.

**123.-** On ne peut qu'approuver le jugement, car « le *trustee* est dans une position où il pourrait endommager les intérêts du bénéficiaire en vertu de sa compétition » <sup>240</sup>.

**124.-** Si nous avons analysé les conflits qui peuvent se poser entre les intérêts personnels du fiduciaire-*trustee* avec ses obligations, il nous reste à analyser la situation où des conflits existent entre des obligations du fiduciaire-*trustee*.

---

<sup>238</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 759.

Sur le droit de mandat M. BENABENT a écrit que : « Le devoir de loyauté impose encore au mandataire, dans le domaine commercial, de ne pas concurrencer directement son mandant, notamment au moyen des informations que lui fournit celui-ci : il y aurait alors *concurrence déloyale*. On admet qu'il ne peut accepter la représentation de produits concurrents qu'avec l'accord de son mandant » (in *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 933).

Des jurisprudences sur le sujet en question, v. Com., 16 mars 1993 : *Bull. civ. IV*, n° 109 ; Com., 25 juin 1991 : *Bull. civ. IV*, n° 236.

<sup>239</sup> [1930] 1 Ch. 203.

<sup>240</sup> « *the trustee is in a position where he may be able to inflict injury upon the interest of the beneficiary by his competition* » (« Extent of the Trustee's Duty Not to Compete », (1950) 50 *Colum. L. Rev.* 78, spéc. p. 82).

## b.- Les conflits entre les obligations du fiduciaire-*trustee*

**125.-** Le fiduciaire-*trustee* va se trouver en présence d'un conflit entre ses obligations, si l'exécution de l'une entraînerait l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une autre. Ainsi le fiduciaire se trouverait dans une impasse car soit il violerait une obligation quand il exécute l'autre, soit il s'abstiendrait d'exécuter les deux.

**126.-** Pour cette raison il faut regarder avec méfiance les hypothèses où des conflits entre les obligations du fiduciaire-*trustee* existent <sup>241</sup>.

**127.-** Bien que notre étude soit seulement sur la fiducie-*trust*, la problématique analysée n'est pas limitée à elle seule <sup>242</sup>. Des conflits entre des obligations vont exister chaque fois qu'un individu se trouve « dans une position où il porte plusieurs intérêts à défendre également » <sup>243</sup>. Pour cette raison DIDIER parle de « conflit de loyautés » <sup>244</sup> car une personne « doit être loyale envers deux personnes ayant des intérêts antagonistes » <sup>245</sup>.

**128.-** Le fiduciaire-*trustee* va avoir l'obligation de défendre plusieurs intérêts quand il agirait à des titres différents <sup>246</sup>, ou quand dans une même fiducie-*trust* il y aurait plus d'un bénéficiaire-*cestui que trust*. Comme la régulation des conflits entre les obligations du fiduciaire-*trustee* est différente dans chaque cas, nous analyserons d'abord la situation où des obligations du fiduciaire-*trustee* entrent en conflit en vertu du cumul de

---

<sup>241</sup> Les raisonnements de cette méfiance nous la trouvons déjà dans l'Évangile selon Matthieu 6 : 24 « Nul ne peut servir deux maîtres. Car, ou il haïra l'un, et aimera l'autre; ou il s'attachera à l'un, et méprisera l'autre. Vous ne pouvez servir Dieu et Mamon ».

<sup>242</sup> Sur une analyse générale en droit français, v. C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, th. dactyl. Saint-Etienne, 2008, p. 259 et s. Sur une analyse générale en droit anglais, v. M. CONAGLEN, « Fiduciary regulation of conflicts between duties », *op. cit.* Sur une analyse générale en droit américain, v. A. B. LABY, « Resolving conflicts of duty in fiduciary relationships », (2005) 54 *American University L.R.* 75.

<sup>243</sup> C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>244</sup> Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, n° 234 et s. En droit anglo-américain elle est connue comme *conflict of duty and duty*, *double employment*, ou encore *conflict between duties*.

<sup>245</sup> *Ibidem*.

<sup>246</sup> Soit comme fiduciaire-*trustee* de plus d'une fiducie-*trust*, soit comme fiduciaire-*trustee* d'une fiducie-*trust* d'une part et d'un autre titre d'autre part, par exemple mandataire, avocat, tuteur, conseiller, courtier, directeur sociaux, gérant de portefeuille, etc.

qualités (i), pour analyser ensuite la situation où des conflits entre ses obligations existent au sein d'une même fiducie-*trust* (ii).

#### i.- Les conflits d'obligations et le cumul de qualités

**129.-** Comme dans le droit français et dans le droit anglais une même personne peut être fiduciaire-*trustee* de plusieurs fiducies-*trusts* et que le fiduciaire-*trustee* peut accumuler d'autres qualités, il est possible que le fiduciaire-*trustee* puisse détenir plusieurs qualités en même temps. En conséquence, il aurait l'obligation de défendre plusieurs intérêts, qui pourraient être antagoniques ou pourraient devenir antagoniques.

**130.-** Si l'antagonisme entre les différents intérêts peut être un effet naturel de l'accumulation de qualités par le fiduciaire-*trustee*, il pourrait être aussi causé par lui-même.

**131.-** Dans le premier cas, il s'agirait de circonstances indépendantes à la volonté du fiduciaire-*trustee* qui vont mettre en opposition les intérêts en jeu. Il en serait ainsi par exemple si le fiduciaire-*trustee* en tant que tel découvrait une information confidentielle (information qu'il n'aurait jamais imaginé apprendre), et avait en même temps une autre obligation, en vers une autre personne, celle de lui divulguer cette information.

**132.-** Dans le deuxième cas, il s'agirait d'un acte du fiduciaire-*trustee* qui va créer l'opposition entre les intérêts en jeu. Il en serait ainsi si le fiduciaire-*trustee* acceptait, par exemple, de défendre au même temps deux intérêts opposés. En conséquence si le fiduciaire-*trustee* acceptait d'être avocat d'un créancier de la fiducie-*trust* pour une affaire qui serait en relation avec cette créance, le conflit aurait été créé par lui-même. Il en serait ainsi aussi si le fiduciaire-*trustee* vendait un bien appartenant à une fiducie-*trust* et l'achetait en tant que fiduciaire-*trustee* d'une autre fiducie-*trust* ; il y aurait deux obligations antagoniques : d'une part vendre le bien au meilleur prix possible et d'autre part acheter le même bien au prix le plus bas possible.



**133.-** Le fait que le fiduciaire-*trustee* doive défendre des intérêts contradictoires<sup>247</sup> met en péril les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts* ; car comme le fiduciaire-*trustee* a deux obligations opposées à accomplir, une des obligations va être violée<sup>248</sup>. Ainsi, les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts* pourraient être sacrifiés au profit d'un autre créancier du fiduciaire-*trustee*, avec des effets négatifs sur le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. En conséquence « on ne peut qu'éprouver certaines réticences à l'égard »<sup>249</sup> de conflits entre des obligations du fiduciaire-*trustee*. Car, le fait qu'« on ne peut pas servir deux maîtres à la fois »<sup>250</sup>, crée une situation qui n'est pas saine<sup>251</sup>.

**134.-** Pour faire face aux dangers du cumul de qualités, certaines professions interdisent la double représentation. Il en est ainsi en droit français pour les agents de publicité<sup>252</sup>. Il en est ainsi aussi pour les avocats. En droit français comme anglais, il est interdit aux avocats de représenter dans une même affaire les différentes parties qui ont des

---

<sup>247</sup> « Cela ne veut pas dire une simple divergence d'intérêts, il y a en réalité des intérêts opposés, c'est-à-dire contraires voire incompatibles dans certains cas » (O. PADE, « Le mandat double. De la nécessaire transparence dans la double représentation », *RJ com.* 2002, p. 339, n° 12).

<sup>248</sup> En ce sens la *Federal Court* de l'Australie (in *Commonwealth Bank of Australia v Smith* (1991) 42 FCR 390, spéc. p. 392) a établi qu'un *fiduciary* « doit éviter des engagements contradictoires. La raison en est que, en vertu des engagements multiples, le *fiduciary* peut être incapable d'accomplir adéquatement l'un d'eux, sans entrer en conflit avec une obligation de l'autre » (« *must eschew conflicting engagements. The reason is that, by reason of the multiple engagements, the fiduciary may be unable to discharge adequately the one without conflicting with his obligation in the other* »).

Pour un exemple du danger face au cumul d'intérêts à défendre en droit français, v. Com., 27 mai 1997 : *JCP G* 1997, II, 22930, obs. M. STORCK.

<sup>249</sup> F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 646.

<sup>250</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit d'assurances*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 193.

<sup>251</sup> V. P.-Y. GAUTIER, « Singulière transparence : la Cour de cassation permet à un intermédiaire de représenter les deux parties à la fois », *RTD civ.* 1998, p. 927, spéc. p. 929.

<sup>252</sup> L'interdiction est prévue dans l'article 21 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 ; sur un commentaire sur la loi, v. M. MALAURIE, « L'agence de publicité, l'éditeur et l'imprimeur », *D.* 1993, p. 215.

intérêts contradictoires <sup>253</sup>. Cette interdiction est étendue même s'il n'y pas identité d'affaire <sup>254</sup>.

**135.-** Mais la double représentation n'est qu'un côté du cumul de qualités, qui techniquement ne se présente pas dans la fiducie-*trust* <sup>255</sup>. Ainsi, la solution donnée à la profession d'avocat n'est pas adéquate à la fiducie-*trust*. En plus, en France l'interdiction imposée aux avocats n'est qu'une exception puisque la double représentation est généralement acceptée <sup>256</sup>.

**136.-** Si interdire au fiduciaire-*trustee* de cumuler qualités différentes est inadéquat, cela ne veut pas dire que la situation étudiée devrait rester sans régulation.

**137.-** Il devrait être interdit au fiduciaire de pouvoir créer cette situation de sa propre initiative sans le consentement de parties concernées <sup>257</sup>. Il en est ainsi en droit

---

<sup>253</sup> En droit Français, l'interdiction est posée dans le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991. Sur le sujet, v. B. CAHEN, « L'avocat face aux conflits d'intérêts », *Dr. et patrimoine* février 1994, p. 84.

Sur des règles déontologiques de l'avocat fiduciaire, v. P. BERGER, « Commission Règles et Usages, Fiducie », Conseil National des Barreaux, Assemblée Générale des 13 et 14 mars 2009.

En droit anglais, v. *Bolkiah v KPMG* [1999] 2 AC 222, spéc. p. 234 ; R. NOLAN, « Multiple duties and multiple employment », (1997) 56 *Cam. L.J.* 39.

<sup>254</sup> Sur le droit français, v. Rennes, 13 mai 1980 : *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 11, obs. A. DAMIEN ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1981 : *Bull. civ. I*, n° 237, *D.* 1982, p. 165, obs. A. BRUNOIS.

En droit anglais, v. C. HOLLANDER et S. SALZEDO, *Conflict of interest and Chinese walls*, Sweet & Maxwell, 2004, 2<sup>ème</sup> éd., n° 2-54.

<sup>255</sup> Sur le conflit entre des obligations hors de la représentation, v. C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, *op. cit.*, p. 269 et s. Pour cette raison P.-C. CUIF préfère user le terme double mission au lieu de double mandat (in « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe en droit privé », *op. cit.*, n° 15).

<sup>256</sup> V. Civ. 11 avril 1860 : *DP* 1860, I, p. 240 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 1996 : *Bull. civ. I*, n° 358 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 1998 : *Bull. civ. I*, n° 169 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 1999 : inédit, n° 96-17909 ; Com., 13 mai 2003 : *Bull. civ.* IV, n° 82 (si le fond de l'affaire ne porte pas sur la validité du double mandat, l'affaire montre que le double mandat est valide).

<sup>257</sup> Quand on n'est pas en présence d'un usage professionnel (v. Civ., 11 avril 1860 : *DP* 1860, I, p. 240 ; sur les marchés d'application, v. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. II, LGDJ, 15<sup>ème</sup> éd., 1996, par M. GERMAIN et Ph. DELEBECQUE, n° 1885) la validité du double mandat dépend aussi du consentement du mandant (en ce sens, v. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 566 ; Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 144 ; O. PADE, « Le mandat double. De la nécessaire transparence dans la double représentation », *op. cit.*, n° 36 et s. ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 31151).

*Contra*, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 1998 : *Bull. civ. I*, n° 169, *D.* 1998, p. 147, *Defrénois* 1990, p. 366, obs. Ph. DELEBECQUE, *RTD civ.* 1998, p. 927, obs. P.-Y. GAUTIER, *RDI* 1998, p. 668, obs. D. TOMASIN.

Sur l'autorisation à confronter deux intérêts contradictoires, v. *infra*, n° 162 et s.

anglais où, dans *Coles v Trecothick*, le *trustee* a acheté un bien du *trust* comme mandataire d'une autre personne : la vente a été déclarée valable car le *cestui que trust* l'avait autorisé <sup>258</sup>.

**138.-** De plus le fiduciaire-*trustee* ne devrait pas accepter une autre fiducie-*trust* ou une autre mission, si les nouvelles obligations qui en résultent sont en conflit avec celles d'une fiducie-*trust* préexistante. Il devrait être interdit aussi de réaliser des contrats sous deux titres différents dans le cas où ces contrats créeront des conflits entre les obligations du fiduciaire-*trustee*, soit comme fiduciaire-*trustee* de deux ou plus fiducies-*trusts* <sup>259</sup>, soit comme fiduciaire-*trustee* d'une part et dans une capacité distincte d'autre part (par exemple comme mandataire) <sup>260</sup>.

**139.-** Les affirmations précédentes ne s'appliquent que pour la situation où le fiduciaire-*trustee* aurait créé le conflit. Que se passe-t-il quand le conflit entre les obligations du fiduciaire-*trustee* serait créées par le seul effet du cumul de qualités ?

**140.-** Comme le conflit ne serait pas créé expressément par le fiduciaire-*trustee*, l'émergence d'un conflit ne pourrait pas être considérée comme de sa faute, sauf s'il avait pu le prévenir. Mais comme le cumul de qualités est un sol fertile pour générer des conflits entre les obligations du fiduciaire, il devrait avoir l'obligation d'informer le constituant, avant de contracter avec lui, qu'il existe des conflits potentiels, ainsi le constituant pourrait contracter sciemment. Il en est ainsi en droit anglais où MILLET LJ a établi qu'« un *fiduciary* qui agit pour deux personnes avec des intérêts potentiellement en conflit, sans le consentement éclairé des deux, est en violation de l'obligation d'*undivided loyalty* ; il se

---

<sup>258</sup> (1804) 9 Ves.Jr. 234, 32 E.R. 592.

<sup>259</sup> En ce sens dans le droit anglais, v. *Re Thompson's Settlement* [1986] Ch. 99, spéc. p.115. Par contre une jurisprudence plus récente a établi qu'un contrat réalisé entre deux entreprises avec les mêmes directeurs serait valable dès lors que la personne qui veut que le contrat continue à subsister prouve que l'opération est raisonnable et juste (en ce sens, v. *Hillsdown Holdings plc v Pensions Ombudsman* in UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, LexisNexis, 18<sup>ème</sup> éd., 2010, par D. J. HAYTON, P. MATHEWS et Ch. MITCHELL, n° 55.10 [cette édition n'est citée que cette fois]).

<sup>260</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trusts, op. cit.*, n° 20-75.

met lui-même dans une position où son obligation due à l'une pourrait entrer en conflit avec son obligation due à une autre personne »<sup>261</sup>.

**141.-** Une fois que le conflit potentiel devient réel, le fiduciaire ne devrait continuer à agir que si les parties intéressées l'autorisaient à continuer ou s'il avait déjà l'autorisation de le faire<sup>262</sup>.

**142.-** Enfin, même si les parties intéressées avaient autorisé le fiduciaire à créer le conflit ou à continuer à agir une fois le conflit créé, si les intérêts opposés sont inconciliables, et dès lors que c'est possible, le fiduciaire doit arrêter d'agir dans l'autre qualité qui est en conflit<sup>263</sup> ou « doit renoncer à conclure l'opération principale »<sup>264</sup>. Il en est ainsi en droit Anglais où, en conformité au *fiduciary law*, le *trustee* doit cesser d'agir si l'exécution d'une de ses obligations entraînait la violation d'une autre<sup>265</sup>.

---

<sup>261</sup> « A *fiduciary who acts for two principals with potentially conflicting interests without the informed consent of both is in breach of the obligation of undivided loyalty ; he puts himself in a position where his duty to one principal may conflict with his duty to the other* » (*Bristol and West Building Society v Mothew* [1998] Ch. 1, spéc. p. 18).

<sup>262</sup> F. BARRIERE, d'une opinion contraire, a écrit qu'« un tel conflit ne devrait pas l'empêcher d'agir, ce qui permettra de maximiser la valeur d'un patrimoine fiduciaire au lieu de le contraindre à l'immobilisme. Tout d'abord, le conflit d'intérêts devrait ne pas être une source d'empêchement, dès lors que les parties l'ont prévu. Mais, indépendamment d'une telle stipulation contractuelle, on peut se demander si la jurisprudence ne devrait pas interpréter la notion de conflit d'intérêts de façon relative et non absolue. L'idée ne serait alors pas tant que le fiduciaire doit agir dans le *seul* intérêt de la fiducie ou du bénéficiaire, mais dans le *meilleur* intérêt de l'ensemble des fiducies : un conflit d'intérêts entre différents patrimoines gérés n'imposerait pas un devoir d'abstention, dès lors que l'action se justifie dans l'intérêt spécifique de l'un d'eux et que l'autre n'en souffre pas de manière disproportionnée » (in *Rép. civ. Dalloz*, v° Fiducie, spéc. n° 74). Le défaut de cette analyse pourrait consister en qu'elle ne prend pas en compte que le fiduciaire doit aux bénéficiaires de chaque fiducie un devoir de loyauté ; ainsi il doit faire ce qui est le mieux pour chaque fiducie et non pas ce qui est le mieux pour l'ensemble des fiducies. En plus, en conformité au régime de la responsabilité civile, le fiduciaire engagerait sa responsabilité malgré qu'il aurait agi dans le meilleur intérêt de l'ensemble de fiducies, dès lors que les conditions de la responsabilité soient remplies (v. *infra*, n° 143).

<sup>263</sup> Par exemple, si le fiduciaire est mandataire d'une autre partie, en conformité à l'article 2004 du Code civil, il pourrait renoncer au mandat.

<sup>264</sup> O. PADE, « Le mandat double. De la nécessaire transparence dans la double représentation », *op. cit.*, n° 57. Par exemple si le fiduciaire veut conclure un contrat entre deux fiducies, il doit arrêter de poursuivre ce contrat si les intérêts en jeu ne sont pas conciliables.

<sup>265</sup> En ce sens MILLETT L.J. (in *Bristol and West Building Society v Mothew* [1998] Ch. 1, spéc. p.19) a établi que : « [l]e *fiduciary* doit prendre soin de ne pas se trouver dans une situation de conflit entre ses obligations où il ne pourrait pas s'acquitter envers une personne sans manquer à ses obligations dues à une autre [...] S'il se trouve dans cette situation, peut-être n'y aurait-il d'autre solution que de cesser d'agir pour au moins l'une d'elles et de préférence les deux » (« *The fiduciary must take care not to find himself in a position where there is an actual conflict of duty so that he cannot fulfill*

**143.-** Ainsi, si le fiduciaire-*trustee* avait continué à agir et si, en le faisant, il avait violé une des ses obligations, il ne pourrait pas user comme défense qu'il a violé une obligation parce qu'il en avait une autre à accomplir. Il serait donc responsable de cette violation. En effet, une personne ne peut pas s'obliger à faire X, et s'obliger au même temps à ne pas faire X.

**144.-** Par contre il peut arriver que le fiduciaire ne puisse pas s'abstenir d'agir. Il en serait ainsi lorsqu'il existerait un conflit entre les obligations du fiduciaire de deux au plus fiducies différentes ; puisque comme la fiducie n'est pas révocable, il ne pourrait renoncer à aucune de fiducies. En ce cas, le fiduciaire se verrait obligé d'arbitrer en faveur de l'une d'elles ; si cela cause un dommage au patrimoine fiduciaire, la responsabilité du fiduciaire devrait être engagée. Cela doit être un des risques que tout professionnel doit prendre en charge quand il défend en même temps plusieurs intérêts ; il est plus équitable de faire subir ce type de risques au professionnel qui rend ses services à titre onéreux, qu'à ses clients qui paient pour ce service <sup>266</sup>.

**145.-** Si le fiduciaire-*trustee* va avoir plusieurs intérêts à défendre chaque fois qu'il cumule des qualités différentes, ceci arriverait aussi chaque fois qu'une même fiducie-*trust* a plusieurs bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

## ii.- Les conflits d'obligations dans une même fiducie-*trust*

---

*his obligations to one principal without failing in his obligations to the other [...] If he does, he may have no alternative but to cease to act for at least one and preferably both »).*

Ainsi, dans le cas Australien de *Stewart v Layton*, M. LAYTON avait donné des services légaux à Mme STEWART et à M. CREIGHTON, à propos de la vente de la propriété de celle-ci. Ce fait était connu par les parties en jeu. Mais alors qu'il était dans l'intérêt de Mme STEWART de ne pas conclure l'opération, il était dans l'intérêt de M. CREIGHTON de le conclure. Malgré ce conflit irréciliable, M. LAYTON a continué d'agir pour les deux ; pour cette raison il a été décidé que M. LAYTON avait violé son *fiduciary duty* dû à Mme STEWART (*Sewart v Layton*, in M. CONAGLEN, « Fiduciary regulation of conflicts between duties », *op. cit.*, p. 126 et 127).

<sup>266</sup> Pour un auteur « une alternative serait, peut-être, de permettre au fiduciaire [...] de trancher en faveur de la meilleure affectation des ressources, afin de maximiser l'utilité économique de l'objet

**146.-** Si *stricto sensu* cette situation n'est pas comprise dans le droit anglais par le *duty of loyalty*, *lato sensu* on peut considérer qu'elle l'est, puisque, si on analyse les *cestuis que trusts* non pas comme une masse de créanciers, mais comme des créanciers individuels, le *trustee* doit un *duty of loyalty* à chacun d'eux <sup>267</sup>. Ainsi, comme le *trustee* doit être loyal envers chacun des *cestuis que trusts*, chacun d'eux peut donc exiger du *trustee* qu'il agisse dans son seul intérêt. En conséquence, si le *trustee* arbitre en faveur d'un *cestui que trust* au détriment d'un autre, il serait déloyal envers lui. Pour cette raison, cette problématique représente non seulement un danger pour les *cestuis que trusts*, mais aussi pour le *trust fund* ; car, les décisions du *trustee* de favoriser un groupe de *cestuis que trusts* va avoir un impacte sur le *trust fund*.

**147.-** Puisque dans une fiducie-*trust* il peut y avoir plus d'un bénéficiaire-*cestui que trust* et plus d'une catégorie des bénéficiaires-*cestuis que trusts* (par exemple de bénéficiaires-*cestuis que trusts* du capital du patrimoine fiduciaire-*trust fund* et du revenu), le fiduciaire-*trustee* aurait différents intérêts à défendre.

**148.-** Ainsi, le fiduciaire-*trustee* se trouve dans une situation où il arbitrerait entre les différents intérêts en jeu. De ce fait il existe la possibilité que le fiduciaire-*trustee* agisse en faveur des uns et au détriment des autres.

**149.-** Sauf si dans le contrat de la fiducie le constituant l'avait prévu différemment, le fiduciaire en exécutant la fiducie devrait être toujours impartial entre les différents bénéficiaires et entre les différentes catégories des bénéficiaires <sup>268</sup>. Le fiduciaire-*trustee* doit « concilier les intérêts opposés au mieux des intérêts » de chaque *cestui que*

---

du conflit et d'éviter sa déperdition » (F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 563 [sur une critique à cette solution, v. *supra*, note de page n° 262]).

<sup>267</sup> V. J. E. PENNER, « Exemptions », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 241 et s., spéc. p. 247 et 248.

<sup>268</sup> En ce sens, v. A. ABDALLAH a écrit que le fiduciaire « devrait donc, par respect du devoir de loyauté envers chacun, être impartial entre les personnes, et ne pourrait choisir l'une plutôt que l'autre » (in *La sécurisation de la gestion fiduciaire : pratiques conventionnelles et islamiques*, Bruylant-Delta-LGDJ, 2006, préf. Ph. Merle., p. 167).

*trust* « sans jamais privilégier les intérêts de l'un au détriment de l'autre »<sup>269</sup>. En d'autres mots, l'impartialité consiste à tenir la balance égale entre les différents intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts* que le fiduciaire-*trustee* a pour mission de défendre. En conséquence, il ne pourrait pas promouvoir les intérêts des uns en préjudice des autres.

**150.-** Il en est ainsi en droit anglais où TURNER L.J. dans *Re Tempest* a établi qu'« il est de l'essence de l'obligation de chaque *trustee* de traiter également les parties intéressées au *trust*. Le *trustee* a le devoir d'examiner l'intérêt de tous, et non seulement d'un bénéficiaire déterminé ou d'une catégorie de *cestuis que trusts* »<sup>270</sup>. Dans un cas plus récent il a été établi que « l'obligation d'un *trustee* est d'administrer le *trust fund* de façon impartiale ou équitable, en tenant compte des différents intérêts des bénéficiaires »<sup>271</sup>. Et même si les auteurs anglo-saxons font référence à différentes appellations comme *duty to act impartially*<sup>272</sup>, *duty to act fairly*<sup>273</sup>, et *duty to act even-handedly*<sup>274</sup>, tous décrivent la même idée : le *trustee* doit traiter les *cestuis que trusts* impartialement<sup>275</sup>.

**151.-** Ainsi par exemple, quand le fiduciaire-*trustee* choisit des investissements, il doit prendre en considération les intérêts de tous les bénéficiaires-*cestuis que trusts*. En conséquence, le fiduciaire-*trustee* ne pourrait pas choisir un investissement avec une possibilité de revenu élevé mais associée à un haut risque de dévaluation du capital<sup>276</sup>. Car si le fiduciaire-*trustee* agissait ainsi, il favoriserait les bénéficiaires-*cestuis que trusts* du revenu sur ceux du capital, en mettant en plus en péril la valeur du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

---

<sup>269</sup> O. PADE, « Le mandat double. De la nécessaire transparence dans la double représentation », *op. cit.*, n° 57.

<sup>270</sup> « *it is of the essence of the duty of every trustee to hold an even hand between the parties interested under the trust. Every trustee is in duty bound to look at the interests of all, and not of any particular member or class of members of his cestuis que trusts* » ([1866] 1 Ch.App. 485, spéc. p. 487 et 488).

<sup>271</sup> « *the obligation of a trustee is to administer the trust fund impartially or fairly, having regard to the different interests of beneficiaries* » (in *Nestle v National Westminster Bank* [1993] 1 WLR 1260, spéc. p. 1279).

<sup>272</sup> L. A. SHERIDAN, *The law of trusts, op. cit.*, p. 288 et s.

<sup>273</sup> A. HUDSON, *Equity & trusts*, Cavendish, 4<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 336 et 337.

<sup>274</sup> G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 10.13.

<sup>275</sup> En ce sens, v. J. C. PHILLIPS, « Some instances of the trustees duty to act fairly between different classes of beneficiaries », (1977) 10 *University of Queensland L.J.* 83, spéc. p. 83

**152.-** Mais si le fiduciaire-*trustee* se trouve dans une impasse où il ne pourrait pas arrêter d'agir et que sa décision favoriserait une ou plusieurs catégories de bénéficiaires-*cestuis que trusts* au préjudice des autres, le fiduciaire-*trustee* devrait pouvoir agir conformément à ce qui serait globalement le mieux pour la fiducie-*trust* <sup>277</sup>, du contraire son exécution se bloquerait, et cela causerait plus de maux aux intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

**153.-** Nous avons analysé le contrôle de conflits d'intérêts en faveur des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, nous analyserons l'interdiction faite au fiduciaire-*trustee* d'obtenir un avantage économique de la fiducie-*trust* qu'il administre.

## B.- L'INTERDICTION D'OBTENIR UN PROFIT

**154.-** En droit anglais, l'autre branche du *duty of loyalty* est connue comme la *no profit rule* ; elle interdit au *trustee* d'obtenir un avantage économique, non autorisé, de la propriété du *trust* ou de sa position comme *trustee* <sup>278</sup>. En conséquence, s'il « réalise un bénéfice directement ou indirectement de la propriété du *trust* [...] ou dans le cadre de sa *fiduciary relationship* et en vertu de son rôle de *fiduciary*, alors il n'est pas autorisé à conserver le bénéfice » <sup>279</sup>.

---

<sup>276</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 501

<sup>277</sup> La différence entre cette hypothèse et celle où le conflit existe à cause d'un cumul de qualités du fiduciaire-*trustee* (v. *supra*, n° 129 et s.), c'est que les conflits qui naissent dans une même fiducie-*trust* lui sont inhérents, alors que dans les autres hypothèses les conflits sont inhérents au cumul de qualités. De cette manière, le constituant-*settlor* accepte implicitement que des conflits entre les différents bénéficiaires-*cestuis que trusts* risque d'être créés et par voie de conséquence que le fiduciaire-*trustee* doive les trancher selon ce que ce dernier croit être le mieux pour l'ensemble ; au contraire cela n'est pas le cas quand les conflits sont créés par un cumul de qualités de la part du fiduciaire-*trustee*.

<sup>278</sup> *Bray v Ford* [1896] AC 44, spéc. p. 51.

<sup>279</sup> « *If a trustee [...] makes a profit directly or indirectly from the use of property subject to the trust [...] or in the course of the fiduciary relationship and by the reason of his fiduciary position, then he is not permitted to retain the profit* » (LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-26).



**155.-** Comme l'interdiction est une obligation de résultat, le *trustee* serait en violation de l'obligation même s'il avait agi de bonne foi et même si les *cestuis que trusts* avaient tiré bénéfice des actes du *trustee* <sup>280</sup>.

**156.-** L'avantage obtenu doit être suffisamment lié à la fonction du *trustee* pour être interdit <sup>281</sup>. En conséquence, si l'avantage ne résulte pas du fait d'être *trustee*, et si aucune autre obligation n'est violée, il ne serait pas obligé de rendre l'avantage obtenu <sup>282</sup>.

**157.-** En analysant les jurisprudences où la cour fait mention de la *no profit rule*, la plupart d'entre elles font aussi mention de la *no conflict rule* <sup>283</sup>. Ceci s'explique car en général quand un *fiduciary* obtient un avantage économique non autorisé, du *trust* ou de sa position comme *trustee*, il le fait aussi en violation de la *no conflict rule* <sup>284</sup>. Un clair exemple de ceci est quand le *trustee* contracte avec lui-même ; son « bénéfice est obtenu grâce à l'opposition de l'intérêt personnel du *fiduciary* avec son devoir » <sup>285</sup>. Pour cette raison, la *no profit rule* a été décrite comme faisant partie de la *no conflict rule* <sup>286</sup>, et des auteurs se demandent si la *no profit rule* est ou non une règle indépendante <sup>287</sup>.

---

<sup>280</sup> V. *Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 46 ; *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1967] 2 AC 134.

Pour des jurisprudences où, bien que le *fiduciary* ait agi de bonne foi et dans le meilleur intérêt de ses bénéficiaires, les profits qu'il a obtenus ont été enlevés, v. G. JONES, « Unjust enrichment and the fiduciaries duty of loyalty », (1968) 84 L.Q.R. 472, spéc. p. 478 et s.

<sup>281</sup> Ainsi dans *Re Macadam* ([1946] Ch. 73) des *trustees* ont été condamnés à rendre la rémunération qu'ils avaient reçue en tant que directeurs d'une société, parce qu'ils étaient devenus directeurs grâce au droit de vote attaché aux actions appartenant au *trust fund*.

<sup>282</sup> Il a été décidé ainsi dans *Re Gee (Deceased)* ([1948] Ch. 284), où le défendeur était déjà employé par le *partnership*, avant de devenir lui-même *partner*, et donc un *fiduciary*. Ainsi, le salaire reçu par le défendeur après qu'il est devenu *fiduciary* a pu être conservé.

<sup>283</sup> V. A. J. McCLEAN, « The theoretical basis of the trustee's duty of loyalty », (1969) 7 *Alta. L. Rev.* 218.

<sup>284</sup> En ce sens, v. M. CONAGLEN, « The nature and function of fiduciary loyalty », *op. cit.*, p. 466.

<sup>285</sup> « *his profit is earned through the fiduciary putting personal interest in conflict with his or her duty* » (J. GLOVER, *Commercial equity : fiduciary relationships*, *op. cit.*, n° 5.26).

<sup>286</sup> Lord UPJOHN (in *Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 46, spéc. 123) a écrit : « la règle essentielle d'*equity* est qu'une personne dans un rôle de *fiduciary* ne doit pas tirer profit de son *trust*, ce qui fait partie d'une règle plus générale selon laquelle un *fiduciary* ne doit pas se placer dans une position où son devoir et son intérêt peuvent entrer en conflit » (« *the fundamental rule of equity is that a person in a fiduciary position must not make a profit out of his trust which is part of the wider rule that a trustee must not place himself in a position where his duty and his interest may conflict* »). En ce sens, v. R. LEE, « Rethinking the content of the fiduciary obligation », [2009] *Conv.* 236, spéc. pp. 237 et s. et 253.

<sup>287</sup> V. par exemple, G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 10.101.

**158.-** Mais on ne peut pas conclure que la *no profit rule* soit une règle accessoire à la *no conflict rule* ; il n'y a aucune jurisprudence anglaise en ce sens <sup>288</sup>. En réalité, elle pourrait s'appliquer indépendamment, sans qu'il y ait besoin d'appliquer la *no conflict rule*. En plus, « il y a, ou peut y avoir, un tout petit nombre de gains interdits où l'interdiction ne peut pas être fondée sur le conflit d'intérêts » <sup>289</sup>.

**159.-** Il en est ainsi dans *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* <sup>290</sup> où la décision a été fondée uniquement sur la *no profit rule*. Dans ce cas, il a été demandé à la société Regal (Hastings) Ltd., au cours d'une opération, pour des raisons de garantie, de souscrire £ 5000 de capital en actions de £1. La société n'avait les moyens que pour souscrire 2000 actions. Les directeurs de la société ont souscrit 2000 actions et les 1000 manquantes l'ont été par des tiers. Postérieurement les directeurs ont vendu leurs actions à un prix supérieur. Comme ce profit n'a pas été autorisé par les actionnaires, ceux-ci ont présenté une demande en exigeant des directeurs qu'ils remboursent leurs profits : ils y ont été condamnés. Dans ce cas, il est considéré qu'aucun conflit d'intérêt entre les directeurs et la société n'existait ; aucun conflit d'intérêt n'existe dans l'achat de parts sociales par un de représentants de la société. En plus, il était dans l'intérêt de la société que les directeurs souscrivissent les actions car dans le cas contraire, l'opération visée n'aurait pas été conclue.

**160.-** La question qu'on se pose maintenant est de savoir si une telle règle devrait exister dans la fiducie <sup>291</sup>. On devrait répondre par l'affirmative. Il ne peut y avoir que des avantages, pour les bénéficiaires et le patrimoine fiduciaire, d'avoir un fiduciaire qui ne prend en compte que leurs intérêts. D'abord, on améliore la possibilité que le fiduciaire

---

<sup>288</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-27 ; E. SIMPSON, « Conflicts », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 81 et 82.

<sup>289</sup> « *Nonetheless there are, or may be, a tiny number of interdicted gains where the bar cannot be explained by the no conflict obligation* » (P. BIRKS, « The content of fiduciary obligation », *op. cit.*, p. 10). Dans le même sens, v. M. CONAGLEN, « The nature and function of fiduciary loyalty », *op. cit.*, p. 467.

<sup>290</sup> [1967] 2 AC 134.

<sup>291</sup> M. BARRIERE dans sa thèse n'a pas analysé cette question puisque « la solution française ne pourrait pas être équivalente [**à celle de la Common law**] » (in *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, note de page n° 1850 [les caractères gras sont ajoutés par nous]). S'il est vrai que les sanctions de la *Common law* diffèrent de celles du droit civil, cela ne veut pas dire que de mêmes obligations ne puissent pas exister dans les deux systèmes.

n'agisse pas dans son propre intérêt ; subséquemment, cela diminue aussi la possibilité que le fiduciaire entre en conflit avec les intérêts des bénéficiaires. Ensuite, le fiduciaire ne perdra pas de temps en cherchant des bénéfices économiques autres que sa rémunération. En plus, même quand le fiduciaire obtiendrait un bénéfice non autorisé, par surcroît en violation de l'interdiction d'avoir un conflit d'intérêts, il est pertinent d'avoir les deux règles. Car, dans le cas où il serait difficile de prouver l'existence d'un conflit d'intérêt, les bénéficiaires pourraient prouver que le fiduciaire a eu un bénéfice économique non autorisé <sup>292</sup>. Enfin, cette règle pourrait permettre aux bénéficiaires de changer le fiduciaire qui aurait obtenu un profit économique non autorisé même si la fiducie n'aurait subi aucun dommage <sup>293</sup>.

**161.-** Si les obligations imposées au fiduciaire-*trustee* font partie du régime du devoir de loyauté-*duty of loyalty*, le régime ne se limite pas à elles. Ainsi, il faut continuer avec l'analyse des modifications consensuelles que l'on peut faire sur le devoir de loyauté-*duty of loyalty*.

## § 2.- L'ALLÈGEMENT DU DEVOIR DE LOYAUTÉ-*DUTY OF LOYALTY*

**162.-** Dans la mesure où le devoir de loyauté-*duty of loyalty* est imposé au fiduciaire-*trustee* pour protéger les intérêts de bénéficiaires-*cestuis que trusts* <sup>294</sup>, « il importe [de] souligner que cette règle n'est pas d'ordre public » <sup>295</sup>. En conséquence la règle en question peut être modifiée ; si les parties le souhaitent, elles peuvent, d'une part, le modifier directement en écartant la règle ou au moins une de ses applications et, d'autre part, le modifier indirectement en limitant ou excluant la responsabilité du fiduciaire-*trustee*.

---

<sup>292</sup> En ce sens, v. J. GLOVER, *Commercial equity : fiduciary relationships*, op. cit., n° 5.32.

<sup>293</sup> Sur le remplacement du fiduciaire, v. *infra*, n° 718 et s.

<sup>294</sup> La fiducie étant un contrat entre le constituant et le fiduciaire, le devoir de loyauté protège aussi les intérêts du constituant.

<sup>295</sup> A. ABDALLAH, *La sécurisation de la gestion fiduciaire : pratiques conventionnelles et islamiques*, op. cit., p. 165. Dans le même sens, en droit du mandat, v. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 646.

**163.-** Comme les clauses limitant ou excluant la responsabilité ont comme objectif de modifier le régime de la responsabilité civile du fiduciaire-*trustee* dans le cas où il aurait violé une obligation, les clauses seront analysées dans la deuxième partie de notre thèse <sup>296</sup>. Donc on se limitera ici à analyser l'hypothèse de modification du devoir de loyauté-*duty of loyalty* <sup>297</sup>.

**164.-** Les interdictions imposées par les devoirs de loyauté-*duty of loyalty* ne sont pas absolues <sup>298</sup>. Ainsi « le conflit d'intérêts devrait ne pas être une source d'empêchement, dès lors que les parties l'ont prévu » <sup>299</sup>. Ainsi, le fait que le fiduciaire-*trustee* agisse, dans

---

<sup>296</sup> V. *infra*, n° 907 et s.

<sup>297</sup> Comme en pratique les modifications conventionnelles d'une obligation produisent des résultats pareils aux clauses de responsabilité limitée (en ce sens, v. G. LEGIER, *Rép. civ. Dalloz*, v° Responsabilité contractuelle, spéc. n° 234), certains auteurs analysent ce sujet comme des conventions relatives à la responsabilité contractuelle (*ibidem*, n° 235 et s.).

<sup>298</sup> Ainsi Lord REID (in *Brown v Inland Revenue Commissioners* [1965] AC 244, spéc. p. 245) a décidé que : « Si un *fiduciary*, en utilisant la propriété de son bénéficiaire, obtient un gain ou reçoit un avantage économique, il ne peut pas le garder à moins il y soit autorisé » (« *If the person in a fiduciary position does gain or receive any financial benefit arising out of the use of the property of the beneficiary he cannot keep it unless he can show authority* »).

<sup>299</sup> F. BARRIERE, *Rép. civ. Dalloz*, v° Fiducie, spéc. n° 74. Dans ce sens aussi, v. A. ABDALLAH, *La sécurisation de la gestion fiduciaire : pratiques conventionnelles et islamiques*, *op. cit.*, p. 165 ; P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe en droit privé », *op. cit.*, n° 60. Contrairement à cet avis, il a été écrit que l'article 1596 du Code civil ne peut pas être dérogé par le contrat de la fiducie (B. GOUTHIERE, C. LOPATER et A.-L. BLANDIN, *La fiducie : mode d'emploi : régime juridique, fiscal et comptable, aspects internationaux, intègre l'extension aux personnes physiques*, Francis Lefebvre, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 3361). Certaines jurisprudences en droit du mandat paraissent aller dans ce sens où, en application de l'article 1596 du Code civil, des ventes ont été annulées même si le mandant a vendu directement au mandataire (v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 octobre 1980 : *Defrénois* 1981, p. 1310, obs. J.-L. AUBERT ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 décembre 2000 : *JCP E* 2001, 2008, obs. Ch. YUEGO). Bien que le mandant ait autorisé le mandataire à acheter le bien qu'il a été mandaté de vendre, il faut admettre que des dangers persistent (par exemple le mandataire pouvant se servir de pouvoirs conférés pour faire pression au mandant de le lui vendre [en ce sens, v. J.-L. AUBERT, *Defrénois* 1981, p. 1310, spéc. p. 1311]). Par contre, comme il existe d'autres actions possibles (par exemple le dol pourrait servir dans le cas où le mandataire aurait fait une fausse déclaration ; le mandant pourrait faire annuler la vente aussi pour la violence liée à l'état de nécessité ou à la contrainte économique ; dans le cas de vente d'immeuble, la lésion pourrait être invoquée si les conditions étaient réunies [en ce sens, v. Ch. YUEGO, *JCP E* 2001, 2008, spéc. p. 2010]), la nullité systématique de l'acte est excessive.

En plus, on ne peut pas considérer que cela soit le droit positif du droit de mandat, pas seulement parce qu'il y a des jurisprudences dans l'autre sens (v. Req., 22 mai 1905 : *DP* 1906, I, p. 33 ; Com., 29 janvier 1979 : *Bull. civ.* IV, n° 36, bien que la question de droit ne portât pas sur la validité de la clause, la décision est un exemple qu'une telle clause est valide), mais aussi parce que la doctrine est en général favorable à ce que le mandataire puisse contracter avec soi-même dès lors que le mandant l'y aurait autorisé (pour de bibliographie en ce sens, v. note de page n° 305).

Enfin, on considère inappropriée cette solution pour la fiducie ; pas seulement parce que le fiduciaire a une obligation d'information (v. *infra*, n° 168), mais aussi parce que des contrôles sont

le cas où un conflit d'intérêt existerait ou obtiendrait un avantage économique, n'est pas en soi inacceptable, ce qui est inacceptable est qu'il le ferait sans autorisation<sup>300</sup>.

**165.-** Si les parties peuvent écarter le devoir de loyauté-*duty of loyalty* totalement<sup>301</sup>, généralement ils vont se limiter à écarter seulement une des ses applications<sup>302</sup>, soit en écartant une des obligations qui composent la règle<sup>303</sup>, soit en écartant une application d'une de ses obligations, par exemple, au lieu d'exclure toute l'obligation de ne pas contracter avec soi-même, ils peuvent permettre au fiduciaire-*trustee* d'acheter seulement un bien déterminé du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

**166.-** L'étude du régime de l'exclusion du devoir de loyauté-*duty of loyalty* commence par l'analyse de la façon dont l'exclusion de la règle doit être faite (A), et se poursuit par l'analyse de la manière dont le fiduciaire-*trustee* doit se conduire (B).

#### A.- LE PRINCIPE DE LIBERTÉ COMME MOYEN D'ALLÈGEMENT DU DEVOIR DE LOYAUTÉ-*DUTY OF LOYALTY*

---

imposés pour assurer la normalité de l'acte (v. *infra*, n° 177 et s.); donc il existe des éléments suffisants pour faire face aux dangers que présente le contrat avec soi-même.

<sup>300</sup> En ce sens, v. le jugement du Lord NORMAND dans *Dale v Inland Revenue Commissioners* [1954] AC 11, spéc. p. 27.

<sup>301</sup> Au contraire Mme. LESLIE est de l'opinion qu'une exclusion totale du *duty of loyalty* n'est pas possible parce que cela équivaldrait à donner au *trustee* le droit d'user la propriété du *trust* comme le sien (« Trusting trustees : fiduciary duties and the limits of default rules », (2005) 94 *Geo. L.J.* 67, spéc. p. 112 et 113). L'erreur de ce point de vue pourrait consister en ce qu'il ne prend pas en compte que, même si on exclut la totalité de la règle, il y a des contrôles imposés au *trustee* qui ne lui permettent pas d'user les bien des *trusts* comme les siens (v. *infra*, n° 177 et s.).

<sup>302</sup> Les constituant-*settlers* vont éviter d'écarter le *duty of loyalty* parce qu'il serait peu probable qu'une dérogation complète du *duty of loyalty* aiderait à améliorer la gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund* (*ibidem*, p. 111).

<sup>303</sup> Ainsi, si les parties intéressées le veulent, elles peuvent déroger seulement à l'obligation du fiduciaire-*trustee* de ne pas contracter avec soi-même ; de ne pas poursuivre un intérêt personnel en traitant, au nom de la fiducie-*trust*, avec de tiers ; de ne pas concurrencer les affaires de la fiducie-*trust* ; de ne pas obtenir un profit économique de la fiducie-*trust* ; de ne pas créer un conflit entre ses obligations ; de ne pas agir dans le cas où un conflit entre ses obligations serait créé en dehors de sa volonté ; de ne pas être partial parmi les différents bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

**167.-** Si dans le droit anglais il existe des autorisations légales <sup>304</sup>, c'est le consentement des parties concernées qui est le moyen privilégié d'exclusion du *duty of loyalty*.

**168.-** Comme la fiducie-*trust* est un moyen de disposition, le constituant-*settlor* a le droit de disposer de ses biens comme il le croit le mieux. Ainsi, s'il croit qu'exclure le devoir de loyauté-*duty of loyalty* ou une des ses applications serait le mieux dans l'intérêt de ses bénéficiaires-*cestuis que trusts*, il a le droit de les exclure <sup>305</sup>. Par contre, du seul fait de l'exclusion de l'obligation, on ne peut pas systématiquement conjecturer que le constituant-*settlor* suppose que l'exclusion bénéficie à la fiducie-*trust* <sup>306</sup>. Ainsi, pour que le constituant-*settlor* exclue consciemment le devoir de loyauté-*duty of loyalty*, une obligation d'information devrait être imposée au fiduciaire-*trustee* pour qu'il puisse donner son consentement sciemment.

**169.-** Dans cet ordre d'idées on comprend mieux la possibilité de constituer en droit français une fiducie-sûreté <sup>307</sup> où le fiduciaire serait aussi le créancier-bénéficiaire. Car la fiducie-sûreté n'est qu'une fiducie où le constituant a autorisé le fiduciaire à avoir un conflit d'intérêt <sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> Sur l'autorisation du *trustee* à être rémunéré, v. section 29 du *Trustees Act 2000* ; sur la juridiction de la cour à autoriser une rémunération, v. HANBURY et MARTIN, *Modern Equity, op. cit.*, p. 604 et 605 ; sur l'autorisation faite au *trustee* d'acheter un bien fiduciaire, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-61.

<sup>305</sup> Sur l'exclusion du *duty of loyalty*, v. *Sargeant v National Westminster Bank plc* (1991) 61 P.& C.R. 518 ; G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 29.66 ; LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-88.

Sur le droit de mandant de permettre au mandataire de se porter contrepartie ou d'avoir un mandat double, v. Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire, op. cit.*, n° 224 ; Ph. PETEL, *Le contrat de mandat*, Dalloz, 1994, p. 55 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, n° 31150 et 31151 ; *JCl Civil Code* Art. 1984 à 1990, Fasc. 20, 2001, [par R. de QUENAUDON], spéc. n° 51 ; O. PADE, « Le mandat double. De la nécessaire transparence dans la double représentation », *op. cit.*, n° 36 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 566).

<sup>306</sup> En ce sens, v. M. B. LESLIE, « Trusting trustees : fiduciary duties and the limits of default rules », *op. cit.*, p. 85.

<sup>307</sup> V. les articles 2372-1 et s. du Code civil.

<sup>308</sup> Il est bien connu que dans le droit anglais, le *settlor* ne peut pas constituer un *trust* à titre de garantie où le *trustee* serait aussi le créancier et l'unique *cestui que trust*. Mais cette impossibilité ne dérive pas du *duty of loyalty* du *trustee*, mais elle dérive de la structure même du *trust*. La structure du *trust* ne permet pas au *trustee* d'être l'unique *cestui que trust*. Il en est ainsi parce que le *trust* implique une division de la propriété, entre le *legal property* et l'*equitable property*, pour cela il faut au moins qu'une autre personne soit le *cestui que trust*.

170.- Puisque le *trust* est une création unilatérale du *settlor*<sup>309</sup>, sa seule volonté suffirait pour déroger aux obligations du *trustee*. Mais comme la fiducie est un contrat, nous serions en présence d'une dérogation conventionnelle, cela implique nécessairement l'accord du constituant et du fiduciaire

171.- Si le devoir de loyauté-*duty of loyalty* ou une de ses applications peut être expressément écarté par le constituant-*settlor*, une dérogation implicite suffirait aussi pour les écarter<sup>310</sup>. Il en serait ainsi par exemple, si le constituant-*settlor* choisissait sciemment un fiduciaire-*trustee* qui aurait une entreprise en concurrence avec les affaires de la fiducie-*trust*.

172.- Contrairement au droit anglais, où les droits de *cestuis que trusts* deviennent irrévocables dès la constitution du *trust*, puisque la fiducie est une stipulation pour autrui (quand le bénéficiaire est un tiers au contrat) les droits de bénéficiaires ne deviennent irrévocables qu'après leur acceptation<sup>311</sup>.

173.- Une fois que les droits des bénéficiaires-*cestuis que trusts* seront irrévocables, il faudra leur consentement si le fiduciaire-*trustee* veut réaliser un acte contraire aux

Le conflit d'intérêt créé dans la fiducie-sûreté est une de critiques qui fait une partie de la doctrine mexicain à cette catégorie de fiducie (v. J. SUAYFETA, « Del fideicomiso en que una misma persona o institución ocupa dos posiciones de parte », *Rev. Der. Priv. (U.N.A.M.)*, año 9, n° 26, mayo-ago 1998, p. 85 et s., spéc. p. 91 et s. ; J. SUAYFETA, « La institución jurídica del fideicomiso en caída libre. En proceso nuevas reformas a las leyes que lo regulan », *Rev. Der. Priv. (U.N.A.M.)*, nueva época, año II, n° 6, sept-dic 2003, p. 85 et s., spéc. pp. 86-88 ; J. SUAYFETA, « Las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Nuevo e irresponsable atentado a la institución del fideicomiso », *Rev. Der. Priv. (UNAM)*, nueva época, año 1, n° 2, may-ago 2002, México, p. 123 et s., spéc. p. 127 et s.). Sur la fiducie-sûreté en droit mexicain, v. R. MOLINA PASQUEL, « El fideicomiso de garantía », *Rev. Bancaria* 1959, vol. 7, p. 102 et s. ; H. M. CARDENAS VILLARREAL, « El derecho de propiedad en los bienes fideicomitidos y el fideicomiso de garantía », *Rev. Mexicana de Der.*, Colegio de Notarios del D.F., 2<sup>a</sup> éd., 2001, México, p. 219 et s.

<sup>309</sup> V. *supra*, n° 6, 170 et 174.

<sup>310</sup> En ce sens dans le droit du mandat, v. Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 224.

En ce qui concerne l'exclusion implicite en droit anglais de la *no conflict rule*, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 10.112 ; sur l'exclusion implicite de la *self-dealing rule*, v. LEWIN, *Lewin on trust*, *op. cit.*, n° 20-123.

<sup>311</sup> Ainsi, l'article 2028 du Code civil établit que « [l]e contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire ».

interdictions imposées par le devoir de loyauté-*duty of loyalty*<sup>312</sup>. Comme l'exclusion du devoir de loyauté-*duty of loyalty* touche tous les bénéficiaires-*cestuis que trusts*, pour que l'exclusion soit effective, il faudra que tous donnent leur accord et que personne ne soit entaché d'une incapacité<sup>313</sup>.

174.- Comme après la constitution de la fiducie-*trust* l'exclusion du devoir de loyauté-*duty of loyalty* ou d'une de ses applications consiste dans une renonciation à un droit, il est nécessaire que la personne qui renonce à ses droits donne son consentement<sup>314</sup>. Pour cette raison, dans le *trust*, le consentement des *cestuis que trusts* suffit, car une fois le *trust* constitué le *settlor* n'a aucun droit une fois le *trust* constitué<sup>315</sup>. Par contre, comme la fiducie est un contrat, pour écarter le devoir de loyauté ou une de ses applications, il faudra aussi le consentement du constituant.

175.- Puisque l'exclusion du devoir de loyauté-*duty of loyalty* ou une de ses applications enlève une charge du fiduciaire-*trustee*, on doit l'analyser comme un acte qui serait plutôt dans l'intérêt du fiduciaire-*trustee* que dans l'intérêt des bénéficiaires-*cestuis*

---

<sup>312</sup> Sur le droit français, le deuxième paragraphe de l'article 2028 du Code civil prévoit qu'« [a]près acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ». Sur le droit des *cestuis que trusts* d'exclure la *self-dealing rule*, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-61 et 20-91. Sur l'exclusion de la *no profit rule*, v. *ibidem*, n° 20-52 ; G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 20.69.

<sup>313</sup> En ce sens UPJOHN LJ (in *Boulting v Association of Cinematograph, Television and Allied Technicians* [1963] 2 QB 606, spéc. p. 637 et 638) a statué que : « Pour résumer la position, il est clair que l'ayant droit de cette règle positive est la personne qui est protégée par celle-ci, mais cette personne, et elle seule, peut dans des circonstances appropriées l'assouplir comme bon lui semble [...] cela peut être assoupli seulement si les ayants droit de la règle sont de l'âge nubile, *sui juris* et ont toutes les connaissances nécessaires, non seulement de tous les faits pertinents, mais aussi de leurs droits » (« *To sum up the position, it is clear that the person entitled to the benefit of this positive rule is the person who is protected by it, but he, and he alone, can in proper circumstances relax it so such extent he thinks proper [...] only to be relaxed where those entitled to the benefit of it are of full age, sui juris and have all the requisite knowledge, not only of all relevant facts but of their rights* »).

Dans le *trust* s'il y a des *cestuis que trusts* incapables ou pas encore nés, le *trustee* peut demander à la cour de compléter leur consentement (en ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-92 et 20-93).

En droit anglais le terme *sui juris* est utilisé pour désigner une personne capable (v. *Black's Law Dictionary*, 3<sup>ème</sup> Pocket éd., *op. cit.*, v° *Sui juris*).

<sup>314</sup> En ce sens, v. D. HOUTCIEFF, *Rép. civ. Dalloz*, v° Renonciation, spéc. n° 17 et s.

<sup>315</sup> Sauf ceux qu'il aurait réservés, mais entre lesquelles ne peut pas figurer le droit d'exiger l'accomplissement du *duty of loyalty*.

Sur la situation du *settlor* une fois constitué le *trust*, v. J.-P. BERAUDO et J. M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et le pays de droit civil. Approche juridique et fiscal, op. cit.*, n° 136 et s.



*que trusts*<sup>316</sup>. Ainsi, pour que le consentement du constituant-*settlor*<sup>317</sup> ou des bénéficiaires-*cestuis que trusts* soit effectif il devrait être donné sciemment. Subséquemment, en droit anglais une obligation d'information est imposée au *trustee*<sup>318</sup>. Il devrait en être ainsi aussi en droit français, où le fiduciaire devrait informer des circonstances nécessaires pour que le constituant et les bénéficiaires puissent donner un consentement éclairé<sup>319</sup>.

**176.-** Bien qu'il soit possible d'alléger le devoir de loyauté-*duty of loyalty*, des limites sont imposés à ce droit ; sujet que nous analyserons à continuation.

## B.- LES LIMITES À LA LIBERTÉ DE PARTIES D'ALLÉGER LE DEVOIR DE LOYAUTÉ-*DUTY OF LOYALTY*

**177.-** Bien que le devoir de loyauté-*duty of loyalty* puisse être écarté, cela ne veut pas dire que les actes du fiduciaire-*trustee* restent sans contrôle.

**178.-** M. HAYTON a considéré que même si le *duty of loyalty* était écarté, le *trustee* devrait agir de bonne foi<sup>320</sup>. En conformité au troisième paragraphe de l'article 1134 du Code civil, le fiduciaire aussi serait tenu d'exécuter la fiducie de bonne foi. Mais, qu'implique le fait d'exécuter la fiducie-*trust* de bonne foi ?

**179.-** Si on analyse au fond l'exclusion du devoir de loyauté-*duty of loyalty*, on se rend compte que même si le fiduciaire-*trustee* n'est plus obligé d'agir dans le seul intérêt

---

<sup>316</sup> Pour cette raison M. FRANKEL (in « Fiduciary duties as default rules », *op. cit.*, note n° 60) a affirmé : « une renonciation implique un don, un acte unilatéral de renonciation à quelque chose qui est déjà due, une libération unilatérale par une partie à la demande d'une autre » (« a 'waiver' implies a gift a one-sided consent to give up something that is due- a unilateral release by one party upon the request of another »).

<sup>317</sup> Le consentement du *settlor* ne serait donné qu'à la constitution du *trust*.

<sup>318</sup> V. *Boulting v Association of Cinematograph, Television and Allied Technicians* [1963] 2 QB 606, spéc. p. 638.

<sup>319</sup> En ce sens MM. BONNEAU et DRUMMOND a écrit que « l'information doit être donnée sur un support durable et être suffisamment détaillée pour que le client puisse prendre sa décision en connaissance de cause » (in *Droit de marchés financiers*, Economica, 3<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 369-3).

<sup>320</sup> In « The irreducible core content of trusteeship », in *Trends in contemporary trust law*, s. la dir. d'A. J. OAKLEY, Oxford Press, 1996, p. 47 et s., spéc. 57.

des bénéficiaires-*cestuis que trusts*<sup>321</sup>, il est quand même toujours obligé d’agir dans leur intérêt. Cette idée n’est que dans la logique du respect de l’affectation des biens fiduciaires et donc de l’obligation du fiduciaire-*trustee* d’accomplir la mission commandée par le constituant-*settlor*<sup>322</sup>.

**180.-** Ainsi, quand on fait référence à l’obligation d’agir de bonne foi, on veut dire que le fiduciaire-*trustee* est obligé d’agir selon ce qu’il croit être dans l’intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts*<sup>323</sup>. Donc, si le fiduciaire-*trustee* est autorisé par exemple à acheter un bien fiduciaire, il doit le faire en croyant de bonne foi que ceci est dans l’intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

**181.-** Ensuite, le fait que l’exclusion du devoir de loyauté-*duty of loyalty* autorise le fiduciaire-*trustee* à avoir un conflit entre ses intérêts et ses obligations (donc de contracter avec soi-même ; de prendre en considération ses intérêts personnels en traitant avec des tiers ; de concurrencer les affaires de la fiducie-*trust*) et à avoir un conflit entre ses obligations<sup>324</sup>, n’enlève pas nécessairement ni le conflit entre son intérêt personnel et son obligation, ni le conflit entre ses obligations<sup>325</sup>. En conséquence, le fait que le conflit n’ait

---

<sup>321</sup> C’est-à-dire qu’il peut agir aussi dans son propre intérêt et dans ceux d’un tiers.

<sup>322</sup> En ce sens M. LANGBEIN (in « Mandatory rules in the law of trusts », (2004) 98 *Nw. U. L. Rev.* 1105, spéc. p. 1123) a écrit qu’en conformité à la section 105 (b) et 801 de l’Uniform Trust Code of 2000 des Etats Unis, il est d’ordre public que le *trustee* « administre le *trust* de bonne foi et en conformité à ses clauses, à ses objectifs et aux intérêts des bénéficiaires » (« *administer the trust in good faith, in accordance with its terms and purposes and the interests of the beneficiaries* »).

<sup>323</sup> Quand nous sommes en présence d’une fiducie-sûreté où le fiduciaire serait aussi bénéficiaire, agir de bonne foi consiste à prendre en compte les intérêts du constituant (ce dernier devrait être considéré aussi comme un bénéficiaire [v. *supra*, n° 28]). Si un jour le droit français admet la fiducie sans bénéficiaires (comme c’est le cas du droit mexicain, v. le 3<sup>ème</sup> paragraphe de l’article 382 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*), agir de bonne foi consiste donc à agir conformément à l’affectation des biens et à la mission établie par le constituant.

<sup>324</sup> Soit car le fiduciaire-*trustee* a été autorisé à créer lui-même la situation, soit car une fois la situation créée, il est autorisé à continuer à agir. Dans ce dernier cas, le consentement joue un rôle différent car ici l’objectif n’est pas de permettre la création d’un conflit mais plutôt de permettre au fiduciaire-*trustee* d’agir après que le conflit soit créé.

<sup>325</sup> En ce sens M. ABDALLAH a écrit que « si l’acceptation du fiduciaire semble légitimer une telle possibilité, elle n’enlève pas, à notre sens, le risque de conflit d’intérêts quasi-certain qui pourrait en émaner » (in *La sécurisation de la gestion fiduciaire : pratiques conventionnelles et islamiques*, op. cit., p. 165). Par exemple dans l’autorisation donnée au fiduciaire-*trustee* de vendre un bien fiduciaire à lui-même, le conflit entre vendre au prix le plus haut possible et acheter au prix le plus bas possible continue.

Il peut arriver parfois que l’autorisation donnée par une des parties ait comme effet d’éliminer le conflit d’intérêt. Il en serait ainsi, par exemple si un fiduciaire-*trustee* ne pouvait pas accepter une

pas disparu donne au fiduciaire-*trustee* le pouvoir de résoudre le conflit, donc « les craintes de partialité sont légitimes »<sup>326</sup>. Pour cette raison, le fiduciaire-*trustee* doit être impartial à l'égard des différents intérêts en jeu<sup>327</sup>.

**182.-** Ainsi, puisque le fiduciaire-*trustee* doit être impartial, tout acte passé par lui où un conflit existerait entre ses intérêts personnels et ses obligations ou entre ses obligations, l'acte devrait être conclu dans des conditions équitables pour les bénéficiaires-*cestuis que trusts*<sup>328</sup>. Donc, si le fiduciaire-*trustee* louait un bien appartenant à la fiduciaire-

nouvelle mission car elle lui imposerait une obligation de divulguer une information confidentielle d'une autre fiduciaire-*trust*. Donc si le fiduciaire-*trustee* obtient l'autorisation de divulguer cette information confidentielle, il n'aurait plus un conflit entre l'obligation de confidentialité et celle de donner cette même information, et en conséquence il pourrait accepter la nouvelle mission.

<sup>326</sup> Ph. DELEBECQUE, « Mandat. Représentation du vendeur et de l'acquéreur. Double mandat. Possibilité (oui) », *DeFrénois* 1999, p. 366.

<sup>327</sup> En ce sens en droit français sur le double mandat, v. Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, n° 234 ; Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, v° Mandat, spéc. n° 226 ; O. PADE, « Le mandat double. De la nécessaire transparence dans la double représentation », *op. cit.*, n° 27 et s. (même si l'auteur fait référence à la notion d'indépendance, l'idée d'impartialité est sous jacente).

Dans le même sens mais en droit Anglais, MILLETT L.J. (in *Bristol and West Building Society v Mothew* [1998] Ch. 1, spéc. p. 19) a établi que : « même si un *fiduciary* agit précisément pour deux personnes qui ont des intérêts potentiellement contradictoires, il doit agir de bonne foi dans l'intérêt de chacun et ne doit pas agir avec l'intention de favoriser les intérêts de l'un au détriment de ceux de l'autre [...] J'appelle celle-ci 'l'obligation de bonne foi'. Mais cela va plus loin encore. Le *fiduciary* ne doit pas permettre que l'exécution des obligations dues à une personne soit influencée par sa relation avec l'autre. Il doit servir chacune fidèlement et loyalement, comme si elle était l'unique personne envers qu'il est obligé » (« *even if a fiduciary is properly acting for two principals with potentially conflicting interests he must act in good faith in the interests of each and must not act with the intention of furthering the interests of one principal to the prejudice of those of the other [...] I shall call this 'the duty of good faith'. But it goes further than this. He must not allow the performance of his obligations to one principal to be influenced by his relationship with the other. He must serve each as faithfully and loyally as if he were his only principal* »).

La règle énoncée dans l'arrêt précédent est connue comme l'*inhibition principle*. Elle interdit au *trustee* de privilégier un *trust* sur un autre, donc dans le cas où cela ne serait pas possible, le *fiduciary* devrait cesser d'agir (en ce sens, v. M. CONAGLEN, « Fiduciary regulation of conflicts between duties », *op. cit.*, p. 134 ; Ch. HOLLANDER et S. SALZEDO, *Conflict of interest and Chinese walls*, *op. cit.*, n° 2-42).

<sup>328</sup> En ce sens sur le double mandat M. PADE a écrit qu'« au niveau de l'exécution du contrat, on pourrait imposer au mandataire la double preuve, que le contrat a été conclu à des conditions normales, et qu'il n'a pas sacrifié les intérêts des mandants ou de l'un d'eux » (in « Le mandat double. De la nécessaire transparence dans la double représentation », *op. cit.*, n° 48) et que par « l'obligation de loyauté [...] le mandataire engage sa responsabilité s'il favorise l'intérêt d'un tiers. Par conséquent, le devoir de loyauté dans le mandat double impose au mandataire [...] de concilier les intérêts opposés au mieux des intérêts de chaque mandant, sans jamais privilégier les intérêts de l'un en détriment de l'autre » (*ibidem*, n° 57).

En droit anglais on pourrait prendre par analogie le droit positif sur la *fair-dealing rule* : si le *trustee* acquiert les droits des *cestuis que trusts*, l'acquisition ne serait valable que si elle a été juste et

*trust* à un prix inférieur au prix du marché, les bénéficiaires-*cestuis que trusts* pourraient invoquer l'anormalité de l'acte.

**183.-** En plus, si le devoir de loyauté-*duty of loyalty* a été écarté, cela ne veut pas dire que les autres obligations le soient aussi. Le fiduciaire-*trustee* doit toujours respecter les autres obligations qui lui sont imposées <sup>329</sup>. Ainsi, par exemple le fait que le fiduciaire-*trustee* soit autorisé à acheter un bien fiduciaire ne veut pas dire que le faire soit diligent ; donc, si le fiduciaire-*trustee* achetait ce bien alors que le devoir de diligence-*duty of care* lui interdit de le vendre, les bénéficiaires-*cestuis que trusts* pourraient contester la vente <sup>330</sup>.

**184.-** Dans ce même ordre d'idées, même si le fiduciaire-*trustee* était autorisé à obtenir un profit économique de la fiducie-*trust*, il serait responsable pour les dommages causés si, en cherchant un bénéfice économique, il négligeait les affaires de la fiducie-*trust*.

**185.-** Enfin l'exclusion d'une des applications du devoir de loyauté-*duty of loyalty* devrait être interprétée strictement <sup>331</sup>. Ainsi, par exemple une clause qui permet au fiduciaire-*trustee* d'être rémunéré ne devrait pas être interprétée comme une exclusion à l'interdiction d'obtenir un profit de la fiducie-*trust*.

**186.-** Nous venons d'analyser le régime du devoir de loyauté-*duty of loyalty* ; mais il faut encore le justifier ; il n'est pas naturel qu'une personne ne puisse pas prendre en compte ses propres intérêts.

---

honnête (v. *Tito v. Waddell (No 2)* [1977] Ch. 106, spéc. p. 241) ; dans le cas contraire, elle serait annulée.

<sup>329</sup> En ce sens la cour a statué que le fait du mandataire d'avoir personnellement acquis le fonds de commerce ne le dispensait pas d'accomplir les diligences qu'il devait en tant que mandataire salarié (v. Com., 29 janvier 1979 : *Bull. civ.* IV, n° 36). Dans le même sens, v. Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire, op. cit.*, n° 230.

Sur le droit anglais du *trust*, v. LEWIN, *Lewin on trusts, op. cit.*, n° 39-78.

<sup>330</sup> Sur le devoir de diligence-*duty of care*, v. *infra*, n° 225 et s.

<sup>331</sup> V. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 559.

## SECTION II.- LA JUSTIFICATION DU DEVOIR DE LOYAUTÉ-*DUTY OF LOYALTY*

187.- HEYDON J.A. a considéré dans *Harris v Digital Pulse Ltd* que : « [*fiduciary rules*] sont prophylactiques dans le sens où elles tendent à empêcher la maladie de la tentation chez le *fiduciary* - elles préservent ou protègent le *fiduciary* de cette maladie »<sup>332</sup>.

188.- Nous trouvons la même idée en droit français où la Cour d'Appel de Rennes, en interdisant la contrepartie dans le mandat, à prononcé que « l'admission d'un tel procédé constituerait une bien dangereuse tentation pour les mandataires plus soucieux de leurs propres intérêts que de ceux de leurs mandants »<sup>333</sup>.

189.- Ainsi, le devoir de loyauté-*duty of loyalty* est prophylactique, car il vise à prévenir que le fiduciaire-*trustee* ne viole le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, en lui interdisant de se mettre dans certaines circonstances où il aurait des tentations ou des influences qui augmentent la possibilité de le violer.

190.- « La loyauté se comprend donc [comme] la mise en place de mesures destinées à faire en sorte que les risques d'agissements déloyaux ne puissent se réaliser. Dans cette perspective, diverses interdictions objectives participent à la prévention du risque de déloyauté »<sup>334</sup>. Ainsi, en interdisant au fiduciaire-*trustee* d'agir où il a un intérêt personnel, on évite des situations où il aurait des tentations de poursuivre ses propres intérêts au préjudice du patrimoine fiduciaire-*trust fund* ; et en interdisant au fiduciaire-*trustee* d'agir où ses obligations sont en conflit, on évite des situations où le fiduciaire-*trustee* pourrait être poussé à violer une de ses obligations.

---

<sup>332</sup> « [*fiduciary rules*] are prophylactic in the sense that they tend to prevent the disease of temptation in the *fiduciary*--they preserve or protect the *fiduciary* from that disease » (in I. SAMET, « Guarding the *fiduciary's* conscience : a justification of a stringent profit-stripping rule », 28 *O.J.L.S.* 763, spéc. p. 777 et 778).

<sup>333</sup> CA Rennes, 6 janvier 1959 : *D.* 1959, p. 273.

<sup>334</sup> S. BONFILS, *Les droit des obligations dans l'intermédiation financière*, th. dactyl., op. cit., n° 376 (ce qui est entre crochets a été ajouté par nous).

**191.-** Ainsi, comme le devoir de loyauté-*duty of loyalty* dirige le comportement du fiduciaire-*trustee* vers le seul intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, il aide à prévenir des violations du patrimoine fiduciaire-*trust fund* ; et par conséquent la règle protège l'intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

**192.-** Le fait que le devoir de loyauté-*duty of loyalty* soit soucieux des circonstances où il existe un risque majeur que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit endommagé <sup>335</sup>, s'explique en vertu des dangers que les situations interdites suscitent (§ 1) ; malgré cela, certains doctrinaires s'opposent à l'état actuel du devoir de loyauté-*duty of loyalty* (§ 2).

## § 1.- LES DANGERS SUSCITÉS PAR LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

**193.-** Nous analyserons d'abord les dangers que présente la situation où le fiduciaire-*trustee* poursuivrait son propre intérêt (A), pour ensuite étudier les dangers occasionnés dans un conflit entre ses obligations (B).

### A.- LES DANGERS SUSCITÉS PAR LA POURSUITE PAR LE FIDUCIAIRE- TRUSTEE DE SES INTÉRÊTS PROPRES

**194.-** Un proverbe mercantile dit : qui fait faire ses affaires par commission, va à l'hôpital en personne <sup>336</sup>. Ainsi, comme la fiducie-*trust* est une institution où le fiduciaire-*trustee* a le contrôle et la gestion des biens fiduciaires, elle crée des opportunités pour que le fiduciaire-*trustee* s'approprie des biens fiduciaires ou un part de leur valeur <sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> En ce sens, v. M. CONAGLEN, « The nature and function of fiduciary loyalty », *op. cit.*, p. 461.

<sup>336</sup> Dans L.-J. SAVARY, J. SAVARY DES BRULONS et Ph.-L. SAVARY, *Le parfait négociant ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des pays étrangers*, T. II, Frères Estienne, 1770, p. 229. En ce sens S. MESSAI écrit que « si la gestion des affaires d'autrui représente généralement un événement heureux, ce bonheur peut néanmoins parfois tourner court » (in *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, th. dactyl. Paris I, 2005, n° 1).

<sup>337</sup> En ce sens, v. R. COOTER et B. J. FREEDMAN, « The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences », *op. cit.*, p. 1048 ; A. G. ANDERSON, « Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure », (1978) 25 *UCLA L. Rev.* 738, p. 759 ; A. ABDALLAH, *La sécurisation de la gestion fiduciaire : pratiques conventionnelles et islamiques*, *op. cit.*, p. 12 ; S. BONFILS, *Les droits des obligations dans l'intermédiation financière*, th. dactyl., *op. cit.*, n° 328 ; C. WITZ, « Rapport introductif. Les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe », in *La fiducie et ses applications*

195.- Ce risque augmente tant que les possibilités de découvrir des détournements du fiduciaire-*trustee* sont faibles.

196.- Il serait difficile aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* de les découvrir, car ils ne peuvent pas observer directement les actions du fiduciaire-*trustee*. En plus, il leur serait ardu d'en déduire si les actions du fiduciaire-*trustee* ont été ou non frauduleuses, « car les résultats peuvent dépendre de la conduite du » fiduciaire-*trustee* « mais aussi du hasard. Par conséquent, pour déterminer si l'acte du » fiduciaire-*trustee* « a été fait dans son intérêt ou non s'avère être un jeu de devinettes »<sup>338</sup>.

197.- Ainsi, cette asymétrie d'information<sup>339</sup> empêche les bénéficiaires-*cestuis que trusts* de surveiller directement et effectivement leur fiduciaire-*trustee*<sup>340</sup>. Surveillance qui en plus requiert du temps et des connaissances approfondies<sup>341</sup>, ce que n'ont pas tous les

*dans plusieurs pays européens, Allemagne, Angleterre, Liechtenstein, Luxembourg, Suisse, Colloque organisé le 29 novembre 1990, Bull. Joly 1991, n° 4 bis, p. 9 et s., spéc. p. 9.*

En vertu du contrôle que le fiduciaire-*trustee* ait sur le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, les bénéficiaires-*cestuis que trusts* vont être toujours dans une position d'infériorité vis-à-vis du fiduciaire-*trustee*, même si avant la création de la relation ils étaient dans une position de force. L. SMITH critique cette position, en disant que tous les *cestuis que trusts* ne sont pas vulnérables (in « The motive, not the deed », *op. cit.*, p. 61) ; on ne concorde pas avec la critique de M. SMITH parce que ce n'est pas la personne en soi qui est vulnérable, mais que c'est la situation dans laquelle se trouve cette personne que la rendre vulnérable (en ce sens, v. R. FLANNIGAN, « The fiduciary obligation », *op. cit.*, p. 306).

<sup>338</sup> « *she must infer them from outcomes. This inferences is imperfect because outcomes depend upon the agent's conduct and also upon chance. Consequently, determining whether the agent's act was other-regarding or self-regarding often proves to be a guessing game* » (R. COOTER et B. J. FREEDMAN, « The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences », *op. cit.*, p. 1049).

<sup>339</sup> En économie, on parle d'asymétrie d'information lorsque, dans un échange, une de parties détient plus d'information que l'autre (v. G. A. AKERLOF, « The Markets for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism », (1970) 84 *Quarterly Journal of Economics* 488). Ainsi « l'asymétrie d'information est au cœur des modèles MANDAT-MANDATAIRE, où le mandataire fournit une prestation au mandant tout en connaissant mieux que lui la situation » (B. GUERRIN, *Dictionnaire d'analyse économique*, La découverte, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, v° Asymétrie d'information).

<sup>340</sup> Sur les raisons pour lesquelles les bénéficiaires-*cestuis que trusts* ne sont pas aptes à surveiller au fiduciaire-*trustee*, v. M. B. LESLIE, « In the defense of the no inquiry rule : a response to professor John Langbein », 47 *Wm. & Mary L. Rev.* 541, spéc. p. 558 et s.

<sup>341</sup> Comme l'écrit Mme. LESLIE (in *ibidem*, p. 559): « pour surveiller efficacement le comportement du *trustee*, le bénéficiaire aurait besoin des connaissances du marché, des finances, et de l'information que le *trustee* a » (« *to monitor trustee behavior adequately, the beneficiary would need the same knowledge of the market, financial sophistication, and information the trustee has* »).

bénéficiaires-*cestuis que trusts*. De plus, comme la fiducie-*trust* sépare les charges de la propriété des avantages<sup>342</sup>, il serait contraire au but de l'institution que le bénéficiaire-*cestui que trust* surveille constamment le fiduciaire-*trustee*<sup>343</sup>.

**198.-** Pour faire face à ces obstacles, les droit français et anglais, imposent au fiduciaire-*trustee* l'obligation de rendre compte de sa mission<sup>344</sup>. Ce qui implique aussi une obligation de tenir un registre de ses activités. En plus, le droit français prévoit la possibilité que le constituant désigne un tiers pour surveiller le fiduciaire<sup>345</sup>.

**199.-** Bien que l'obligation de rendre compte et la possibilité de désigner un protecteur<sup>346</sup> soient des moyens de surveiller le fiduciaire-*trustee* et donc une manière de protéger le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, leur efficacité est restreinte (notamment pour prévenir des violations à cette universalité ne soit endommagée).

**200.-** L'efficacité du devoir de rendre compte dépend de la véracité du rapport rendu et de la possibilité de vérifier sa véracité. Comme le rapport est réalisé par le fiduciaire-*trustee* lui-même et que généralement les bénéficiaires-*cestuis que trusts*<sup>347</sup> n'ont pas les compétences nécessaires pour bien comprendre le compte rendu<sup>348</sup>, le

---

<sup>342</sup> Pour SITKOFF cette séparation est l'élément central du *trust* (in « An agency costs theory of trust law », (2004) 89 *Cornell L. Rev.* 621, p. 623).

<sup>343</sup> En ce sens, v. M. B. LESLIE, « In the defense of the no inquiry rule : a response to professor John Langbein », *op. cit.*, p. 559 et 560.

<sup>344</sup> En droit français, l'obligation de rendre compte est prévue dans l'article 2022 du Code civil. Sur cette obligation, v. B. GOUTHIERE, C. LOPATER et A.-L. BLANDIN, *La fiducie : mode d'emploi. Régime juridique, fiscal, comptable, aspects internationaux*, *op. cit.*, n° 3380 et s.

Sur l'obligation de rendre compte en droit anglais, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 10.121.

<sup>345</sup> L'article 2017 du Code civil prévoit que « [s]auf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant ». Sur le tiers protecteur, v. B. GOUTHIERE, C. LOPATER et A.-L. BLANDIN, *La fiducie : mode d'emploi. Régime juridique, fiscal, comptable, aspects internationaux*, *op. cit.*, n° 800 et s.

<sup>346</sup> Sur le sujet en droit de *trusts*, v. A. HOLDEN, *Trust protectors*, Jordan, 2011.

<sup>347</sup> Dans la fiducie, le fiduciaire a un devoir de rendre compte tant au constituant qu'au tiers-protecteur.

<sup>348</sup> En ce sens M.B. LESLIE (in « In the defense of the no inquiry rule : a response to professor John Langbein », *op. cit.*, p. 560) a écrit : « Mais si les bénéficiaires n'ont pas la capacité de découvrir, dans les registres, tous les faits nécessaires pour évaluer si les actes du *trustee* sont dans le meilleure intérêt du *trust*, le fait qu'ils reçoivent des rapports de *trustee* fournit très peu de protection. La plus part des bénéficiaires n'a pas cette capacité, même s'ils sont des adultes capable » (« *But if the beneficiaries lack the ability to discover from those records all of the facts*



fiduciaire-*trustee* pourrait manipuler le rapport sans qu'aucune anomalie soit détectée<sup>349</sup>. De plus, généralement l'information ne va être donnée au bénéficiaire-*cestui que trust* qu'après que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* a été violé. Pour cette raison, le droit des bénéficiaires-*cestuis que trusts* à être informés ne préviendra pas des violations au patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

**201.-** En quant au tiers-protecteur, son efficacité va dépendre de sa capacité à bien surveiller le fiduciaire, ce qui requiert des connaissances approfondies dans les différents domaines qui concerneraient la fiducie en question. En plus, compte tenu du coût qu'un tiers-protecteur pourrait représenter, toutes les fiducies ne pourront en avoir un.

**202.-** Si découvrir un détournement de la part du fiduciaire-*trustee* est déjà une épreuve, une autre serait de devoir le prouver une fois découvert<sup>350</sup>. Subséquemment, si on ajoute, aux difficultés de découvrir un détournement, les difficultés de le prouver, les possibilités de sanctionner un fiduciaire-*trustee* frauduleux seraient encore plus faibles, et les risques d'appropriation augmenteraient encore.

**203.-** Ainsi, le devoir de loyauté-*duty of loyalty* pour faire face à ces adversités a construit des présomptions légales<sup>351</sup>. Les présomptions consistent en ce que, chaque fois que le fiduciaire-*trustee* a un conflit d'intérêt et chaque fois qu'il obtient un profit non autorisé, il agirait au détriment de la fiducie-*trust*<sup>352</sup>.

---

*necessary to assess whether the trustee's acts are in the trust's best interests, the fact that they receive trustee reports provides very little protection. Most beneficiaries will lack this ability even if they are capable adults »).*

<sup>349</sup> En ce sens, v. R. FLANNIGAN, « The strict character of fiduciary liability », (2006) *N.Z. L. Rev.* 209, spéc. p. 210. Même M. LANGBEIN reconnaît que pas toutes les irrégularités du *trustee* seraient découvertes (in « Questioning the trust law duty of loyalty : sole interest or best interest ? », *op. cit.*, p. 949 et 950).

<sup>350</sup> Ce danger a bien été vu par M. BARRIERE qui a écrit que : « le risque d'appropriation de la valeur de la chose fiduciée par le fiduciaire-*trustee* est important, alors que les difficultés de preuve d'une telle appropriation peuvent être réelles » (in *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, n° 564).

En ce sens dans le droit anglais, v. I. SAMET, « Guarding the fiduciary's conscience : a justification of a stringent profit-stripping rule », *op. cit.*, p. 768 et 769.

<sup>351</sup> En ce sens, v. R. COOTER et B. J. FREEDMAN, « The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences », *op. cit.*, p. 1053.

<sup>352</sup> En ce sens, v. J. GLOVER, *Commercial equity : fiduciary relationships*, *op. cit.*, n° 5.14

**204.-** Ces présomptions sont en conformité à notre nature <sup>353</sup>. L'égoïsme nous est inhérent. Car, généralement, subordonner les intérêts des autres aux nôtres, nous permet de prospérer <sup>354</sup>. Raison pour laquelle, il n'est pas possible de présumer le contraire, c'est-à-dire que le fiduciaire-*trustee* sacrifierait spontanément son intérêt au profit des intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts* <sup>355</sup>. Dans ce même ordre d'idées M. DIDIER a écrit qu'« il y a plus d'altruistes égoïstes par accident que d'égoïstes altruistes par accident » <sup>356</sup>. En plus, l'histoire de la *fiducia* romaine et du *trust* nous montre qu'il est naturel de craindre que les fiduciaires-*trustees* soient déloyaux quand cela leur est propice.

**205.-** En vertu de ces présomptions, le devoir de loyauté-*duty of loyalty* interdit au fiduciaire-*trustee* des conflits d'intérêt et des profits non autorisés. Subséquemment, les bénéficiaires-*cestuis que trusts* n'ont plus besoin de découvrir ni de prouver qu'un détournement des biens fiduciaires a eu lieu. Donc, en augmentant la possibilité de sanctionner le fiduciaire-*trustee* malhonnête, on l'incite à agir correctement ; non seulement parce que c'est dans le meilleur intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, mais aussi parce que c'est dans son meilleur intérêt <sup>357</sup>.

## B.- LES DANGERS DANS LES CONFLITS ENTRE LES OBLIGATIONS DU FIDUCIAIRE-TRUSTEE

**206.-** En comparant d'une part le problème de conflit entre des obligations, avec d'autre part le problème de conflit entre les intérêts du fiduciaire-*trustee* avec ses

---

<sup>353</sup> Ainsi Lord HERSCHELL (in *Bray v Ford* [1896] AC 44, spéc. p. 51) a statué que: « la nature humaine étant ce qu'elle est, il y a un danger qu'un *fiduciary* soit influencé par son intérêt, plutôt que par son devoir, et qu'il porte ainsi atteinte à ceux qu'il devait protéger » (« *human nature being what it is, there is a danger, in such circumstances, of the person holding a fiduciary position being swayed by interest, rather than by duty, and thus prejudicing those whom he was bound to protect* »).

Nous trouvons aussi le même raisonnement en droit français, v. CA Rennes, 6 janvier 1959, *D.* 1959, p. 273 (v. *supra*, n° 188).

<sup>354</sup> Sur l'homme comme un être utilitaire, v. S. FITZGIBBON, « Fiduciary relationships are not contracts », (1999) 82 *Marq. L. Rev.* 303, spéc. p. 329 et s.

<sup>355</sup> En ce sens, v. S. BONFILS, *Les droits des obligations dans l'intermédiation financière*, th. dactyl., *op. cit.*, n° 355.

<sup>356</sup> In *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, n° 205.

obligations, on remarque l'absence d'intérêt personnel du fiduciaire-*trustee*<sup>358</sup>. Pour cette raison on pourrait conclure que les raisons qui justifient l'interdiction de conflit d'intérêts ne se retrouvent pas ici<sup>359</sup>, et donc qu'il ne devrait pas être interdit au fiduciaire-*trustee* de détenir des obligations contradictoires.

207.- Mais cette conclusion est faussée car même si le fiduciaire-*trustee* n'a aucun intérêt personnel, on ne peut pas conclure qu'une telle situation soit dépourvue de danger pour les bénéficiaires-*cestuis que trusts*<sup>360</sup>. Comme le fiduciaire-*trustee* risque de détenir des obligations antagonistes, l'exécution d'une obligation pourrait provoquer la violation d'une autre<sup>361</sup>. En conséquence, des répercussions se feraient sentir sur le patrimoine fiduciaire-*trust fund* de l'obligation violée.

---

<sup>357</sup> En augmentant la possibilité de sanctionner le fiduciaire-*trustee*, il est dans son meilleur intérêt de bien agir, car dans le contraire, il existe de fortes possibilités qu'il soit sanctionné.

<sup>358</sup> En ce sens dans le droit du mandat, v. P. A. FOURIERS in P. WERY, *Droit de contrats, le mandat*, Larcier, Belgique, 2000, n° 109.

Dans les hypothèses où le fiduciaire-*trustee* aurait un intérêt personnel dans une opération où ses obligations seraient aussi en conflit (v. Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire, op. cit.*, n° 221), la règle qui interdit un conflit entre les intérêts de fiduciaire-*trustee* et ses obligations suffit pour sanctionner l'opération (en ce sens, v. M. CONAGLEN, « Fiduciary regulation of conflicts between duties », *op. cit.*, p. 115). En conséquence, on va se limiter ici aux hypothèses où aucun intérêt personnel du fiduciaire-*trustee* ne serait en jeu. Par contre, bien que le fiduciaire-*trustee* soit considéré comme le titulaire de droits détenus en fiducie-*trust*, on ne peut pas considérer qu'il ait un intérêt personnel dans des opérations dont les biens fiduciaires font l'objet.

<sup>359</sup> En ce sens, v. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial, T. II, op. cit.*, n° 2651.

<sup>360</sup> En ce sens il a été établi dans *Ex parte Bennett* (in [1805] 10 Ves.Jr. 381, 32 E.R. 893, spéc. p. 900) : « Si le principe est que le *Solicitor* ne peut pas acheter pour son propre profit, je suis d'accord que quand il achète pour un autre, la tentation d'agir mal est moindre : cependant, s'il ne pouvait pas utiliser les informations qu'il a pour son propre bénéfice, il est trop délicat de soutenir que, étant donné que la tentation de détourner l'information au profit d'une autre personne est tellement faible, il devrait être libre de faire une offre pour un autre ; de sorte qu'il pourrait faire un offre pour son fils, son couple, ou son patron. Cette distinction est trop mince pour former une règle de justice qui soit sûre » (« *If the principle be, that the Solicitor cannot buy for his own benefit, I agree, where he buys for another, the temptation to act wrong is less: yet, if he could not use the information he has for his own benefit, it is too delicate to hold, that the temptation to misuse that information for another person is so much weaker, that he should be at liberty to bid for another; and so he might bid for his son, his relation, or his employer. That distinction is too thin to form a safe rule of justice* »).

<sup>361</sup> V. *supra*, n° 125 et s.

Du point de vue des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, la situation est la même que dans le conflit entre les intérêts personnels du fiduciaire-*trustee* et ses obligations ; car son intérêt est en danger puisqu'il y a un autre intérêt qui s'oppose au sien, qu'importe pour eux si cet intérêt appartient au fiduciaire-*trustee* ou à un tiers.

**208.-** Comme exemple de ce qui précède, on peut penser à l'hypothèse où le fiduciaire-*trustee* devrait vendre des valeurs mobilières de même catégorie, faisant partie de plusieurs patrimoines fiduciaires-*trust funds* ; comme la vente en masse de valeurs mobilières pourrait avoir comme conséquence l'abaissement de leur prix, les premières valeurs mobilières vendues le seraient à un meilleur prix que celles vendues à la fin. Comme le fiduciaire-*trustee* aurait l'obligation, envers les bénéficiaires-*cestuis que trusts* de chaque fiducie-*trust*, de vendre les valeurs mobilières au meilleur prix possible, il serait obligé, envers chacun, de vendre en premier les valeurs de leurs fiducies-*trusts*. Ainsi les droits des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, sauf ceux dont les valeurs mobilières de leurs fiducies-*trusts* auraient été vendues en premier, seraient violés et le patrimoine fiduciaire-*trust fund* de leurs fiducies-*trusts* en souffrirait les conséquences.

**209.-** Pour cette raison il vaut mieux interdire que le fiduciaire-*trustee* soit mis dans une telle position, dès lors qu'il n'aurait pas été autorisé à l'être. Mais, dans la situation où le fiduciaire-*trustee* pourrait opposer ses obligations, il va devoir être impartial envers les différents intérêts en jeu <sup>362</sup>.

## **§ 2.- LES CRITIQUES DU RÉGIME ACTUEL DU DEVOIR DE LOYAUTÉ- DUTY OF LOYALTY**

**210.-** Comme nous l'avons déjà vu, en interdisant au fiduciaire-*trustees* de poursuivre son propre intérêt et de se mettre dans une situation où ses obligations soient en conflit, on diminue les possibilités qu'une violation au patrimoine-*trust fund* se réalise. De cette manière, le patrimoine fiduciaire-*trust fund* étant plus protégé, les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts* le seront aussi.

**211.-** Par contre, il y a des auteurs français comme anglo-américains, qui sont de l'idée que « prohiber purement et simplement les conflits d'intérêts n'est pas un résultat toujours opportun » <sup>363</sup>.

---

<sup>362</sup> V. *supra*, n<sup>os</sup> 146 et s. et 181 et s.

**212.-** En France, dans le droit de la représentation il a été proposé qu'au lieu d'interdire le conflit d'intérêt, il serait mieux de le permettre, mais en déplaçant la charge de la preuve au représentant, qui devrait prouver sa loyauté dans le cas où l'acte passé aurait des conséquences dommageables <sup>364</sup>.

**213.-** Nous trouvons des idées semblables dans la doctrine anglo-américaine. Ainsi, JONES pensait que si le *trustee* peut prouver que ses actions ont suivi le meilleur intérêt de ses bénéficiaires et qu'ils n'ont pas été endommagés, le *trustee* ne devrait pas être sanctionné <sup>365</sup>. En termes similaires, M. LANGBEIN est de l'idée que le *duty of loyalty* devrait changer sa position : au lieu d'imposer au *trustee* d'agir dans le seul intérêt des *cestuis que trusts*, il devrait agir dans le meilleur intérêt. Ainsi, si le *trustee* prouve que l'acte était fait dans le meilleur intérêt des *cestuis que trusts*, il ne devrait pas être sanctionné même s'il existait un conflit d'intérêt <sup>366</sup>.

**214.-** Si le fiduciaire-*trustee* prouve que les actes passés ont été faits dans le meilleur intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, aucune sanction ne pourrait lui être imposée. Mais, en vertu de l'*alea* inhérent à la mission du fiduciaire-*trustee* (et s'il n'avait pas violé une autre obligation, par exemple le devoir de diligence-*duty of care*), il ne serait pas responsable pour les dommages causés s'il prouvait avoir agi de bonne foi, selon ce qu'il considérait être dans le meilleur intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts* <sup>367</sup>.

**215.-** Bien que les opinions des auteurs anglo-américains aient été dirigées vers le sujet des conflits des intérêts et sur l'interdiction d'obtenir un profit, leurs opinions pourraient être étendues aussi aux conflits entre ses obligations.

**216.-** M. DIDIER a posé l'affirmation précédente parce qu'il cherchait une harmonisation dans le droit français de la représentation <sup>368</sup>. Mais, avons-nous besoin

---

<sup>363</sup> Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, n° 232.

<sup>364</sup> *Ibidem*, n° 233.

<sup>365</sup> In « Unjust enrichment and the fiduciaries duty of loyalty », *op. cit.*, p. 487.

<sup>366</sup> In « Questioning the trust law duty of loyalty : sole interest or best interest », *op. cit.*, p. 929.

<sup>367</sup> En ce sens, v. *ibidem*, p. 983.

<sup>368</sup> In *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, n° 227 et s.

d'une solution universelle ? Ou plutôt, devons-nous avoir une solution différente quand les besoins de chaque institution le demandent ? On ne devrait répondre par l'affirmative qu'à la deuxième question. Ainsi, le devoir de loyauté-*duty of loyalty* doit être façonné seulement en conformité aux besoins de chaque institution et non avec une volonté d'harmoniser le droit.

**217.-** En analysant le devoir de loyauté-*duty of loyalty*, on se rend compte que le but sous-jacent de la règle est de promouvoir le meilleur intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts* <sup>369</sup>.

**218.-** Ainsi pour MM. JONES et LANGBEIN, ce serait mieux, pour les intérêts des *cestuis que trusts*, si les *trustees* pouvaient agir selon ce qu'ils considéreraient être le meilleur pour les *cestuis que trusts*, même s'ils avaient un intérêt dans l'acte ou un conflit entre leurs obligations.

**219.-** M. JONES pour justifier le changement du contenu du *duty of loyalty* a établi que, si l'on ne permet pas aux *trustees* de bonne foi de conserver les bénéfices obtenus, il n'y aurait plus de *trustees* qui voudraient offrir leurs services ; qu'il serait injuste de traiter également un *trustee* qui aurait agi honnêtement et dans le meilleur intérêt de *cestuis que trusts* et un *trustee* de mauvaise foi ; et qu'ainsi le *trustee* ne serait pas encouragé à administrer le *trust* le meilleur possible <sup>370</sup>.

**220.-** Ces justifications sont parfaitement contestables. En effet et que l'on sache, en dépit de l'existence du *duty of loyalty*, les personnes prétendant à proposer leurs services comme *trustees* n'ont jamais manqué : ce devoir n'affecte absolument pas le nombre de candidats. La critique, dès lors, manque en fait. Ensuite, l'idée d'une injustice causée au *trustee* de bonne foi ne prend pas en compte que le *duty of loyalty* est fait dans l'intérêt de *cestuis que trusts* et non pas dans l'intérêt des *trustees* <sup>371</sup> ; de plus, il est inexact que les

---

<sup>369</sup> En ce sens, v. J. H. LANGBEIN, « Questioning the trust law duty of loyalty : sole interest or best interest », *op. cit.*, p. 931.

<sup>370</sup> G. JONES, « Unjust enrichment and the fiduciaries duty of loyalty », *op. cit.*, p. 486.

<sup>371</sup> Comme l'a écrit M. FLANNIGAN (in « The strict character of fiduciary liability », *op. cit.*, p. 213) : « Son application ne doit pas être écartée, parce que de temps en temps un *fiduciary* honnête se sent mal traité pour devoir à restituer un bénéfice dont le consentement n'a pas été obtenu » (« *Its*

*trustees* seraient traités injustement, car si la cour considère approprié, elle pourrait leur octroyer des indemnités pour leurs efforts <sup>372</sup>. Enfin, le fait que le *trustee* ne soit pas encouragé est erroné, car la plupart des *trustees* sont rémunérés pour leurs services <sup>373</sup> et ceux qui agissent à titre gratuit seraient encouragés en vertu de l'estime que le *trustee* aurait pour le *settlor* ou *cestuis que trusts* ; le fait aussi qu'il puisse être responsable pour manque au *duty of care* est une raison suffisante pour administrer le *trust* de la meilleure manière possible.

221.- Quant à M. LANGBEIN, il propose plusieurs affirmations pour soutenir sa position. Mais seulement l'une d'elles est en relation avec la finalité du *duty of loyalty*. En conséquence, nous n'analyserons qu'elle. Il affirme que « certains conflits ne sont pas nuisibles, et de fait, certains peuvent avoir des effets positifs » <sup>374</sup>. Ainsi, lorsque le *trustee* aurait un conflit d'intérêt, le *duty of loyalty* le découragerait d'agir dans des situations où il serait cependant dans le meilleur intérêt des *cestuis que trusts* ; donc le *trust* raterait une bonne affaire <sup>375</sup>.

222.- S'il est vrai que certains conflits d'intérêt sont bénéfiques pour les *cestuis que trusts*, il est vrai aussi que la plupart d'entre eux ne le sont pas. Il suffit de voir la jurisprudence ; la plupart des cas où le *no conflict rule* a été violé était contraire aux intérêts des *cestuis que trusts*. De plus, si le *trustee* n'a eu l'autorisation ni du *settlor* ni des *cestuis que trusts*, cela veut dire qu'ils ont considéré que l'acte n'était pas dans leur meilleur intérêt. Ainsi, seulement les cas où le *trustee* ne pourrait obtenir leurs consentements (soit car ce serait plus coûteux que les avantages de l'opération, soit car ce serait difficile en vertu du nombre des *cestuis que trusts* ou du manque du temps pour le faire) pourraient

---

*general salutary operation ought not to be discarded because occasionally an honest fiduciary feels harshly treated for having to disgorge a profit which consent was never obtained »).*

<sup>372</sup> V. *Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 46.

Sur des critiques à ce pouvoir discretional des juges, v. J. PALMER, « The availability of allowances in equity : rewarding the bad guy », (2004) 21 *N.Z. Universities L. Rev.* 146.

Les juges ont aussi un pouvoir directionnel pour exonérer, partialement ou totalement, la responsabilité du *trustee*, v. la section 61 du *Trustee Act 1925*.

<sup>373</sup> Il ne faut pas oublier que le fiduciaire-*trustee* n'est pas dans l'entreprise de profiter de leurs fiducies-*trusts* mais dans l'entreprise d'être rémunéré pour leurs services.

<sup>374</sup> In « Questioning the trust law duty of loyalty : sole interest or best interest », *op. cit.*, p. 934.

<sup>375</sup> En ce sens, v. *ibidem*, p. 951 et 952.

être considérés comme de vraies possibilités ratées pour les *trusts* ; donc, « le nombre de situations à laquelle la critique de M. LANGBEIN s'applique est très limité »<sup>376</sup>. Subséquemment, il faut choisir entre la possibilité qu'un nombre réduit de cas des fiduciaires-*trusts* perdent de bonnes opportunités d'affaires et l'accroissement de la possibilité qu'une fiducie-*truste* soit violée. Pour cette raison, les nombres réduits de cas qui souffriront les conséquences du devoir de loyauté-*duty of loyalty* ne devront pas être le moteur de la règle<sup>377</sup>.

**223.-** Ainsi, les obligations imposées par le devoir de loyauté-*duty of loyalty* servent mieux les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts*. D'abord parce que la sévérité de la règle a comme effet que beaucoup des fiduciaires-*trustees* vont éviter des comportements posant un problème<sup>378</sup>. Ensuite parce que la règle en étude est conforme aux attentes<sup>379</sup> de la plupart des constituants-*settlers*, ainsi elle leur évite des coûts de négociations et de contrats<sup>380</sup>. Elle sert aussi les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts* parce qu'ils seront plus confiants et croiront que la fiducie-*trust* est mieux administrée<sup>381</sup>. Enfin, parce qu'on oblige le fiduciaire-*trustee* à négocier avec les parties intéressées, au lieu de lui permettre de convaincre les juges<sup>382</sup>.

---

<sup>376</sup> «*The number of situations to which Langbein's criticism is applicable is consequently very limited* » (I. SAMET, « Guarding the fiduciary's conscience: a justification of a stringent profit-stripping rule », *op. cit.*, p. 771).

<sup>377</sup> En ce sens, v. R. FLANNIGAN, « The strict character of fiduciary liability », *op. cit.*, p. 237.

<sup>378</sup> En ce sens, v. R. COOTER et B. J. FREEDMAN, « The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences », *op. cit.*, p. 1064.

<sup>379</sup> Il est dans l'attente des constituants-*settlers* que le fiduciaire-*trustee* ne met pas en péril les intérêts de bénéficiaires-*cestuis que trusts* en poursuivant ses propres intérêts ou des intérêts des autres.

<sup>380</sup> En ce sens, v. A. G. ANDERSON, « Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure », *op. cit.*, p. 760.

<sup>381</sup> En ce sens, v. R. COOTER et B. J. FREEDMAN, « The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences », *op. cit.*, p. 1065. Sur l'importance de la confiance dans des opérations économiques, v. L. E. MITCHELL, « The importance of being trusted », (2001) 81 *B.U. L. Rev.* 591.



## CONCLUSION DU CHAPITRE I

224.- L'institution de la fiducie-*trust* est un siège naturel pour les conflits d'intérêts. Non seulement entre les intérêts personnels du fiduciaire-*trustee* avec ses obligations, mais aussi entre les différents intérêts que le fiduciaire-*trustee* doit défendre. Ainsi, la notion de conflit d'intérêts peut se définir comme la situation où le fiduciaire-*trustee* poursuit au même moment deux intérêts (de caractère économique ou moral) contradictoires. Comme le conflit d'intérêts crée la possibilité que le fiduciaire-*trustee* opte pour poursuivre son propre intérêt ou celui d'un tiers au détriment des intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, le devoir de loyauté-*duty of loyalty* est imposé au fiduciaire-*trustee*. Cette obligation oblige le fiduciaire-*trustee* à agir seulement dans l'intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts*. En conséquence, le fiduciaire-*trustee* ne peut pas, pendant l'exécution de sa mission, agir dans son propre intérêt, ni dans celui de tiers. Comme les actes ou omissions du fiduciaire-*trustee* ont un effet sur le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, donc quand on ne permet au fiduciaire-*trustee* d'agir que dans l'intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, on évite à certain degré que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit endommagé. Quand il y aurait une pluralité de bénéficiaires-*cestuis que trusts* dans une même fiducie-*trust*, le devoir de loyauté-*duty of loyalty* imposerait au fiduciaire-*trustee* l'obligation d'agir impartialement ; ainsi le fiduciaire-*trustee* ne pourrait pas privilégier les intérêts des uns au détriment des autres. Bien que le devoir de loyauté-*duty of loyalty* puisse être allégé et même exclu, cela n'enlève pas l'obligation du fiduciaire-*trustee* de prendre en considération les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts* ; en conséquence si un acte juridique est passé, conformément aux modifications du devoir, mais au détriment des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, cet acte devrait être sanctionné. Si par le devoir de loyauté-*duty of loyalty* on protège le patrimoine fiduciaire-*trust fund* d'un fiduciaire-*trustee* déloyal, il faut encore le protéger d'un négligent.

---

<sup>382</sup> En ce sens, v. R. FLANNIGAN, « The strict character of fiduciary liability », *op. cit.*, p. 213.



## CHAPITRE II

### LE DEVOIR DE DILIGENCE-*DUTY OF CARE*

**225.-** L'obligation du fiduciaire-*trustee* d'accomplir sa mission dépend en grand partie de la bonne gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund* ; en conséquence, mieux il est administré, plus probable est l'accomplissement de la mission fiduciaire. Mais, même si le fiduciaire-*trustee* a bien administré le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, généralement existe le risque que les résultats prévus et voulus ne soient pas atteints.

**226.-** Bien que le risque soit généralement inhérent à l'administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, les actions comme les omissions du fiduciaire-*trustee* augmentent ou diminuent le niveau du risque d'administration. Car, si le fiduciaire-*trustee* ne s'applique pas ou ne donne pas les attentions nécessaires à une bonne administration, non seulement la valeur du patrimoine fiduciaire-*trust fund* pourrait diminuer, mais il est possible aussi que le patrimoine ne fructifie pas comme prévu.

**227.-** Bien que les dangers d'avoir un fiduciaire-*trustee* insouciant soient plus aggravés encore quand les résultats de l'administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund* sont aléatoires, les dangers existent quand même quand l'administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund* ne présente aucun aléa ; il en est ainsi par exemple quand l'administration se limite à garder un bien alors que le moment de le retransmettre arrive <sup>383</sup>.

**228.-** Subséquemment, si le patrimoine fiduciaire-*trust fund* est bien en danger quand nous sommes en présence d'un fiduciaire-*trustee* déloyal, il l'est aussi quand nous sommes en présence d'un négligent. Comme la réduction des risques de négligence

---

<sup>383</sup> Sur l'obligation de garde comme une obligation de résultat, v. *infra*, n° 336.

favorise la prospérité du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, le devoir de diligence-*duty of care* devrait être imposé au fiduciaire-*trustee* <sup>384</sup>. Cela implique d'agir avec soin et compétence dans l'administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund* <sup>385</sup>. Agir avec soin, oblige le fiduciaire-*trustee* d'apporter à la gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund* une attention suffisante : il violerait donc son obligation s'il agissait avec légèreté <sup>386</sup>. Quant à son obligation d'agir avec compétence, elle exige du fiduciaire-*trustee* qu'il utilise ses connaissances effectivement <sup>387</sup>. De plus la diligence attendue ne doit pas porter « seulement sur la quantité, mais aussi sur la qualité du travail que l'on est en droit d'attendre » <sup>388</sup> du fiduciaire-*trustee*.

**229.-** L'existence de cette obligation prend encore plus d'importance du fait que le fiduciaire-*trustee* ne supporte pas les pertes subies par le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, car « s'il est nécessaire de le sanctionner pour ses actes fautifs, on ne saurait pour autant

---

<sup>384</sup> En ce sens Mme. DION a écrit que le devoir de diligence dans le droit des sociétés réduit les risques de négligences (in *Les obligations fiduciaires des dirigeants des sociétés commerciales : droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français*, th. dactyl. Orléans, 1994, n° 131) ; E. SCHOLASTIQUE a bien montré que le devoir de diligence des administrateurs de sociétés favorise la prospérité et la rentabilité des sociétés (in *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés : droits français et anglais*, LGDJ, 1998, préf. A. Tunc, n° 2).

<sup>385</sup> Ainsi dans un arrêt de la cour d'appel de Paris, sur le droit du mandat il a été établi : « La société, mandataire salarié, qui avait le mandat d'administrer quatre appartements déjà donnés à bail ou devant l'être par ses soins, doit apporter à l'exécution de son mandat l'attention et la compétence que son client est en droit d'attendre d'un gérant professionnel » (CA Paris, 11 février 1988 : D. 1988, inf. rap. p. 65). V. aussi : A. ABDALLAH, *La sécurisation de la gestion fiduciaire : pratiques conventionnelles et islamiques*, op. cit., p. 169 ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 565 ; Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, op. cit., n° 237.

En ce sens en droit anglais, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, op. cit., p. 558 ; G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, op. cit., n° 10.32 ; Section 1 du *Trustee Act 2000*.

<sup>386</sup> V. Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, op. cit., n° 237.

<sup>387</sup> M. DIDIER est de l'avis qu'agir avec compétence consiste à « avoir les connaissances qu'exige la fonction où il [**le fiduciaire-trustee**] est employé » et donc il doit toujours prendre une décision rationnelle qui l'oblige à prendre toutes les précautions avant de décider (in *ibidem*, n° 237 [les caractères gras sont ajoutés par nous]). On ne partage pas l'avis du DIDIER, cela correspond plutôt à l'obligation d'agir avec soin ; l'obligation d'agir avec compétence exige plutôt que le fiduciaire-*trustee* agisse avec la dextérité ou l'habileté en conformité à son savoir-faire (en ce sens, v. la section 1 *Trustee Act 2000*) ; ainsi si un fiduciaire est un avocat et qu'en réalisant une hypothèque conventionnelle, il n'agit pas par acte authentique (en conformité à l'article 2416 du Code civil), il violerait son obligation d'agir avec compétence et non son obligation d'agir avec soin. Par contre, si le fiduciaire n'est pas un avocat et que l'on ne pourrait pas supposer qu'il sache que les hypothèques conventionnelles doivent être constatées par acte notarié, il serait en violation de l'obligation d'agir avec soin et non pas d'agir avec compétence. Car, il devrait prêter les attentions nécessaires pour savoir quelles sont les conditions de validité d'une hypothèque conventionnelle.

<sup>388</sup> En ce sens, v. P. DIDIER, *Droit commercial, T. II, L'entreprise en société*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd. refondue, 1997, p. 288

faire peser sur lui la charge de l'alea inhérent à sa mission »<sup>389</sup>. En plus, même s'il est titulaire du patrimoine, il l'administre à faveur de tiers, donc les pertes souffertes par le patrimoine fiduciaire-*trust fund* vont être supportés par les bénéficiaires-*cestuis que trusts*, sauf bien sûr que le dommage soit occasionné par une faute du fiduciaire-*trustee*<sup>390</sup>.

**230.-** Dans cette perspective, le *duty of care* est imposé au *trustee*, qui doit faire preuve d'une diligence raisonnable dans la gestion du *trust*. Le *duty of care* a une source jurisprudentielle, et, depuis l'entrée en vigueur du *Trustee Act* 2000 (le premier février 2001), il a aussi une source législative. Mais le *Trustee Act* 2000 n'est pas d'application générale. Il se limite aux pouvoirs d'inversion<sup>391</sup>, d'acquisition de terrains<sup>392</sup>, de délégation<sup>393</sup>, de transaction (*compounding liabilities*)<sup>394</sup>, d'assurance des biens du *trust*<sup>395</sup>, et d'évaluations<sup>396</sup>. Ainsi, le *duty of care* du droit commun s'appliquerait dans tous les autres cas qui ne sont pas concernés par le *Trustee Act* 2000.

**231.-** Bien que l'article 2070 du projet de loi du 8 février 2005 sur la fiducie ait prévu le devoir de diligence, la loi instituant la fiducie est muette à ce sujet. De plus le devoir de diligence n'apparaît nulle part dans le Code civil. Malgré son absence du Code civil, le devoir de diligence n'est pas inconnu en droit français et des auteurs sont favorables à leur imposition au fiduciaire<sup>397</sup>.

---

<sup>389</sup> S. MESSAI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, op. cit., n° 37.

C'est en ce sens qu'on doit interpréter l'article 2026 du Code civil car, en prévoyant que le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission, sa responsabilité ne peut pas être engagée s'il ne commet aucune faute. Donc, c'est le patrimoine fiduciaire qui va subir les pertes. Ainsi, les risques de pertes de biens et de détérioration des choses, survenus de manière fortuite et en cas de force majeure, ne sont pas supportés par le fiduciaire qui est *de jure* le propriétaire des biens (en ce sens, v. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 567 ; contra, v. B. GOUTHIERE, C. LOPATER et A.-L. BLANDIN, *La fiducie : mode d'emploi : régime juridique, fiscal et comptable, aspects internationaux, intègre l'extension aux personnes physiques*, op. cit., n° 3211) ; ainsi, le principe *res perit domino* ne s'applique pas dans la fiducie.

<sup>390</sup> Sur le sujet, v. *infra*, n° 759 et s.

<sup>391</sup> V. la section 1 du *Schedule 1* du *Trustee Act* 2000.

<sup>392</sup> V. *ibidem*, section 2.

<sup>393</sup> V. *ibidem*, section 3.

<sup>394</sup> V. *ibidem*, section 4.

<sup>395</sup> V. *ibidem*, section 5.

<sup>396</sup> V. *ibidem*, section 6.

<sup>397</sup> V. A. ABDALLAH, *La sécurisation de la gestion fiduciaire : pratiques conventionnelles et islamiques*, op. cit., p. 168 ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 565.

**232.-** En fait le devoir de diligence découle de toute obligation de moyens, car, comme le débiteur ne peut pas garantir le résultat espéré par le créancier, il doit apporter tous ses soins à l'accomplissement de sa mission. Pour cette raison, dans le fameux arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1936 relatif à la responsabilité médicale il a été décidé que le médecin ne s'engage pas à guérir le patient mais de lui donner des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science <sup>398</sup>.

**233.-** Le devoir de diligence est tellement inhérent aux obligations de moyens, que H. MAZEAUD l'a renommé « obligation générale de prudence et de diligence » <sup>399</sup>, et TUNC l'a renommé « obligation de diligence » <sup>400</sup>.

**234.-** Bien que l'obligation du fiduciaire d'accomplir sa mission puisse être une obligation de moyens, elle peut être aussi de résultat <sup>401</sup>. Ainsi, le devoir de diligence du fiduciaire est indépendant du fait que l'obligation du fiduciaire soit ou non une obligation de moyens, car cette obligation va lui être imposée, même si l'accomplissement de la mission est une obligation de résultat.

**235.-** La possibilité d'imposer un devoir de diligence indépendant de la notion d'obligation de moyens a été déjà démontrée dans le droit du mandat <sup>402</sup> et donc, cette obligation peut être aussi imposée au fiduciaire même quand l'accomplissement de sa mission est une obligation de résultat.

---

<sup>398</sup> V. Civ., 20 mai 1936 : *JCP* 1936, p. 1079. Sur le sujet, v. Y. DAGORNE-LABBE, « La nature de l'obligation du médecin à l'égard de ses patients », *D.* 1990, p. 413.

<sup>399</sup> In « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles ; 'obligations déterminées' et 'obligation générale de prudence et diligence' », *RTD civ.* 1936, p. 1.

<sup>400</sup> In « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, I, p. 449. V. aussi P.-A. CREPAU, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Yvon Blais Inc., Québec, 1989.

<sup>401</sup> V. *infra*, n° 789.

<sup>402</sup> Selon M. PETEL le devoir de diligence du mandataire est au fond l'obligation de bien exécuter la mission (in *Les obligations du mandataire, op. cit.*, n° 164) ; donc comme la mission peut être de moyens et de résultat, le devoir de diligence pourrait l'être aussi. Bien que le devoir de diligence ne doive pas être ramené à l'obligation d'exécuter la mission, on ne peut pas nier que M. PETEL a bien démontré que le devoir de diligence existe même là où l'obligation du mandataire d'accomplir sa

**236.-** Bien qu'on puisse définir le devoir de diligence-*duty of care* comme l'obligation d'agir avec soin et compétence, on est encore dans l'obscurité sur son contenu (section II), puisque, exprimée en termes généraux, il ne peut être apprécié que par un modèle de référence (section I).

## **SECTION I.- LE DEVOIR DE DILIGENCE-*DUTY OF CARE* FACE AU MODÈLE DE RÉFÉRENCE**

**237.-** Vue l'infinité de situations possibles auxquelles le devoir de diligence-*duty of care* s'applique, son contenu ne peut pas être fixé à l'avance<sup>403</sup>. Le contenu de l'obligation en étude varie non seulement d'une fiducie-*trust* à une autre, mais aussi son contenu varie dans une même fiducie-*trust*. Par exemple, les soins que le fiduciaire-*trustee* doit donner à la garde de biens vont différer de ceux qu'il doit donner en matière d'investissement.

**238.-** Face à l'impossibilité de fixer à l'avance une règle précise, le législateur se trouve ainsi dans « la nécessité d'introduire délibérément dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé pour laisser au juge le soin de les préciser dans chaque espèce avec une plus grande liberté d'appréciation »<sup>404</sup>. La même chose se produit quand le juge doit se limiter à énoncer des principes généraux, au lieu de règles précises.

**239.-** De cette manière, des standards juridiques sont introduits pour guider les juges français et anglais à apprécier le devoir de diligence-*duty of care*<sup>405</sup>. En droit

---

mission serait une obligation de résultat. En conséquence, il a démontré que le devoir de diligence du mandataire est indépendant de la notion d'obligation de moyens.

<sup>403</sup> En ce sens, v. A. DUCKWORTH, « Legal aspects of trustee investment – is the prudent man still alive? Part 1 », (1997) *P.C.B.* 22, spéc. p. 23.

<sup>404</sup> J.-L. BERGEL, « Avant-Propos », in *Colloque : Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988-4, p. 805 et s., spéc. p. 806. En ce même sens, v. Ch. PERELMAN in D. PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la charte canadienne des droits et libertés », in *Colloque : Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1984-4, p. 1069 et s., spéc. p. 1072 ; Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in *Colloque : Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1984-4, p. 1181 et s., spéc. p. 1186.

<sup>405</sup> Sur une étude extensive des standards juridiques, v. *Colloque : Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988-4, pp. 805-1193.

français, le modèle de référence paradigmatique, c'est le bon père de famille <sup>406</sup>, alors qu'en droit anglais du *trust* c'est l'*ordinary prudent man of bussiness* <sup>407</sup>. Bien que les formules soient différentes, nous sommes « en présence du même problème universel : tenter de traduire le comportement humain en termes juridiques et, tout d'abord, en le fixant dans une formule symbolique ou conceptuelle » <sup>408</sup>.

**240.-** Si la notion du bon père de famille est normalement utilisée en France comme un instrument d'appréciation de la faute, il peut servir aussi pour mesurer le contenu de l'obligation du débiteur, dans notre cas le fiduciaire <sup>409</sup>.

**241.-** L'affirmation précédente n'est que logique parce que, pour que le juge puisse apprécier si le débiteur a violé ou non son obligation <sup>410</sup>, il faut qu'il apprécie d'abord son contenu. De cette manière, quand le juge détermine la façon dont un bon père de famille aurait agi, il cristallise par conséquence le contenu de l'obligation du débiteur et ce n'est qu'après cela que le juge va pouvoir apprécier si le débiteur a ou non violé son obligation. Pour cette raison M. DEJEAN DE LA BATIE, à juste raison, a écrit que « le raisonnement

---

<sup>406</sup> Bien que la fiducie soit muette sur le sujet, le bon père de famille annoncé dans l'article 1137 du Code civil « a en effet été entendu comme une unité de mesure universelle, applicable à tous les contrats » (Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité civile professionnelle*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 1.10). Le père de famille étant un élément prestigieux de la famille et donc de la société, il n'est pas étonnant qu'il soit un modèle de référence de la conduite sociale ; mais, « toute analyse littérale est évidemment exclue » (S. DARMAISIN, « A la recherche du bon père de famille », in *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 297 et s., spéc. p. 297). Ainsi, il faut sortir le bon père de famille de son contexte historique (en ce sens, v. H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, LGDJ, 2009, préf. J. Beauchard et M. Ramarolanto-Ratiaray, n° 177).

Sur le bon père de famille, v. S. SEYRAT, *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, th. dactyl. Paris II, 1985. En droit de personnes, v. T. FOSSIER, « Juge et bon père de famille : les responsabilités du juge des tutelles dans la gestion patrimoniale pour le mineur », *AJF* 2002, p. 363.

<sup>407</sup> Ainsi dans Lord BLACKBURN (in *Speight v Gaunt* [1884] 9 App. Cas. 1, spéc. p. 19) a écrit : « comme règle générale un trustee accomplit suffisamment son obligation si, dans la gestion des affaires du trust, il prend toutes les précautions qu'un ordinary prudent man of business prendrait dans la gestion de ses propres affaires » (« as a general rule a trustee sufficiently discharges his duty if he takes in managing trust affairs all those precautions with an ordinary prudent man of business would take in managing his own »).

<sup>408</sup> S. SEYRAT, *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, op. cit., p. 252.

<sup>409</sup> En ces sens, v. H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, op. cit., n° 196 et s.

<sup>410</sup> Sur l'illicéité comme élément de la faute, v. G. LEGIER, *Rép. civ. Dalloz*, v° Responsabilité contractuelle, spéc. n° 134 et s.



*in abstracto*, avant d'être un mode d'appréciation de la faute, est un mode de détermination des devoirs »<sup>411</sup>, parce que « le processus mental part du concept d'obligation qui préexiste comme fondement de l'appréciation pour aller vers la faute et non *vice-versa* »<sup>412</sup>.

**242.-** Les juges devant se référer à un standard juridique pour apprécier le contenu, l'appréciation est en principe abstraite (§2) ; mais avant d'analyser cette idée, il faut d'abord bien identifier notre modèle de référence (§1).

## **§1.- L'IDENTIFICATION DU MODÈLE DE RÉFÉRENCE**

### **APPLICABLE AU FIDUCIAIRE-*TRUSTEE***

**243.-** Comme nous l'avons déjà dit, en droit français, le bon père de famille est le modèle de référence des juges, alors qu'en droit anglais du *trust*, les juges suivent l'*ordinary prudent man of bussiness*.

**244.-** Mais si l'on sait quel est le modèle de référence qui va guider les juges pour dégager le contenu du devoir de diligence-*duty of care* des fiduciaires-*trustees*, il faut encore en dégager le sens. Comme nous le verrons, le modèle de référence est avant tout une personne statistique (A), mais il est aussi une personne prudente (B).

#### A.- UNE PERSONNE « STANDARD » COMME MODÈLE DE RÉFÉRENCE

**245.-** Dans la formule d'*ordinary prudent man of bussiness*, et dans les définitions doctrinaires du bon père de famille, on constate la présence des adjectifs « moyen », « normal »<sup>413</sup> et « ordinaire ».

---

<sup>411</sup> In *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965, préf. H. Mazeaud, n° 161.

<sup>412</sup> S. SEYRAT, *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, op. cit., p. 69 et 70.

**246.-** Le bon père de famille a été décrit comme « un individu de référence, moyennement prudent et avisé »<sup>414</sup>, « ni un héros ni un voyou, ni un génie ni un crétin : cet homme de comparaison est le Français moyen ayant cependant le sens de ses devoirs, de sa responsabilité et du bien commun »<sup>415</sup>, « l'homme moyen qu'il incarne »<sup>416</sup>, « l'adulte soigneux et diligent, l'homme moyen ayant le sens de ses responsabilités »<sup>417</sup>, « un sujet normal doué d'une prudence moyenne »<sup>418</sup>, l'« homme normalement prudent et diligent »<sup>419</sup>, « l'homme normalement prudent, soigneux et diligent »<sup>420</sup>, « un individu aussi diligent que les hommes le sont ordinairement »<sup>421</sup>, l'homme déployant une « diligence ordinaire »<sup>422</sup>.

**247.-** Par « moyen » on comprend le « type également éloigné des extrêmes, généralement les plus courants »<sup>423</sup> ; alors que « normal » est défini comme ce « qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel ; qui est conforme au type le plus fréquent »<sup>424</sup> ; et le terme « ordinaire », ce « dont la qualité ne dépasse pas le niveau moyen le plus courant, qui n'a aucun caractère spécial »<sup>425</sup>.

**248.-** Ainsi les trois mots ont une définition similaire, desquelles on constate que le modèle de référence en étude constitue une personne statistique. Dans le sens où, en

<sup>413</sup> Sur le normal en droit français, v. Ch. BLAEVOET, « La place du normal et de l'anormal dans le droit », *Gaz Pal.* 1966, 1, doctrine, p. 65.

<sup>414</sup> Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 150.

<sup>415</sup> Ph. LE TOURNEAU, « Qualifications de l'inexécution contractuelle » in Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, Ch. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, s. la dir. de Ph. LE TOURNEAU, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 3518.

<sup>416</sup> S. DARMAISIN, « A la recherche du bon père de famille », *op. cit.*, p. 305.

<sup>417</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, T. II*, PUF, coll. "Quadrige", 2004, n° 1072, p. 2191.

<sup>418</sup> A. LEGA in H. Ramparany-Ravololomiarana, *Le raisonnable en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 178.

<sup>419</sup> H. de PAGE in N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, *op. cit.*, n° 67.

<sup>420</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Bon père de famille.

<sup>421</sup> TROP LONG in H. Ramparany-Ravololomiarana, *Le raisonnable en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 178.

<sup>422</sup> BEUDANT, LEREBOURS-PIGEONNIERE et LAGARDE in N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, *op. cit.*, n° 67.

<sup>423</sup> *Le petit Robert*, v° Moyen, 2<sup>ème</sup> sens.

<sup>424</sup> *Le petit Robert*, v° Normal, 5<sup>ème</sup> sens.

<sup>425</sup> *Le petit Robert*, v° Ordinaire, 3<sup>ème</sup> sens.

observant un nombre de personnes différentes, le juge va arriver à ce qu'il considère comme l'individu le plus courant et donc l'individu moyen, normal ou ordinaire.

**249.-** En matière contractuelle, la référence à un « type humain statistique »<sup>426</sup> se justifie par la volonté implicitement manifestée par les parties, car chaque cocontractant attend de l'autre une exécution normale du contrat<sup>427</sup>. De plus, généralement chaque partie promet de l'accomplir ainsi, dans le cas contraire, il s'avère difficile qu'une partie veuille contracter dans des termes qui ne permettront à l'autre partie d'exécuter son obligation que médiocrement.

**250.-** Bien que le *trust* ne soit pas constitué par contrat, la référence à un modèle de référence se justifie aussi, car pour que le but du *trust* puisse être atteint, il s'avère nécessaire d'imposer au *trustee* un standard minimum de comportement.

**251.-** De plus, comme tous les débiteurs vont être soumis au même modèle de référence, cela induit la confiance entre les rapports juridiques<sup>428</sup>, parce qu'ainsi il ne faut pas vérifier « la capacité de tous ceux avec qui l'on contracte mais seulement de ceux dont l'apparence éveille les soupçons »<sup>429</sup>. Ainsi, la référence à un standard juridique aide à la rapidité dans les relations et opérations, chose primordiale dans le monde des affaires d'aujourd'hui.

**252.-** Mais si le bon père de famille-*ordinary prudent man of business* est un « type humain statistique », on ne veut pas dire que le modèle de référence va sortir d'une vraie opération arithmétique<sup>430</sup>. « Le renvoi à la moyenne n'est qu'une approximation, un critère général qui va servir de guide »<sup>431</sup>.

---

<sup>426</sup> Expression de N. DEJEAN DE LA BATIE.

<sup>427</sup> En ce sens, v. N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français, op. cit.*, n° 166.

<sup>428</sup> En ce sens, v. C. PAGNON, « L'apparence face à la réalité économique et sociale », *D.* 1992, p. 285, spéc. p. 286.

<sup>429</sup> P. MALINVAUD, in C. PAGNON, *ibidem*.

<sup>430</sup> Ainsi, M. SEYRAT a écrit : « ce n'est évidemment pas la somme des extrêmes mais ce n'est pas non plus l'idée d'un juste milieu équidistant des extrêmes » (in *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit, op. cit.*, p. 279).

<sup>431</sup> En ce sens, v. H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats, op. cit.*, n° 184.

**253.-** Les modèles de référence étant un « type humain statistique », il faut les envisager par rapport à un certain groupe humain. C'est-à-dire, pour obtenir correctement le modèle de référence, les juges ne peuvent prendre en compte dans leur analyse que des personnes qui appartiennent à une même catégorie.

**254.-** Bien que cela puisse paraître sans importance, cela a un grand impact. Parce que, comme l'individu moyen diffère d'un groupe à un autre, le contenu de l'obligation va différer aussi ; cela s'explique du fait que le contenu des obligations va être apprécié par référence à cet individu moyen. Ainsi, plus le standard est supérieur, plus lourdes seront les obligations du débiteur. Pour cette raison on comprend mieux l'alourdissement des obligations des professionnels.

**255.-** De cette manière, le juge va devoir bien choisir le groupe humain d'où va sortir le modèle de référence ; mais quel serait-il ?

**256.-** La réponse à la question posée va dépendre, en droit français, de chaque espèce, parce que, le juge devant comparer le comportement du débiteur au modèle de référence, il faut une égalité de circonstances<sup>432</sup>. Dans cet ordre d'idées, le juge va devoir choisir le groupe humain auquel appartient le débiteur.

**257.-** De cette manière, il n'y a pas seulement un modèle de référence en droit français, mais il y'en a un pour chaque type de groupe humain. En conséquence, « le bon père de famille n'est pas un archétype unique »<sup>433</sup> ; ainsi, par exemple on a déjà entendu parler, de la bonne mère de famille<sup>434</sup>, ou encore, du bon professionnel<sup>435</sup>.

---

<sup>432</sup> V. *infra*, n° 277 et s.

<sup>433</sup> G. LEGIER, *Rép. civ. Dalloz*, v° Responsabilité contractuelle, spéc. n° 138.

<sup>434</sup> V. D. MAZEAUD, « Réflexions sur un malentendu », *D.* 2001, p. 332, spéc. n° 12 ; E. PIRE, « Retour sur le privilège de la femme enceinte », *D.* 2003, p. 2243 ; J. HAUSER, « Bail d'habitation : l'usage en bonne mère de famille », *RTD civ.* 1996, p. 580.

<sup>435</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mars 1977 : *Bull. civ. I*, n° 143 ; Paris (1<sup>ère</sup> Ch. A), 21 janvier 1980 : *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. p. 76 ; Trib. inst. de Paris (18<sup>ème</sup> arrdt.), 12 mars 1981 : *Gaz. Pal.* 1982, 1, somm. p. 154 ; Paris (2<sup>ème</sup> Ch. A), 14 juin 1983 : *D.* 1983, inf. rap. p. 488 ; Paris (6<sup>ème</sup> Ch. 1), 30 novembre 1983 : *D.* 1984, inf. rap. p. 110 ; Paris (6<sup>ème</sup> Ch. 1), 20 janvier 1984 : *D.* 1984, inf. rap. p. 173. Bien que dans les jurisprudences citées, la cour ne fasse pas toujours mention de la formule du bon professionnel, elle s'y réfère par d'autres locutions comme « faute professionnelle », « professionnel avisé », etc.

**258.-** En conséquence, comme dans la fiducie, une personne ne peut être fiduciaire que si elle est un de professionnels mentionnés dans l'article 2015 du Code civil, le modèle de référence serait en principe celui du bon professionnel <sup>436</sup>.

**259.-** Mais il est encore possible de réduire le groupe de référence, en conformité à la spécialité du professionnel en question ; ainsi au lieu de parler de bon professionnel, on peut parler de bon avocat, ou encore de bon établissement de crédit. Mais une telle réduction ne peut s'avérer que si les circonstances sont appropriées ; par exemple, si nous sommes en présence d'un avocat fiduciaire, on ne peut prendre pour référence le bon avocat que pour les situations concernant cette profession. C'est-à-dire, « encore faut-il préciser que l'obligation professionnelle n'est pas toute obligation assumée par un professionnel, mais seulement celle qui entre dans le champ d'activité professionnelle en question » <sup>437</sup>.

**260.-** Avant l'entrée en vigueur du *Trustee Act 2000*, le droit anglais n'avait qu'un seul modèle de référence, celui d'*ordinary prudent man of business*. Il était appliqué indistinctement aux *trustees* professionnels comme non professionnels ; chose qui lésait les *cestuis que trusts*, car le *trustee* professionnel n'était pas tenu comme tel <sup>438</sup>. Depuis l'arrêt du *Bartlett v Barclays Bank Trust Co. Ltd. (Nos. 1 and 2)* <sup>439</sup>, les obligations des professionnels ont été alourdies ; et avec l'entrée en vigueur du *Trustee Act 2000* la section 1(1)(b) a introduit un autre modèle de référence, celui du bon professionnel <sup>440</sup>.

---

<sup>436</sup> Malgré que le fiduciaire dans le droit mexicain ne peut être qu'un professionnel, l'article 391 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* prend comme modèle de référence au bon père de famille, ce qui a soulevé des critiques de la doctrine (v. J. PINTADO RIVERO, *Derechos y obligaciones del fiduciario*, UNAM, 1952, p. 102).

<sup>437</sup> Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 3518.

<sup>438</sup> V. *infra*, 284 et s.

<sup>439</sup> [1980] Ch. 515.

<sup>440</sup> L'introduction d'un nouveau modèle de référence est déduite de la lecture de la section en question. Car la section établit que si le *trustee* agit dans le cadre d'une profession, il serait tenu aux connaissances et expériences qu'il est raisonnable d'attendre d'une personne agissant dans l'exercice de ce type de profession. (« *Section 1, The duty of care. (1) Whenever the duty under this subsection applies to a trustee, he must exercise such care and skill as is reasonable in the circumstances, having regard in particular— (b) if he acts as trustee in the course of a business or*

**261.-** En sortant ainsi le modèle de référence d'un groupe social, on comprend bien la raison de sa plasticité <sup>441</sup> ; celui-ci est encore vrai même quand la catégorie d'où sort l'individu moyen reste la même à travers le temps. Ainsi, on ne peut pas considérer que le bon père de famille du Moyen Age soit celui d'aujourd'hui <sup>442</sup>, ni que celui de la France équivaille à celui du Moyen Orient. C'est cette souplesse qui permet aux standards juridiques, comme le bon père de famille, de subsister non seulement partout dans le monde, mais aussi à travers les siècles.

**262.-** Si le juge va devoir choisir le groupe humain auquel appartient le fiduciaire, il va devoir en plus faire une discrimination parmi les individus appartenant à ce groupe. Pour assurer que le modèle de référence ne soit pas inférieur à ce qu'on attendait du fiduciaire, le juge devra prendre seulement les individus qui ont la vertu de la prudence. Il en est ainsi en plus en droit du *trust* où le modèle de référence est ce d'*ordinary prudent man of business* et non pas *ordinary man of business*. Ainsi, le juge va devoir chercher la moyenne entre les individus prudents d'un groupe déterminé et non pas entre tous les individus de ce groupe.

## B.- UNE PERSONNE PRUDENTE COMME MODÈLE DE RÉFÉRENCE

**263.-** Le modèle de référence étant l'individu moyen, il ne va avoir donc que des aptitudes moyennes. Par contre, « ce juste milieu de comportement ou cette plate forme statistique » non seulement « se trouve contredit par une vision optimaliste du

---

*profession, to any special knowledge or experience that it is reasonable to expect of a person acting in the course of that kind of business or profession »).*

<sup>441</sup> Sa plasticité est due aussi au manque de précision de la notion du bon père de famille-*ordinary prudent man of business*, car cela permet de s'adapter aux différentes circonstances (en ce sens, v. J. A. NELSON, « The prudent person rule a shield for the professional trustee », (1993) 45 *Baylor L. Rev.* 933, spéc. p. 945).

<sup>442</sup> En ce sens, v. S. SEYRAT, *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, op. cit., p. 56 ; N. A. CLAYTON, « Banks which act as trustees: the English position », (1994) 9 *J.I.B.L.* 352, spéc. p. 355.

comportement attendu »<sup>443</sup> du fiduciaire-*trustee*, mais en plus peut s'avérer réellement insuffisant pour que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit bien administré.

**264.-** En ce sens il a été écrit sur le *reasonable man*<sup>444</sup> qu'« on n'attend pas qu'il ait le courage d'Achille, la sagesse d'Ulysse, ou la force d'Hercule. Mais, il n'est pas non plus équivalent à l'homme moyen, puisqu'une conduite habituelle, normale, n'est pas toujours adéquate »<sup>445</sup>.

**265.-** Subséquemment, quand on fait référence au modèle de référence, « on cherche plutôt à promouvoir 'les bons comportements : une prestation non seulement acceptable mais satisfaisant voire bien meilleure' et ne pas se contenter de ce qui est qualifié d'à peine »<sup>446</sup>.

**266.-** Ainsi, pour faire face à cette problématique, M. CHABAS a écrit que « la diligence attendue n'est pas moyenne : ce n'est sans doute pas celle à laquelle pourrait atteindre un surhomme mais c'est bien la diligence maximum qu'on peut exiger d'un individu moyen »<sup>447</sup>. Mais même quand la diligence maximum est exigée, il reste moyen parce que comme le modèle de référence est une personne moyenne, il n'a que des aptitudes moyennes.

**267.-** En considérant insuffisant l'individu moyen comme modèle de référence, le droit anglais du *trust* prend comme modèle de référence l'*ordinary prudent man of business* et non pas l'*ordinary man of business*.

---

<sup>443</sup> S. SEYRAT, *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, op. cit., p. 130.

<sup>444</sup> Modèle de référence du *tort law* en droit anglais.

<sup>445</sup> « *he is not expected to have the courage of Achilles, the wisdom of Ulysses, or the strength of Hercules. But he is not the same thing as an average man, for conduct that is customary, normal, may not always be adequate* » (W. DALE, « The use of standards in the English legal system », in *Colloque : Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1984-4, p. 887 et s., spéc. p. 891).

<sup>446</sup> H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, op. cit., n° 184. En ce sens MAZEAUD et TUNC ont écrit « le droit est un miroir qui reflète, non pas exactement la moyenne, mais quelque chose d'un tout petite mieux » (in S. SEYRAT, *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, op. cit., p. 130).

<sup>447</sup> D. 1982, p. 365, spéc. p. 371.

**268.-** La prudence est définie comme l'« attitude d'esprit d'une personne qui, réfléchissant à la portée et aux conséquences de ses actes, prend ses dispositions pour éviter des erreurs, des malheurs possibles, s'abstient de tout ce qu'elle croit pouvoir être source de dommage »<sup>448</sup>. Ainsi, une personne prudente est quelqu'un qui, en prévoyant les effets de ses actes, met en œuvre les soins nécessaires pour que ses actes puissent produire des effets positifs.

**269.-** Comme le devoir de diligence-*duty of care* est imposé au fiduciaire-*trustee* pour améliorer la possibilité d'avoir une bonne administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, il doit être prudent, car, avant de prendre une décision sur la réalisation ou non d'un acte, il doit prévoir les possibles effets de ses actes et doit s'abstenir de ceux qu'il croit pouvoir être sources de dommages pour la fiducie-*trust*.

**270.-** Comme le fiduciaire-*trustee* doit donc être prudent, il faut que le modèle de référence à partir duquel on va le comparer le soit aussi. Ainsi, le juge va devoir faire sortir son modèle de référence des hommes prudents, avec comme le standard donc le « moyen » entre les hommes prudents et non pas le « moyen » entre tous les personnes d'une catégorie déterminée. Cela ne signifie cependant pas que le juge serait entrain de chercher la prudence moyenne que devrait avoir le fiduciaire-*trustee*, mais il cherche à saisir le modèle de référence par lequel on va apprécier le contenu de son obligation de diligence-*duty of care*, et ensuite apprécier sa faute.

**271.-** Avec comme modèle de référence un homme prudent, on élimine ceux qui ne le sont pas ; ainsi, en réduisant l'échantillon seulement aux hommes prudents d'une catégorie humaine déterminée, le « moyen » va être supérieur au « moyen » général des personnes. Le modèle de référence étant supérieur, par voie de conséquence la hauteur à laquelle le fiduciaire-*trustee* devrait se comporter le saurait aussi ; avec donc un alourdissement du devoir de diligence-*duty of care*.

**272.-** Ceci ne pourrait être que positif pour l'institution de la fiducie-*trust*. D'une part parce que les personnes qui ne sont pas à la hauteur du modèle de référence, soit

---

<sup>448</sup> *Le petit Robert*, v° Prudence, 2<sup>ème</sup> sens.



s'efforceront encore plus pour bien accomplir ces obligations, soit n'accepteront pas d'être fiduciaire-*trustee*<sup>449</sup>. D'autre part, parce que comme le contenu du devoir de diligence-*duty of care* serait plus lourd, le fiduciaire-*trustee* devrait être plus soigneux.

273.- En évitant ainsi que des personnes sous douées prennent l'office du fiduciaire-*trustee* et que ceux qui l'acceptent soient plus soigneux, on augmente la possibilité d'avoir une meilleure administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

274.- Au contraire, et comme nous venons de montrer, si, pour trouver le modèle de référence, on ne discrimine pas ceux qui n'ont pas la vertu de la prudence, on risque que le modèle de référence soit inférieur à ce qu'on devrait attendre du fiduciaire-*trustee* et donc que l'administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit médiocre.

275.- Une fois que le modèle de référence est précisé, le juge va devoir apprécier son comportement, pour déterminer le contenu de l'obligation du devoir de diligence-*duty of care*, pour ensuite le comparer avec le comportement du fiduciaire-*trustee* et déterminer s'il a ou non été fautif.

## §2.- L'APPRÉCIATION DU DEVOIR DE DILIGENCE-*DUTY OF CARE*

276.- A partir du moment où le juge va être guidé par un type abstrait, comme le bon père de famille-*ordinary prudent man of business*, son appréciation ne peut pas être qu'*in abstracto*<sup>450</sup>, ce que les anglais appelle *objective standard*.

277.- Bien que l'appréciation soit dans l'abstrait, on ne peut pas conclure que le juge va écarter toutes les circonstances propres de l'espèce. Comme le juge va devoir imaginer la manière dont une personne fictive agirait, il faut la mettre dans une situation

---

<sup>449</sup> Cela implique que les futurs fiduciaires-*trustees* sachent qu'ils seront comparés à un modèle de référence. Chose qu'on peut présumer en droit français en vertu de la professionnalisation de l'office du fiduciaire.

<sup>450</sup> En ce sens, v. N. D. M. PARRY, « Control of trustee discretions », [1989] *Conv.* 244, spéc. p. 250.

donnée <sup>451</sup>. Mais comme l'objet du juge est de comparer le modèle de référence avec le fiduciaire-*trustee*, le juge ne peut mettre le modèle de référence que dans la même situation où il se trouvait <sup>452</sup>; cela n'implique pour autant que le comportement du fiduciaire-*trustee* soit « jugé, avec une sagesse rétrospective : après coup, même un imbécile est sage » <sup>453</sup>.

**278.-** Comme le juge va devoir prendre en compte les circonstances propres de l'espèce, on dit que le juge va procéder à une appréciation *in abstracto* circonstanciée <sup>454</sup>. De cette manière, le bon père de famille-*ordinary prudent man of business* va procéder directement du fiduciaire-*trustee*.

**279.-** Dans le cas contraire « ce serait priver de tout intérêt le recours à un type de comparaison ; ce serait appliquer une règle déterminée et non plus procéder à une application véritable » <sup>455</sup>. Ainsi le bon père de famille-*ordinary man of prudence of business* « se transforme en individu de circonstance » <sup>456</sup>; où, d'une notion vague, il se transforme dans une notion très précise, en prenant ainsi un sens juridique <sup>457</sup>.

**280.-** Puisque les circonstances vont varier d'une espèce à l'autre, on va se limiter seulement à un commentaire. Il est habituel d'entendre que le *trustee* doit se comporter comme l'*ordinary prudent man of business* ferait dans ses propres affaires <sup>458</sup>. Mais comme les *trustees* sont *de facto* des gestionnaires des affaires d'autrui, il serait incorrect d'analyser la façon dont le modèle de référence conduit ses propres affaires. Car certains actes qu'une personne ferait dans ses propres affaires, peuvent être considérés comme

---

<sup>451</sup> En ce sens, v. S. SEYRAT, *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, op. cit., p. 266.

<sup>452</sup> En ce sens en droit français, v. G. LEGIER, *Rép. civ. Dalloz*, v° Responsabilité contractuelle, spéc. n° 134.

<sup>453</sup> « *the trustees' performance must not be judged with hindsight: after the event even a fool is wise* » (STAUGHTON L.J. in *Nestle v National Westminster Bank* [1993] 1 WLR 1260, spéc. p. 1276).

<sup>454</sup> En ce sens, v. H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, op. cit., n° 180.

<sup>455</sup> N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, op. cit., n° 5.

<sup>456</sup> S. SEYRAT, *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, op. cit., p. 319.

<sup>457</sup> *Ibidem*, p. 350.

<sup>458</sup> En ce sens, v. *Learoyd v. Whiteley* (1887) 12 App Cas 727, spéc. p. 733

inappropriés pour la gestion du *trust*<sup>459</sup>. Pour cette raison LINDLEY L.J. dans *Re Whiteley* a jugé que : « l'obligation du *trustee* n'est pas de prendre le soin qu'un homme prudent prendrait s'il n'avait que lui-même à envisager ; l'obligation est plutôt de prendre le soin qu'un *ordinary prudent man* prendrait s'il devait envisager de faire un investissement au profit d'autres personnes dont il se sentirait moralement obligé »<sup>460</sup>.

**281.-** De la même manière que dans le droit anglais, il serait plus exact de dire que le fiduciaire doit se comporter selon la manière que le modèle de référence suivrait dans la gestion d'affaires d'autrui.

**282.-** Mais si le juge doit prendre en considération les circonstances de l'espèce, il ne peut prendre en compte que celles qui sont extérieures au fiduciaire-*trustee*, ainsi le modèle de référence est « proche du vécu mais expurgé des particularités tenant à sa personne et à sa situation propre »<sup>461</sup>. Comme des données subjectives ne peuvent avoir aucune influence sur le contenu de l'obligation dont la violation est alléguée, il est sans importance de savoir comment le fiduciaire-*trustee* se conduit dans la gestion de ses propres affaires<sup>462</sup>.

**283.-** On comprend que par l'abstraction de circonstances personnelles, on assure un standard minimum de conduite, et donc d'une certaine façon, la sécurité juridique est garantie. Mais que se passe-t-il quand des caractères personnels du fiduciaire-*trustee* ne mettent pas en péril la sécurité juridique ? Il en est ainsi quand il aura des aptitudes supérieures au modèle de référence. Dans ce cas, le juge pourrait-il les prendre en compte pour apprécier le devoir de diligence-*duty of care* ?

**284.-** Cette question prend encore plus d'ampleur dans le droit anglais où il n'y avait qu'un modèle de référence s'appliquant à tous les *trustees*, sans discrimination. Ce

---

<sup>459</sup> En ce sens, v. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 566.

<sup>460</sup> « *the duty of a trustee is not to take such care only as a prudent man would take if he had only himself to consider ; the duty rather is to take such care as an ordinary prudent man would take if he were minded to make an investment for the benefit of other people for whom he felt morally bound to provide* » (in [1886] 33 Ch.D. 347, spéc. p. 355).

<sup>461</sup> S. SEYRAT, *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, op. cit., p. 53.

qui est clairement injuste, parce qu'apprécier des *trustees* professionnels sous le prisme du standard d'*ordinary prudent man of business* leur permet d'offrir leurs services en tant qu'experts et d'accomplir leurs obligations en tant que profanes <sup>463</sup>.

**285.-** Le fait que le modèle de référence s'applique indistinctement aux professionnels comme aux non professionnels s'explique ainsi : les juges interprétaient littéralement la formule d'*ordinary prudent man of business*.

**286.-** Comme la formule d'*ordinary prudent man of business* a été introduite à une époque où l'économie de la société était suffisamment rudimentaire pour que tout homme avec des capacités moyennes puisse en principe bien gérer un *trust*, elle concordait avec les besoins de l'époque <sup>464</sup>. Mais son interprétation littérale n'est plus adaptée aux réalités actuelles, puisque, au vu de la complexité de l'économie, les *settlers* font plutôt confiance aux professionnels, en vertu de leurs aptitudes supérieures à celles de l'homme moyen. Ainsi, le modèle de référence actuel est clairement inférieur à ce qu'on peut et doit attendre d'un *trustee* professionnel.

**287.-** Comme il est clairement injuste, pour les *settlers* et pour *cestuis que trusts*, que des *trustees* professionnels soient établis à un standard inférieur à leurs capacités, le droit anglais a comblé cette lacune en prenant en compte certaines aptitudes personnelles des *trustees*.

**288.-** Avant d'analyser le droit anglais, on passera par le droit américain <sup>465</sup>, puisque le problème y a été d'abord envisagé : une jurisprudence existe depuis les années

---

<sup>462</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 34-01A.

<sup>463</sup> En ce sens, v. B. J. STANLEY, « A standard for trustees stricter than the prudent man standard: the past and the future », (1984) 9 *Okla. City U. L. Rev.* 485, spéc. p. 503.

<sup>464</sup> En ce sens, v. A. DUCKWORTH, « Legal aspects of trustee investment – is the prudent man still alive? Part 1 », *op. cit.*, p. 26.

<sup>465</sup> V. « Trusts and estates. Corporate trustees. Higher standard of due care », (1939) 39 *Colum. L. Rev.* 1055 ; « Standards of care for corporate trustees », (1948-1949) 16 *U. Chi. L. Rev.* 579 ; M. H. B., « Standard of Care for Corporate and Professional Trustees », (1957) 74 *Banking L. J.* 185 ; W. P. GRANBERY, « Trusts and estates. Fiduciaries' duties. The trustee who procures an appointment upon representation of greater skill than that of the ordinary person must exercise such skill », (1976) 21 *Vill. L. Rev.* 151 ; D. A. ALAMO et A. F. CIOTTI, « Recent cases », (1974-1975) 2 *W. St. L. Rev.* 295 ; B.

trente, alors que le cas paradigmatique du droit anglais ne date que de 1980<sup>466</sup>. Mais comme la présente étude porte sur le droit anglais, on ne va analyser que le nécessaire pour avoir une idée du droit américain sur la question traitée, ce qui nous aidera à mieux comprendre l'état actuel du droit anglais.

**289.-** La question posée aux tribunaux américains était de savoir si des *corporate trustees* (*trustees* personne morale), notamment des établissements de crédit et *trust companies* (institutions fiduciaires), étaient soumises à un *duty of care* plus lourd qu'à un individu moyen<sup>467</sup>.

**290.-** Compte tenu de la professionnalisation de *corporate trustee*, de son organisation et de ses ressources, il paraît logique d'en exiger plus qu'on exige d'un individu moyen. Il en est ainsi aussi dans le droit de contrats où les obligations des professionnels sont plus lourdes que celles de non professionnels<sup>468</sup>. Cependant, il existait dans certaines juridictions, même dans les années quatre-vingt-dix, des hésitations quant à traiter différemment ou non les *corporate trustees*<sup>469</sup>.

J. STANLEY, « A standard for trustees stricter than the prudent man standard: the past and the future », *op. cit.* ; J. A. NELSON, « The prudent person rule a shield for the professional trustee », *op. cit.*

<sup>466</sup> *Bartlett v Barclays Bank Trust Co Ltd (Nos 1 and 2)* [1980] Ch. 515.

<sup>467</sup> Le modèle de référence (*prudent man*) aux Etats-Unis a été introduit en 1830 par la décision d'*Harvard College v Armory*, 9 Pick. 446, 26 Mass. 446, 1830 WL 2554, Mass., 1830. Comme la décision porte sur les pouvoirs d'inversion du *trustee*, des auteurs utilisent la formule du *prudent man rule* comme synonyme du *prudent investor rule* (v. J. N. GORDON, « The puzzling persistence of the constrained prudent man rule », (1982) 62 *N.Y.U. L. Rev.* 52 ; B. LINGSTRETH et L. NICHOLAS, « Modern investment management and the prudent man rule », (1988) 43 *Bus. Law.* 779 ; S. P. JOHNSON, « Trustee investment : the prudent person rule or modern portfolio theory, you make the choice », (1993) 44 *Syracuse L. Rev.* 1175) qui est le standard que les *trustees* doivent respecter au moment de prendre des décisions d'investissement et désinvestissement (v. B. STONE, « The prudent investor rule : conflux of the prudent man rule with modern portfolio theory », (1993) 229 *PLI/Est* 9 ; M. M. SCHANZENBACH et R. H. SITKOFF, « The prudent investor rule and trust asset allocation : an empirical analysis », (2010) 35 *ACTEC J.* 314). La différence entre les deux réside seulement dans le fait que la première est une règle plus générale qui ne se limite pas aux pouvoirs d'investissements des *trustees*.

<sup>468</sup> En ce sens, v. « Standards of care for corporate trustees », *op. cit.*, p. 583.

<sup>469</sup> Il en a été ainsi dans l'état du Texas, v. J. A. NELSON, « The prudent person rule a shield for the professional trustee », *op. cit.*

**291.-** Un des premiers cas sur le sujet est *Liberty Title & Trust Co. v. Plews* de l'état du New Jersey, où, compte tenu de la publicité du *trustee*, qui consistait à se présenter comme détenteur de compétences spéciales, le *settlor* l'avait nommé comme *trustee*. La cour a considéré le *trustee* responsable des dommages causés, puisque la manière dont les investissements avaient été traités n'était pas été à la hauteur des compétences et des talents qu'il avait annoncé posséder<sup>470</sup>.

**292.-** Bien que cette jurisprudence ne porte pas spécifiquement sur la prise en compte des aptitudes personnelles du *trustee*, elle a quand même reconnu un alourdissement du *duty of care* des *corporate trustees* au nom de leurs compétences spéciales. Ainsi, le Vice-Chancellor HANEMAN a écrit que : « Ceci manifeste à nouveau un mode de conduite qui ne correspond pas au degré de soin, de prudence et de diligence requis par ce *trustee* »<sup>471</sup>, où « ce *trustee* » signifie un *corporate trustee*<sup>472</sup> qui ne peut avoir que des aptitudes supérieures au modèle de référence américain.

**293.-** En ce sens, la cour d'appel de Californie dans *Estate of Beach* (qui a été aussi un des premiers cas à alourdir le *duty of care* des *trustees* professionnels puisqu'ils possèdent des aptitudes supérieures) a établi que les : « *corporate trustees*, comme les banques et les *trust companies* devraient être tenus de montrer plus de compétence et de diligence que des personnes physiques, puisque les premiers sont des *trustees* professionnels et ont généralement de nombreux employés qui sont des spécialistes dans des divers domaines »<sup>473</sup>.

**294.-** Les deux cas décrits plus haut mettent en relief deux règles différentes qui viennent au secours des juges pour alourdir le *duty of care* des *trustees* professionnels et ainsi faire face au problème causé par l'application indistincte du modèle de référence à tout *trustee*.

---

<sup>470</sup> In « Standards of care for corporate trustees », *op. cit.*

<sup>471</sup> « This again exhibits a course of conduct not consistent with that degree of care, prudence and diligence required of this trustee » (in *ibidem* p. 580).

<sup>472</sup> En ce sens, v. *ibidem*.

<sup>473</sup> « *corporate trustees* such as bank and trust companies should be required to show more skill and diligence than natural persons, since the former are professional fiduciaries and generally have

295.- La première règle (connue comme la *representation skills rule*) oblige les *trustees* à employer les compétences qu'ils ont annoncé posséder<sup>474</sup>. Pour l'application de la règle, il est donc sans importance de savoir si le *trustee* a ou non les aptitudes promises<sup>475</sup>; il faut seulement que le *settlor* ait choisi le *trustee* en fonction des compétences que le *trustee* disait avoir<sup>476</sup>.

296.- L'autre règle (connue comme la *skills rule*) oblige les *trustees* qui ont des compétences supérieures à celles du *prudent man* de les employer. En conséquence, si le *trustee* a des compétences supérieures, il ne suffit plus d'agir comme le ferait le modèle de référence<sup>477</sup>.

297.- La politique derrière les deux règles est la sécurité juridique, car quand le *settlor* désigne un professionnel comme *trustee*, et qu'en plus il va le rémunérer, il le fait au nom de l'expérience, de la compétence et de l'habileté qu'il possède ou annonce posséder. En conséquence, il est naturel que le *settlor* et les *cestuis que trusts* aient le droit d'attendre que le *trustee* emploie ses compétences supérieures pour bien administrer le *trust*<sup>478</sup>. Pour cette raison, « un *trustee* professionnel qui obtient sa désignation parce qu'il a promis, expressément ou implicitement, d'agir mieux qu'une personne moyenne, ne devrait pas pouvoir se cacher derrière le standard du *prudent man* »<sup>479</sup>.

---

*numerous employees who are specialists in various departments of trust work* » (in D. A. ALAMO et A. F. CIOTTI, « Recent cases », *op. cit.*, p. 301).

<sup>474</sup> En ce sens, v. B. J. STANLEY, « A standard for trustees stricter than the prudent man standard: the past and the future », *op. cit.*, p. 487.

<sup>475</sup> En ce sens, v. M. H. B., « Standard of Care for Corporate and Professional Trustees », *op. cit.*, p. 192 et 193.

<sup>476</sup> En ce sens, v. J. A. NELSON, « The prudent person rule a shield for the professional trustee », *op. cit.*, p. 952.

<sup>477</sup> En ce sens, v. *ibidem*, p. 947.

<sup>478</sup> En ce sens, v. « Trusts and estates. Corporate trustees. Higher standard of due care », *op. cit.*, p. 1059 et 1060.

<sup>479</sup> « *professional trustees, who attract business by expressly or implicitly promising better management of trust assets than the average person could provide, should not be able to hide behind the prudent man standard* » (B. J. STANLEY, « A standard for trustees stricter than the prudent man standard: the past and the future », *op. cit.*, p. 488).

**298.-** Bien que les deux règles aient été appliquées en jurisprudence pour augmenter le *duty of care* des *trustees* professionnels, elles ne sont pas limitées à ces derniers, parce qu'il peut arriver aussi que le *settlor* ait désigné une personne non professionnelle comme *trustee* au nom des aptitudes personnelles qu'il possède ou parce qu'il déclare les posséder <sup>480</sup>.

**299.-** De la même manière que le droit américain, le droit anglais a pris certaines circonstances personnelles des *trustees* pour augmenter son devoir de diligence. Tout a commencé avec l'affaire *Bartlett v Barclays Bank Trust Co. Ltd.* où BRIGHTMAN J. a écrit:

**300.-** « Je suis de l'avis qu'une plus grande obligation de diligence est attendue de la part d'un *trust corporation* spécialisé dans la gestion des *trusts*. Un *trust corporation* se présente dans ses affiches publicitaires comme étant au-dessus des mortels. Avec un personnel spécialisé qui a un accès facile à l'information financière et des conseils professionnels, traitant et résolvant des problèmes de *trusts* jour après jour, la *trust corporation* se présente, et à juste titre, comme capable de fournir une expertise dont il serait irréaliste d'attendre et injuste d'exiger de l'homme ordinairement prudent [...] Je pense que le *trustee* professionnel personne morale est responsable des pertes s'il néglige d'exercer les soins et compétences spéciaux qu'il prétend avoir » <sup>481</sup>.

**301.-** Bien que l'arrêt précédent paraisse embrasser seulement la règle américaine de *representation skills rule*, les auteurs prennent cette jurisprudence aussi comme le fondement de l'alourdissement du *duty of care* de *trustees* professionnels puisqu'ils possèdent des compétences supérieures <sup>482</sup>.

---

<sup>480</sup> En ce sens, v. D. A. ALAMO et A. F. CIOTTI, « Recent cases », *op. cit.*, p. 301 et 302.

<sup>481</sup> « I am of opinion that a higher duty of care is plainly due from someone like a trust corporation which carries on a specialised business of trust management. A trust corporation holds itself out in its advertising literature as being above ordinary mortals. With a specialist staff of trained trust officers and managers, with ready access to financial information and professional advice, dealing with and solving trust problems day after day, the trust corporation holds itself out, and rightly, as capable of providing an expertise which it would be unrealistic to expect and unjust to demand from the ordinary prudent man [...] I think that a professional corporate trustee is liable for breach of trust if loss is caused to the trust fund because it neglects to exercise the special care and skill which it professes to have » ([1980] Ch. 515, spéc. p. 534).

<sup>482</sup> V. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 10.32.



**302.-** En suivant cet ordre d'idées, le *Trustee Act* 2000 dans la section 1(1)(a) établit que le *trustee* doit faire preuve d'autant de prudence et d'adresse qu'on peut l'attendre raisonnablement dans de telles circonstances, compte tenu des connaissances spéciales ou de l'expérience qu'il a ou qu'il déclare posséder <sup>483</sup>.

**303.-** Compte tenu de l'adjectif « spécial », la section ne peut se référer qu'aux aptitudes supérieures à celles de l'*ordinary prudent man of business*. Subséquemment, le standard d'*ordinary prudent man of business* continue à s'appliquer tant que le *trustee* n'a pas ou ne déclare pas avoir d'aptitudes supérieures <sup>484</sup>. De cette manière « le devoir général de diligence, tout en créant un standard objectif de diligence, contient un élément subjectif. Si un *trustee* est tenu de se comporter comme un homme d'affaires avisé, la section première prévoit expressément que l'expérience et les compétences du *trustee* soient prises en considération » <sup>485</sup>.

**304.-** Si l'on a vu que le droit anglais prend en compte certaines circonstances personnelles du *trustee*, il nous faut encore voir ce qu'il en est en droit français.

**305.-** D'abord, la première approche que fait le droit français pour augmenter les responsabilités des fiduciaires est de réduire le groupe humain auquel il appartient <sup>486</sup>. Ainsi, le fiduciaire étant un professionnel, on ne prend plus comme modèle de référence le bon père de famille, mais celui du bon professionnel ; et dans le cas où ce modèle serait insuffisant, on va encore réduire le groupe humain auquel il appartient à celui de sa spécialisation : ainsi au lieu du bon professionnel, on considérerait par exemple celui du bon avocat ou du bon établissement de crédit. Cette réduction peut se poursuivre jusqu'à ce qu'on trouve le groupe humain qui colle le plus au fiduciaire.

---

<sup>483</sup> « Section 1, (1)Whenever the duty under this subsection applies to a trustee, he must exercise such care and skill as is reasonable in the circumstances, having regard in particular—  
(a) to any special knowledge or experience that he has or holds himself out as having. »

<sup>484</sup> En ce sens, v. S. PANESAR, « The Trustee Act 2000 », (2001) 12 *I.C.C.L.R.* 151, spéc. p. 152 et 153.

<sup>485</sup> « The general duty of care, whilst creating an objective standard of care, does have a subjective element to it. Whilst a trustee is expected to behave as a prudent businessman, section 1 specifically requires that the experience and skills of the individual trustee be considered » (*ibidem*, p. 152).

**306.-** Par conséquent même si l'appréciation continue d'être *in abstracto*, il y a une certaine concrétisation <sup>487</sup>. Pour cette raison on peut parler d'une appréciation moyennement abstraite, parce que si l'on prend certains caractères personnels du fiduciaire pour trouver le groupe humain auquel il appartient, on les laisse de côté une fois que le juge a saisi le modèle de référence.

**307.-** De plus, comme la fiducie est un contrat, les parties peuvent façonner le devoir de diligence à leur convenance. Subséquemment, si les aptitudes supérieures (même inférieures) des fiduciaires entrent dans le champ contractuel, elles seront prises en compte par le juge dans l'appréciation du contenu du devoir de diligence. Ainsi, si le fiduciaire fait mention de ses habilités supérieures « c'est donc presque toujours faire état d'une promesse implicite » <sup>488</sup>.

**308.-** Si l'on est d'accord que le fiduciaire doit être à la hauteur promise au constituant, des aptitudes personnelles, qui n'ont pas leur place dans le champ contractuel et qui sont supérieures à celles du modèle de référence (bien que le modèle soit le plus représentatif possible du fiduciaire), peuvent-elles être prises en compte par les juges ?

**309.-** DEJEAN DE LA BATIE, dans son éminente thèse, a montré que la jurisprudence française prenait en compte les aptitudes supérieures des débiteurs <sup>489</sup> ; ce qui est bien compréhensible puisqu'ils peuvent « agir mieux que le commun des hommes n'est en mesure de le faire » <sup>490</sup>.

**310.-** Ainsi, MAZEAUD et TUNC ont écrit qu'« on pourrait concevoir [...] que l'appréciation *in concreto* vienne se cumuler avec la conception *in abstracto*, non pour diminuer la diligence-type que l'on impose à tous, mais au contraire pour ne permettre aux

---

<sup>486</sup> V. *supra*, n° 253 et s.

<sup>487</sup> En ce sens, v. Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 3520.

<sup>488</sup> En ce sens, v. N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, *op. cit.*, n° 76.

<sup>489</sup> V. *ibidem*, n° 46 et s. et 76 et s.

<sup>490</sup> *Ibidem*, n° 45.

individus particulièrement doués ou compétents de faire preuve d'une attitude psychologiquement négligente »<sup>491</sup>.

**311.-** Mais « il faut pourtant remarquer que le refus des juges de s'engager dans une recherche concrète, touchant l'expérience personnelle d'un professionnel ne paraît pas pouvoir donner ouverture à cassation »<sup>492</sup>.

**312.-** Si l'on a déchiffré la façon dont le juge va apprécier le contenu du devoir de diligence-*duty of care*, on n'a encore fourni aucune précision sur le contenu de l'obligation analysée.

## **SECTION II.- LE CONTENU DU DEVOIR DE DILIGENCE-*DUTY OF CARE***

**313.-** « Si l'appréciation du comportement se concentre sur l'homme en situation, bien heureusement ces situations ne sont pas uniques ; elles se répètent et l'expérience permet de les traduire en données juridiques »<sup>493</sup>. Ainsi, une analyse des applications du devoir de diligence-*duty of care* va nous permettre d'avoir une idée de son contenu et de la manière dont le fiduciaire-*trustee* devrait administrer le patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

**314.-** Si le devoir de diligence-*duty of care* est présent pendant toute la vie de la fiducie-*trust* (§2), il prend une importance particulière au moment de sa constitution (§1).

### **§1.- LE DEVOIR DE DILIGENCE-*DUTY OF CARE* ET LA CONSTITUTION DE LA FIDUCIE-*TRUST***

---

<sup>491</sup> In *ibidem*, n° 44.

<sup>492</sup> *Ibidem*, n° 77.

<sup>493</sup> S. SEYRAT, *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, op. cit., p. 260.

**315.-** Même si certaines applications du devoir de diligence-*duty of care* s'appliquent non seulement au stade de la constitution mais aussi pendant toute la vie de la fiducie-*trust*, nous allons les analyser ici. Car leur mise en place dès la constitution de la fiducie-*trust* est particulièrement importante puisqu'elles vont poser les bases pour que l'administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit optimale.

**316.-** Dès que le fiduciaire-*trustee* accepte sa mission, il faut qu'il connaisse tout sur la fiducie-*trust* (A) et qu'il mette en place les premières mesures de protection des biens fiduciaires (B).

#### A.- LE DEVOIR DE DILIGENCE-*DUTY OF CARE* ET LA CONNAISSANCE DE LA FIDUCIE-*TRUST*

**317.-** Comme le patrimoine fiduciaire-*trust fund* est administré pour le bénéfice d'une autre personne, le fiduciaire-*trustee* ne peut pas l'administrer à sa guise ; il doit donc l'administrer conformément aux directions du constituant-*settlor* et en accord avec la mission de la fiducie-*trust* <sup>494</sup>.

**318.-** De la sorte, le *duty of care* impose, et le devoir de diligence devrait imposer, avant tout que le fiduciaire-*trustee* prenne toutes les mesures nécessaires pour bien comprendre sa mission <sup>495</sup>. Au contraire, les erreurs du fiduciaire-*trustee*, dues à l'ignorance des termes de la fiducie-*trust*, pourraient porter préjudice au patrimoine fiduciaire-*trust fund* <sup>496</sup>.

**319.-** Ainsi, dans *Hallows v Lloyd*, KEKEWICH J. a établi que les personnes qui acceptent d'être *trustees* doivent « s'informer sur ce en quoi consistent la propriété qui va

---

<sup>494</sup> Sur la fiducie en ce sens, v. B. GOUTHIERE, C. LOPATER et A.-L. BLANDIN, *La fiducie : mode d'emploi : régime juridique, fiscal et comptable, aspects internationaux, intègre l'extension aux personnes physiques, op. cit.*, n° 3350.

Sur le *trust* en ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 468 et s.

<sup>495</sup> V. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 465 et 466.

<sup>496</sup> En ce sens, v. G. MOFFAT, M. CHESTERMAN et J. DEWAR, *Trusts law : text and materials*, Weidenfeld and Nicolson, 2<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 321.

leur être transmise et les *trusts*. Ils devraient également se renseigner sur les documents inhérents au *trust* afin de connaître les charges ou toute autre question qui pourrait affecter le *trust* »<sup>497</sup>.

**320.-** Donc, pour bien comprendre sa mission, il est primordial que le fiduciaire-*trustee* se renseigne, dès que possible, sur l'étendue de sa mission (en incluant les directives du constituant-*settlor*), sur l'étendue de ses obligations et de ses pouvoirs<sup>498</sup>, sur toute circonstance inhérente aux biens composant le patrimoine fiduciaire-*trust fund*<sup>499</sup>, sur les bénéficiaires-*cestuis que trusts* (et sur les avantages prévus pour eux)<sup>500</sup>, et en général sur toute information qui pourrait être considérée comme nécessaire pour bien exécuter sa mission.

**321.-** Comme il est possible de remplacer les fiduciaires-*trustees*, sans entraîner l'extinction de la fiducie-*trust*<sup>501</sup>, cette obligation doit s'appliquer indistinctement aux fiduciaires-*trustees* originaux comme à ses remplaçants<sup>502</sup>.

**322.-** Les fiduciaires-*trustees* remplaçants doivent en plus vérifier la bonne gestion du fiduciaire-*trustee* sortant ; ainsi, en droit anglais le *trustee* entrant, doit vérifier que son

---

<sup>497</sup> « *inquire of what the property consists that is proposed to be handed over to them, and what are the trusts. They ought also to look into the trust documents and papers to ascertain what notices appear among them of incumbrances and other matters affecting the trust* » ([1888] 39 Ch.D. 686, spéc. p. 691).

<sup>498</sup> En droit anglais, si un *trustee* a une doute sur l'étendue de ses pouvoirs, il doit prendre des conseils juridiques (v. *Nestle v National Westminster Bank* [1993] 1 WLR 1260, spéc. p. 1265. Pour de notes sur cette jurisprudence, v. M. STAUCH et G. WATT, « Is there liability for imprudent trustee investment ? », [1998] *Conv.* 352 ; A. KENNY, « Are a bank trustee's fees performance related? », [1993] *Conv.* 63 ; N. A. CLAYTON, « The duty of a trustee to be prudent and faire », [1988] 3 *J.I.B.L.* 284). Par contre, l'incompréhension d'une clause d'investissement n'est pas en soi une violation du *trust*, ainsi le *cestui que trust* doit prouver que cela a été la cause de la mauvaise décision que le *trustee* a prise (*Nestle v National Westminster Bank* [1993] 1 WLR 1260, spéc. p. 1275 et 1276).

<sup>499</sup> En ce sens, v. L. A. SHERIDAN, *The law of trusts Law, op. cit.*, p. 272.

<sup>500</sup> Ainsi dans *Hilliard v Fulford* (1876) 4 Ch.D. 389 des exécuteurs testamentaires ont été condamnés pour avoir mal distribué les biens de la succession à cause d'une mauvaise compréhension du testament.

Sur l'obligation du *trustee* de payer la bonne quantité aux bonnes personnes, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 610 et s.

<sup>501</sup> Le remplacement du fiduciaire (v. *infra*, n° 718 et s.) est prévu dans l'article 2027 du Code civil (sur le remplacement du *trustee*, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 645 et s.).

<sup>502</sup> En ce sens en droit anglais, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 10.03.

prédécesseur, et les *trustees* qui continuent à l'être, n'ont pas violé les termes du *trust* <sup>503</sup>. Bien qu'un nouveau *trustee* ne doive pas « agir comme un limier en faisant un grand effort pour renifler une violation du *trust* », et donc qu'« en l'absence de circonstances suspectes, il peut supposer que les *trustees* antérieurs ont rempli correctement leurs fonctions » <sup>504</sup>, il doit quand même enquêter là où il y aurait des circonstances inhabituelles ou douteuses <sup>505</sup>. Si, après l'enquête, il y a des indices que le fiduciaire-*trustee* sortant ait violé une de ses obligations, le fiduciaire-*trustee* entrant doit alors exercer les actions appropriées.

## B.- LE DEVOIR DE DILIGENCE-*DUTY OF CARE* ET LES PREMIÈRES MESURES DE PROTECTION DES BIENS FIDUCIÉS

**323.-** En plus de maîtriser sa mission, le fiduciaire-*trustee* doit donner les soins suffisants pour protéger les biens fiduciaires. Comme dans le dépôt « les obligations de garde et de restitution sont intimement liées » <sup>506</sup>, on pourrait arriver à la conclusion que le fondement de l'obligation de garde du fiduciaire soit son obligation de transférer plus tard, soit pendant l'administration de la fiducie soit à son extinction, les biens fiduciaires aux bénéficiaires <sup>507</sup>.

**324.-** S'il est vrai que l'obligation du fiduciaire de transférer les biens aux bénéficiaires peut être un fondement de l'obligation de garde, surtout dans les fiducies où la mission du fiduciaire ne consiste qu'à garder un bien pour le transférer plus tard <sup>508</sup>, elle

<sup>503</sup> En ce sens, v. HANBURY et MARTIN, *Modern Equity*, *op. cit.*, n° 530.

<sup>504</sup> « *a new trustee is not expected to act like a bloodhound straining to sniff out some breach of trust [...] in the absence of suspicious circumstances he may assume that the previous trustees have properly discharged their duties* » (D. B. PARKER et A. R. MELLOWS, *The modern law of trusts*, Sweet & Maxwell, 5<sup>ème</sup> éd., 1983, p. 268).

<sup>505</sup> Au contraire, si le *trustee* entrant ne réalise pas les recherches pertinentes, et que de ce fait le *trust* subit des dommages à cause d'une violation faite par les autres *trustees*, il serait responsable (v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 467), car il n'a rien fait pour arrêter la violation.

Une circonstance qui est considérée comme douteuse en droit anglais, où donc le *trustee* doit se renseigner, est la perte d'un bien ou de la valeur du *trust fund* (v. *Bennet v Burgis* (1846) 5 Hare 295, 67 E.R. 925).

<sup>506</sup> J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 33143.

<sup>507</sup> L'article 2030 du Code civil prévoit aussi la possibilité que les biens fassent retour aux constituants.

<sup>508</sup> Ainsi, Mme. MALLET-BRICOUT a bien remarqué que, d'une gestion dynamique, on arrive souvent à une simple conservation des biens et que donc la gestion fiduciaire tend à dériver vers un simple

n'est pas l'unique. Nous trouvons un autre fondement dans le devoir de diligence du fiduciaire. Il en est ainsi en droit du *trust*, ou de plus le *duty of care* ne peut être que l'unique fondement dans les cas exceptionnels où les *trusts* n'ont pas de *cestuis que trusts* (connu comme *non charitable purpose trusts*<sup>509</sup>), car aucune retransmission n'aurait lieu.

**325.-** Ainsi, l'obligation du fiduciaire-*trustee* d'agir avec soin et compétence, dans l'administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, implique une obligation de conserver les biens fiduciaires. Ceux-ci peuvent périr ou se détériorer, en diminuant la valeur du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

**326.-** De plus, le manque de conservation des biens fiduciaires pourra empêcher le fiduciaire-*trustee* d'accomplir sa mission. Par exemple, le cas où la mission serait de louer un immeuble, et que les loyers seraient distribués parmi les bénéficiaires-*cestuis que trusts*, cela serait impossible si l'immeuble n'était pas conservé en un état qui permettrait sa location. L'accomplissement deviendrait impossible aussi dans le cas où l'accomplissement de la mission dépendrait de l'obtention d'un prêt, qui serait refusé parce que la valeur du patrimoine fiduciaire (valeur qui aurait été amoindrie à cause d'une conservation négligente de biens fiduciaires) ne serait pas suffisante pour garantir le remboursement. Pour cette raison, dès l'acceptation de la fiducie-*trust*, le fiduciaire-*trustee* doit mettre en place les premières mesures nécessaires pour conserver les biens fiduciaires.

**327.-** Bien que le fiduciaire-*trustee* ait une obligation de garde, cela ne signifie pas qu'il soit interdit de transférer à titre onéreux (par exemple la vente d'un bien) les biens originellement transférés par le constituant-*settlor*<sup>510</sup>.

---

dépôt (intervention intitulée « Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l'opération de fiducie ? », in *colloque La fiducie dans tous ses états/The worlds of the trust, Université de McGill, Montréal, 23-25 septembre 2010*).

<sup>509</sup> De bibliographie sur le sujet, autres que les traités généraux sur les *trusts*, v. *supra*, note de page n° 41.

<sup>510</sup> En principe il est interdit au fiduciaire de transférer les biens sauf autorisation expresse ou implicite (v. *infra*, n° 1116). Il en est ainsi, puisque le Code civil ne prévoit aucun pouvoir de disposition du fiduciaire, aussi l'article 2018 du Code civil prévoit que le contrat de fiducie doit établir sous peine de nullité les pouvoirs du fiduciaire, donc si un pouvoir de disposition n'est pas prévu, le fiduciaire ne pourra pas disposer des biens fiduciaires. Ainsi, le fiduciaire doit en principe maintenir les biens originellement reçus. Contrairement au droit français, le *trustee* est en principe

**328.-** Mais le fait que le fiduciaire-*trustee* ait le pouvoir de subroger un des biens originellement transférés par un autre, ne veut pas dire non plus qu'il n'aura aucune obligation de conserver en bon état ce bien ; du contraire il faudra qu'il le fasse jusqu'au jour de son transfert. Ceci entre dans la logique d'une bonne administration, car si le bien va être transféré à titre onéreux, il faut qu'il soit dans le meilleur état possible, pour qu'il soit transféré au meilleur prix possible.

**329.-** Comme la fiducie-*trust* est une institution qui entraîne un transfert de propriété à faveur du fiduciaire-*trustee*<sup>511</sup>, la garde des biens fiduciaires implique d'abord que le fiduciaire-*trustee* « les mette sous son contrôle, en assurant que la propriété lui a été transférée »<sup>512</sup>. Ainsi, une fois la fiducie-*trust* constituée, il faudra d'abord vérifier que les conditions d'efficacité de la transmission des biens soient bien remplies. Dans le cas où la propriété n'a pas été transmise automatiquement dès la constitution de la fiducie-*trust*, le fiduciaire-*trustee* devra faire ce qui est en son pouvoir pour que la propriété lui soit transmise<sup>513</sup> et s'informer sur les conditions de transmission qui dépendent d'un tiers<sup>514</sup>. Il en est de même si une créance du constituant-*settlor* n'a pas été cédée dès la constitution de la fiducie-*trust*.

**330.-** La garde des biens fiduciaires implique qu'il les ait sous son contrôle<sup>515</sup>. Cela suppose dans un premier temps que le fiduciaire-*trustee* ait la possession du document

---

autorisé à transférer tout bien fiduciaire, sauf directive contraire, expresse ou implicite, du *settlor* (le *Trustee Act 2000* en donnant un pouvoir général d'investissement au *trustee* peut transférer tout bien du *trust* quand cela serait dans l'intérêt économique des *cestuis que trusts*, sauf stipulation contraire).

<sup>511</sup> V. *infra*, n° 8 et 297

<sup>512</sup> « *to protect trust property trustees should bring it under their control by ensuring where appropriate that the legal title to the property is transferred to them* » (G. MOFFAT, M. CHESTERMAN et J. DEWAR, *Trusts law : text and materials, op. cit.*, p. 321).

<sup>513</sup> Même si cela implique des procédures judiciaires à l'encontre du *settlor* (en ce sens en droit anglais du *trust*, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 548 ; en ce sens en droit Argentin sur la fiducie, v. C. M. KIPER et S. V. LISOPRAWSKI, *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 24).

Sur l'obligation du fiduciaire à vérifier l'efficacité juridique des actes, v. *infra*, n° 335 et s.

<sup>514</sup> V. *infra*, n° 357.

<sup>515</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 34-02 et s. Sur la nécessité du dépositaire de maîtriser la chose déposée, v. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, n° 33134.



constituant la fiducie-*trustee*, des titres de propriétés transférées, des actes qui supportent l'existence des créances cédées, et en général tout document inhérent à la fiducie-*trust* auquel il aurait droit. Ensuite, le fiduciaire-*trustee* doit avoir la possession des biens, ainsi dès que la propriété est transmise au fiduciaire-*trustee*, il doit faire ce qui est en son pouvoir pour que le bien lui soit délivré <sup>516</sup>. Subséquemment, si le constituant-*settlor* ne livre pas le bien fiduciaire en un délai considéré, en concordance avec la nature du bien, comme normal, le fiduciaire-*trustee* devra faire valoir ses droits dans une cour de justice <sup>517</sup>. Enfin, pour bien maîtriser les biens, il faut que la transmission au fiduciaire-*trustee* soit opposable aux tiers. Ainsi, si un mécanisme d'enregistrement est prévu pour l'opposabilité de la propriété en question, le fiduciaire-*trustee* devra l'enregistrer le plus promptement possible pour éviter que le constituant-*settlor* la transfère une deuxième fois <sup>518</sup>.

**331.-** Quant à la protection des créances cédées par le constituant, il faut que la cession soit opposable aux débiteurs cédés et aux tiers. L'article 2018-2 du Code civil prévoit l'opposabilité de la cession de créance au tiers, à partir de la date du contrat de la fiducie. Cela s'explique car l'article 2019 du Code civil impose au fiduciaire l'obligation d'enregistrer le contrat de fiducie dans le délai d'un mois à compter de la date de sa constitution ; ainsi donc le rôle de l'article 1690 du Code civil, qui est de donner à la cession une date certaine <sup>519</sup> et d'éviter « toute fraude ayant pour but de faire échec au droit acquis sur la créance par un tiers » <sup>520</sup>, n'a plus de sens.

**332.-** Par contre, et même si le contrat de fiducie est enregistré, le débiteur cédé a le droit de ne pas avoir connaissance de la cession. Raison pour laquelle le deuxième paragraphe de l'article 2018-2 du Code civil prévoit que la cession « ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire ». Donc, tant que le débiteur cédé n'est pas notifié, il peut exécuter son

---

<sup>516</sup> Sur les hypothèses où les biens seront entre les mains d'une autre personne, v. *infra*, 344 et s.

<sup>517</sup> En ce sens, v. C. M. KIPER et S. V. LISOPRAWSKI, *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario*, op. cit., p. 24.

<sup>518</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, op. cit., p. 548.

<sup>519</sup> Sur la cession de créances en droit commun, v. J. FRANÇOIS, *Droit civil. T. IV, Les obligations, Régime général*, Economica, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, n° 335 et s. ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, n° 284 et s.

obligation valablement entre les mains du constituant/cédant. Pour éviter cela, et les dangers que cela représente <sup>521</sup>, le fiduciaire doit notifier dès que possible au débiteur cédé, pour qu'il ne puisse plus se libérer valablement dans les mains du constituant/cédant <sup>522</sup>.

**333.-** Si de plus la créance cédée est exigible dès l'acceptation de la fiducie-*trust*, le fiduciaire-*trustee* doit agir encore avec plus de célérité pour éviter que le débiteur cédé exécute son obligation entre les mains du constituant-*settlor*. Mais le fiduciaire-*trustee* ne doit pas se limiter à lui notifier la cession ; il va devoir aussi lui demander le paiement de la créance, et au cas où il refuserait de payer, le fiduciaire-*trustee* va devoir le poursuivre légalement dès que possible <sup>523</sup>.

**334.-** Une fois que le fiduciaire-*trustee* aura la possession des documents inhérents à la fiducie-*trust* et des biens fiduciaires, il devrait mettre en place des mesures visant à assurer que les documents et les biens soient bien conservés, pour éviter qu'ils périssent ou qu'ils se détériorent ; en d'autres mots, le fiduciaire-*trustee* doit mettre la chose en sécurité <sup>524</sup> pour la maintenir en état <sup>525</sup> jusqu'à son transfert aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* ou à un tiers à titre onéreux.

---

<sup>520</sup> J. FRANÇOIS, *Droit civil. T. IV, Les obligations, régime général, op. cit.*, n° 371.

<sup>521</sup> D'abord il existe le risque que le constituant-cédant ne veuille pas restituer les sommes que le débiteur cédé lui a payé ; en conséquence, le fiduciaire va devoir entamer des procédures judiciaires qui impliquent du temps et de l'argent. Ensuite, il peut arriver que le constituant-cédant soit insolvable ; subséquemment, il serait difficile de récupérer la somme payée par le créancier cédé.

<sup>522</sup> En ce sens en droit Argentin, v. C. M. KIPER et S. V. LISOPRAWSKI, *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario, op. cit.*, p. 28.

<sup>523</sup> En ce sens en droit anglais, v. *Re Brogden* (1888) 38 Ch.D. 546 ; en droit français, v. CA Paris, 11 février 1988 : *D.* 1988, inf. rap. p. 65 (où le fait qu'un agent immobilier n'ait réalisé aucun acte de poursuite ni même une mise en demeure, a été considéré comme fautif).

<sup>524</sup> Où il y a plus d'un *trustee*, une mesure de sécurité impose aux *trustees* de mettre les biens sous le contrôle de tous (L. A. SHERIDAN, *The law of trusts, op. cit.*, p. 274). Il pourrait être utile d'exiger la même chose dans la fiducie, quand ceci est possible, car cela rend plus difficile qu'un fiduciaire puisse s'échapper avec un bien fiduciaire.

<sup>525</sup> Pour MORANCAIS-DERMEESTER l'obligation de conservation consiste généralement à maintenir la chose confiée en état (in « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ.* 1993, p. 757, spéc. n° 43).

**335.-** Les mesures que le fiduciaire-*trustee* doit mettre en place dépendent notamment de la nature du bien : « on ne garde pas de la même manière un coffret de bijoux, un cheval de course, un cadavre ou des valeurs mobilières »<sup>526</sup>.

**336.-** Comme on peut considérer de manière générale que l'obligation de garde est une obligation de résultat, car mettre la chose en sécurité ne peut pas être considéré comme une entreprise hasardeuse<sup>527</sup>, le fiduciaire serait responsable de toute perte ou détérioration de la chose, sauf s'il démontre que cela est dû à une force majeure<sup>528</sup>. Ainsi, dans l'exemple où la chose aurait été volée, il faudra que le fiduciaire prouve que le vol a été un fait, de tiers, irrésistible<sup>529</sup>. Cela implique donc que le fiduciaire n'a pas rendu possible le vol du tiers<sup>530</sup>, subséquemment il n'est responsable du vol que s'il n'a pas pris les précautions suffisantes pour l'éviter. Il est ainsi en droit du *trust*, le *trustee* n'est pas responsable du vol, s'il a mis en œuvre des soins raisonnables pour protéger la chose volée<sup>531</sup>.

**337.-** Une autre mesure de garde que le devoir de diligence-*duty of care* impose aussi au fiduciaire-*trustee*, est de mettre en place, dès son acceptation, des mesures qui permettent de séparer ses biens personnels des biens fiduciaires ; et dans le cas où le fiduciaire-*trustee* aurait à sa charge plus d'une fiducie-*trust*, il doit aussi éviter toute confusion entre les biens appartenant aux différents fiduciaires-*trusts*<sup>532</sup>.

**338.-** Bien que l'article 2011 du Code civil prévoit un transfert des droits du constituant au fiduciaire, ils n'entrent pas dans son patrimoine personnel ; car il prévoit que

---

<sup>526</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 880.

<sup>527</sup> En ce sens, v. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, n° 33146.

<sup>528</sup> Ainsi l'article 1929 du Code civil prévoit : « Le dépositaire n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée. »

<sup>529</sup> En ce sens, v. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 890.

<sup>530</sup> Ainsi la Cour de cassation a décidé que « dans le cas où la chose déposée a été endommagée par un tiers, le dépositaire salarié doit, pour être exonéré de son obligation de la rendre dans l'état où il l'a reçue, prouver que le fait de ce tiers présentait pour lui les caractères de la force majeure. En conséquence, il demeure responsable de ces dommages envers le déposant lorsqu'une faute commise par lui a rendu possible le fait de ce tiers » (in Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 décembre 1958 : *Bull. civ. I*, n° 579, *RTD civ.* 1959, p. 343, obs. J. CARBONNIER).

<sup>531</sup> *V. Jobson v Palmer* [1893] 1 Ch. 71.

<sup>532</sup> En ce sens en droit mexicain, v. J. PINTADO RIVERO, *Derechos y obligaciones del fiduciario, op. cit.*, p. 105.

le fiduciaire les maintiendra séparés de son propre patrimoine. De la sorte, les droits transmis entrent dans un nouveau patrimoine qui, étant affecté à une finalité, forme un patrimoine d'affectation <sup>533</sup>. Ainsi, le fiduciaire aurait, en plus de son patrimoine personnel, un patrimoine pour chaque fiducie qu'il administre.

**339.-** Même, si le fiduciaire est titulaire de plusieurs patrimoines, chacun est autonome par rapport aux autres <sup>534</sup>. Bien que l'autonomie du patrimoine fiduciaire ne protège pas les bénéficiaires de la mauvaise gestion, elle « assure, dans une grande mesure, sa protection face au risque d'insolvabilité du fiduciaire » <sup>535</sup> ainsi qu'au risque de mauvaise gestion des autres fiducies. Par contre, la protection, concédée par la technique du patrimoine d'affectation, s'affaiblit si le fiduciaire confond les biens fiduciaires avec les siens ou avec ceux des autres fiducies.

**340.-** Pour cette raison l'article 2068 du projet de loi du 8 février 2005 instituant la fiducie avait prévu que le fiduciaire doive « prendre toutes les mesures propres à préserver la séparation des patrimoines afin d'éviter la confusion des droits transférés dans le patrimoine fiduciaire ainsi que des obligations y figurant, avec les droits ou obligations, soit de son patrimoine personnel, soit d'autres patrimoines fiduciaires ». Malheureusement cet article n'est pas apparu dans la loi instituant la fiducie ; mais l'article 2021 du Code civil prévoit au moins que « lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités ».

**341.-** Bien que l'article 2021 du Code civil a prévu une mesure qui permet d'éviter des confusions entre des biens appartenant à un patrimoine fiduciaire et des biens appartenant au patrimoine personnel du fiduciaire, on ne peut pas en déduire un principe général. Malgré cela, on peut déduire, du devoir de diligence, l'obligation du fiduciaire de

---

<sup>533</sup> V. *infra*, n° 619 et s.

<sup>534</sup> En ce sens, l'article 2024 du Code civil prévoit que « l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire » et l'article 2025 du Code civil statue que « le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine ».

cloisonner les différents patrimoines, car la séparation de différents patrimoines est essentielle pour la conservation des biens <sup>536</sup>. Au contraire, les biens fiduciaires confondus avec des biens d'autres patrimoines risquent d'être perdus.

**342.-** De la sorte, le fiduciaire a d'une part l'obligation de cloisonner le patrimoine fiduciaire de son patrimoine personnel, et d'autre part l'obligation de séparer les différents patrimoines fiduciaires <sup>537</sup>. M. BENABENT a résumé cette idée en affirmant que « le fiduciaire doit pratiquer la vertu du cloisonnement » <sup>538</sup>.

**343.-** De même, dans la fiducie, l'obligation de cloisonnement est présente en droit anglais. En effet il est naturel, que le *trustee*, devant conserver les biens du *trust*, doive les maintenir séparés des siens <sup>539</sup> et séparés des biens des autres <sup>540</sup>. Dans le cas contraire, il serait en violation du *trust* <sup>541</sup> et donc responsable pour les dommages causés.

**344.-** Jusqu'à maintenant nous n'avons qu'analysé la situation où les biens fiduciaires sont dans la possession du fiduciaire-*trustee* ; mais il est possible que le constituant-*settlor* ait stipulé que la possession reste aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* (dans la fiducie, il peut aussi rester au constituant) <sup>542</sup>.

**345.-** Dans cette hypothèse, le fiduciaire-*trustee*, pour protéger les biens fiduciaires, doit faire attention aux conditions dans lesquelles la possession va être donnée aux

<sup>535</sup> M. ABDALLAH, *La sécurisation de la gestion fiduciaire : pratiques conventionnelles et islamiques*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>536</sup> En droit mexicain l'article 79 de la Ley de Instituciones de Crédito établit que le fiduciaire doit ouvrir comptes spéciaux pour chaque contrat de fiducie passé par lui (sur cette obligation, v. C. A. AROCHA MORTON, « El fideicomiso en México, notas sobre América Latina », *R.I.J. de la E.L.D.*, año 6, n° 6, 1982, p. 21 et s., spéc. p. 28).

<sup>537</sup> ABDALLAH a intitulé cela « séparation verticale » et « séparation horizontale » (in *La sécurisation de la gestion fiduciaire : pratiques conventionnelles et islamiques*, *op. cit.*, p. 173 et 175).

<sup>538</sup> In « La fiducie (Analyse d'un projet de loi lacunaire) », *JCP N* 1993, p. 275, spéc. n° 12.

<sup>539</sup> En ce sens, v. M. LUPOLI, *Trusts a comparative study*, Cambridge University Press, 2000, p. 172.

<sup>540</sup> Ainsi un *trustee* qui a fait un dépôt d'argent appartenant au *trust* dans le compte bancaire d'une entreprise a été responsable de la perte subie lorsqu'il n'a pas récupéré la somme déposée (*Tibbert v. McColl* 1994 SLT 1227 [jurisprudence de l'Écosse]).

<sup>541</sup> En ce sens, v. Y. K. LIEW, « (Publication Review) Parker and Mellor: The Modern Law of Trusts », (2009) 23 *Tru. L.I.* 41, spéc. p. 43.

<sup>542</sup> V. l'article 2018-1 du Code civil.

bénéficiaires-*cestuis que trusts*<sup>543</sup>. Ainsi par exemple, quand la possession est sur un bien meuble, le *trustee* doit faire un inventaire de tous les biens meubles compris dans le *trust fund*, en comprenant leur nature et leur valeur, et le faire signer par le *cestui que trust* qui en recevrait la possession. Ceci permet d'avoir des évidences en cas de perte de la chose<sup>544</sup>.

**346.-** Si nous avons déjà vu des applications du devoir de diligence-*duty of care* lors de l'acceptation de la fiducie-*trust*, il faut maintenant nous tourner vers les applications qui existent durant toute l'administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

## §2.- LE DEVOIR DE DILIGENCE-*DUTY OF CARE* ET

### L'EXÉCUTION DE LA FIDUCIE-*TRUST*

**347.-** Pendant l'administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund* le devoir de diligence-*duty of care* est notamment présent dans la conservation des biens (A) et dans la réalisation des actes par le fiduciaire-*trustee* (B).

#### A.- LE DEVOIR DE DILIGENCE-*DUTY OF CARE* ET LA GARDE DES BIENS

**348.-** Si les mesures de garde sont mises en place dès le commencement de la fiducie-*trust*, le fiduciaire-*trustee* doit les maintenir pendant toute la durée de la relation juridique. De plus, le fiduciaire-*trustee* doit protéger non seulement les biens originaires transmis, mais aussi tout bien qui le subroge. Ainsi le devoir de diligence-*duty of care* impose au fiduciaire-*trustee* de garder tout bien qui appartiendra, à un moment donné, à la fiducie-*trust*, même si ces biens ne seront jamais retransmis aux bénéficiaires-*cestuis que trusts*. Ceci s'explique du fait que les mesures de garde vont améliorer la possibilité que les biens fiduciaires puissent continuer à servir à la cause de la mission, puissent maintenir leur valeur et celle du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, ce qui est

---

<sup>543</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 34-15.

<sup>544</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 34-14.

impératif pour la bonne gestion de la fiducie-*trust*. Donc pour l'obligation de garde, il est insignifiant de savoir à quelle moment les biens ont entrés au patrimoine fiduciaire-*trust fund* ou s'ils vont être retransmis ou non aux bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

**349.-** Bien que généralement l'obligation de garde n'exige qu'une attitude passive <sup>545</sup>, le fiduciaire-*trustee* peut avoir diverses obligations qui sont des suites naturelles de l'obligation de garde. Il en sera ainsi quand les biens auront besoin d'être entretenus. Bien que cela puisse être expressément prévu par le constituant-*settlor*, la nature du bien peut l'exiger aussi <sup>546</sup>. De plus, comme la fiducie-*trust* peut durer des années, les biens peuvent se détériorer par le seul écoulement du temps : en conséquence le fiduciaire-*trustee* doit faire les réparations nécessaires pour qu'ils se maintiennent en bon état <sup>547</sup>.

**350.-** Comme le patrimoine fiduciaire-*trust fund* est aussi composé par des biens incorporels, le fiduciaire-*trustee* doit aussi donner soins et compétences pour les protéger. Ainsi par exemple, en droit anglais, dans le cas où le *trustee* a une participation majoritaire dans une entreprise privée, il serait responsable des dommages causés par une faute des dirigeants, si le *trustee* avait manqué de les surveiller adéquatement <sup>548</sup>.

**351.-** Si, pendant l'exécution de la fiducie-*trust*, le devoir de diligence-*duty of care* implique une obligation de garde, généralement son contenu ne se limite pas à elle. Le fiduciaire-*trustee* va avoir généralement une administration active du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, où il va devoir réaliser plusieurs actes dont l'administration du patrimoine fiduciaire a besoin.

---

<sup>545</sup> Raison pour laquelle le contrat de dépôt a été décrit comme un contrat dormant (v. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 864).

<sup>546</sup> Par exemple sur le dépôt d'un animal, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 1960 : *RTD civ.* 1961, p. 100, obs. A TUNC ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 janvier 1990 : *Bull. civ. I.*, n° 6, *RTD civ.* 1990, p. 517, obs. Ph. REMY.

<sup>547</sup> Sur des jurisprudences du droit du mandat en ce sens, v. Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire, op. cit.*, n° 144. Pour le droit du *trust*, v. *Re Hotchkys* (1886) 32 Ch.D. 408 spéc. p. 416 et 417.

<sup>548</sup> V. *Re Lucking's Will Trusts* [1968] 1 WLR 866 ; *Bartlett v Barclays Bank Trust Co Ltd (Nos 1 and 2)* [1980] Ch. 515, spéc. p. 533 et 534 (il a été décidé que, bien que les *trustees* ne doivent surveiller chaque mouvement des dirigeants, ils doivent au moins être suffisamment renseignés pour pouvoir utiliser leur contrôle, qui découle de leur participation majoritaire, pour protéger les actifs du *trust*).

## B.- LE DEVOIR DE DILIGENCE-*DUTY OF CARE* ET LA RÉALISATION D'ACTES

**352.-** Si le fiduciaire-*trustee* a le pouvoir de réaliser des actes juridiques en faveur de la fiducie-*trust*, il doit le faire selon ce qu'il croit être le mieux pour l'administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund* et pour les intérêts des bénéficiaire-*cestuis que trusts*. De cette manière, « la prérogative qui permet à une personne de conclure un acte juridique doit être distinguée de la façon dont celle-ci exerce cette prérogative »<sup>549</sup>.

**353.-** Entre les différents actes que le fiduciaire-*trustee* va devoir accomplir pendant la gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, il peut arriver que la conclusion de certains d'entre eux soit aléatoire, c'est-à-dire qu'il n'ait pas la certitude de pouvoir les accomplir. En conséquence, on ne peut exiger du fiduciaire-*trustee* que d'apporter tous ses soins et compétences en vue de les accomplir<sup>550</sup>.

**354.-** Mais quand l'accomplissement des actes n'est pas aléatoire, ou même s'il l'est mais que le fiduciaire-*trustee* a réussi à les accomplir, il faudra qu'il s'assure que les effets juridiques, dont le patrimoine fiduciaire-*trust fund* a besoin, se produisent. Ainsi, le fiduciaire-*trustee* va devoir s'assurer que les conditions auxquelles sont subordonnées l'efficacité technique (1) et l'efficacité pratique (2) des actes soient remplies.

### 1.- Le devoir de diligence-*duty of care* et l'efficacité technique des actes

**355.-** En droit français, pour que les actes accomplis produisent les effets dont l'administration a besoin, il faut que le fiduciaire en assure l'efficacité technique<sup>551</sup>. Ainsi, le fiduciaire va devoir « aussi bien s'assurer que les conditions d'efficacité qui relèvent de

---

<sup>549</sup> S. BONFILS, *Les droits des obligations dans l'intermédiation financière*, LGDJ, 2005, préf. M.-A. Frison-Roche, n° 390.

<sup>550</sup> Pour des jurisprudences du droit de mandat en ce sens, v. Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 123.

<sup>551</sup> Sur cette obligation dans d'autres domaines du droit, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mai 1978 : *D.* 1979, p. 48, obs. J. FOULON-PIGANIOL ; CA Paris, 25 février 2000 : *D.* 2000, inf. rap. p. 95 ; CA Lyon, 20 juin 2002 : *JCP E* 2003, pan. n° 213.



sa propre initiative soient remplies, que s'enquérir de celles qui sont extérieures à sa volonté »<sup>552</sup>.

**356.-** Sur les conditions d'efficacité technique qui relèvent de sa propre initiative, le fiduciaire va devoir donner les attentions suffisantes pour qu'elles soient remplies. Ainsi, en droit français où l'efficacité dépendra du respect d'un délai, le fiduciaire va devoir agir avec la célérité nécessaire<sup>553</sup>, et dans le cas où l'efficacité est subordonnée à l'accomplissement de formalités légales ou conventionnelles, le fiduciaire va devoir accomplir celles qui relèvent de sa compétence<sup>554</sup>.

**357.-** Quant aux conditions d'efficacité qui relèvent d'un tiers, le fiduciaire va devoir d'abord vérifier « la qualité et les droits de celui avec qui il traite »<sup>555</sup>, pour ensuite vérifier aussi que les conditions d'efficacité légales ou conventionnelles, qui dépendent de l'initiative d'un tiers, soient remplies<sup>556</sup>.

**358.-** Comme un acte ne produit des effets juridiques que s'il est efficace, on peut déduire que, comme le fiduciaire, le *trustee* serait obligé aussi de s'assurer que les conditions qui subordonnent l'efficacité juridique de l'acte soient remplies.

## 2.- Le devoir de diligence-*duty of care* et l'efficacité pratique des actes

---

<sup>552</sup> A. ABDALLAH, *La sécurisation de la gestion fiduciaire : pratiques conventionnelles et islamiques*, *op. cit.*, p. 170.

<sup>553</sup> Par exemple, comme l'alinéa premier de l'article 2019 du Code civil impose, sous peine de nullité, l'enregistrement du contrat de la fiducie et de ses avenants, le fiduciaire devrait être responsable pour les dommages occasionnés s'il ne les enregistre pas (en ce sens sur l'agent d'affaires, v. Com., 9 novembre 1971 : *JCP* 1972, II, 16962, obs. P. L.).

<sup>554</sup> En ce sens, v. A. ABDALLAH, *La sécurisation de la gestion fiduciaire : pratiques conventionnelles et islamiques*, *op. cit.*, p. 170.

Sur l'obligation du mandataire d'accomplir les conditions légales d'un acte juridique, v. Com. 9 novembre 1971 : *JCP* 1972, II, 16962 obs. P.L. ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janvier 1999 : *Bull. civ.* I, n° 15, *D.* 1999, p. 303, obs. S. PIEDELIEVRE.

<sup>555</sup> Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 133. Ainsi par exemple, dans le cas où le fiduciaire achètera quelque chose, il va devoir s'assurer que le vendeur en est propriétaire (en ce sens sur le droit du mandat, v. Paris [2<sup>ème</sup> Ch. A], 14 juin 1983 : *D.* 1983, inf. rap. p. 488).

<sup>556</sup> V. Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 134 et 135.

**359.-** Le fiduciaire-*trustee* ne doit pas seulement vérifier que les actes accomplis vont produire des effets, mais il doit aussi vérifier que ces effets soient le meilleur pour la gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund* <sup>557</sup>. C'est en ce sens qu'on parle d'efficacité pratique de ces actes.

**360.-** Comme les effets, qu'un même acte peut produire, peuvent varier selon le moment où l'acte est accompli, il est pertinent que le fiduciaire-*trustee* le conclue au moment le plus optimal possible. Ainsi, quand un retard risque d'être préjudiciable au patrimoine fiduciaire-*trust fund*, le fiduciaire-*trustee* doit agir dans le meilleur délai possible <sup>558</sup>. Le moment d'agir prend une importance considérable quand le fiduciaire-*trustee* a des pouvoirs d'investissement <sup>559</sup> ; surtout quand il y a, ou qu'il y aura, une chute de la valeur des investissements détenus dans la fiducie-*trust*. Pour cette raison le *duty of care* impose au *trustee* de vérifier périodiquement les investissements du *trust* et d'analyser s'il faut ou non les changer <sup>560</sup> ; donc si les investissements ne conviennent plus économiquement au *trust*, il devrait les changer pour d'autres.

**361.-** Pour qu'un acte puisse être plus efficace pour le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, il faut que l'acte passé par le fiduciaire-*trustee* soit le plus approprié. Ainsi, le fiduciaire-*trustee* doit donner les attentions et habilités suffisantes pour choisir l'acte qui

---

<sup>557</sup> Par les meilleurs intérêts, il faut comprendre le meilleur intérêt économique qui ne peut être que le plus appropriés pour la gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

<sup>558</sup> En ce sens dans le droit de mandat, M. LECLERC a écrit que le mandataire doit « agir promptement afin d'éviter tout retard qui serait préjudiciable aux intérêts du mandant » (in *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, n° 914).

De la jurisprudence en droit français sur l'obligation d'agir avec célérité : s'agissant de l'encaissement d'un chèque, v. Com., 18 octobre 1971 : *JCP* 1972, II, 17053, obs. J. VEZIAN ; Trib. Com. Roubaix, 2 juillet 1980 : *D.* 1980, p. 519, obs. Y. LETARTRE ; s'agissant d'un ordre de virement, v. CA Paris, 5 octobre 1999 : *RJDA* 2000, n° 77 ; s'agissant de démarches pour obtenir une prorogation d'un prêt, v. CA Paris, 2 mai 1989 : *D.* 1989, inf. rap. p. 167.

<sup>559</sup> La section 3 du *Trustee Act 2000* (bibliographie sur le *Trustee Act 2000*, v. S. PANESAR, « The Trustee Act 2000 », (2001) 12 *I.C.C.L.R.* 151 ; S. PANESAR, « The Trustee Act 2000 », (2001) 6 *Cov. L.J.* 28) donne aux *trustees* un pouvoir général d'investissement : ils peuvent traiter les biens du *trust* comme s'ils leur appartenaient, avec comme limite le *duty of care* (en ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 10.63). Par contre, en droit français aucun pouvoir d'investissement n'est prévu pour les fiduciaires ; donc, pour que le fiduciaire puisse faire des investissements, il faut une autorisation exprès ou implicite en ce sens, puisque ce pouvoir implique implicitement un pouvoir de disposition (sur la nécessité d'une autorisation pour que le fiduciaire ait un pouvoir de disposition, v. *infra*, n° 1103).

<sup>560</sup> En ce sens, v. *Nestle v National Westminster Bank plc* [1993] 1 WLR 1260 ; Section 4(2) du *Trustee Act 2000*.

s'adapte le mieux aux besoins de la fiducie-*trust*. Par exemple, pour obtenir les fonds nécessaires pour accomplir la mission de la fiducie-*trust*, il pourrait être imprudent de vendre un bien fiduciaire, quand il aurait été possible d'obtenir un prêt.

**362.-** Puisque les effets d'actes ne vont se produire qu'après leur conclusion, il pourrait être impossible pour le fiduciaire-*trustee* de savoir à l'avance, quel acte sera le plus approprié. Ceci est encore plus vrai dans le domaine des investissements où le fiduciaire-*trustee* se trouve « dans un environnement qui lui offre un tel nombre de conduites possibles » auxquelles s'ajoute une « évolution aléatoire des cours de bourse »<sup>561</sup>. Cette impossibilité de savoir à l'avance quelle décision d'investissement ou de désinvestissement est la plus optimale, oblige le constituant-*settlor* à donner au fiduciaire-*trustee* une large liberté de décision et d'action.

**363.-** De cette manière les bénéficiaires-*cestuis que trusts* sont en face de deux dangers : d'une part la nature spéculative des investissements et désinvestissements, et d'autre part la grande liberté donnée au fiduciaire-*trustee*. Raison pour laquelle le devoir de diligence-*duty of care* intervient à leur secours.

**364.-** Ainsi, les tribunaux du droit anglais dans *Learoyd v Whiteley*<sup>562</sup> ont condamné un *trustee* à réparer les dommages causés par un investissement considéré comme dangereux. Dans l'affaire, un *trustee* avait investi des fonds du *trust* dans des dettes garanties par des hypothèques, à un rendement de cinq pour cent. Une des hypothèques était sur une briqueterie dont les propriétaires sont devenus insolvables et le *trustee* n'a rien récupéré, faisant perdre au *trust* l'argent investi. Il a été rendu responsable de l'échec, et Lord WATSON a fait la remarque suivante : « il est du devoir du *trustee* de se borner à la catégorie des investissements qui sont autorisés par le *trust*, et également d'éviter tous les investissements de cette catégorie qui sont accompagnés de danger »<sup>563</sup>.

---

<sup>561</sup> S. BONFILS, *Les droits des obligations dans l'intermédiation financière*, LGDJ, *op. cit.*, n° 387.

<sup>562</sup> (1887) 12 App. Cas. 727.

<sup>563</sup> « *it is the duty of a trustee to confine himself to the class of investments which are permitted by the trust, and likewise to avoid all investments of that class which are attended with hazard* » (*ibidem*, p. 733).

**365.-** Si de cette jurisprudence, on peut conclure qu'il est imprudent pour un *trustee* de faire des investissements considérés comme dangereux, par contre on ne peut pas conclure que tout investissement serait interdit puisque le danger est inhérent à tout investissement compte tenu de son caractère spéculatif <sup>564</sup>. Ainsi, la jurisprudence de *Bartlett v Barclays Bank Trust Co. Ltd.* a distingué entre un investissement considéré comme prudent ou imprudent sur la base du degré de risque ; donc les investissements qui ont un risque considéré comme prudent peuvent être réalisés par le *trustee* <sup>565</sup>.

**366.-** Depuis l'entrée en vigueur du *Trustee Act 2000*, un nouveau critère d'investissement est introduit <sup>566</sup>. Le *trustee* doit faire des investissements conformes au *standard investment criteria*. Cela implique d'abord que le *trustee* « doit considérer si le risque associé à un investissement déterminé est ou non approprié » <sup>567</sup> au *trust*. Pour savoir si un investissement est ou non approprié aux circonstances du *trust*, il serait prudent de la part du *trustee* d'obtenir des conseils d'une personne qualifiée <sup>568</sup>.

**367.-** Ensuite, le *standard investment criteria* impose au *trustee* de diversifier les investissements du *trust* <sup>569</sup>. Cette exigence est connue comme la théorie du portefeuille, où la diversification, en n'éliminant pas toutes les risques, diminue la volatilité du portefeuille et donc les risques de pertes <sup>570</sup>. Car, quand les investissements d'un *trust fund* comprennent toute une gamme de produits différents et appartenant à des marchés différents, ils seraient isolés de la chute de valeur d'un investissement déterminé, car l'impact de cette perte va s'équilibrer avec les autres investissements <sup>571</sup>.

---

<sup>564</sup> En ce sens, v. Ph. LE TOURNEAU, *JCP G* 1996, II, 22705, spéc. p. 390.

<sup>565</sup> [1980] Ch. 515, spéc. p. 531.

<sup>566</sup> V. la section 4.

<sup>567</sup> « *are required to consider whether or not the risk associated with a given investment is appropriate for the client proposing to make that investment* » (G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 10.70). V. aussi la Section 4(3)(a) du *Trustee Act 2000*.

<sup>568</sup> Section 5(1) et 5(4). En ce sens aussi, v. *Cowan v Scargill* [1985] Ch. 270, spéc. p. 289.

<sup>569</sup> Section 4(3)(b) du *Trustee Act 2000*. L'obligation du *trustee* de diversifier va être en conformité avec les circonstances du *trust* administré.

<sup>570</sup> En ce sens, v. S. BONFILS, *Les droits des obligations dans l'intermédiation financière*, LGDJ, *op. cit.*, n° 410. Des articles sur la *modern portfolio theory*, v. B. STONE, « The prudent investor rule : conflux of the prudent man rule with modern portfolio theory », *op. cit.* Sur des investissements du *trustee*, v. S. P. JOHNSON, « Trustee investment : the prudent person rule or modern portfolio theory, you make the choice », *op. cit.*

**368.-** De cette manière les deux règles du *standard investment criteria* sont en concordance avec le *duty of care* du *trustee* et l'efficacité pratique des actes qu'il doit chercher en les concluant.

**369.-** Comme dans le droit anglais, les pouvoirs d'investissements du fiduciaire vont se trouver limités par le devoir de diligence. Il en est ainsi dans le droit sur l'intermédiation financière, spécifiquement celui de la gestion du portefeuille où le gestionnaire va devoir faire des investissements pour le compte d'autrui <sup>572</sup>. Bien que juridiquement on ne puisse pas dire que le fiduciaire réalise des investissements pour le compte d'autrui, il en est ainsi économiquement.

**370.-** Comme dans la jurisprudence anglaise de *Bartlett v Barclays Bank Trust Co. Ltd.* <sup>573</sup>, dans la gestion de portefeuille en droit français, « seuls les risques étant jugés incompatibles avec une gestion 'prudente' ou 'de bon père de famille' seront sanctionnés à travers le devoir de diligence » <sup>574</sup>. En ce sens, la Cour d'appel de Paris a décidé qu'un mandataire, chargé d'effectuer des opérations sur valeurs mobilières pour un client, était responsable des pertes subies par son client, puisque les opérations comportaient des risques importants <sup>575</sup>.

**371.-** De plus, le gestionnaire doit diversifier le portefeuille. Si dans la gestion collective l'article L214-4 soumet le gestionnaire à certaines règles de diversification <sup>576</sup>, la jurisprudence l'impose aussi dans la gestion individuelle. Ainsi la Cour d'appel de Paris dans l'affaire de la Sté Ducatel-Duval c/ Mme Agliany a retenu « sans hésitation la

---

<sup>571</sup> V. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, op. cit., n° 10.71 et 10.78.

<sup>572</sup> Si la situation du gérant du portefeuille est proche à celle du *trustee* anglo-saxon (v. I. NAJJAR, « Le mari, l'épouse 'dormante' et le mandataire de gestions du portefeuille », *D.* 1996, jurispr. p. 71, spéc. p. 74), on ne voit aucune raison pour ne pas le prendre comme un modèle à suivre pour le droit de la fiducie, dans le domaine d'investissements de valeurs mobilières.

<sup>573</sup> [1980] Ch. 515

<sup>574</sup> S. BONFILS, *Les droits des obligations dans l'intermédiation financière*, LGDJ, op. cit., n° 391.

<sup>575</sup> CA Paris (1<sup>ère</sup> Ch. A), 3 décembre 1991 : *D.* 1992, inf. rap. p. 74. Sur plus de jurisprudences, v. S. BONFILS, *Les droits des obligations dans l'intermédiation financière*, LGDJ, op. cit., n° 392 et 393.

<sup>576</sup> V. L214-4 du code monétaire et financier.

responsabilité pour faute du gérant professionnel, qui a démontré toute son incompétence en violant les règles élémentaires de diversification d'un portefeuille »<sup>577</sup>.

**372.-** En conséquence, dans le domaine d'investissements, « l'existence de plus-values ou de moins-values, ne permet pas, à elle seule, de préjuger de la bonne ou mauvaise gestion menée »<sup>578</sup> par le fiduciaire-*trustee*. Ainsi, les investissements ne vont pas être jugés selon les résultats obtenus, mais selon la façon dont ils ont été réalisés<sup>579</sup>. Mais, si le degré de risque pris par le *trustee* s'apprécie globalement, c'est-à-dire que c'est le niveau du risque de l'ensemble du portefeuille qui sera jugé<sup>580</sup>, en droit français, le niveau de risque sera aussi apprécié isolément, c'est-à-dire que le niveau de risque d'un investissement spécifique pourra aussi être jugé, même si le fiduciaire a diversifié les investissements<sup>581</sup>.

**373.-** Une fois que le fiduciaire-*trustee* a accompli l'acte qu'il considère être le plus approprié pour l'administration de la fiducie-*trust*, il faut en plus qu'il le passe dans les meilleures conditions possibles. Ainsi par exemple, dans le cas où le fiduciaire-*trustee* vend un bien fiduciaire, il doit s'assurer que la vente ne soit pas conclue dans des termes irraisonnables<sup>582</sup> et doit faire le possible pour obtenir le meilleur prix<sup>583</sup>. Une autre condition que le fiduciaire-*trustee* doit surveiller avec attention, est l'aptitude de l'objet du

---

<sup>577</sup> L. RUET, *Bull. Joly Bourse* 2002, p. 206, spéc. n° 3 (note de l'arrêt CA Paris, 11 janvier 2002). Pour plus de jurisprudences en ce sens, v. S. BONFILS, *Les droits des obligations dans l'intermédiation financière*, LGDJ, *op. cit.*, n° 411.

<sup>578</sup> L. RUET, « Gestion du portefeuille », *Bull. Joly Bourse* 1999, p. 362, spéc. n° 7.

<sup>579</sup> Ainsi la Cour d'appel (in *Re Chapman* [1896] 2 Ch. 763, spéc. p. 776) a refusé de condamner le *trustee* car « les *trustees* agissant de bonne foi, avec une prudence normale et dans les limites de leur *trust*, ne sont pas responsables de simples erreurs de jugement » (« *Trustees acting honestly, with ordinary prudence and within the limits of their trust, are not liable for mere errors of judgement* »).

<sup>580</sup> En ce sens HOFFMANN J (in R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 590) a écrit qu'« un investissement qui, pris isolément est trop risqué et donc en violation du *trust*, peut être justifié lorsqu'il est détenu en liaison avec d'autres investissements » (« *an investment which in isolation is too risky and therefore in breach of trust may be justified when held in conjunction with other investments* »).

<sup>581</sup> V. S. BONFILS, *Les droits des obligations dans l'intermédiation financière*, LGDJ, *op. cit.*, n° 407 et s.

<sup>582</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 10.10.

<sup>583</sup> Il en est ainsi aussi dans le cas où le fiduciaire-*trustee* louera un immeuble. En conséquence, si le fiduciaire-*trustee* loue un immeuble à un prix inférieur, il serait responsable pour le dommage causé (en ce sens en droit anglais, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p.

contrat. Ce sera ainsi imprudent si le fiduciaire-*trustee* achetait un immeuble, pour que les bénéficiaires-*cestuis que trusts* l'habitent, alors qu'il serait affecté à un autre usage <sup>584</sup>.

**374.-** Autre chose dont dépend l'efficacité pratique des contrats passés, est le respect par le cocontractant de ses engagements : ceci est encore plus vrai quand le fiduciaire-*trustee* a déjà exécuté les siens. Subséquemment, en suivant le droit français du mandat, il est nécessaire que le fiduciaire vérifie non seulement que son cocontractant soit solvable <sup>585</sup>, mais aussi qu'il soit dans la possibilité de bien exécuter ses obligations <sup>586</sup>. Ainsi, le fiduciaire sera responsable si, en choisissant son cocontractant, il n'a pas agi avec soin et compétence <sup>587</sup>.

**375.-** Après que le fiduciaire-*trustee* s'est assuré de l'efficacité pratique du contrat passé, il ne reste qu'à vérifier que le débiteur a bien exécuté son obligation <sup>588</sup> ; dans le cas contraire, le fiduciaire-*trustee* va devoir commencer les procédures nécessaires.

**376.-** Enfin, pour qu'un acte soit passé dans les meilleurs intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, il faut que le fiduciaire-*trustee* ait les aptitudes nécessaires de les accomplir ainsi. Mais la grandeur de la mission de la fiducie-*trust* va parfois empêcher que le fiduciaire-*trustee* ait des connaissances sur les différents domaines qui entourent sa

551 ; en ce sens en droit français dans le droit du mandat, v. CA Paris, 17 septembre 1999 : *RJDA* 2000, n° 5).

<sup>584</sup> Cette erreur a été considérée comme une faute en droit du mandat où un notaire et un agent immobilier ont été condamnés pour n'avoir pas vérifié si l'immeuble vendu pouvait être affecté à l'usage auquel l'acheteur voulait le destiner (v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mars 1996 : *Bull. civ. I*, n° 154).

Le même principe s'applique, même si l'objet du contrat est une prestation de services (v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 1969 : *D.* 1970, p. 326, obs. P. COUVRAT).

<sup>585</sup> De jurisprudences en ce sens, mais dans d'autres domaines de droit, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1961 : *D.* 1961, p. 340 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 1975 : *D.* 1975, p. 410, obs. R. R. ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1984 : *Bull. civ. I*, n° 43 ; CA Lyon, 16 mars 1989 : *D.* 1989, inf. rap. p. 12 ; CA Douai, 25 février 1999 : *D.* 1999, p. 494, obs. E. MOUVEAU.

<sup>586</sup> Ainsi dans une décision du Tribunal de Commerce de la Seine il a été établi que : « **L'agence commet une faute lourde**, engageant sa responsabilité, **lorsqu'elle met à la disposition de son client un transporteur incapable** et notoirement insolvable » (Trib. Com. Seine, 14 janvier 1955 : *Gaz. Pal.* 1955, 1, p. 141, *D.* 1955, somm. p. 67 [les caractères gras sont ajoutés par nous]).

<sup>587</sup> En ce sens dans le contrat de mandat, v. Paris (17<sup>ème</sup> Ch. B), 19 décembre 1975 : *JCP* 1975, II, 18610, obs. R. R.

<sup>588</sup> V. Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, op. cit., n° 141.

mission. Il suffit d'imaginer un avocat <sup>589</sup> fiduciaire avec un pouvoir d'investissement, dans le marché financier où il est néophyte.

**377.-** En conséquence, la gestion de la fiducie-*trust* peut souffrir chaque fois que le fiduciaire-*trustee* manque d'aptitudes dans un domaine déterminé. Bien que le fiduciaire-*trustee* puisse contourner ce problème en demandant conseil aux personnes qualifiées, il pourrait parfois être plus pratique, et préférable pour la bonne administration de la fiducie-*trust*, que le fiduciaire-*trustee* délègue certaines de ses fonctions à des personnes plus compétentes.

**378.-** Bien que, dans l'exposé des motifs du projet de loi instituant la fiducie font voir la possibilité que le fiduciaire puisse déléguer l'accomplissement de certains actes <sup>590</sup>, il n'est pas sûr que ce soit de l'avis des tribunaux français, étant donné qu'une partie de la doctrine considère à la fiducie comme un contrat *intuitu personae* <sup>591</sup>.

**379.-** S'il y a des doutes sur la position du droit français sur la délégation dans la fiducie, il n'y en a aucun dans le droit anglais, où le pouvoir de délégation est encadré de la section 11 à la 27 du *Trustee Act* 2000.

**380.-** Quant à la manière dont le *trustee* doit se conduire en exerçant son pouvoir de délégation, il doit l'exercer en respectant le *duty of care* <sup>592</sup>. Ainsi, le *trustee* doit agir avec diligence, non seulement sur sa décision de la personne à qui il délègue <sup>593</sup>, mais aussi sur les termes de la délégation <sup>594</sup>. De plus le *trustee* va devoir superviser le délégataire <sup>595</sup>,

---

<sup>589</sup> Sur la relation entre l'avocat et la fiducie, v. L. CHAMBAZ, « L'avocat et la fiducie », *Rev. Lamy dr. civ.* janvier 2009, n° 56, p. 27 ; TANDEAU de MARSAC, « L'avocat et la fiducie », *Gaz. Pal.* 6 août 2009, n° 218, p. 4 ; « Exercice de la fiducie par les avocats », *JCP G* 2010, 7.

<sup>590</sup> Ainsi dans l'exposé de motifs M. MARINI a écrit : « **La confiance nécessaire entre les contractants est inhérente à ce contrat.** Le corollaire de cette confiance est que **le fiduciaire doit réaliser lui-même les tâches qui lui sont confiées**, sauf certains actes précis - mais pour lesquels il demeurera responsable » (in *Proposition de loi (n° 3385) instituant la fiducie, 2004-2005*).

<sup>591</sup> En ce sens, v. B. GOUTHIERE, C. LOPATER et A.-L. BLANDIN, *La fiducie : mode d'emploi : régime juridique, fiscal et comptable, aspects internationaux, intègre l'extension aux personnes physiques, op. cit.*, n° 3305.

<sup>592</sup> Section 3 du *Schedule 1* du *Trustee Act* 2000.

<sup>593</sup> *Ibidem* section 3(2)(a).

<sup>594</sup> *Ibidem* section 3(2)(b).

<sup>595</sup> Section 22 du *Trustee Act* 2000.



mais il ne sera responsable des fautes du délégataire que s'il viole son *duty of care* dans l'exercice de son pouvoir de délégation <sup>596</sup>.

**381.-** En permettant au *trustee* de déléguer certaines de ses fonctions à des personnes plus qualifiées que lui, et en exigeant de lui de prendre les soins nécessaires pour bien choisir son délégataire et les termes de la délégation, ainsi que de prendre les soins pour surveiller la bonne exécution de la délégation, il y a plus de possibilités que les actes accomplis soient conformes aux intérêts de *cestuis que trusts*. Raison pour la quelle on ne peut que souhaiter la reconnaissance d'un pouvoir général de délégation dans la fiducie, et qu'exiger du fiduciaire qu'il exerce son pouvoir de délégation en conformité avec les exigences du devoir de diligence. Bien sûr, ce pouvoir ne pourrait pas être utilisé que si le fiduciaire manque de compétences dans le domaine où il délègue ses fonctions <sup>597</sup>.

---

<sup>596</sup> Section 23 du *Trustee Act* 2000.

<sup>597</sup> Ainsi, quand le fiduciaire est un établissement de crédit, sa liberté de déléguer va être plus restreinte car, généralement, il a l'équipe nécessaire pour bien accomplir sa mission lui-même (en ce sens, v. C. M. KIPER et S. V. LISOPRAWSKI, *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario*, *op. cit.*, p. 33).



## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**382.-** La gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund* et les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts* sont mis en péril, quand le fiduciaire-*trustee* néglige la gestion de cette universalité. Pour faire face à cette problématique et ainsi éviter que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit endommagé, le devoir de diligence-*duty of care* est imposé au fiduciaire-*trustee*. Parce qu'il est impossible de préciser à l'avance le contenu exact de cette obligation, le devoir est établi de façon générale ; ainsi, les tribunaux vont apprécier son contenu cas par cas, à l'aide d'un standard juridique ; en droit français, on parle du « bon professionnel », alors que dans le droit anglais c'est « l'*ordinary prudent man of bussiness* ». Pour que le standard imposé au fiduciaire-*trustee* soit supérieur, il faut que le standard juridique ait la vertu de la prudence ; en conséquence, le standard devrait être le bon professionnel prudent et non pas simplement le bon professionnel, il en est ainsi en droit anglais. Bien que le législateur ne puisse pas prévoir le contenu précis du devoir de diligence-*duty of care*, heureusement pour la sécurité juridique, les comportements humains se répètent ; ainsi, des règles juridiques sont créées et donc une certaine précision du contenu du devoir de diligence-*duty of loyalty*. Ainsi, le fiduciaire-*trustee* va devoir faire le nécessaire pour bien connaître et comprendre tout sur la mission qui lui a été confiée ; il va devoir donner les soins nécessaires pour protéger les biens fiduciaires, depuis leur transmission jusqu'à l'extinction de la fiducie-*trust* ; il va aussi devoir porter l'attention nécessaire pour que les actes accomplis soient efficaces, mais aussi pour qu'ils conviennent le mieux possible au patrimoine fiduciaire-*trust fund*.



## CONCLUSION DU TITRE I

**383.-** La position dans laquelle se trouve le fiduciaire-*trustee* par rapport au patrimoine fiduciaire-*trust fund* met ce dernier dans une situation de vulnérabilité. En effet, le futur du patrimoine fiduciaire-*trust fund* en face d'un fiduciaire-*trustee* déloyal et peu scrupuleux est voué à l'échec. Pour cette raison, il est nécessaire de protéger le patrimoine fiduciaire-*trust fund* à l'encontre du fiduciaire-*trustee*. En effet, une bonne gestion nécessite que le fiduciaire-*trustee* exécute sa mission dans le seul intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts* et qu'il donne les soins nécessaires à la gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Ainsi, deux obligations sont imposées au fiduciaire-*trustee* : le devoir de loyauté-*duty of loyalty* et le devoir de diligence-*duty of care*.

**384.-** Le devoir de loyauté-*duty of loyalty* oblige le fiduciaire-*trustee* à agir toujours dans le seul intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts*. En conséquence le fiduciaire-*trustee* ne peut pas prendre en compte son intérêt, ni celui de tiers quand il exécute sa mission. Le devoir de diligence-*duty of care* est imposé pour éviter que le fiduciaire-*trustee* soit négligent dans la gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. De cette manière, par l'imposition de ces deux obligations, on protège le patrimoine fiduciaire-*trust* à l'encontre du fiduciaire-*trustee*. En revanche, ces obligations ne suffisent pas pour le protéger à l'encontre des tiers ; c'est pourquoi il convient à présent d'analyser la protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund* à l'encontre des tiers.



## **TITRE II**

# **LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- *TRUST FUND* À L'ENCONTRE DES TIERS**







**385.-** Si le patrimoine fiduciaire-*trust fund* peut être endommagé par le fiduciaire-*trustee* lui-même, il peut être aussi endommagé par des tiers. En d'autres mots, le patrimoine fiduciaire-*trust fund* peut être endommagé par toute autre personne que son titulaire. De cette manière la notion de tiers est définie à l'égard de la titularité de droits qui composent le patrimoine fiduciaire-*trust fund* et non pas à l'égard de la notion de contrat.

**386.-** Ainsi pour définir qui est considéré comme un tiers, il faut savoir qui est le titulaire des droits que compose le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Comme nous le verrons, cette titularité repose sur le fiduciaire-*trustee* ; en conséquence, tous, sauf lui, sont des tiers ; même le constituant-*settlor* et le bénéficiaire-*cestui que trust* doivent être considérés comme tels <sup>598</sup>.

**387.-** Si la titularité du fiduciaire-*trustee* des droits qui composent le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, nous a permis de définir la notion de tiers, elle est aussi un moyen de protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund* à l'encontre de tiers <sup>599</sup>. Car, comme le fiduciaire-*trustee* est le titulaire des droits fiduciaires, il aura des prérogatives plus solides <sup>600</sup> et le monopole de leur exploitation, ce que lui permettra d'exclure les tiers <sup>601</sup> et donc d'avoir le pouvoir de prévenir que des tiers interfèrent avec les biens que lui sont transférés.

**388.-** Par contre, le fait que le fiduciaire-*trustee* soit le titulaire des droits fiduciaires, aura comme conséquence que ces droits entreront dans son patrimoine personnel et seront donc à la portée de certains tiers, notamment des créanciers personnels du fiduciaire-*trustee*. Pour prévenir et éviter que les biens mis en fiducie-*trust* puissent profiter à autres personnes, au détriment de l'accomplissement de la mission, il faut que juridiquement les biens fiduciaires forment une masse séparée du patrimoine personnel du fiduciaire-*trustee*.

---

<sup>598</sup> Sauf dans le cas d'une créance, où le fiduciaire-*trustee* serait le créancier, le débiteur ne peut pas être considéré comme un tiers en relation à cette créance.

<sup>599</sup> Bien que la titularité puisse être considérée comme un moyen préventif de protection, elle peut être aussi considérée comme un moyen curatif ; en effet, le titulaire d'un droit pourra défendre son droit après que son droit aura été violé (sur les moyens curatifs de protection, v. *infra*, n° 663 et s.).

<sup>600</sup> En ce sens, v. R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, th. dactyl. Paris II, 2000, n° 108.

<sup>601</sup> En ce sens Mme. BALIVET a écrit : « fondé sur une technique originale, la propriété, il comporte des points forts : gestion exclusive par un gérant disposant de prérogatives étendues » (in *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, th. dactyl. Jean Moulin-Lyon 3, 2004, p. 78).

De cette façon, on place les biens mis en fiducie-*trust* hors de la portée de certains tiers et donc on évite qu'ils puissent y accéder.

**389.-** Une autre technique qui protège le patrimoine fiduciaire-*trust fund* des tiers est celle du devoir de diligence-*duty of care*. En effet, cette obligation impose au fiduciaire-*trustee* de protéger les biens fiduciaires contre des attaques de tiers. Comme cette obligation protège aussi le patrimoine fiduciaire-*trust fund* de la négligence du fiduciaire-*trustee*, nous l'avons étudiée dans le titre précédent ; ainsi aucune mention de cette obligation ne se fera pas ici.

**390.-** Ainsi, le patrimoine fiduciaire-*trust fund* est protégé à l'encontre de tiers par la titularité du fiduciaire-*trustee* de droits qui le composent (Chapitre I), et lorsque cette technique trouve ses limites, la protection de la masse fiduciaire est assurée par la séparation des biens mis en fiducie-*trust* des biens personnels du fiduciaire-*trustee* (Chapitre II).

## CHAPITRE I

### LA TITULARITÉ DU FIDUCIAIRE-*TRUSTEE* DES DROITS FIDUCIÉS

**391.-** Le titulaire d'un droit a l'exclusivité des prérogatives que ce droit lui confère<sup>602</sup> ; ainsi il peut protéger son droit contre l'intrusion d'un tiers. En effet, comme il a le monopole des prérogatives de son droit, il peut exclure toute personne qui interfère avec son droit. De cette manière si on donne au fiduciaire-*trustee* la titularité des droits mis en fiducie-*trust*, il pourrait défendre ces droits. En conséquence, la titularité du fiduciaire-*trustee* représenterait un moyen de protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Le fiduciaire-*trustee* pourrait ainsi défendre les biens fiduciaires des attaques (matérielles comme juridiques) des tiers et de prévenir ainsi des dommages sur le patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

**392.-** Bien qu'il n'y ait aucun doute que les prérogatives d'un droit soient exclusives à son titulaire et que cela représente un moyen de protection, il nous faut encore démontrer que le fiduciaire-*trustee* en est le titulaire des droits fiduciaires.

**393.-** Si l'idée du *trustee* comme titulaire des droits mis en *trust* est unanimement accepté par la doctrine anglaise, on ne peut pas en dire de même en droit français, où une part de la doctrine nie<sup>603</sup> ou doute<sup>604</sup> de la qualité du propriétaire du fiduciaire. De plus,

---

<sup>602</sup> Sur l'exclusivité de la propriété du fiduciaire v. *infra*, n° 492 et s.

<sup>603</sup> V. A.-L. RAYNOUARD et F. JOURDAIN-THOMAS, « La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté », *JCP N* 2010, 1063, spéc. n° 7 et 12 ; R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 303 et s., spéc. p. 316 et s. ; R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *Defrénois* 2007, art. 3863, spéc. n° 19 et s. ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297 et s., spéc. p. 370 ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois, 2008, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, n° 39 et 397 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, 2007, préf. L. Aynès, n° 43 ; E. SENNE, « 'La propriété temporaire' : Un révélateur des caractères de la propriété », *RRJ* 2005-4 (I), p. 1821, spéc. p. 1827 et s.

En déniaut au fiduciaire la qualité du propriétaire certains auteurs (A.-L. RAYNOUARD et F. JOURDAIN-THOMAS, *ibidem* ; R. LIBCHABER, *ibidem* ; F. DANOS, *ibidem*) assimilent le droit du fiduciaire à un droit réel sur la chose d'autrui. Par contre « cette assimilation du droit du fiduciaire à

une autre partie de la doctrine considère que le fiduciaire, même en étant propriétaire des biens fiduciaires, ne peut pas être assimilé au propriétaire classique ou ordinaire <sup>605</sup>.

**394.-** La discordance entre la doctrine anglaise et française sur le sujet de la propriété du fiduciaire-*trustee* des biens fiduciaires, ne peut être expliquée que par la différence entre leurs régimes du droit de biens.

**395.-** Ainsi, une analyse du droit français des biens ne va pas seulement nous aider à comprendre le manque d'unanimité entre les auteurs français sur le sujet en question, mais elle va démontrer aussi que le fiduciaire est vraiment le titulaire des droits mis en fiducie <sup>606</sup> (section I). L'étude présente relevant du droit comparé, nous ne pourrions pas arrêter notre analyse avec le droit français ; une étude du droit anglais des biens non seulement nous aidera à mieux saisir le droit du *trust*, mais elle nous dévoilera aussi les raisons cachées derrière l'acceptation unanime de la titularité des droits du *trustee* <sup>607</sup> (section II).

un droit réel sur la chose d'autrui semble créer, sinon plus, au moins autant de désagréments qu'elle n'en évite, et pose la question de l'appropriation du bien » (M. BOUTEILLE, « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *Rev. Lamy dr. civ.* septembre 2010, n° 74, p. 63, spéc. p. 68).

Sur la doctrine mexicaine qui nie la qualité du propriétaire du fiduciaire, v. A. LAJOURS, « A propósito del fideicomiso », *R.F.D.M. (UNAM)*, T. III, jul-sept 1953, n° 11, p. 47 et s., spéc. p. 53 et 54 ; J. A. DOMINGUEZ MARTINEZ, *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano-Acto unilateral y propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario*, Porrúa, 3<sup>ème</sup> éd., México, 2000, p. 87 et s. ; R. SANCHEZ MEDAL, « La verdadera naturaleza del fideicomiso mexicano », *R.I.J. de la E.L.D.*, año 4, n° 4, 1980, p. 81 et s., spéc. p. 84 et s. ; M. CARRERAS MALDONADO, « Naturaleza jurídica de los derechos de la institución fiduciaria y el llamado fideicomiso testamentario », *Rev. Der. Priv. (U.N.A.M.)*, año 1, n° 2, mayo-ago 1990, p. 13 et s., spéc. p. 16 et s.

<sup>604</sup> B. MALLET-BRICOUT, « Propriété et fiducie », in *liber amicorum Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 27 et s. ; B. MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP N* 2010, 1073 (bien que l'auteur accepte que la loi vise un transfert de propriété, elle doute théoriquement que le droit du fiduciaire ait la qualité de propriétaire).

<sup>605</sup> En ce sens, v. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 11 et s. ; F. PELTIER, « La fiducie perspectives pour les banques », *Banque et droit* 1990, n° 12, p. 167 ; F. BARRIERE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E* 2007, 2053, spéc. n° 19.

<sup>606</sup> Comme nous considérons que le fiduciaire est le propriétaire des biens fiduciaires, il est préférable « de le désigner par l'appellation propriété du fiduciaire, plutôt que par celle, trop ambiguë, de propriété fiduciaire » (M. BOUTEILLE, « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *op. cit.*, p. 69).

<sup>607</sup> Sur une analyse de la propriété dans le *trust*, v. R. MOLINA PASQUEL, *Ensayo sobre la propiedad en el trust*, Jus, México, 1951.

## SECTION I.- LE FIDUCIAIRE, TITULAIRE DES DROITS FIDUCIÉS

396.- « Etre ou ne pas être...propriétaire, là est la question »<sup>608</sup> que se sont posée les doctrinaires sur le fiduciaire. Bien que la titularité du fiduciaire soit conforme aux deux inspirations de la fiducie française<sup>609</sup>, la *fiducia* romaine<sup>610</sup> et le *trust* anglais<sup>611</sup>, depuis son introduction dans la fiducie en droit français, et même avant, les doctrinaires français se sont posés des questions sur la nature de la propriété du fiduciaire, jusqu'à nier qu'il soit réellement le propriétaire de biens fiduciaires<sup>612</sup>.

<sup>608</sup> M. BOUTEILLE, *Les propriétés conditionnelles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, préf. F. Pérochon, n° 1.

<sup>609</sup> Pour cette raison, M. PUIG écrit que la fiducie française est « venue du passé et venue d'ailleurs » (in « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et patrimoine* juin 2008, p. 68, spéc. p. 68).

<sup>610</sup> Dans le droit romain la *fiducia* était une convention (*pactum fiduciae*) adjointe à un transfert volontaire de propriété où l'acquéreur s'obligeait à le transférer de nouveau conformément aux dispositions de la convention (en ce sens, v. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, th. dactyl., *op. cit.*, n° 2 ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op. cit.*, p. 552 ; R. MONIER, *Manuel de droit romain, Les obligations, op. cit.*, n° 96).

<sup>611</sup> Si dans le droit du *trust* anglais un transfert de propriété n'est pas nécessaire car le *settlor* peut être aussi le *trustee*, le *trustee* est toujours considéré comme le propriétaire des biens du *trust* ; en fait il est considéré comme le *legal owner* des biens alors que le *cestui que trust* est considéré comme l'*equitable owner*.

Pour cette raison, M. ALFARO (in « El trust en el derecho civil », *Jus* 1946, Vol. 17, p. 159 et s., spéc. p. 164) a écrit : « pour atteindre les fonctions du *trust* dans un système civil, il est essentiel que le fiduciaire soit un propriétaire ordinaire, en mesure d'apprécier et d'exercer tous les pouvoirs et les attributs inhérents au droit de propriété » (« *para lograr los fines del trust en un sistema civil, es indispensable hacer del trustee un propietario ordinario y regular, en capacidad de gozar y ejercitar todas las facultades y atributos inherentes al derecho de dominio* »).

<sup>612</sup> Pour de bibliographie en ce sens, v. note de page n° 603.

La même discussion a eu lieu en droit mexicain (v. R. BATIZA, « La propiedad fiduciaria y sus antecedentes en nuestro sistema legal », *Rev. Bancaria* 1972, Vol. 20, p. 26 et s. ; H. M. CARDENAS VILLARREAL, « El derecho de propiedad en los bienes fideicomitidos y el fideicomiso de garantía », *Rev. Mexicana de Der., Colegio de Notarios del D.F.*, 2001, México, p. 219 et s. ; J. A. DOMINGUEZ MARTINEZ, *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano-Acto unilateral y propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario, op. cit.*, p. 87 et s. ; J. A. DOMINGUEZ MARTINEZ, *El fideicomiso*, Porrúa, México, 11<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 203 et s.) où la Cour Suprême, après avoir nié la qualité du propriétaire du fiduciaire (v. Amparo administrativo en revisión No. 210 de 1937, Sec. 2a. Cía. Limitada de Ferrocarril Mexicano [*Sem. Jud. de la Fed.*, T. LII, Vol. 3, p. 2317 et s.] ; Amparo civil No. 2852 de 1948, Sec. 2<sup>a</sup>. Financiera de Industria y Comercio, S.A. de C.V. [*Sem. Jud. de la Fed.*, T. XCIX, Vol. 2, p. 1649 et s.]) s'est reprise et lui a admis cette qualité (v. Amparo civil en revisión No. 4298 de 1949, Sec. 2<sup>a</sup>. Mexicana de Fideicomisos, S.A. [*Sem. Jud. de la Fed.*, T. CIII, Vol. 2 p. 1768 et s.] ; Amparo civil en revisión No. 4572 de 1948, Sec. 2<sup>a</sup>. Financiera de Construcciones, S.A. [*Sem. Jud. de la Fed.*, T. CV, Vol. 3, p. 2047 et s.] ; Amparo civil directo No. 2064 de 1952, Sec. 2<sup>a</sup>. Acosta Sierra Francisco. [*Sem. Jud. de la Fed.*, T. CXVIII, Vol. 2, p. 1082 et s.]).

Sur la propriété du fiduciaire dans la jurisprudence en droit mexicain, v. R. BATIZA, « Evolución del concepto de fideicomiso a través de la jurisprudencia mexicana », *Rev. Bancaria* 1956, Vol. 4, n° 4, p.

**397.-** Un des fondements que les auteurs utilisent pour nier au fiduciaire la qualité du propriétaire des biens fiduciaires, est que la propriété, en tant qu'objet du transfert, n'est pas expressément mentionnée par le législateur <sup>613</sup>, donc la fiducie n'est pas un contrat translatif de propriété <sup>614</sup>. En revanche, « l'absence de référence à un transfert de propriété ne suffit pas, non plus, à démontrer que l'objet du transfert n'est pas la propriété » <sup>615</sup>; en fait l'utilisation du mot « transfert » montre qu'un transfert de propriété a été voulu par le législateur, sinon « les notions de livraison ou de délivrance lui auraient été préférées » <sup>616</sup>. De plus, les travaux parlementaires confirment qu'un transfert de propriété a été prévu <sup>617</sup>;

706 et s. ; R. MOLINA PASQUEL, « Reconocimiento judicial de la propiedad fiduciaria », *Rev. Bancaria* 1959, Vol. 7, p. 463 et s.

<sup>613</sup> En ce sens, v. R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 19.

<sup>614</sup> En ce sens, v. A.-L. RAYNOUARD et F. JOURDAIN-THOMAS, « La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté », *op. cit.*, n° 8 et s. ; R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 25 et s.

Selon M. BENABENT il serait inexact de ranger la fiducie parmi les contrats translatifs de propriété, car le constituant ne transfère que les prérogatives de la propriété qui sont nécessaires à l'accomplissement de la mission fiduciaire ; en conséquence, le fiduciaire ne se voit pas transférer la richesse de la propriété (in « La fiducie, analyse d'un projet de loi lacunaire », *JCP N* 1993, p. 275, spéc. n° 4).

<sup>615</sup> M. BOUTEILLE, « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *op. cit.*, p. 66.

<sup>616</sup> F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 261.

Sur la fiducie comme contrat translatif, v. F. BARRIERE, « Commentaire de la loi no 2007-211 19 février 2007 (première partie) », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 440.

<sup>617</sup> Ph. MARINI, *Proposition de loi (n° 3385) instituant la fiducie, 2004-2005* (si le sénateur ne fait pas expressément mention d'un transfert de propriété, il le fait implicitement quand il parle de la propriété du fiduciaire, v. II. Dispositions Générales) ; H. de RICHEMONT, *Rapport Sénat sur la proposition de loi (n° 3385) instituant la fiducie, 2006-2007* n° 11, spéc. p. 27 ; X. de ROUX, *Rapport sur la proposition de loi (n° 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie, 12<sup>ème</sup> législature*, n° 3655, spéc. p. 9.

Si bien l'article 2018, 6° du Code civil prévoit que le contrat de fiducie doit mentionner à peine de nullité l'étendue des pouvoirs du fiduciaire, on ne peut pas conclure que cette disposition soit contraire à l'idée du transfert de propriété au fiduciaire. Cet article s'explique pour des raisons de politique juridique et non pas de technique juridique. En effet, tout l'article 2018 du Code civil a comme objectif d'être une source d'information pour l'administration fiscale (F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 267) et éviter ainsi que cette institution soit utilisée pour évader de charges fiscales. Ce craint a été une des raisons d'interdire la fiducie comme outil de transmission à titre gratuit (en ce sens, v. A. PANDO, « Une fiducie française bientôt disponible pour les entreprises », *Dr. et patrimoine* janvier 2007, n° 155, p. 6, spéc. p. 6) ; elle serait sanctionnée par sa nullité (v. l'article 2013 du Code civil).

En admettant que la fiducie soit un contrat translatif de propriété, on doit admettre que nous sommes en présence d'une nouvelle forme d'acte translatif, puisque « le contrat de fiducie n'est ni une donation car le fiduciaire ne présente pas d'intention libérale à l'égard du fiduciaire, ni une vente car le fiduciaire ne verse aucune somme en contrepartie » (C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, n° 330). Le manque de cause a été un des

on ne peut pas négliger que la fiducie ait été introduite dans le livre III du Code civil intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété »<sup>618</sup>. « D'un point de vue strictement juridique, la reconnaissance d'un transfert de propriété s'avère essentielle pour la compréhension de l'institution fiduciaire »<sup>619</sup> ; « pour que la fiducie soit efficace, elle doit reposer sur un transfert de propriété »<sup>620</sup>.

**398.-** Le vrai obstacle à la reconnaissance du fiduciaire comme propriétaire des biens mis en fiducie, réside dans les traits particuliers de la propriété du fiduciaire qui sont fort éloignés de la description de la propriété donnée par l'article 544 du Code civil ; pour cette raison un auteur a pu constater que la fiducie est probablement ce qui bouleverse et ce qui jette, sur la notion de propriété, le plus de trouble<sup>621</sup>.

**399.-** Compte tenu de la discordance entre la propriété du fiduciaire et la propriété dénommée ordinaire ou classique, il est considéré par certains que « la propriété fiduciaire

fondements de R. LIBCHABER pour critiquer la fiducie (in « Une fiducie française, inutile et incertaine... », *op. cit.*, n° 6 et s.). Mais où voit-on que la cause du transfert de propriété « ne puisse consister qu'en une contrepartie ou en un *animus donandi* ? » (Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, *op. cit.*, n° 764). Ainsi, dès que le législateur a introduit la fiducie il a admis une nouvelle cause de transmission et a donc augmenté le nombre de *iustae causae traditionis*, dans la fiducie : nous sommes en présence d'une aliénation *fiduciae causa* (en ce sens, v. J. BARRERA GRAF, « Los negocios fiduciarios », *Rev. de la Escuela de Estudios Contables (I.T.E.S.M.)*, 1951, Vol. 3, p. 3 et s., spéc. p. 27 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, n° 330).

<sup>618</sup> Un auteur, en arguant en faveur de l'adoption de la fiducie, avait proposé d'introduire la fiducie « non pas dans le livre III du code civil 'Des différentes manières dont on acquiert la propriété', mais dans le livre II 'Des biens et des différentes modifications de la propriété', dans un titre V à créer » (P. DECHEIX, « La fiducie ou du sens des mots », *D.* 1997, p. 35, spéc. p. 36).

<sup>619</sup> L. KACZMAREK, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, p. 1845, spéc. n° 12.

<sup>620</sup> B. MALLET-BRICOUT, « Propriété et fiducie », *op. cit.*, n° 2.

Pour des auteurs qui considèrent la fiducie comme un contrat translatif de propriété, v. P. PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *op. cit.*, p. 72 et s. ; C. KUHN, « Une fiducie à la française », *Dr. et patrimoine* avril 2007, p. 32, spéc. p. 34 et s.

En droit mexicain le *fideicomiso* est un contrat translatif de propriété, ainsi dans l'article 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos il est prévu que le constituant va transférer la propriété ou la créance au fiduciaire. Pour la doctrine l'effet translatif du *fideicomiso* est fondamental à l'institution (en ce sens, v. M. ACOSTA ROMERO, « Naturaleza jurídica del fideicomiso », *Rev. de la Fac. de Der. de Méx.*, T. XLIII, sept-déc 1993, n° 191-192, p. 15 et s., spéc. p. 53).

<sup>621</sup> F. DAGOGNET, *Philosophie de la propriété : l'avoir*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 1992, p. 185.

En ce même sens M. AYNES a écrit que la fiducie est « susceptible de faire voler en éclats deux notions importantes de la vie civile et de la vie des affaires : la notion de propriété et celle de sûreté

rompt avec la tradition juridique classique de la propriété »<sup>622</sup>, ce qui fait de la propriété du fiduciaire « l'antithèse d'un droit de propriété »<sup>623</sup>. Pour certains, il est difficile d'accepter que le fiduciaire ait la qualité de propriétaire des biens fiduciaires ; pour des autres, la propriété du fiduciaire est « d'une toute autre nature que celle institué par l'article 544 du Code civil »<sup>624</sup>.

**400.-** Bien que l'attention des juristes soit concentrée sur le droit de propriété<sup>625</sup>, il ne faut pas oublier que « tout droit patrimonial peut être mis en fiducie, et non pas uniquement un droit de propriété »<sup>626</sup>. Ainsi l'article 2011 du Code civil prévoit que le constituant peut transférer au fiduciaire « des biens, des droits ou des sûretés ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés ».

**401.-** Pour cette raison il ne suffit pas de limiter notre étude au seul droit de propriété, il faut analyser la relation du fiduciaire à l'égard de tous les droits qui composent le patrimoine fiduciaire, soit qu'ils aient été cédés par le constituant, soit qu'ils soient entrés au patrimoine fiduciaire pendant la gestion de la fiducie.

réelle » (in « L'introduction de la fiducie en droit français », *Rev. Lamy dr. civ.* mai 2009, n° 60, p. 63).

Pour cette raison un auteur mexicain est de l'avis que l'adoption de la fiducie doit être accompagnée d'une réforme du régime de la propriété (R. BATIZA, « Una nueva estructura del fideicomiso en México », *Rev. Bancaria*, Vol. 1, 1953, p. 391 et s., spéc. pp. 392-394 et p. 398 ; *contra*, v. R. MOLINA PASQUEL, « La institución del fideicomiso », *El foro*, vol. 6, 4<sup>a</sup> época, 1959, p. 75 et s., spéc. p. 80 et 81).

<sup>622</sup> A.-L. RAYNOUARD, « Ultimes modifications de la fiducie », *JCP N* 2009, act. 439, spéc. n° 2.

<sup>623</sup> M. CANTIN-CUMYN, « La propriété fiduciaire : mythe ou réalité », (1984-1985) 15 *R.D.U.S.* 7, spéc. p. 12.

<sup>624</sup> M.-E. MATHIEU, « Vers un contrat de fiducie dans le Code civil ? », *Dr. et patrimoine* février 2007, n° 156, p. 22, spéc. p. 22.

<sup>625</sup> On pourrait penser que la fixation des auteurs au seul droit de propriété peut être dû au fait qu'ils ont une notion élargie de la propriété au-delà des choses matérielles (v. F. ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD. civ.* 1993, p. 305, spéc. p. 306 et s.) ; mais ce n'est pas le cas, parce que les auteurs font spécifiquement mention à l'article 544 du Code civil qui ne peut être utilisé techniquement qu'à la propriété-droit réel (en ce sens, v. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. II, Les biens, Droit réels principaux*, 4<sup>ème</sup> éd., Economica, 2004, n° 8 [cette édition n'est citée que cette fois]).

La raison pour laquelle les auteurs ne prêtent attention qu'au droit de la propriété peut s'expliquer par le rôle prépondérant que ce droit joue dans notre droit, notamment dans le droit civil (v. F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445).

<sup>626</sup> F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, n° 382.



**402.-** Commençons d'abord avec les droits personnels. Le fiduciaire peut-il être considéré comme le titulaire des droits personnels qui font partie du patrimoine fiduciaire ? Si par « droits personnels » on comprend « le rapport de droit (*vinculum juris*) unissant le créancier au débiteur et en vertu duquel le second est tenu de l'accomplissement d'une prestation envers le premier, lequel est en droit d'exiger l'accomplissement de cette prestation »<sup>627</sup>, il est difficile de nier au fiduciaire le caractère de créancier des créances détenues dans le patrimoine fiduciaire. Car les deux caractères de la notion d'obligation (rapport de droit et rapport personnel) ne manquent pas dans le cas de la fiducie. Ainsi, même si « l'étendue des prérogatives du fiduciaire liées à la créance [est] réduite » par le contrat de fiducie, « la structure de la créance ne se trouve pas pour autant affectée »<sup>628</sup>. De la même manière que le fiduciaire peut être créancier, il peut être aussi débiteur d'une créance fiduciaire.

**403.-** L'unique différence entre une créance/obligation fiduciaire et une créance/obligation hors fiducie détenue par le fiduciaire, est le patrimoine dans lequel elle se trouve. En effet, la créance/dette fiduciaire fait partie du patrimoine fiduciaire et non pas du patrimoine personnel du fiduciaire, donc elle ne représente un actif/passif que du patrimoine fiduciaire.

**404.-** S'il n'y a rien d'anormal à ce que le fiduciaire puisse être considéré comme titulaire des droits personnels, en est-il de même des droits réels sur les choses d'autrui ?

**405.-** Sur les droits réels de caractère strictement personnel, comme c'est le cas du droit d'usage et du droit d'habitation<sup>629</sup>, on ne peut que nier au fiduciaire la possibilité d'être titulaire de ces droits. Leur caractère personnel empêche non seulement au constituant de les transférer au fiduciaire, mais cela empêche aussi qu'ils puissent être créés en faveur du fiduciaire pendant la gestion de la fiducie. Le contraire nous obligerait à

---

Sur une étude plus approfondie du contenu du patrimoine fiduciaire, v. R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, op. cit., n° 110 et s.

<sup>627</sup> Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 1<sup>er</sup> partie : Conditions de formation*, op. cit., n° 1.

<sup>628</sup> F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 383.

<sup>629</sup> Sur le caractère personnel de ces droits, v. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. II, Les biens, Droit réels principaux*, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 772 et s.

accepter que le droit d'usage et le droit d'habitation puissent être des droits au profit d'un tiers.

**406.-** Quant aux baux conférant un droit réel au preneur (l'emphytéose, le bail à construction et le bail à réhabilitation), rien ne s'oppose à ce que le fiduciaire puisse être titulaire de ces droits réels. La raison en est que, « parce qu'elles trouvent leur origine dans un contrat de bail, les obligations du preneur et du bailleur restent des obligations personnelles »<sup>630</sup>, et comme nous l'avons vu, rien ne s'oppose à ce que le fiduciaire puisse être titulaire d'un droit de créance ni à ce qu'il en soit débiteur. En conséquence, nous ne trouvons aucune raison pour laquelle le fiduciaire ne pourrait pas être considéré comme le titulaire de ces droits réels.

**407.-** Ensuite comme les servitudes supposent un rapport entre deux immeubles, elles sont accessoires au droit de propriété<sup>631</sup>. Pour cette raison, si le fiduciaire peut être considéré comme propriétaire d'un immeuble, il peut donc être titulaire des servitudes attachées.

**408.-** En ce qui concerne l'usufruit, il est défini comme « le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même »<sup>632</sup> ; ainsi il confère à son titulaire l'*usus* et le *fructus* d'une chose. Ce droit réel étant considéré comme un démembrement de la propriété, l'analyse du fiduciaire en tant que titulaire d'un usufruit va devoir passer par l'analyse du fiduciaire en tant que propriétaire. En conséquence, si le fiduciaire peut être considéré comme le propriétaire de biens fiduciaires, il peut aussi être titulaire d'un usufruit.

**409.-** Sur les droits réels accessoires, nous ne trouvons aucune raison non plus pour nier au fiduciaire la titularité de ces droits, car ils n'ont comme objectif que de garantir le paiement des créances détenus par le fiduciaire. Par conséquent aucune utilité économique

---

<sup>630</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 779.

<sup>631</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 789.

<sup>632</sup> Article 578 du Code civil.

de la chose n'est conférée au fiduciaire mais seulement un droit de préférence et un droit de suite<sup>633</sup>.

**410.-** Enfin, il ne reste qu'à analyser si le fiduciaire peut être considéré ou non comme le propriétaire des biens mis en fiducie. A partir de cette analyse, nous pourrons aussi savoir si le fiduciaire peut être titulaire d'une servitude et d'un usufruit.

**411.-** Comme le sujet de la propriété du fiduciaire est plus complexe et plus étendu, une étude plus approfondie sera nécessaire. Ainsi il nous faudra répondre à la question suivante : la propriété du fiduciaire est-elle vraiment une (§2), malgré les traits particuliers de la propriété du fiduciaire qui font d'elle une propriété adjectivée (§1).

## **§1.- LA PROPRIÉTÉ DU FIDUCIAIRE, UNE PROPRIÉTÉ « ADJECTIVISÉE »<sup>634</sup>**

**412.-** Pour mettre en évidence les particularités de la propriété du fiduciaire la doctrine l'adjectivise. Elle a été décrite comment une propriété « modelée »<sup>635</sup>, « imparfaite »<sup>636</sup>, « éphémère »<sup>637</sup>, « finalisée »<sup>638</sup>, « spéciale »<sup>639</sup>, transformée<sup>640</sup>, « dérogoire »<sup>641</sup> ; le fiduciaire n'a pas même échappé à cette adjectivisation, décrit comme un propriétaire « obligé »<sup>642</sup> et « asservi »<sup>643</sup>.

**413.-** D'une particularité de la propriété du fiduciaire découlent deux conséquences, dont deux adjectifs résultent. La propriété du fiduciaire n'est pas une fin

---

<sup>633</sup> En ce sens, v. L. AYNES et P. CROCQ, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2003, n° 400.

<sup>634</sup> Le titre a été inspiré de l'article du B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », *op. cit.*, n° 21.

<sup>635</sup> F. BARRIERE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *op. cit.*, n° 19.

<sup>636</sup> S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, th. dactyl. Paris-Dauphine, 2007, n° 141.

<sup>637</sup> *Ibidem*, n° 156.

<sup>638</sup> R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, spéc. n° 20.

<sup>639</sup> C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, Contribution à l'étude de l'universalité*, th. dactyl. Paris I, 2003, n° 377.

<sup>640</sup> Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. II, Les biens, Droit réels principaux*, *op. cit.*, n° 32.

<sup>641</sup> B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », *op. cit.*, n° 21.

<sup>642</sup> C. KUHN, « La mission du fiduciaire », *Dr. et patrimoine* juin 2008, p. 52 et s., spéc. p. 52.

<sup>643</sup> B. MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *op. cit.*, n° 10.

mais un moyen ; c'est-à-dire, malgré que la fiducie soit un contrat translatif de propriété, la propriété du fiduciaire n'est pas en soi l'objet de la fiducie mais un moyen pour accomplir une mission<sup>644</sup>. Pour cette raison des limitations sont imposées à la propriété du fiduciaire, car il ne peut exercer son droit que pour l'accomplissement d'une mission<sup>645</sup>. Mais la propriété du fiduciaire n'étant destinée qu'à l'accomplissement d'une mission, le fiduciaire n'a pas vocation à la conserver<sup>646</sup> ; ainsi, il est obligé de la transférer après l'accomplissement de la mission, ou bien dans le cas où la mission devient impossible, ou encore après le délai préétabli dans le contrat de fiducie<sup>647</sup>.

**414.-** En conséquence, on peut décrire la propriété du fiduciaire comme une propriété limitée d'une part (A) et comme une propriété temporaire d'autre part (B).

#### A.- LA PROPRIÉTÉ DU FIDUCIAIRE, UNE PROPRIÉTÉ LIMITÉE

**415.-** Bien que nous démontrerons dans les paragraphes qui suivent que le fiduciaire est le propriétaire de biens fiduciaires, il ne s'agit là que de la moitié du problème, car le fait que le fiduciaire soit le propriétaire de biens n'est que l'aspect positif de la fiducie ; il faut encore envisager l'aspect négatif, qui est représenté par les obligations imposées au fiduciaire et qui limite sa propriété<sup>648</sup>.

---

<sup>644</sup> En ce sens, v. C. KUHN, « La mission du fiduciaire », *op. cit.*, p. 54 (elle ajoute que la qualité du propriétaire est nécessaire car elle va contribuer à la réussite de la mission [*ibidem*, p. 52]) ; C. LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *op. cit.*, spéc. n° 7 ; B. MALLET-BRICOUD, « Fiducie et propriété », *op. cit.*, n° 27 (elle décrit la propriété du fiduciaire comme le paroxysme de la propriété).

Pour cette raison un auteur écrit que le droit anglo-saxon a le mérite d'avoir développé une institution où la propriété devient une simple fonction, car elle n'a comme but que de servir les intérêts de tiers (en ce sens, v. G. R. VELASCO, « Estudio sobre los principios del trust anglo-sajón », *El Foro*, v. 2, 1945, 2<sup>a</sup> época, p. 294 et s., spéc. p. 304).

<sup>645</sup> En ce sens, v. C. LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *op. cit.*, n° 7 ; J. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, « Esquema sobre su naturaleza, estructura y funcionamiento », *Jus Rev. Der. Ciencias Sociales*, n° 94, mayo 1946, México, p. 345 et s., spéc. p. 349.

<sup>646</sup> Sauf dans le cas exceptionnelle où le fiduciaire serait aussi bénéficiaire (il serait ainsi dans la fiducie-sûreté).

<sup>647</sup> V. C. LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *op. cit.*, n° 7.

<sup>648</sup> En ce sens, v. O. MORINEAU, « Alergia a los conceptos », *Jus Rev. Der. Ciencias Sociales*, n° 118, mayo 1948 p. 387 et s., spéc. p. 402.

**416.-** Les limitations de la propriété du fiduciaire s'expliquent parce que les biens sont affectés à l'accomplissement d'une mission <sup>649</sup>. Cette mission va orienter « l'exercice général du droit de propriété par le fiduciaire » <sup>650</sup>, « chaque initiative que prend le fiduciaire doit l'être compte tenu de la finalité de la fiducie » <sup>651</sup>. Ainsi, le fiduciaire doit user les biens dans le but d'accomplir la mission établie dans le contrat de fiducie <sup>652</sup>.

**417.-** Une autre raison pour laquelle la propriété du fiduciaire est limitée réside dans son caractère temporel qui entraîne « naturellement une adaptation des pouvoirs » du fiduciaire dont « l'exercice de ses prérogatives est marqué par l'intérêt du futur propriétaire et peut entraîner certaines restrictions » <sup>653</sup>.

**418.-** Ainsi s'explique que le fiduciaire soit obligé d'user des droits transférés, dans un but déterminé (l'article 2011 du Code civil) et en conformité à l'étendue des pouvoirs conférés dans le contrat de fiducie (l'article 2018, 6° du Code civil). En accord avec ses articles, la propriété du fiduciaire est limitée expressément par le contrat et implicitement par la mission prévue par le constituant. En d'autres mots, certains des effets du transfert de la propriété sont neutralisés par les obligations imposées au fiduciaire <sup>654</sup>.

---

<sup>649</sup> Pour un auteur « la finalité de la mission permet d'expliquer toutes les obligations personnelles auxquelles le propriétaire est soumis et qui sont autant de limitations à son droit » (B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, *op. cit.*, n° 260).

Sur la propriété affectée, v. N. REBOUL-MAUPIN, *D.* 2007, pan. p. 2496.

<sup>650</sup> F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 263.

<sup>651</sup> *Ibidem*, n° 271.

<sup>652</sup> En ce sens un auteur écrit : « La finalité de la propriété est modifiée, puisque celle-ci est assignée à un but » (M. COMBE, « L'efficacité de la fiducie-sûreté », *PA* 11 février 2011, n° 30, p. 8, spéc. n° 4).

<sup>653</sup> C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, n° 359 (la citation porte sur la propriété temporaire du preneur sur les constructions édifiées sur le terrain du bailleur, mais il est transposable à notre sujet).

<sup>654</sup> En ce sens, v. J. BARRERA GRAF, « Los negocios fiduciarios », *op. cit.*, p. 14 (pour l'auteur, les opérations fiduciaires sont composées de deux éléments. D'une part, l'élément réel qui consiste dans la transmission de la propriété au fiduciaire. D'autre part, l'élément personnel qui consiste dans les obligations imposées au fiduciaire qui limite sa propriété. Par contre, ces deux éléments sont inséparables, l'un est subordonné à l'autre. Ainsi, si aucun transfert n'est fait, on ne peut parler d'opération fiduciaire ; de même, si aucune obligation n'est imposée à la propriété du fiduciaire, on ne se trouve pas non plus en présence d'un tel type d'opération. Malgré cette interdépendance, l'auteur affirme que l'élément réel domine sur l'élément personnel. Il en est ainsi car, la propriété du fiduciaire est plus objective, il est le propriétaire des biens fiduciaires et personne ne peut ignorer ce fait. Par contre, l'élément personnel n'existe qu'entre les parties [le constituant et le fiduciaire] pouvant ainsi être ignorées par des tiers. Il en est ainsi aussi en droit français où la propriété du fiduciaire s'impose à ses obligations quand le fiduciaire traite avec le tiers [l'article 2023 du Code civil prévoit que, « dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire »]).

**419.-** Constaté que la propriété du fiduciaire est une propriété limitée, ne nous dévoile rien sur la technique utilisée pour la limiter. Le droit de propriété peut être limité par deux techniques différentes : d'une part, un droit réel peut être créé sur le bien du propriétaire ; et d'autre part, des obligations personnelles peuvent être imposées au propriétaire <sup>655</sup>. Compte tenu de la différence des effets créés entre les deux techniques de limitation de la propriété, il est pertinent de savoir quelle est celle utilisée dans la fiducie.

**420.-** Si la propriété du fiduciaire était limitée par un droit réel, cela aurait pour conséquence un démembrement de la propriété des biens fiduciaires en faveur du constituant ou du bénéficiaire. Mais rien dans les lois ne va dans ce sens ; au contraire, tout paraît indiquer que le constituant et le bénéficiaire n'ont qu'un droit personnel contre le fiduciaire <sup>656</sup>. D'abord parce que les droits du constituant et des bénéficiaires ne correspondent à aucun des droits réels reconnus par le Code civil <sup>657</sup>. Ensuite, parce que la législation fiduciaire ne prévoit nulle part la création d'un droit réel en leur faveur. Enfin, parce que, comme nous le verrons dans les paragraphes suivants, le fiduciaire reçoit toutes les prérogatives de la propriété, même si elles sont limitées.

**421.-** En conséquence, les limites de la propriété du fiduciaire découlent de l'imposition des obligations personnelles au fiduciaire <sup>658</sup>. De cette manière, le fiduciaire

---

<sup>655</sup> En ce sens, v. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 182 ; P. CROCCO, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, préf. M. Gobert, n° 95 et s.

<sup>656</sup> En ce sens, v. C. LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *op. cit.*, n° 15 et s. ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, n° 623 et 629 ; Ch. PISANI, « La fiducie », *Deffrénois* 1990, p. 535, spéc. n° 3 ; R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, *op. cit.*, n° 220 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Deffrénois, 4<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 760 ; F. FRENETTE, « La propriété fiduciaire », (1985) 26 *Les Cahiers de Droit* 727, spéc. p. 729.

*Contra*, v. C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, Contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, n° 393 et s. (elle considère qu'un droit réel est créé à faveur du fiduciaire, ainsi elle écrit que « l'obligation (réelle) du fiduciaire répond à un droit (réel) du fiduciaire » [n° 396]) ; sur la bibliographie en faveur d'un droit réel à faveur du fiduciaire, v. note de page n° 603.

<sup>657</sup> En ce sens, v. C. LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *op. cit.*, n° 16 et s.

<sup>658</sup> En ce sens, v. R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, *op. cit.*, n° 209.

Pour cette raison des auteurs considèrent que la propriété du fiduciaire est une modalité de la propriété (en ce sens, v. M. BOUTEILLE, « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *op. cit.* ; F. FRENETTE, « La propriété fiduciaire », *op. cit.*, p. 736 ; sur la modalité de la propriété, v. S. NORMAND, « La notion de modalité de la propriété », in *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, PUL, 2006, p. 255 et s.), parce

reçoit la propriété entière, c'est-à-dire qu'il reçoit du constituant toutes les prérogatives de la propriété et non seulement celles nécessaires à l'accomplissement de sa mission <sup>659</sup>. En fait « ne pas exercer une prérogative inhérente du domaine pour une raison quelconque ne signifie pas que le propriétaire n'a pas cette prérogative » <sup>660</sup>. « Si la propriété fiduciaire se distingue de la propriété ordinaire, c'est uniquement en raison de l'existence de ces obligations supplémentaires » <sup>661</sup>.

**422.-** L'idée précédente s'explique car la fiducie n'est pas qu'un contrat translatif de propriété, elle est aussi un contrat de service, où le fiduciaire rend ce service par l'intermédiaire de son droit de propriété qui lui a été transféré dans ce but <sup>662</sup>. Pour cette raison, « la fiducie française a un double aspect, à la fois contractuel et réel » <sup>663</sup> où le transfert de propriété au fiduciaire « reste très marqué par une forte charge obligationnelle » <sup>664</sup>.

**423.-** « Du fait de l'obligation qui le lie au créancier, la liberté du débiteur subit non seulement restrictions, mais emprise : sa personne est engagée » <sup>665</sup>, ainsi les limites de la propriété du fiduciaire n'ont qu'un caractère personnel. Elles « ne pèsent que sur la personne du fiduciaire » ; en conséquence « elles ne peuvent être transmises avec la

qu'elles « se traduisent toujours, en définitive, par des restrictions aux pouvoirs du propriétaire, sans que la propriété soit, pour autant, démembrée » (J. CARBONNIER, *Droit civil, T. II, op. cit.*, n° 740).

<sup>659</sup> En ce sens, v. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, op. cit.*, n° 757 ; S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété, op. cit.*, n° 113 ; Y. EMERICH, intervention intitulé « La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermède à la propriété ? », in *colloque La fiducie dans tous ses états/The worlds of the trust, Université de McGill, Montréal, 23-25 septembre 2010* ; C. WITZ, *Fiducie en droit privé français, Economica, op. cit.*, n° 286 ; F. DAGOGNET, *Philosophie de la propriété : l'avoir, op. cit.*, p. 186 (pour qui « la notion de propriété a été ingénieusement écornée et remaniée : à la fois absolue et abolie »).

*Contra*, v. F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 774 ; C. LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *op. cit.*, n° 28 et 33 ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 14 et 18 ; M. BOUTEILLE, *Les propriétés conditionnelles, op. cit.*, n° 803 ; Ph. MARINI, « La fiducie, enfin ! », *JCP E* 2007, 2050, spéc. n° 4.

<sup>660</sup> F. FRENNET, « La propriété fiduciaire », *op. cit.*, p. 736.

<sup>661</sup> R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé), op. cit.*, n° 253.

<sup>662</sup> En ce sens, v. P. PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *op. cit.*, p. 72 et s. (sur la fiducie comme un contrat translatif, v. *ibidem* et comme un contrat de service, v. p. 78 et s.).

<sup>663</sup> Y. EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droits des biens », *op. cit.*, p. 52.

<sup>664</sup> B. MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *op. cit.*, spéc. n° 5.

<sup>665</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 181.

propriété des biens à ses ayants cause, lorsque l'acte de fiducie autorise l'aliénation des biens »<sup>666</sup> et même dans certains cas, lorsque l'aliénation n'était pas autorisée<sup>667</sup>. Ainsi, le fiduciaire disposant de la propriété entière, il peut transmettre toutes les prérogatives à l'acquéreur et, comme les limitations de caractère sont purement personnelles, elles ne passent pas aux nouveaux acquéreurs<sup>668</sup>.

**424.-** Comme l'exercice de la propriété du fiduciaire est limité par des obligations personnelles, le fiduciaire est un propriétaire obligé<sup>669</sup>. Ainsi, « la propriété ne serait donc plus une sphère de liberté à l'intérieure de laquelle le propriétaire peut disposer à sa guise de ses biens, décidant de les gérer, de mal les gérer ou de rester inactif »<sup>670</sup>.

**425.-** Mais si on peut décrire le fiduciaire comme un propriétaire obligé, par contre on ne peut pas l'assimiler à un propriétaire sans liberté<sup>671</sup>. Bien que l'imposition des obligations à quelqu'un ait comme effet de restreindre sa liberté, nous ne pouvons pas dire

---

<sup>666</sup> R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, *op. cit.*, n° 477. En ce sens mais sur la propriété garantie, v. P. CROCO, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n° 100.

<sup>667</sup> Ainsi en conformité avec l'article 2023 du Code civil, le fiduciaire « est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs », en conséquence même si l'aliénation était contraire au contrat de fiducie et l'acquéreur était de bonne foi, il recevrait la propriété entière (v. *infra*, n° 958 et s.).

<sup>668</sup> Pour C. KUHN ceci s'explique par la disparition de l'affectation (in *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, n° 374 et s.).

Sur l'adage *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, v. H. ROLAND, *Lexique juridique, Expressions latines*, Litec, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 195.

<sup>669</sup> En ce sens, v. C. KUHN, « La mission du fiduciaire », *op. cit.*, p. 52 et s.

Dans le même sens, des auteurs mexicains ont décrit la propriété du fiduciaire comme un droit d'exercice obligatoire. Ainsi, pour eux, le droit de propriété se transforme, d'un droit potestatif, à un droit obligatoire, dont l'essence du droit reste intacte ; par contre le mode de son exercice change, car le *facultas optandi* du propriétaire disparaît. Bien que le mariage du droit avec l'obligation soit paradoxal, les auteurs expliquent cette situation en utilisant la logique juridique. Si une norme interdit une action, il faut donc que la norme autorise l'omission et si la norme interdit l'omission il faut que la norme autorise l'action. Ainsi, ces autorisations sont les moyens qui permettent l'accomplissement de l'obligation, mais qui représentent un droit pour le débiteur. Mais, comme ces droits sont donnés pour l'accomplissement d'une obligation, ils relèvent d'un exercice obligatoire. En appliquant cette théorie à la fiducie, le droit de propriété n'est que le moyen des fiduciaires d'accomplir leurs obligations. Ainsi, le droit de propriété devient un droit d'exercice obligatoire (v. O. MORINEAU, « Alergia a los conceptos », *op. cit.*, p. 387 et s. ; O. MORINEAU, *El estudio del derecho*, Porrúa, 1953, México, p. 244 ; J. F. O. MARTINEZ PORCAYO, « Análisis lógico-jurídico sobre algunos aspectos del fideicomiso », *R.F.D.M. (U.N.A.M.)*, T. XL, ene-jun 1990, n° 169-170-171, p. 207 et s.).

<sup>670</sup> B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, *op. cit.*, n° 238.

<sup>671</sup> Pour cette assimilation, v. B. MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *op. cit.*, n° 9.



que la liberté de cette personne ait été complètement écartée. Le mot « restreint » signifie « rendre plus petit »<sup>672</sup> non pas écarter.

**426.-** En réalité, entre les limites imposées au fiduciaire, il est le maître de ses décisions, il exerce son droit de propriété selon ce qu'il croit être le mieux pour l'administration du patrimoine fiduciaire<sup>673</sup> ; en fin de compte, c'est lui qui choisit comment exercer son droit. Ainsi, le fiduciaire n'est pas tenu de suivre des instructions données par le constituant ou des bénéficiaires, une fois la fiducie créée<sup>674</sup> ; au contraire, si le fiduciaire suivait systématiquement les instructions du constituant ou des bénéficiaires, la fiducie devrait être annulée ou requalifiée en mandat<sup>675</sup>. Car, ni « le constituant ni le bénéficiaire-tiers n'agissent par l'intermédiaire du fiduciaire : la fiducie agit en son nom propre dans l'intérêt du constituant ou du bénéficiaire-tiers, ce qui est tout différent »<sup>676</sup> ; « de sorte que le constituant ne peut modifier ou ignorer ce que le fiduciaire a réalisé dans le cadre de ses pouvoirs »<sup>677</sup>.

---

<sup>672</sup> *Le petit Robert*, v° Restreindre.

<sup>673</sup> En ce sens, M. POITRINAL, en écrivant sur des fiducies composées par des actions dites d'autocontrôle, a écrit que « le fiduciaire ne s'engage pas à voter dans un 'certain sens', mais 'dans l'intérêt' de certaines personnes, ce qui lui laisse une certaine liberté, puisqu'il ne reçoit pas d'instruction quant à l'exercice de son droit de vote et le 'sens' de vote peut varier en fonction des intérêts des fiduciaires » (in « Autocontrôle : les nouvelles règles du jeu », *Rev. Banque* novembre 1990, p. 1041, spéc. p. 1046).

<sup>674</sup> En ce sens M. BALIVET écrit que « le fiduciaire gère les biens sans qu'il soit nécessaire que le fiduciaire lui ait donné des instructions, mais s'il le fait dans le cadre du contrat de la fiducie, le gérant doit les respecter. En revanche, le fiduciaire n'étant plus propriétaire des biens gérés, la situation est différente s'il donne des instructions en cours d'exécution de la mission. Aussi celles-ci ne s'imposent-elles pas au fiduciaire, qui peut en apprécier la pertinence et voir si elles ne compromettent pas la bonne exécution de la mission qui lui a été assignée. Il peut, le cas échéant, refuser de les suivre » (in *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, *op. cit.*, n° 240).

<sup>675</sup> En un sens proche MM. ZENATI-CASTAING et REVET, ont écrit qu'« une trop grande restriction du pouvoir de propriétaire du fiduciaire est incompatible avec la fiducie, en particulier la fiducie-gestion. Elle est de nature, croyons-nous, à justifier une requalification de l'opération en mandat » (in *Les biens*, *op. cit.*, n° 271).

<sup>676</sup> *Ibidem*, n° 271. En ce sens sur le fiduciaire en droit mexicain, v. R. SANCHEZ MEDAL, « La verdadera naturaleza del fideicomiso mexicano », *op. cit.*, p. 83.

<sup>677</sup> « por lo que el fideicomitente no puede modificar ni desconocer lo que la fiduciaria ha hecho, dentro del campo de las facultades transferidas » (Amparo civil directo No. 2064 de 1952, Sec. 2ª. Acosta Sierra Francisco. [*Sem. Jud. de la Fed.*, T. CXVIII, Vol. 2, p. 1082 et s.]).

427.- De cette manière, si le contrat de fiducie oblige le fiduciaire à obtenir et à examiner des conseils professionnels, il ne devrait pas être tenu de les suivre, s'il croit que cela n'est pas dans le meilleur intérêt de la fiducie <sup>678</sup>.

428.- Il en est ainsi dans le droit anglais du *trust*, où il est interdit au *trustee* de suivre impérativement les instructions d'une autre personne <sup>679</sup>. Par contre, s'il reçoit des conseils, il peut les suivre, s'il les juge corrects <sup>680</sup>. Comme le *settlor* disparaît de la scène juridique une fois que le *trust* est constitué <sup>681</sup>, il n'a aucun droit « d'imposer aux *trustees* la façon de traiter les biens du *trust* » <sup>682</sup>. Par contre, s'il le fait et que le *trustee* suit ces instructions, le *trust* peut être considéré comme un *sham* (simulation), et donc considéré comme n'ayant jamais été créé <sup>683</sup>. Il en est ainsi car le *settlor* aurait conservé le pouvoir et le contrôle des biens mis en *trust* <sup>684</sup>.

429.- En d'autres termes, dans les limites des barreaux de sa cage (dont la taille variera selon chaque fiducie), le fiduciaire est un être libre. C'est lui qui administre le patrimoine fiduciaire conformément à ses convictions et c'est lui qui choisit quoi faire avec les biens fiduciaires. En ce sens, il y a une ressemblance avec la propriété ordinaire, mais la différence réside dans la taille de la cage <sup>685</sup>.

430.- Le fiduciaire étant ainsi un propriétaire obligé, il devient par voie de conséquence un propriétaire contrôlé <sup>686</sup>. Le droit, du constituant et des bénéficiaires <sup>687</sup>, de surveiller et de contrôler le fiduciaire s'explique car ils sont ses créanciers, ils ont donc le droit de veiller à ce que leurs créances soient bien exécutées. Pour cette raison « soumettre

<sup>678</sup> En ce sens mais en droit anglais du *trust*, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 472.

<sup>679</sup> V. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 11.33.

<sup>680</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 473.

<sup>681</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 1.36

<sup>682</sup> « *to direct the trustees how to deal with the trust property* » (*ibidem*, n° 1.37).

<sup>683</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust*, *op. cit.*, n° 4-19.

<sup>684</sup> En ce sens, v. *Rahman v Chase Bank (C.I.) Trust Co. Ltd.* in *ibidem*, n° 4-19.

<sup>685</sup> Sur les limitations imposées à un propriétaire ordinaire, v. *infra*, n° 456 et s.

<sup>686</sup> Le contrôle commence même avant de la constitution de la fiducie, car la loi restreint la fonction de fiduciaire à certaines personnes seulement (en ce sens, v. B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, *op. cit.*, n° 245. Sur les personnes que peuvent avoir la qualité du fiduciaire, v. l'article 2015 du C civ.). Une fois constituée la fiducie, le contrôle continue jusqu'à l'extinction de la fiducie (en ce sens, v. C. KUHN, « La mission du fiduciaire », *op. cit.*, p. 55 et s.).

<sup>687</sup> L'article 2017 du Code civil prévoit la possibilité que le constituant peut nommer à un tiers pour protéger ses intérêts.

le fiduciaire à des contrôles [...] n'est donc pas condamnable »<sup>688</sup>. Par contre, la particularité de la fiducie réside dans le fait que les obligations du fiduciaire sont liées à sa propriété ; par voie de conséquence, la surveillance de l'exécution des ses obligations entraîne celle de la propriété du fiduciaire, ce que impose aussi au fiduciaire une obligation de rendre compte<sup>689</sup>. Le contrôle du fiduciaire peut aller jusqu'à la déchéance de son droit de propriété<sup>690</sup> et peut engager sa responsabilité civile<sup>691</sup>.

**431.-** Comme nous le verrons plus loin, la propriété du fiduciaire n'est pas seulement limitée mais elle est aussi temporelle.

## B.- LA PROPRIÉTÉ DU FIDUCIAIRE, UNE PROPRIÉTÉ TEMPORAIRE

**432.-** Puisque « temporaire » est défini comme ce « qui dure ou ne doit durer qu'un temps limité »<sup>692</sup>, il n'y a aucune doute que la propriété du fiduciaire soit temporaire. Parce que la loi prévoit une durée maximum de quatre vingt dix neuf ans pour le contrat de la fiducie<sup>693</sup> ; par voie de conséquence, la propriété du fiduciaire est temporaire. « Ainsi, la propriété temporaire du fiduciaire apparaît comme une exception au principe d'une absence de terme extinctif du droit de propriété »<sup>694</sup>. « La propriété du fiduciaire est » ainsi « structurellement limitée dans le temps »<sup>695</sup>, en conséquence le fiduciaire n'a pas vocation à la plénitude de sa propriété (sauf si le fiduciaire était aussi bénéficiaire d'un transfert définitif en sa faveur).

---

<sup>688</sup> F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 418.

<sup>689</sup> V. l'article 2022 du Code civil.

<sup>690</sup> V. l'article 2027 du Code civil. Sur le sujet, v. *infra*, n° 718 et s.

<sup>691</sup> V. l'article 2026 du Code civil. Sur le sujet, v. *infra*, n° 759 et s.

<sup>692</sup> *Le petit Robert*, v° Temporaire.

<sup>693</sup> V. article 2018, 1° du Code civil. Avant la réforme du 4 août 2008 la durée maximum de la fiducie était de trente trois ans.

Même si quatre vingt dix ans « constitue[nt] une durée importante et un semblant de perpétuité au regard de la vie humaine. Il est important pour l'équilibre même de la technique fiduciaire d'admettre sa dimension temporaire » (C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, op. cit., n° 360). En ce sens la perpétuité est définie comme : « établit à jamais, au delà du terme de la vie humaine » (G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, v° Perpétuel, sens n° 2).

<sup>694</sup> C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, préf. Ch. Atias, n° 374.

<sup>695</sup> S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, op. cit., n° 157 (pour cette raison il décrit la propriété du fiduciaire comme une propriété éphémère, v. n° 156 et s.).

La temporalité de la propriété du fiduciaire peut trouver une explication dans l'intolérance pour les biens mainmorte (en ce sens, v. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 284).

**433.-** La propriété temporelle du fiduciaire se traduit dans une obligation de donner <sup>696</sup>, car l'extinction de la propriété du fiduciaire ne suffit pas, il faut en plus qu'une autre personne en devienne le propriétaire <sup>697</sup>. Ainsi, « il s'agit, en réalité, plus d'une question du droit des obligations que du droit des biens » <sup>698</sup>.

**434.-** Le transfert n'aurait pas comme objet le patrimoine fiduciaire <sup>699</sup> car, en étant un effet de la fiducie, il devrait disparaître au moment de l'extinction de la fiducie. Ainsi, l'obligation de donner n'a comme objet que les biens fiduciaires pris *ut singuli*. En conséquence, il existerait une obligation pour chaque bien subsistant au jour de la fin de la fiducie (donc il n'y aurait pas qu'une obligation de donner, mais plusieurs). De plus, s'il existe aussi plusieurs personnes avec un droit à recevoir les biens, le fiduciaire aurait plusieurs créanciers.

**435.-** Une des conséquences de la temporalité de la propriété du fiduciaire est qu'une obligation de donner est préétablie dès la constitution de la fiducie. Cette obligation a la particularité qu'au moment de la constitution de la fiducie, il est possible que l'objet de

---

<sup>696</sup> En ce sens, v. C. LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *op. cit.*, n° 80.

Ainsi, « le transfert de propriété [...] constitue une obligation et non une simple faculté » (C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, n° 366).

MM. ZENATI-CASTAING et REVET prévoient la possibilité qu'un transfert de plein droit ait lieu le jour où prend fin la fiducie (in *Les biens*, *op. cit.*, n° 447).

<sup>697</sup> Sauf si le fiduciaire en son qualité de bénéficiaire a vocation à devenir propriétaire, notamment dans le cas de la fiducie-sûreté.

Comme une exception à l'obligation de donner du fiduciaire, l'article 2030 du Code civil prévoit que les biens fiduciaires feront de plein droit retour au constituant (dans le cas d'absence des bénéficiaires) ou à sa succession (dans le cas du décès du constituant), et l'article 2027 du Code civil envisage un transfert du plein droit du patrimoine fiduciaire à faveur du nouveau fiduciaire quand, par décision judiciaire, le fiduciaire aurait été remplacé provisoirement ou définitivement.

Le fait que les articles 2027 et 2030 du Code civil, de manière exceptionnelle, prévoient le retour de plein droit des biens fiduciaires confirme le principe que dans toutes les autres situations le fiduciaire a une obligation de donner.

<sup>698</sup> Phrase prise de Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. II, Les biens, Droits réels principaux*, *op. cit.*, n° 308.

*Contra*, v. C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, n° 361 (pour qui « l'utilisation du terme ne place pas la propriété dans un contexte contractuel, voire obligationnelle, il s'agit de caractériser l'encadrement temporel du lien d'appropriation. L'arrivée du terme ne remet pas en question l'acquisition de la propriété mais implique la disparition de la titularité du fiduciaire pour l'avenir »).

<sup>699</sup> *Contra*, v. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 287.

Ceci n'aura lieu que dans le cas du remplacement du fiduciaire prévu dans l'article 2027 du Code civil.

l'obligation soit incertain car les biens originairement transmis par le constituant peuvent être subrogés par d'autres (surtout dans le cas où le fiduciaire aurait un pouvoir de disposer)<sup>700</sup>. Donc, dans ce cas, ni le constituant ni le fiduciaire ne peuvent savoir quels biens composeront le patrimoine fiduciaire à l'extinction de la fiducie.

**436.-** Si, dès la constitution de la fiducie, une obligation de donner est déjà prévue pour le futur, cela veut dire que l'obligation du fiduciaire est affectée d'une modalité soit d'une condition soit d'un terme<sup>701</sup> ; mais lequel des deux ?

**437.-** La réponse dépend de savoir si la survenance de l'événement futur est certaine ou incertaine. Mais quel est l'événement futur auquel est subordonnée l'obligation du fiduciaire ? On pourrait penser qu'il s'agirait de l'extinction de la fiducie, car à ce moment le fiduciaire serait obligé de transférer sa propriété. Dans cette hypothèse, l'obligation de donner serait affectée d'un terme car il est certain que l'extinction du contrat de la fiducie va se réaliser.

**438.-** Par contre, ne prendre que cette voie fait présumer qu'à la fin du contrat le patrimoine fiduciaire aurait toujours des actifs ; ce serait méconnaître les aléas inhérents à l'administration du patrimoine fiduciaire. Il peut arriver que le patrimoine soit anéanti à rien, malgré une administration du fiduciaire sans faute. Cela aurait comme effet l'extinction de la fiducie avant le terme établi par les parties, car cela se traduirait par une impossibilité d'accomplir la mission fiduciaire. Ainsi, l'événement futur consiste dans l'existence des biens fiduciaires à l'extinction du contrat en question, et non pas dans l'extinction du contrat.

**439.-** Si nous avons déjà trouvé quel l'événement futur affecte l'obligation du fiduciaire, il nous faut encore dévoiler s'il est de réalisation certaine ou incertaine. La certitude ou incertitude de l'existence de biens fiduciaires à la fin du contrat va dépendre de

---

<sup>700</sup> Par contre, l'objet de l'obligation de donner peut être connu dans certains cas dès la constitution de la fiducie. Il en serait ainsi si le constituant avait expressément établi que certains biens fiduciaires devraient être transmis à un des bénéficiaires, ou si une obligation d'acquiescer un bien déterminé pesait sur le fiduciaire avec l'objectif de le transférer à un bénéficiaire.

<sup>701</sup> Sur ces modalités de l'obligation, v. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2004, n° 64 et 65 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, T. III, Le rapport*

chaque mission fiduciaire. Certaines missions vont permettre d'assurer avec certitude que des biens fiduciaires soient présents dans le patrimoine fiduciaire à l'extinction de la fiducie ; par exemple, quand la mission du fiduciaire consiste en la simple conservation d'un immeuble pour une très courte durée. Dans d'autres cas, la mission peut provoquer des risques d'administration tellement élevés qu'il est possible que les actifs du patrimoine fiduciaire se perdent malgré une administration sans faute ; par exemple dans le cas d'une fiducie d'investissement.

**440.-** Dans le premier cas, l'obligation du fiduciaire serait affectée d'un terme, mais seulement sur les biens qui étaient certains de survivre à l'administration du fiduciaire. Car, même dans le cas où il serait sûr qu'à la fin de la fiducie le patrimoine fiduciaire ait des actifs, certains biens originellement transmis par le constituant pourraient disparaître pendant la gestion du fiduciaire ; il n'est donc pas certain que ces biens existent jusqu'à la fin. Ainsi par exemple, dans une fiducie composée d'un immeuble (avec une obligation du fiduciaire de le conserver en état pour un transfert futur) et de valeurs mobilières (avec une autorisation de fiduciaire d'investissement à haut risque), l'obligation de donner l'immeuble serait affectée d'un terme, dès lors que l'obligation relative aux valeurs mobilières serait affectée d'une condition.

**441.-** Dans le deuxième cas, où les risques d'administration ne permettent pas d'assurer la survie des biens fiduciaires jusqu'à la fin du contrat, l'obligation de donner du fiduciaire serait affectée d'une condition.

**442.-** En conséquence, l'obligation de donner du fiduciaire peut être affectée d'un terme ou d'une condition ; cela va dépendre de chaque cas particulier. Donc quand l'obligation est affectée d'une condition, le terme du contrat n'est autre chose que le délai de réalisation de la condition.

**443.-** Quant aux obligations affectées d'un terme, il faut encore préciser si nous sommes en présence d'un terme suspensif ou extinctif. Comme le terme met fin au contrat

---

*d'obligation*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, n° 268 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1199 et s.

de la fiducie et donc aux obligations du fiduciaire, on pourrait conclure que nous sommes en présence d'un terme extinctif. Pourtant, il faut bien distinguer le terme qui affecte le contrat de la fiducie, du terme qui affecte l'obligation de donner du fiduciaire. Cette dernière existe dès la constitution de la fiducie, mais n'est exigible qu'à l'extinction de la fiducie ; en conséquence, nous sommes en présence d'un terme suspensif et non extinctif. L'obligation de donner est suspendue jusqu'à l'extinction du contrat.

**444.-** De cette manière on pourrait conclure que « ce n'est pas la propriété elle-même qui est affectée d'un terme » <sup>702</sup> et que nous sommes donc en présence d'un problème du droit des obligations et non pas du droit des biens. Accepter le contraire, c'est-à-dire analyser la propriété du fiduciaire comme étant affectée d'un terme extinctif, serait incompatible avec notre droit des biens ; car l'effet extinctif n'aurait comme effet que la perte, par le fiduciaire, de sa propriété <sup>703</sup>. Par contre, l'effet de l'arrivée du terme de la fiducie a aussi comme effet la transmission de cette propriété aux personnes pertinentes, ce qui ne peut arriver que par l'imposition au fiduciaire d'une obligation de donner.

**445.-** Quand l'obligation de donner est affectée d'une condition, elle est suspensive aussi car l'obligation ne prend naissance qu'après l'accomplissement de la condition (l'existence des actifs dans le patrimoine fiduciaire à l'extinction de la fiducie).

**446.-** Si la fiducie prend fin naturellement par l'arrivée du terme, elle n'est pas l'unique événement futur qui peut mettre fin à la fiducie. L'article 2028 du Code civil prévoit la possibilité du constituant de révoquer le contrat, dès lors que les bénéficiaires n'auront pas encore donné leur acceptation. En conformité à l'article 2029 du Code civil le contrat prend fin aussi en cas du décès du constituant personne physique, de l'accomplissement de la mission fiduciaire quand celle-ci a lieu avant l'échéance du terme, de l'absence de bénéficiaires (sauf clause contraire), si le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption, et, dans le cas où le fiduciaire est un avocat, « le contrat prend fin si celui-ci est

---

<sup>702</sup> Phrase prise de Ch. LARROUMET (in *Droit civil, T. II, Les biens, Droits réels principaux, op. cit.*, n° 307).

<sup>703</sup> De manière exceptionnelle, il en est ainsi pour les propriétés intellectuelles qui, à l'arrivée du terme, deviennent du domaine public.

frappé d'une sanction disciplinaire l'empêchant d'exercer sa profession : interdiction temporaire, radiation ou omission du tableau »<sup>704</sup>.

**447.-** Si l'analyse précédente a été faite sur les obligations du fiduciaire de donner qui existent à la fin de la fiducie, elle est aussi applicable aux obligations de donner qui doivent être exécutées pendant l'administration de la fiducie. Ainsi par exemple, le contrat de la fiducie peut prévoir qu'à une date déterminée, mais avant l'extinction du contrat, le fiduciaire devra transférer un bien spécifique à un des bénéficiaires.

**448.-** Comme le fiduciaire doit transférer à la fin du contrat les biens fiduciaires, les auteurs voient dans la fiducie une institution à double transfert<sup>705</sup>, car, d'abord il y a le transfert du constituant au fiduciaire, et ensuite un deuxième transfert du fiduciaire au bénéficiaire (et/ou constituant). De cette manière « le passage par le fiduciaire n'est donc qu'une sorte de palier technique entre deux propriétés absolues [...] si l'on transfère la propriété parce que ce transfert n'est pas définitif »<sup>706</sup>.

**449.-** Bien que cela soit précis dans certaines situations, cela ne l'est pas systématiquement. D'abord parce que, comme on l'a vu, des aléas inhérents à la gestion du patrimoine fiduciaire peuvent faire perdre les biens fiduciaires. Ensuite parce que les biens originellement transmis par le constituant ne vont pas nécessairement exister à l'extinction de la fiducie, surtout si le fiduciaire a un pouvoir de disposition. Enfin parce que les biens fiduciaires ne seront pas tous transmis par le constituant, certains entreront pendant la gestion du patrimoine fiduciaire. Ainsi, définir ou décrire la fiducie comme un mécanisme de double transfert n'est pas tout à fait exact.

**450.-** Si nous avons déjà vu les traits caractéristiques de la propriété du fiduciaire, il faut maintenant analyser si elle peut être considérée comme une propriété.

---

<sup>704</sup> B. GOUTHIERE, C. LOPATER et A.-L. BLANDIN, *La fiducie : mode d'emploi : régime juridique, fiscal et comptable, aspects internationaux, intègre l'extension aux personnes physiques*, *op. cit.*, n° 7034.

<sup>705</sup> En ce sens, v. B. MALLET-BRICOUD, « Fiducie et propriété », *op. cit.*, n° 17 ; P. PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *op. cit.*, p. 72 et s. ; R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », *op. cit.*, p. 306 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, *op. cit.*, n° 757.

<sup>706</sup> R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 21.



## § 2.- LA PROPRIÉTÉ DU FIDUCIAIRE, UNE PROPRIÉTÉ TOUT COURT ?

451.- « C'est une bibliothèque que l'on remplirait de tous les traités, de toutes les monographies consacrées au droit de propriété » <sup>707</sup> : ainsi nous ne prétendons pas être exhaustifs et notre étude se limitera au nécessaire pour prouver que le fiduciaire doit être considéré comme le propriétaire de biens, malgré ses traits particuliers <sup>708</sup>.

452.- Les éléments sur lesquels s'appuie la doctrine pour nier ou douter de la propriété du fiduciaire, sont les restrictions imposées à sa propriété, la temporalité de son droit et le manque d'exclusivisme <sup>709</sup>. En d'autres termes, le fait que les caractères reconnus à la propriété, par la doctrine classique, sont tellement modifiés par la fiducie <sup>710</sup> que pour certains le fiduciaire ne peut pas être considéré comme propriétaire des biens fiduciaires.

453.- Si on ne peut pas nier les traits spécifiques de la propriété du fiduciaire, le droit de propriété est aussi une liberté, donnant ainsi la faculté à son titulaire de la modifier (B) ; de plus, les particularités de la propriété du fiduciaire ne sont pas incompatibles avec les caractères de la propriété (A).

### A.- LA PROPRIÉTÉ DU FIDUCIAIRE AU REGARD DES CARACTÈRES DE LA PROPRIÉTÉ

454.- Bien que les prérogatives de la propriété (*usus, fructus et abusus*) soient prises en compte par une part de la doctrine pour définir ou au moins pour décrire la

---

<sup>707</sup> AEBY, « Problème de l'évolution du droit de propriété, sur l'évolution du droit de propriété en Suisse », in *Trav. Ass. H. Capitant, Journées de Genève, L'évolution du droit de propriété, 1946, T. II*, Dalloz, 1947, p. 123 et s., spéc. p. 124.

<sup>708</sup> Des études plus approfondies sur ce sujet, v. R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, *op. cit.*, n° 164 et s. ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, n° 164 et s.

Une analyse sur la même problématique mais sur la propriété-garantie, v. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n° 74 et s.

<sup>709</sup> V. B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », *op. cit.*

<sup>710</sup> « La fiducie est particulièrement troublante pour le droit français : elle ne respecte pas la dignité de la propriété. Elle sacrifie la propriété au propriétaire, alors que le droit civil ne peut imaginer de protéger le propriétaire sans avoir respecté sa propriété » (R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », *op. cit.*, p. 307).

propriété, nous limiterons nos intitulés seulement aux caractères de la propriété, puisqu'une analyse du caractère absolu de la propriété emporte une étude de ses prérogatives.

**455.-** Les caractères reconnus au droit de propriété sont au nombre de trois : la propriété est absolue (1), perpétuelle (2) et exclusive (3).

#### 1.- La propriété du fiduciaire et le caractère absolu de la propriété

**456.-** Le caractère absolu de la propriété est mentionné dans l'article 544 du Code civil où il est établi que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses **de la manière la plus absolue**, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Par « absolu » il peut être compris que la propriété est un droit illimité.

**457.-** Pour cette raison, comme le fiduciaire est un propriétaire obligé, son droit est limité, et donc contraire et incompatible avec l'absoluité du droit de propriété de l'article 544 du Code civil. Ainsi, on pourrait douter que la propriété du fiduciaire puisse en être une.

**458.-** Le syllogisme précédent ne peut tenir bon que si, systématiquement chaque fois qu'une limite est imposée à un droit de propriété, ce droit est dégradé ou dénaturé. Par contre, des limites existent et peuvent être imposées au droit de propriété sans que pour autant elle perde sa nature.

**459.-** En réalité, « [d]ès 1804, le législateur a envisagé des limites à l'absolutisme du droit de propriété »<sup>711</sup> ; il suffit de lire l'article 544 du Code civil pour se rendre compte que le droit de propriété n'était pas conçu comme un droit illimité. En fait, cet article reconnaît l'existence des limites légales<sup>712</sup>. Ainsi, « le droit de propriété est conçu,

---

<sup>711</sup> Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. II, Les biens, Droits réels principaux, op. cit.*, n° 173.

Sur le droit de propriété depuis le code civil, v. F. TERRE, « L'évolution du droit de propriété depuis le code civil », in *Destins du droit de propriété, Droits : revue française de théorie juridique*, PUF, 1985, p. 2 et s.

<sup>712</sup> Une décision du Conseil constitutionnel a établi qu'il est possible qu'une loi impose des limitations au droit de propriété, dès lors que cette limitation « n'a pas un caractère de gravité tel

*ab initio*, par les rédacteurs même du Code civil, comme un droit susceptible de limitations »<sup>713</sup>.

**460.-** A titre d'exemple, le Code rural<sup>714</sup> oblige les propriétaires de terres de les cultiver, ainsi la faculté du propriétaire de non-user son droit est éliminée. Un autre exemple est la réserve héréditaire où des limites légales sont imposées au propriétaire, car une partie de la succession est réservée, par la loi, à certains héritiers : par voie de conséquence, le principe de libre disposition du défunt est atteint. D'une part, parce qu'une partie de son patrimoine ne peut pas être transmis à titre gratuit (à moins que la transmission soit à faveur des réservataires) et d'autre part, parce que le libre choix des acquéreurs est limité, le défunt est obligé de transmettre une part de son patrimoine à des personnes déterminées (même s'il ne le veut pas)<sup>715</sup>.

**461.-** Nous n'avons mentionné que quelques exemples de limitations légales, mais « partout, les règlements ont fixé des bornes à la domination »<sup>716</sup>, limitations qui ont augmenté au fil du temps et qui vont continuer à augmenter.

**462.-** De plus, la jurisprudence a aussi imposé des limites au droit de propriété, car « jamais le droit de propriété n'a pu être exercé d'une façon telle qu'il permettrait à son titulaire d'échapper à la contrainte sociale, c'est-à-dire de gêner impunément autrui »<sup>717</sup>. Pour cette raison STRICKLER a comme un de ses intitulés sur la propriété « un droit civil, mais un droit social »<sup>718</sup> ; le droit de propriété n'est jamais purement individuel car « pour concevoir l'illimitation du domaine, il faudrait que n'existât qu'un seul propriétaire »<sup>719</sup>. Ainsi par la théorie de l'abus de droit, nous avons réagi « contre l'individualisme

que l'atteinte qui en résulte en dénature le sens et la portée » (Cons. Const., 4 juillet 1989 : *RTD civ.* 1990, p. 519, obs. F. ZENATI-CASTAING).

<sup>713</sup> P. CROCCO, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n° 85.

<sup>714</sup> V. l'article L125-1.

<sup>715</sup> V. les articles 912 et s. du Code civil.

<sup>716</sup> F. DAGOGNET, *Philosophie de la propriété : l'avoir*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>717</sup> Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. II, Les biens, Droits réels principaux*, *op. cit.*, n° 212.

<sup>718</sup> In *Les biens*, PUF, 2006, n° 224.

Sur l'aspect social de la propriété, v. L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », in *Mélanges juridiques dédiés à M. le professeur Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 95 et s., spéc. n° 12 et s.

<sup>719</sup> M. XIFARAS, *La propriété, étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 151.

outrancier »<sup>720</sup>. De cette manière, à travers la notion d'abus de droit, les tiers sont protégés de l'exercice abusif du droit de propriété, c'est-à-dire que si le propriétaire exerce son droit dans l'intention de nuire à autrui et que si de cet exercice un dommage lui était causé, la responsabilité civile du propriétaire serait engagée<sup>721</sup>.

**463.-** Enfin, il est possible de limiter la propriété par convention<sup>722</sup>, soit en octroyant des droits réels au tiers, soit en le limitant par des obligations personnelles, sans pour autant dénaturer la propriété<sup>723</sup>. En fait, « il faut bien distinguer l'existence du droit de son exercice : accepter de ne pas exercer un droit laisse intact le fait que l'on demeure titulaire de ce droit »<sup>724</sup>.

**464.-** Comme les droits réels confèrent à leur titulaire des pouvoirs sur une chose appartenant à autrui, ils imposent nécessairement des limites au propriétaire. Malgré l'existence de droits réels sur leur chose, le propriétaire ne perd pas sa qualité. Il en est ainsi même quand la propriété est grevée d'un usufruit où le propriétaire « se trouve dépouillé de la quasi-totalité de la chose »<sup>725</sup>. Juridiquement, la qualité du propriétaire du nu-propriétaire est reconnue dans l'article 578 du Code civil<sup>726</sup>.

**465.-** Ainsi, quand un droit de propriété est grevé d'un droit réel principal, les prérogatives du propriétaire sont limitées. En conséquence, la présence actuelle des prérogatives ne peut pas être considérée comme relevant de la notion de propriété. Pour cette raison une part de la doctrine voit dans la propriété, non pas l'existence présente de toutes les prérogatives, mais une potentialité de les avoir<sup>727</sup>. C'est-à-dire un propriétaire

<sup>720</sup> A. ROUAST, « Problème de l'évolution du droit de propriété, sur l'évolution du droit de propriété en France », in *Trav. Ass. H. Capitant, Journées de Genève, L'évolution du droit de propriété, 1946, T. II*, Dalloz, 1947, p. 110 et s., spéc. p. 113.

<sup>721</sup> En ce sens, v. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 738 et s. V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janvier 1964 : *RTD civ.* 1965, p. 117, obs. RODIERE ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 9 mai 2001 : *Deffrénois* 2001, p. 1123, obs. ATIAS.

<sup>722</sup> En ce sens, v. A. SERIAUX, *Rép. civ. Dalloz*, v° Propriété, spéc. n° 56 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, op. cit.*, n° 764.

<sup>723</sup> En ce sens, v. P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.*, n° 95 et s.

<sup>724</sup> *Ibidem*, n° 100.

<sup>725</sup> F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 339.

<sup>726</sup> « L'usufruit est le droit de jouir des choses **dont un autre a la propriété**, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance » (nous soulignons).

<sup>727</sup> En ce sens, v. M. de VAREILLES-SOMMIERES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, p. 443, spéc. n°s 20, 44, 69 et 70 ; R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », *op. cit.*, p. 318 ; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration*

est la personne qui a la potentialité d'avoir dans un futur les prérogatives. Mais comme le fiduciaire droit transférer, à l'extinction de la fiducie, les biens fiduciaires, il n'a pas la potentialité de jouissance des ces biens. Pour cette raison, un auteur ne considère pas au fiduciaire comme le propriétaire des biens fiduciaires, à l'exception du cas de la fiducie-garantie où il serait aussi le créancier du constituant, puisque le fiduciaire a la potentialité d'avoir les prérogatives de la propriété des biens mis en fiducie <sup>728</sup>.

**466.-** L'analyse du droit de propriété comme une potentialité est correcte, dans le sens où les droits réels sont temporaires. Par contre, les prérogatives ne sont que des effets de la propriété <sup>729</sup> donc « ces pouvoirs ne doivent pas être perçus comme une manière de définir la propriété » <sup>730</sup> même dans leur potentialité. Au contraire, il faudra admettre que des biens qui, par leur nature, ne procurent pas de fruits (par exemple les biens de consommation) ou qui ne sont pas susceptibles d'usage (par exemple les valeurs mobilières) ne pourraient pas être objet d'un droit de propriété <sup>731</sup>. Donc « il ne faut pas espérer découvrir l'élément essentiel de la propriété dans le pouvoir tant vanté d'une personne sur une chose » <sup>732</sup>.

**467.-** De plus, le fait qu'un propriétaire n'ait pas la potentialité de récupérer les utilités de la chose n'enlève pas cette qualité. Ainsi, un propriétaire qui constituerait un droit réel qui incontestablement durerait au-delà de sa vie (en vertu de l'âge du propriétaire au moment de la constitution du droit réel et de la durée du droit réel), n'a pas la potentialité de récupérer un jour les prérogatives de sa propriété, et pour autant il ne perd pas sa qualité de propriétaire.

**468.-** Il faut faire la différence entre la potentialité du propriétaire et la potentialité du droit de propriété détachée de tout titulaire. Dans ce dernier cas, le droit de propriété du fiduciaire, comme toute propriété démembrée, a aussi cette vocation à récupérer un jour

---

*d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 12 ; P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n° 98 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, n° 21 et s.

<sup>728</sup> V. F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, n° 43.

<sup>729</sup> En ce sens, v. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 167.

<sup>730</sup> *Ibidem*, n° 192. En ce sens aussi, v. Ch. ATIAS, *Les biens*, Litec, 10<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 99.

<sup>731</sup> En ce sens, v. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 208.

toutes les utilités de la chose. Parce que les ayant-cause du fiduciaire vont recevoir leur droit de propriété détaché des limites imposées au fiduciaire <sup>733</sup>.

**469.-** Aussi il faut admettre qu'il existe une certaine incohérence à accepter que le fiduciaire puisse être considéré comme propriétaire dans certaines situations (quand il aurait la possibilité de devenir le propriétaire définitif des choses fiduciaires, par exemple la fiducie-sûreté) et en même temps lui nier cette qualité dans d'autres.

**470.-** A part des limites imposées par des droits réels, le droit de propriété peut être aussi limité par des obligations personnelles. Par exemple les clauses d'inaliénabilité sont définies comme « des stipulations figurant à un acte de disposition et qui ont pour objectif d'interdire à l'acquéreur d'un bien d'aliéner ce bien » <sup>734</sup>.

**471.-** Comme ce type de clauses déroge au principe de libre circulation de biens (article 537 al. 1<sup>ère</sup> du Code civil) ; donc, la propriété inaliénable doit avoir toujours un caractère exceptionnel <sup>735</sup> et sa validité doit être soumise à certaines conditions <sup>736</sup>. En ce sens, un arrêt de la Cour de cassation du 20 avril 1858 a admis la validité des clauses d'inaliénabilité sous deux conditions : qu'elles soient temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime <sup>737</sup>.

**472.-** Cette solution jurisprudentielle a été adoptée par une loi du 3 juillet 1971, laquelle a incorporé dans l'article 900-1 du Code civil la validité des clauses

<sup>732</sup> S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, op. cit., n° 11.

<sup>733</sup> V. supra, n° 423.

<sup>734</sup> Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. II, Les biens, Droit réels principaux*, op. cit., n° 339.

Sur de bibliographie des différentes positions de la nature de l'inaliénabilité conventionnelle, v. note de page n° 1696.

<sup>735</sup> En ce sens, v. J. CARBONNIER, *Droit civil, T. II, op. cit.*, n° 746.

<sup>736</sup> « Une négation autoritaire et radicale du droit de disposer équivaldrait, pratiquement, à une abolition du droit de propriété lui-même » (Ph. SIMLER, *Les biens*, PUG, 2<sup>ème</sup> éd. [augm.], 2001, n° 25).

<sup>737</sup> V. Civ., 20 avril 1858 : H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. I*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 73.

d'inaliénabilité pour les actes de disposition à titre gratuit. Solution qui est acceptée aussi pour des actes à titres onéreux <sup>738</sup>.

**473.-** En conséquence, s'il est possible limiter le pouvoir de disposer du propriétaire, « il est *a fortiori* possible [...] de limiter l'exercice des autres attributs de la propriété (*usus, fructus*) » <sup>739</sup>.

**474.-** Les exemples précédents ne sont qu'une fraction infime des toutes les limitations qu'affecte le droit de propriété. Pour cette raison ROUAST décrivait le propriétaire comme « un homme enfermé dans une cage, qui ne peut plus faire un mouvement sans heurter quelque barreau » <sup>740</sup>.

**475.-** Ainsi, la propriété est loin d'être un droit essentiellement illimité ; en réalité on est en présence d'un droit qui embrasse des limites, sans que son essence soit pour autant dénaturée. « Il faut bien retenir que rien, absolument rien ne prescrit au Code que le droit de propriété doive s'exercer de manière à pouvoir réaliser en tout temps tous les avantages liés à la définition donnée » <sup>741</sup> à l'article 544 du Code civil. De cette manière les limites imposés au fiduciaire ne suffisent pas à elles-mêmes pour bouleverser la nature de son droit, l'absoluité n'est pas de l'essence du droit de propriété.

**476.-** Le fait que le droit de propriété puisse être un droit très étendu ne signifie pas qu'un droit moins étendu perde sa qualité <sup>742</sup> ; l'existence des limites au droit de propriété ne la dénature pas. De plus, la fiducie n'est pas « la première fois qu'un droit de propriété est transmis en étant amputé de charges qui en restreignent l'absolutisme. Les clauses d'inaliénabilité, les substitutions fidéicommissaires et autres récentes donations graduelles ou résiduelles en fournissent des illustrations » <sup>743</sup>.

---

<sup>738</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 octobre 2007: *Bull. civ.* I, n° 337, *RTD. civ.* 2008, p. 126, obs. Th. REVET.

<sup>739</sup> Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, op. cit.*, n° 764.

<sup>740</sup> In « Problème de l'évolution du droit de propriété, sur l'évolution du droit de propriété en France », *op. cit.*, p. 115.

<sup>741</sup> F. FRENETTE, « La propriété fiduciaire », *op. cit.*, p. 736.

<sup>742</sup> « Quant à l'idée que la propriété est le plus large et le plus important des droits réels, elle a elle-même une part d'exagération et d'erreur [...] il peut arriver que les exceptions soient assez nombreuses pour la réduire à un rôle peu actif et faire un droit de mince valeur, moins avantageux que tel ou tel des droits qui la restreignent » (M. de VAREILLES-SOMMIERES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *op. cit.*, n° 69).

<sup>743</sup> P. PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *op. cit.*, p. 76.

477.- Si les limites à la propriété du fiduciaire ne changent pas la nature de son droit, serait-elle compatible avec le caractère perpétuel de la propriété ?

## 2.- La propriété du fiduciaire et le caractère perpétuel de la propriété

478.- Si par perpétuelle on comprend ce « qui dure toujours, infiniment ou indéfiniment ; qui ne comporte pas d'interruption »<sup>744</sup> et par temporaire « ce qui ne dure ou ne doit durer qu'un temps limité »<sup>745</sup>, la divergence entre la propriété ordinaire et la propriété du fiduciaire paraît évidente. Car en vertu de la limitation légale de la propriété du fiduciaire, « la perpétuité [...] n'est aucunement attachée à la propriété fiduciaire »<sup>746</sup> et pour cette raison des auteurs voient en elle une incompatibilité avec le caractère perpétuel de la propriété ordinaire<sup>747</sup>.

479.- Par contre, pour voir la compatibilité entre les deux types de propriétés, on ne peut pas se limiter à ces définitions ; il faut analyser les sens techniques du caractère perpétuel de la propriété, puis les comparer avec la propriété du fiduciaire<sup>748</sup>.

480.- En droit, le caractère perpétuel de la propriété a deux sens différents. Le premier est une approche subjective alors que le deuxième est objectif.

481.- L'approche subjective aborde la perpétualité du point de vue du droit du propriétaire, notamment du principe de son imprescriptibilité<sup>749</sup>. L'article 2219 du Code civil définit la prescription extinctive comme « un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps ». En d'autres termes, si le titulaire d'un droit ne l'exerce pas pendant un temps donné, ce droit s'éteindra et donc le titulaire perdra son droit. Par contre, le droit de propriété, en donnant à son titulaire la

<sup>744</sup> *Le petit Robert*, v° Perpétuité, sens n° 1.

<sup>745</sup> *Le petit Robert*, v° Temporaire, sens n° 1.

<sup>746</sup> B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », *op. cit.*, n° 10.

<sup>747</sup> En ce sens, v. S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, *op. cit.*, n° 160.

<sup>748</sup> Sur une analyse similaire mais sur la propriété-sûreté, v. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n° 110 et s.

<sup>749</sup> Sur l'imprescriptibilité du droit de propriété, v. C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, *op. cit.*, n° 198 et s.



liberté de tout faire, sauf ce qui est interdit <sup>750</sup>, est un droit qui ne reste jamais inactif, car le non-usage est aussi une façon d'exercer la propriété <sup>751</sup> ; ainsi « l'imprescriptibilité de la propriété par le non-usage résulte de l'impossibilité de non-usage » <sup>752</sup>. De plus, « le droit de propriété est un droit, en principe, librement transmissible, ce qui veut dire, en particulier que dès lors que le propriétaire entend ne pas transmettre son droit, c'est qu'il entend le conserver » <sup>753</sup>.

**482.-** Ainsi, la jurisprudence a établi l'imprescriptibilité du droit de propriété en annonçant que l'article 2219 du Code civil ne s'applique ni au droit de propriété ni à l'action de revendication <sup>754</sup>, c'est-à-dire que le droit de propriété est un droit imprescriptible. Cette solution jurisprudentielle a été consacrée par le législateur, et depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 l'article 2227 du Code civil consacre l'imprescriptibilité du droit de propriété.

**483.-** Selon l'approche objective, « la perpétuité de la propriété signifie que celle-ci dure autant que le bien qui en est l'objet » <sup>755</sup>, on pourrait parler donc de « perpétuité

---

<sup>750</sup> En ce sens, v. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 192.

<sup>751</sup> En ce sens, v. P. CROCCO, *Propriété et garantie, op. cit.*, n° 112.

Sur une étude plus approfondie sur le droit du propriétaire à l'inaction, v. C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété, op. cit.*, n° 203 et s. ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité, op. cit.*, n° 49 et s.

Certains auteurs considèrent que la perpétuité de la propriété ne peut pas être assimilée à l'imprescriptibilité du droit de propriété, soit car elle n'est qu'un effet de la perpétuité (en ce sens, v. C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété, op. cit.*, n° 198 et s. ), soit car elle est une conséquence du caractère absolu de la propriété (en ce sens, v. E. SENNE, « 'La propriété temporaire' : un révélateur des caractères de la propriété », *op. cit.*, n° 3). Ainsi, pour ses auteurs « l'imprescriptibilité du droit de propriété est étrangère à sa perpétuité » (F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 232).

<sup>752</sup> Ch. ATIAS, *Les biens, op. cit.*, n° 128.

Un autre fondement donné en faveur de l'imprescriptibilité du droit de propriété est constitué des conséquences inadmissibles que la prescription occasionnerait : « la propriété étant perdue par le propriétaire sans pouvoir être acquise par le possesseur ou le détenteur, l'immeuble serait attribué à l'Etat comme bien vacant sans maître » (F. TERRE, « L'évolution du droit de propriété depuis le code civil », *op. cit.*, p. 41).

<sup>753</sup> Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. II, Les biens, Droits réels principaux, op. cit.*, n° 253.

<sup>754</sup> Des exemples de jurisprudence en ce sens, v. Req., 12 juillet 1905 : H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. I, op. cit.*, n° 66 ; Cass. ass. plén., 23 juin 1972 : *Bull. civ. ass. plén.*, n° 3, *D.* 1972, p. 705, *JCP* 1973, II, 17331, obs. G. GOUBEUX et Y. JEGOUZO ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002 : *Bull. Civ. III*, n° 129 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 9 juillet 2003 : *Bull. civ. III*, n° 156.

<sup>755</sup> E. SENNE, « 'La propriété temporaire' : un révélateur des caractères de la propriété », *op. cit.*, n° 2.

Pour de jurisprudence en ce sens, v. Cass. ass. plén., 23 juin 1972 : *Bull. civ. ass. plén.*, n° 3, *D.* 1972, p. 705, *JCP* 1973, II, 17331, obs. G. GOUBEUX et Y. JEGOUZO.

objective »<sup>756</sup>. De cette manière la propriété n'est pas un droit viager, car le bien continue d'être l'objet d'un droit de propriété même si son propriétaire est décédé.

**484.-** La propriété du fiduciaire est-elle compatible avec ces deux visions du caractère perpétuel de la propriété ?

**485.-** Si selon l'approche subjective de la perpétuité, la propriété est un droit imprescriptible, on ne peut qu'admettre que la propriété du fiduciaire soit aussi un droit imprescriptible. Le droit du fiduciaire ne va pas s'éteindre seulement pour son non-usage pendant un certain temps. « Le fait que la volonté du propriétaire assigne un terme au droit de propriété [...] ne retire rien au fait que le droit de propriété ne soit pas susceptible de non-exercice »<sup>757</sup>. Ceci demeure vrai même quand c'est le législateur qui a fixé la durée. Ainsi, la propriété limitée temporellement ne demeure pas moins imprescriptible ; « la perpétuité du droit de propriété ne doit pas être confondue avec son éternité laquelle n'est pas de droit positif »<sup>758</sup>.

**486.-** Bien que le droit de propriété du fiduciaire puisse se perdre par non-usage, ce n'est pas la temporalité qui interdirait au fiduciaire de rester inactif à l'égard de son droit de propriété ; mais l'inactivité est interdite par des obligations personnelles. Donc, ce n'est pas par la technique de la prescription que le fiduciaire va la perdre. L'écoulement du temps ne joue aucun rôle, et si l'inaction peut être une raison pour laquelle il perdrait son droit, elle n'est pas l'élément décisif. En conformité à l'article 2027 du Code civil, pour que le fiduciaire perde sa propriété, il faut qu'il manque à ses devoirs ou qu'il mette en péril les intérêts qui lui sont confiés. Ainsi, pour que la propriété du fiduciaire se perde par non-usage, il faut que cela soit en violation à une obligation ou que cela mette en péril les intérêts de la fiducie. De cette manière, il est possible que le non-usage de la propriété du fiduciaire ne soit pas considéré comme fautif ; donc dans ce cas l'inaction du fiduciaire ne peut pas être le fondement de la déchéance de son droit. De plus, le fiduciaire peut perdre aussi sa propriété même s'il a exercé activement son droit ; c'est-à-dire quand il ferait un mauvais usage de la chose fiduciaire, où l'on entend par mauvais usage ce qui est contraire aux obligations du fiduciaire et aux intérêts de la fiducie.

---

<sup>756</sup> C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, op. cit., n° 40.

<sup>757</sup> P. CROCCO, *Propriété et garantie*, op. cit., n° 113.

**487.-** Si la temporalité de la propriété du fiduciaire est compatible avec l'approche subjective de la perpétuité, est-elle compatible avec l'approche objective ?

**488.-** La propriété du fiduciaire ne contredit pas non plus cette approche, car à la fin de la fiducie « le droit de propriété ne disparaît pas, il se transmet et dure donc bien autant que son objet » <sup>759</sup>. Ainsi, même un auteur qui nie la qualité de propriété du fiduciaire, a écrit que « si on admet néanmoins la qualification de propriété, la fiducie ne peut pas pour autant représenter une situation de propriété temporaire puisque, contrairement au droit du fiduciaire, la propriété objective ne s'éteint pas. En effet, l'obligation de restitution ou de transmission à laquelle est tenu le fiduciaire à la fin de l'acte constitutif démontre que la propriété objective ne s'éteint pas puisque le bien de la fiducie reste l'objet d'appropriation par le constituant ou par les tiers bénéficiaires. La survivance de la propriété objective exclut ainsi l'existence d'une propriété temporaire » <sup>760</sup>.

**489.-** De plus, le caractère perpétuel de la propriété (conforme à l'approche objective) doit être nuancé car il connaît des exceptions. D'abord, en cas d'abandon, « le droit de propriété initial a disparu [...] et un nouveau droit de propriété est susceptible de renaître en cas d'occupation. Dans l'intervalle, faute d'un sujet, le droit de propriété n'existe plus alors que le bien demeure » <sup>761</sup>. Nous trouvons une autre exception dans le cas de la propriété industrielle, littéraire et artistique où la propriété objective se trouve affectée d'un terme légal extinctif <sup>762</sup>, car à l'expiration du délai légal « les biens (œuvre, invention ou signe distinctif), objet des propriétés intellectuelles, retombent dans le

---

<sup>758</sup> *Ibidem*.

<sup>759</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n° 115 ; v. aussi P. CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *La fiducie dans tous ses états : Journées nationales, T. XV, Paris-Est Créteil, le 15 avril 2010*, Dalloz, 2011, p. 9 et s., spéc. p. 10 et 11.

<sup>760</sup> E. SENNE, « 'La propriété temporaire' : un révélateur des caractères de la propriété », *op. cit.*, n° 13.

<sup>761</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n° 114.

<sup>762</sup> En ce sens, v. E. SENNE, « 'La propriété temporaire' : un révélateur des caractères de la propriété », *op. cit.*, n° 15 et s.

domaine public et ne sont plus appropriables »<sup>763</sup>. En conséquence, la « perpétuité objective » n'est pas un caractère intangible de la propriété<sup>764</sup>.

**490.-** A côté du fait que le droit de propriété du fiduciaire est compatible avec l'approche subjective et objective de la perpétuité, il faut reconnaître que si la loi ne limite pas la durée de la propriété, « rien ne s'oppose à l'organisation volontaire d'une propriété temporaire » ; ainsi « la durée de la propriété p[eut] faire [...] l'objet de limitations sans être dénaturée »<sup>765</sup>.

**491.-** En conséquence, la durée limitée du droit de propriété du fiduciaire n'est pas incompatible avec la perpétuité de la propriété ordinaire. Il ne reste ainsi plus qu'à analyser le caractère exclusif de la propriété.

### 3.- La propriété du fiduciaire et le caractère exclusif de la propriété

**492.-** Pour une grande partie de la doctrine, l'exclusivisme est de l'essence du droit de propriété<sup>766</sup> : sans elle, le droit de propriété est dénaturé. D'où la pertinence de nous poser la question de l'exclusivité du fiduciaire.

**493.-** Le caractère exclusif signifie que le propriétaire est l'unique personne qui peut exercer les prérogatives de la chose objet du droit de propriété<sup>767</sup>, c'est-à-dire que

---

<sup>763</sup> *Ibidem*, n° 19.

Sur des exemples d'extinction conventionnelle de la propriété objective, v. *ibidem*, n° 20 et s.

<sup>764</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 33 et s.

<sup>765</sup> F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 233.

En ce sens aussi, v. B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui, op. cit.*, n° 257.

<sup>766</sup> En ce sens, v. F. ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *op. cit.*, p. 314 et s. ; B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui, op. cit.*, n° 249 et s. ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité, op. cit.*, n° 378 ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et Th. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281 et s., spéc. n° 16 et s.

Sur des jurisprudences sur l'exclusivisme du droit de propriété, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1999 : *D.* 1999, jurisp. p. 319, obs. E. AGOSTINI, *Defrénois* 1999, p. 897, obs. Ch. CARON, *RTD civ.* 1999, p. 859, obs. F. ZENATI-CASTAING.

*Contra*, v. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. II, Les biens, Droits réels principaux, op. cit.*, n° 197 et s. (l'auteur doute de l'exclusivité comme un caractère de la propriété car il considère que tout droit subjectif est exclusif au profit de son titulaire).

<sup>767</sup> En ce sens POTHIER a écrit : « Le domaine de propriété est ainsi appelé parce que c'est le droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient privativement à tous autres » (in *Traité du droit de domaine de propriété*, in *Œuvres*, T. XIV, Chez Thomine et Fortic, rééd. 1821, n° 4).

« le propriétaire est le seul titulaire de prérogatives que le droit lui reconnaît sur la chose »<sup>768</sup>. Comme le propriétaire a ainsi le monopole sur la chose, l'exclusivité de la propriété s'analyse à l'égard de tiers. En conséquence « l'exclusivité signifie que les tiers n'ont, en principe, aucune part à l'utilité d'une chose qui appartient, en propre, à autrui. Ils ne peuvent ni en user, ni en jouir, ni en disposer. Ils ne peuvent en retirer aucune utilité personnelle »<sup>769</sup> sans autorisation du propriétaire.

**494.-** Pour cette raison, le propriétaire peut exclure toute personne qui interfère avec son droit. De cette manière, « ce qui rend techniquement propriétaire, ce n'est rien d'autre aujourd'hui que les procédés par lesquels l'ordre juridique permet à une personne d'imposer à autrui une relation privative aux choses [...] et de protéger cette relation »<sup>770</sup>. Ainsi, « le droit de propriété, c'est en effet l'émergence du particulier contre le collectif, le droit d'un homme contre tous les autres »<sup>771</sup>.

**495.-** Ainsi pour que la propriété du fiduciaire soit compatible avec le caractère exclusif de la propriété, il faut que le fiduciaire soit l'unique personne qui exerce les prérogatives de la propriété et qu'il puisse exclure, des choses fiduciaires, toute personne qui interfère avec son droit de propriété. C'est-à-dire qu'il faut vérifier que le fiduciaire ne se trouve pas en concurrence avec le constituant ou les bénéficiaires, exerçant concurremment des droits sur les biens fiduciaires<sup>772</sup>.

**496.-** Comme nous avons vu, le constituant et les bénéficiaires n'ont que des droits personnels contre le fiduciaire<sup>773</sup> ; ainsi ils n'exercent aucun droit contre la propriété du fiduciaire ; et bien que la législation soit muette sur l'exclusivisme du fiduciaire, on ne

---

Sur une approche historique du caractère exclusif de la propriété, v. A.-M. PATAULT, *Droit civil, Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, p. 139 et s.

<sup>768</sup> Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, 2006, n° 259.

<sup>769</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 1034.

<sup>770</sup> F. ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *op. cit.*, p. 316.

<sup>771</sup> M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRE-FORNACCIARI, « Quelques remarques sur le droit de propriété, Vocabulaire fondamental du droit », *Arch. phil. dr.* 1990, p. 233 et s., spéc. p. 236.

<sup>772</sup> En ce sens, v. B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui, op. cit.*, n° 249.

<sup>773</sup> V. *supra*, n° 419 et s.

peut pas imaginer le fiduciaire sans ce pouvoir. Dans la logique de l'institution, le fiduciaire doit être l'unique personne à pouvoir exercer les prérogatives des choses fiduciaires, car « la fiducie se nourrit de la propriété, elle en a besoin pour se réaliser »<sup>774</sup>. L'exclusivité est essentielle pour la bonne administration de tout patrimoine, même fiduciaire ; dans le cas contraire, le fiduciaire ne pourrait pas obtenir les utilités des choses fiduciaires<sup>775</sup> dont l'accomplissement de la mission a besoin. Cette exclusivité va permettre que les ressources fiduciaires soient « mieux orientées, mieux exploitées, mieux gérées »<sup>776</sup>. C'est cette exclusivité qui va permettre au fiduciaire d'interdire aux tiers et de les empêcher d'interférer avec son droit sur les biens fiduciaires ; ainsi la titularité du fiduciaire est un moyen préventif de protection du patrimoine fiduciaire.

**497.-** Nonobstant, il est possible que le fiduciaire soit remplacé par une autre personne, et par voie de conséquence, il peut perdre sa propriété. Ainsi l'article 2027 du Code civil prévoit le remplacement du fiduciaire « s'il manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire »<sup>777</sup>. Cette possibilité de remplacer le fiduciaire est conforme au droit anglais du *trust* où les *cestuis que trusts* peuvent demander le remplacement du *trustee* s'il a commis des fautes dans la gestion du *trust*<sup>778</sup>.

**498.-** Le remplacement du fiduciaire s'explique du fait que, comme la fiducie est aussi un contrat de service, il est un propriétaire obligé. Si le fiduciaire ne respecte pas la mission fiduciaire, il faut un mécanisme qui permette son remplacement par quelqu'un de prêt à l'accomplir correctement. Ainsi, l'article en question n'est qu'une sanction contre le fiduciaire ; en conséquence, il faut que sa révocation soit décidée par le pouvoir judiciaire.

Sur une analyse plus approfondie sur le manque de propriété collective et le manque de dualité des propriétés dans la fiducie, v. C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, op. cit., n° 380 et s.

<sup>774</sup> C. KUHN, « La mission du fiduciaire », op. cit., p. 54.

<sup>775</sup> Ainsi, sur l'exclusivisme du propriétaire ordinaire MM. ZENATI-CASTAING et REVET ont écrit : « c'est parce qu'il jouit du pouvoir souverain d'interdire sa chose à autrui que le propriétaire bénéficie de toutes les utilités qu'elle est susceptible de procurer » (in *Les biens*, op. cit., n° 208). Dans le cas contraire, si des tiers pouvaient interférer avec la propriété d'autrui, il deviendrait difficile pour le propriétaire de retirer les utilités de sa chose.

<sup>776</sup> H. LEPAGE, *Pourquoi la propriété*, Hachette, 1985, p. 88.

<sup>777</sup> De la lecture de cet article, il ne paraît pas nécessaire de rapporter la preuve d'un dommage au patrimoine fiduciaire (en ce sens,, v. R. BOFFA, *La destination de la chose*, op. cit., n° 286 ).

Si l'on ne permettait pas de remplacer le fiduciaire dans ces conditions, le patrimoine fiduciaire resterait toujours entre les mains d'une personne à qui l'on ne pourrait plus confier la mission de la fiducie et, par voie de conséquence, la finalité du contrat serait en péril.

**499.-** La possibilité de remplacer au fiduciaire pose des doutes sur l'exclusivisme du droit du fiduciaire <sup>779</sup> ; car comment expliquer que le fiduciaire ait l'exclusivité de la chose, si en même temps il peut être exclu de cette chose ?

**500.-** Bien que le fiduciaire puisse être remplacé dans les cas prévus par l'article 2027 du Code civil, on ne peut cependant pas nier que, de la constitution à son remplacement, le fiduciaire a l'exclusivité. Comme le fiduciaire est propriétaire, sa maîtrise « est sans partage » <sup>780</sup>. Pendant cette période, il est l'unique personne qui puisse user, fructifier et disposer des biens fiduciaires, même si l'exercice de ses prérogatives est au profit d'autrui ; en conséquence, il peut imposer aux tiers le respect de son droit de propriété <sup>781</sup>. Cela reste vrai même dans l'hypothèse prévue dans l'article 2028 du Code civil où le constituant peut révoquer le contrat de fiducie avant que les bénéficiaires ne l'aient accepté.

**501.-** De plus, puisque la fiducie est un contrat, la perte de la propriété du fiduciaire, conforme aux articles 2027 et 2028 du Code civil, est une condition acceptée *ab initio* par le fiduciaire et donc ne peut pas être considéré comme contraire à sa volonté <sup>782</sup>.

**502.-** Le fiduciaire n'est pas non plus l'unique propriétaire qui puisse être privé de sa propriété. En fait, l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit que la propriété privée, même en tant que « un droit inviolable et sacré », peut être expropriée quand la nécessité publique l'exige.

<sup>778</sup> V. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 13-51.

<sup>779</sup> En ce sens, v. B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », *op. cit.*, n° 12 et s. ; B. MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *op. cit.*, n° 8.

<sup>780</sup> Phrase prise de M. ATIAS (in *Les biens, op. cit.*, n° 99).

<sup>781</sup> En ce sens, v. R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé), op. cit.*, n° 207.

<sup>782</sup> *Contra*, v. B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », *op. cit.*, n° 14.

**503.-** Il est possible aussi qu'une personne puisse être privée de sa propriété même pour une cause d'intérêt privé. L'article 2284 du Code civil prévoit que le patrimoine du débiteur fait le gage commun de ses créanciers ; en conséquence, en cas d'inexécution de ses obligations, le débiteur peut être forcé de vendre ses biens pour payer ses créanciers <sup>783</sup>.

**504.-** Un autre exemple apparaît dans les révocations de donations <sup>784</sup>. Ainsi par exemple, une libéralité avec charge peut être révoquée si le donataire n'exécute pas la charge <sup>785</sup> ; un autre exemple est la révocation de la donation pour ingratitude <sup>786</sup>.

**505.-** Ces exemples montrent que même s'il existe la possibilité qu'une personne puisse être privée de sa propriété, cela ne suffit pas pour contester son exclusivité, ni non plus sa qualité de propriétaire. En d'autres termes, l'exclusivité de la propriété ne signifie pas qu'à un moment donné, et en conformité à certaines circonstances bien circonscrites, une personne ne peut pas être privée de sa propriété ; elle signifie seulement, qu'en tant que propriétaire, il est l'unique personne qui a la maîtrise de la chose avec le pouvoir d'exclure d'autres personnes.

**506.-** En conséquence, s'il est possible que le propriétaire ordinaire perde sa propriété, il n'y a rien d'extraordinaire à ce que le fiduciaire puisse la perdre aussi. Cela est encore moins attentatoire dans le cas de la fiducie, car la perte de la propriété du fiduciaire ne lui cause aucun préjudice puisqu'elle ne fait pas partie de son patrimoine personnel et n'avait pas la vocation à le faire (sauf s'il serait aussi bénéficiaire de la fiducie, mais son remplacement comme fiduciaire n'affecte pas ses droits comme bénéficiaire) <sup>787</sup>. Donc la possibilité de priver le fiduciaire de sa propriété n'est pas en soi incompatible avec le caractère exclusif de la propriété, dès lors que c'est exceptionnel. Par contre, si le contrat

---

<sup>783</sup> Ainsi s'explique qu'« être propriétaire est donc une condition requise pour pouvoir être saisi par le droit » (M. XIFARAS, *La propriété, étude de philosophie du droit, op. cit.*, p. 86)

<sup>784</sup> V. F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 513 et s. ; Ph. MALAURIE, *Les successions, Les libéralités*, Defrénois, 4<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 453 et s.

<sup>785</sup> V. l'article 954 du Code civil.

Sur des sanctions de l'inexécution des charges, v. M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, Recueil Sirey, 1947, préf. G. Marty, n° 155 et s.

<sup>786</sup> V. l'article 955 du Code civil.

<sup>787</sup> L'unique préjudice causé au fiduciaire est la perte de sa fonction, donc il ne pourrait plus percevoir une rémunération. Mais le préjudice n'a rien avoir avec la déchéance de son droit de propriété.



de fiducie porte une clause donnant au constituant ou aux bénéficiaires le pouvoir de remplacer le fiduciaire à leur guise et sans aucune raison, il faudra considérer cette clause comme non-écrite ou requalifier le contrat de fiducie ; car cette clause aurait comme effet que le constituant ou les bénéficiaires pourraient contrôler les décisions du fiduciaire et le contraindre à suivre leurs instructions en relation à sa propriété ; donc le fiduciaire perdrait toute sa liberté.

**507.-** Enfin, si l'exclusivisme permet au propriétaire de jouir des toutes les utilités de la chose, il faut admettre que cela n'est qu'un des effets du caractère de l'exclusivité, et non pas la condition ou l'essence de l'exclusivisme (car en excluant autrui, le propriétaire se réserve pour lui les utilités de la chose). Admettre le contraire, aurait comme conséquence que toute personne qui ne profiterait pas personnellement des utilités de sa chose, ne pourrait pas être considérée comme propriétaire de ce bien. En réalité, la possibilité du propriétaire de limiter sa propriété en s'obligeant à transférer les utilités de sa chose à autrui n'est « qu'une façon d'envisager l'exclusivisme du droit de propriété »<sup>788</sup>. Ainsi, le fait que le fiduciaire ne jouisse pas des utilités des choses fiduciaires, n'est pas une raison pour nier que sa propriété n'est pas exclusive. Au contraire, c'est l'exclusivité qui permet au fiduciaire d'accueillir les utilités de la chose et de les transférer aux bénéficiaires.

**508.-** Ainsi, une grande partie de la doctrine considère que le fiduciaire a l'exclusivité des choses fiduciaires, car il est la seule personne qui exerce les prérogatives et il a les pouvoirs d'exclure des tiers<sup>789</sup>.

---

<sup>788</sup> Phrase prise de M. LARROUMET (in *Droit civil, T. II, Les biens, Droits réels principaux, op. cit.*, n° 204).

<sup>789</sup> A titre d'exemple, v. C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité, op. cit.*, n° 385 et s. ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, n° 399 ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 18 ; B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui, op. cit.*, n° 251 et s. ; R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé), op. cit.*, n° 205 et s. ; C. LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *op. cit.*, n° 33 ; A. DELFOSSE et J.-F. PENIGUEL, « Premières vues sur la fiducie », *Deffrénois* 2007, art. 38571, spéc. n° 29 ; M. GRIMALDI, « L'introduction de la fiducie en droit français », *Rev. dr. H. CAPITANT* 2011, n° 2, p. 117, spéc. n° 13 ; M. GRIMALDI, « La propriété fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états : Journées nationales, T. XV, Paris-Est Créteil, le 15 avril 2010*, Dalloz, 2011, p. 5 et s., spéc. p. 7 et 8. *Contra*, v. R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 22 ; E. SENNE, « 'La propriété temporaire' : un révélateur des caractères de la propriété », *op. cit.*, n° 13 ; B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », *op. cit.*, n° 12 ; B. MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *op. cit.*, n° 8.

**509.-** Après avoir comparé la propriété du fiduciaire avec les caractères de la propriété, il convient d'analyser maintenant la possibilité du titulaire de modifier son droit de propriété.

## B.- LA PROPRIÉTÉ DU FIDUCIAIRE AU REGARD DU POUVOIR DU PROPRIÉTAIRE DE MODIFIER SON DROIT

**510.-** Comme un « propriétaire peut tout faire sauf ce qui est interdit [...] la propriété ressemble à la liberté »<sup>790</sup>. Par contre, comme le fiduciaire est un propriétaire obligé<sup>791</sup>, certains auteurs considèrent que son droit ne peut pas être une propriété : « le fiduciaire n'est pas libre à l'égard de la chose, alors que c'est précisément par la liberté que la propriété se définit »<sup>792</sup>. Mais comme nous l'avons vu, bien que le fiduciaire soit un propriétaire obligé, il a quand même une liberté d'action dans les limites de sa propriété<sup>793</sup>.

**511.-** De plus, si un propriétaire peut tout faire sauf ce qui est interdit, le propriétaire peut limiter son droit. Ainsi, rien ne l'empêche de limiter sa propriété dans sa durée et dans son étendue. Si le propriétaire peut même abandonner son droit de propriété, pourquoi ne pourrait-il pas le limiter ? « Le pouvoir de jouir ou de disposer suppose que l'on puisse s'engager à ne pas jouir ou à ne pas disposer et cet engagement n'affecte que l'exercice du droit de jouir ou de disposer, il ne remet pas en question l'existence »<sup>794</sup>.

---

<sup>790</sup> F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 167.

Pour des auteurs qui mettent l'accent sur la liberté du propriétaire, v. Y. STRICKLER, *Les biens, op. cit.*, n° 218 et s. ; VAREILLES-SOMMIERES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *op. cit.*, n° 1 ; F. DAGOGNET, *Philosophie de la propriété : l'avoir, op. cit.*, p. 21.

Sur la propriété comme une liberté privée, v. H. CAPITANT, « Sur la nature des droits réels », in *Mélanges juridiques dédiés à M. le professeur Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 29 et s.

<sup>791</sup> V. *supra*, n° 415 et s.

<sup>792</sup> R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 22.

<sup>793</sup> V. *supra*, n° 425 et s.

<sup>794</sup> P. CROCO, *Propriété et garantie, op. cit.*, n° 100.

**512.-** Les limitations de la propriété du fiduciaire peuvent-elles être considérées comme l'exercice de la liberté du fiduciaire sur ses propres biens et donc comme relevant de la logique de la liberté tant vantée de la propriété ?

**513.-** A première vue nous pourrions en douter car les limitations sont imposées *ab initio* par le constituant et par la structure même de l'institution <sup>795</sup>. En fait, même avant d'être propriétaire, trois choses sont sûres : la propriété du fiduciaire sera affectée à l'accomplissement d'une mission, il n'obtiendra aucun avantage direct de sa propriété <sup>796</sup> et elle sera temporelle.

**514.-** En revanche, « personne n'est propriétaire sans l'avoir voulu » <sup>797</sup>, ceci reste vrai même pour le fiduciaire. C'est par un acte de volonté que le fiduciaire reçoit du constituant une propriété limitée, même si ces limitations sont connues à l'avance <sup>798</sup>. De plus, rien n'interdit à une personne de limiter sa propriété *ab initio* ; il n'est nulle part établi qu'une personne ne peut limiter sa propriété qu'après l'avoir acquise.

**515.-** Si, à la différence du propriétaire ordinaire qui limite sa propriété à tout moment, la décision du fiduciaire de limiter son droit se prend au moment du transfert de la propriété <sup>799</sup>, il n'en demeure pas moins que « rien n'oblige, en effet, le fiduciaire à accepter une propriété limitée » <sup>800</sup>. « Mais, en acceptant son acquisition, il s'était obligé à se conformer à l'affectation voulue par son auteur » <sup>801</sup>.

---

<sup>795</sup> En ce sens sur la durée de la propriété du fiduciaire, v. S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, op. cit., n° 157 (pour l'auteur l'argument de la volonté du fiduciaire comme fondement de la durée limitée de sa propriété ne convainc pas, car « la propriété fiduciaire est structurellement limitée dans le temps »).

<sup>796</sup> Sauf dans le cas où le fiduciaire serait aussi bénéficiaire.

Sur des avantages indirects du fiduciaire, v. R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, op. cit., n° 193 et s.

<sup>797</sup> Ch. ATIAS, *Les biens*, op. cit., n° 123.

<sup>798</sup> « La liberté du sujet de droit récipiendaire du droit de propriété est aussi préservée puisqu'il connaît nécessairement les modalités affectant le droit qu'il accepte » (F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 409).

<sup>799</sup> En ce sens, v. B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, op. cit., n° 258.

<sup>800</sup> R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, op. cit., n° 177. Ainsi, si le fiduciaire accepte le transfert du constituant, c'est parce qu'il « a nécessairement un intérêt à recevoir un droit. Si [il] n'en avait pas, [il] le refuserait » (F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 410).

<sup>801</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, T. II, op. cit.*, n° 748.

**516.-** Donc « on peut considérer que le fiduciaire a, *ab initio*, décidé de limiter l'exercice de sa propriété aux seules prérogatives nécessaires à l'accomplissement de sa mission »<sup>802</sup>. Ainsi, les limitations imposées à sa propriété correspondent à l'exercice de son droit<sup>803</sup>. De la même manière, en acceptant de n'obtenir aucun profit de sa propriété (comme il est possible que le fiduciaire soit un bénéficiaire, l'impossibilité de profiter des avantages de sa propriété ne fait pas partie de la structure même de la fiducie), le fiduciaire exerce le libre usage de son droit<sup>804</sup>. Cela est possible car « le propriétaire est tellement souverain à l'intérieur des frontières de l'exclusivité qu'il peut jusqu'à remettre en cause son propre droit en accordant, le cas échéant, des droits à autrui : aliéner, renoncer, consentir un droit sur son bien, l'engager »<sup>805</sup>.

**517.-** Pour cette raison nous ne pouvons pas nier que c'est par la volonté du fiduciaire qu'il s'attache au régime de la fiducie et qu'il va recevoir une propriété limitée ; donc la liberté du fiduciaire ne peut pas être remise en cause<sup>806</sup>.

**518.-** De plus, le fiduciaire étant un professionnel, généralement il va avoir une vision plus élargie sur les besoins de la gestion du patrimoine fiduciaire que le constituant. Ainsi, il est faux que le constituant va avoir tout prévu et qu'il va tout imposer au fiduciaire ; au contraire, une grande partie (compte tenu des connaissances du fiduciaire, qui peuvent d'ailleurs manquer chez le constituant) des limitations vont être imposées au fiduciaire par lui-même grâce aux apports faits par lui pendant les négociations du contrat.

---

<sup>802</sup> M. BOUTEILLE, « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *op. cit.*, p. 66.

<sup>803</sup> *Ibidem*.

<sup>804</sup> « Dès lors que le propriétaire a le droit de se priver de la perception des fruits, pourquoi ne pourrait-il pas *a fortiori* en faire profiter un tiers ? » (*ibidem*, p. 68). En ce sens POTHIER écrit que le propriétaire peut « accorder à d'autres dans sa chose tels droits qu'il voudra » (in *Traité du droit de domaine de propriété*, *op. cit.*, n° 5).

De plus, le propriétaire doit-il nécessairement exercer son droit dans son propre intérêt ? (en ce sens Mme. EMERICH, dans une intervention intitulé « La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermédiaire à la propriété ?, in *colloque La fiducie dans tous ses états/The worlds of the trust, Université de McGill, Montréal, 23-25 septembre 2010*). En fait, « la pratique a remis en cause la conception élémentaire de la finalité de la propriété basée sur la satisfaction des besoins et des désirs du propriétaire » (F. ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *op. cit.*, p. 306).

<sup>805</sup> F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 192.

<sup>806</sup> En ce sens, v. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, n° 409.

**519.-** Aussi, la fiducie n'est pas la première institution où l'acquéreur reçoit, *ab initio*, une propriété limitée et pour autant ces acquéreurs ont la qualité de propriétaire. Il suffit de citer la situation du donataire d'une libéralité avec charge dont la qualité du propriétaire du donataire paraît être unanimement acceptée.

**520.-** Les idées précédentes ne font que du point de vue du fiduciaire qui est le propriétaire des biens pendant l'exécution du contrat. Mais l'histoire de la propriété du fiduciaire commence avant la constitution de la fiducie et donc avec l'ancien propriétaire, le constituant. Car « le pouvoir de disposer est un pouvoir de volonté. Son exercice ne se conçoit pas autrement que comme l'expression de la volonté souveraine du propriétaire »<sup>807</sup>. Ainsi, en décidant d'aliéner son bien, « il fait subir à la chose sa volonté, il la gouverne, il décide de son sort, il la fait passer de ses mains dans d'autres mains »<sup>808</sup>.

**521.-** Or rien n'interdit au propriétaire d'organiser l'aliénation de son bien de la manière la plus convenable à ses intérêts<sup>809</sup>. En ce sens, la fiducie n'est qu'un instrument qui permet aux propriétaires d'organiser une aliénation<sup>810</sup>. Ainsi, par une fiducie, un propriétaire va pouvoir affecter à sa propriété un but déterminé<sup>811</sup> et en même temps la

---

<sup>807</sup> F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 212.

<sup>808</sup> VAREILLES-SOMMIERES, *La définition et la notion juridique de la propriété, op. cit.*, n° 18.

<sup>809</sup> « L'une des caractéristiques les plus remarquables du système de la propriété privée est qu'il permet une très grande flexibilité dans la manière dont les personnes sont libres d'organiser et de réorganiser, à leur gré, par contrat, l'agencement de leurs droits de contrôle et d'usage des ressources productives » (H. LEPAGE, *Pourquoi la propriété, op. cit.*, p. 105).

<sup>810</sup> En ce sens M. JAFFEY (in *Private law and property claims*, Hart publishing, 2007, p. 136) écrit que : « le settlor, en tant que propriétaire, a le pouvoir de disposer de ses biens, et il a donc aussi le pouvoir d'attribuer le bénéfice de ses biens par le biais d'un trust aux conditions qu'il choisit » (« *the settlor as a property owner has a power to dispose of his property, and therefore also the power to allocate the benefit of his property by way of a trust on such terms as he chooses* »).

De plus, pour le constituant, il est fort intéressant de transférer ses biens à un professionnel, car comme il est plus capable et plus apte, l'usage des biens serait en principe plus efficient (en ce sens M. LEPAGE écrit que : « Tous les individus n'ont pas les mêmes capacités, les mêmes aptitudes, ni les mêmes motivations à bien gérer ce qui leur appartient. Du point de vue de la collectivité, il est préférable que le contrôle des ressources soit orienté vers ceux qui ont la capacité et/ou la motivation pour en faire l'usage le plus efficient » [in *Pourquoi la propriété, op. cit.*, p. 99]).

<sup>811</sup> « Seul le propriétaire est investi du pouvoir d'imprimer à une chose une finalité déterminée » (R. BOFFA, *La destination de la chose, op. cit.*, n° 39). Ainsi, comme le constituant est le propriétaire de biens avant la constitution de la fiducie, c'est lui qui va déterminer leur affectation (en ce sens, v. C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité, op. cit.*, n° 345). En conséquence, quand une personne est libre de transférer la propriété d'un bien, elle peut imposer sa volonté à ce bien comme une loi qui doit être respectée (dans un sens proche F. POLLOCK et F. W. MAITLAND ont remarqué : « but when a man is free to give away his land, he is free to do much more than this ; he can impose his will on that land as a law that it must obey » [in *The history of English law before the time of Edward I, Vol. II, Liberty fund, 2009, p. 12*]).

transférer. En d'autres termes, « dans la fiducie, nous pouvons dire que ce qui arrive est que le propriétaire décide, par un acte de disposition volontaire, d'affecter un ou plusieurs biens à une finalité spécifique, affectation qui n'est pas d'exécution instantanée, mais doit être effectué au fil du temps »<sup>812</sup>.

**522.-** Par contre, le droit du constituant d'affecter sa propriété ne peut pas avoir comme effet la dénaturation de la qualité du droit de propriété. Il serait contradictoire d'admettre qu'une personne (dans notre cas le constituant) puisse transférer sa propriété et en même temps d'admettre que ce transfert, en vertu de l'affectation imprimée sur les biens, a comme effet de dénaturer le droit de propriété de l'acquéreur (dans notre cas le fiduciaire). Ainsi, si l'on peut considérer qu'en transférant une propriété affectée, le constituant prolonge son droit de propriété dans la propriété du fiduciaire (car cette propriété emprunte un régime imposé par lui), on ne peut pas accepter que la liberté du constituant puisse aller jusqu'à la dénaturation du droit du fiduciaire.

**523.-** Bien que la tradition française ait du mal à admettre la propriété du fiduciaire, il n'existe aucun obstacle général à l'admettre ainsi<sup>813</sup>. « En effet, la propriété n'est pas un droit intangible et monolithique, elle se transforme sans toutefois perdre son essence »<sup>814</sup>. En conséquence, « si la propriété fiduciaire est sujette à un régime spécial, il ne faut pas pour autant nier la réalité de cette propriété »<sup>815</sup>. Ainsi, par l'institution de la fiducie, une personne, le fiduciaire, va être « investie de droits dont elle sera titulaire (s'il s'agit d'une propriété, elle sera propriétaire ; s'il s'agit d'une créance elle sera créancière) »<sup>816</sup>.

**524.-** De cette manière la qualité du fiduciaire comme propriétaire des biens fiduciaires est compatible avec la « propriété ordinaire », mais aussi elle dans la logique de

---

<sup>812</sup> « en el caso del fideicomiso, podemos decir que lo que ocurre es que el propietario, por un acto de voluntario de disposición, da una finalidad determinada a uno o varios bienes, finalidad que no es ejecución instantánea, sino que tiene que realizarse a lo largo del tiempo » (J. L. DE LA PEZA, « El fideicomiso en México [naturaleza, antecedentes y desarrollo] », *R.I.J. de la E.L.D.*, 1977, año 1, n° 1, p. 135 et s., spéc. p. 142).

<sup>813</sup> En ce sens, v. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, op. cit., n° 764.

<sup>814</sup> C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, op. cit., note de page n° 25.

<sup>815</sup> F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 419.

<sup>816</sup> Ch. LARROUMET, « La fiducie une révolution dans notre droit, 1<sup>re</sup> partie », *Banque et droit* 1990, n° 14, p. 239, spéc. p. 240. En ce même sens, v. R. MOLINA PASQUEL, « El fideicomiso de garantía », *Rev. Bancaria* 1959, Vol. 7, p. 102 et s., spéc. p. 102 et 103.

l'institution que le fiduciaire soit le titulaire des droits fiduciaires, et comme nous le verrons il en est de même dans le droit du *trust*.

## SECTION II.- LE *TRUSTEE*, TITULAIRE DES DROITS MIS EN *TRUST*

**525.-** L'un des traits distinctifs du *trust* consiste en ce que l'*Equity* impose des obligations au propriétaire légal (*legal owner*), le *trustee*, d'user de cette propriété en faveur d'une ou plusieurs autre(s) personne(s)<sup>817</sup>. Ainsi, la qualité de propriétaire est reconnue au *trustee*.

**526.-** Cette reconnaissance s'explique pour deux raisons : la première, c'est l'existence des propriétés simultanées<sup>818</sup> où plusieurs personnes peuvent avoir différents intérêts, considérés comme droits de propriété, en même temps sur une même chose. Ainsi, le droit anglais a une vision fragmentée de la propriété<sup>819</sup> (§ 1).

**527.-** La deuxième raison, nous la trouvons dans la doctrine d'*Equity*, notamment dans le principe : *Equity follows the law* (*Equity* respecte la loi) ; en d'autres termes, *Equity* ne peut pas contredire la *Common law*. Comme conséquence de ce principe *Equity* devait reconnaître le *feoffee to use* (l'ancêtre du *trustee*) comme propriétaire des biens mis en *use* (l'ancêtre du *trust*), car la *Common law* lui reconnaissait, et reconnaît toujours, cette qualité. Ainsi, depuis qu'*Equity* a reconnu au *cestui* le droit d'exiger du *feoffee* l'accomplissement de sa promesse, et ce jusqu'à ce que les droits reconnus au *cestui* soient considérés par la doctrine comme un droit de propriété, *Equity* n'a jamais remis en cause la qualité de propriétaire du *feoffee* (donc ni celle du *trustee*) (§2).

---

<sup>817</sup> V. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, Oxford University Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2004, n° 1.01.

<sup>818</sup> Contrairement au droit français qui a une vision unitaire du droit de propriété ; en effet, il ne peut y avoir qu'un propriétaire (soit une personne individuelle, soit un groupe de personnes) pour une même chose.

<sup>819</sup> En ce sens, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, LGDJ, 2004, préf. G. SAMUEL, n° 60.

## § 1.- LA PROPRIÉTÉ ANGLAISE, UNE PROPRIÉTÉ FRAGMENTÉE <sup>820</sup>

**528.-** La possibilité d'avoir des propriétés simultanées sur une même chose, dans le droit anglais, s'explique par la structure linéaire <sup>821</sup> de la propriété immobilière, d'une part (A), et par le rôle primordial que joue la possession dans le droit des biens, d'autre part (B).

### A.- LA STRUCTURE LINEAIRE DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIERE ANGLAISE

**529.-** Comme la doctrine des *estates* trouve son origine dans le féodalisme <sup>822</sup> et qu'il s'agit de la base du régime actuel des biens immobiliers, le droit anglais n'a jamais fait une rupture totale avec ce système <sup>823</sup>. Pour cette raison, le droit des biens immobiliers ne peut s'expliquer qu'à travers son Histoire.

**530.-** Une des caractéristiques principales du système féodal était la manière dont la terre était transmise et détenue. Elle se transmettait linéairement ou pyramidale, la maîtrise foncière se transférait en échange de la prestation de certains services par le futur tenancier <sup>824</sup>. Ce dernier pouvait aussi sous-concéder la possession par un même échange de la prestation de certains services en son faveur <sup>825</sup>. Malgré ces transferts successifs de la possession, tous avaient un intérêt dans la même parcelle de terre <sup>826</sup>.

---

<sup>820</sup> Même si le droit anglais reconnaît la propriété des choses incorporelles, l'exposé qui suit se limite à l'analyse de la propriété des biens corporels car cela suffit pour démontrer l'existence de propriétés simultanées.

<sup>821</sup> En ce sens, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, « Droit des trustees et droit des biens », *op. cit.*, p. 58.

<sup>822</sup> Sur le féodalisme, v. C. R. NOYES, *The institution of property: a study of the development, substance and arrangement of the system of property in modern Anglo-American law*, Longmans Green and Co., 1936 (réimp. par Lawbook Exchange, 2007), p. 221 et s.

<sup>823</sup> En ce sens, v. C. R. NOYES, *The institution of property: a study of the development, substance and arrangement of the system of property in modern Anglo-American law*, *op. cit.*, p. 233 (en fait dans un des intitulés du livre, le système de propriété anglais est décrit comme féodal [*ibidem*, p. 221]).

En ce sens, v. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. II, Les biens, Droits réels principaux*, *op. cit.*, n° 193.

<sup>824</sup> V. W. SWADLING, « Property: general principles », in *English Private Law, V. I*, s. la dir. de P. BIRKS, Oxford University Press, 2000, p. 203 et s., spéc. n° 4.55.

<sup>825</sup> Ainsi « la propriété foncière éclate en un réseau de fidélités, de maîtrises réelles et de pouvoirs politiques qui se hiérarchisent et finalement s'ordonnent de bas en haut, en une pyramide mouvante que le roi s'efforcera d'utiliser en se faisant lui-même le suzerain du royaume » (A.-M. PATAULT, *Droit civil, Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, n° 30 ; en ce sens aussi, v. A. W. B. SIMPSON, *A history of the land law*, Clarendon Press, 2<sup>ème</sup> éd., 1986, p. 47).



**531.-** Les différents services promis en échange de la possession de la terre étaient connus en Angleterre sous le nom de *tenures*<sup>827</sup>. Comme c'était par la promesse d'accomplir un service déterminé qu'une personne était saisie de la terre<sup>828</sup>, il n'y avait en principe qu'une relation purement personnelle entre le seigneur (*lord*) et le tenancier (*tenant*). Ainsi, à la mort du seigneur et du tenancier, la *tenure* prenait fin<sup>829</sup> ; mais il est devenu coutume que l'héritier du seigneur continue la relation avec le tenancier, et que l'héritier du tenancier le fasse aussi avec le seigneur<sup>830</sup>.

**532.-** Une fois accepté le fait que l'héritier du tenancier avait le droit de lui succéder, la *tenure* n'était plus qu'une simple relation personnelle. Il est reconnu que le tenancier avait un intérêt dans la parcelle de terre ; cet intérêt était connu sous le nom d'*estate*<sup>831</sup> (que nous pouvons considérer aujourd'hui comme un droit de propriété<sup>832</sup>).

Depuis la loi *Statute Quia Emptores* (v. MEGARRY et WADE, *The Law of real property*, Sweet & Maxwell, 6<sup>ème</sup> éd., 2000, par Ch. HARPUM, M. GRANT et S. BRIDGE, n° 2-039 et s.) de 1290, la sous-inféodation était interdite ; en conséquence aucun autre échelon supplémentaire ne pouvait être ajouté à la pyramide féodale. Ainsi, les transmissions ne pouvaient être que horizontales, donc leur objet portait sur le même droit (en ce sens, v. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, n° 353).

<sup>826</sup> En ce sens, v. C. R. NOYES, *The institution of property : a study of the development, substance and arrangement of the system of property in modern Anglo-American law*, *op. cit.*, p. 256.

<sup>827</sup> Sur la doctrine de *tenures*, v. W. S. HOLDSWORTH, *A history of English law*, Vol. III, Methuen & Co., 2<sup>ème</sup> éd., 1914, p. 22 et s. ; A. W. B. SIMPSON, *A history of the land law*, *op. cit.*, p. 1 et s. ; MEGARRY et WADE, *The Law of real property*, *op. cit.*, n° 2-001 et s. En langue française, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, n° 185 et s.

<sup>828</sup> Sur la doctrine de la saisine en droit anglais, v. W. S. HOLDSWORTH, *A history of English law*, Vol. III, *op. cit.*, p. 77 et s. ; W. S. HOLDSWORTH, *A history of English law*, Vol. VII, Methuen & Co., p. 23 et s. ; F. POLLOCK et F. W. MAITLAND, *The history of English law before the time of Edward I*, Vol. II, *op. cit.*, p. 30 et s. ; MEGARRY et WADE, *The Law of real property*, *op. cit.*, n° 3-018 et s.

Sur la doctrine de la saisine en droit français, v. A.-M. PATAULT, *Droit civil, Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, n° 2 et s.

<sup>829</sup> V. A. W. B. SIMPSON, *A history of the land law*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>830</sup> V. W. SWADLING, « Property: general principles », *op. cit.*, n° 4.57.

<sup>831</sup> En ce sens, v. *ibidem* n° 4.58.

Sur la doctrine des *estates*, v. W. S. HOLDSWORTH, *A history of English law*, Vol. III, *op. cit.*, p. 88 et s. ; MEGARRY et WADE, *The Law of real property*, *op. cit.*, n° 3-001 et s. En langue française, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, n° 190 et s. et n° 215 et s. ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, n° 350 et s.

<sup>832</sup> Comme évolution logique de cela, la *tenure* devient aussi aliénable (v. A. W. B. SIMPSON, *A history of the land law*, *op. cit.*, p. 51 et s.)

**533.-** Le système des *tenures* a été aboli<sup>833</sup>, et aujourd'hui il ne reste qu'un type de *tenure* : le *free and common socage*<sup>834</sup>. Une conséquence de l'abolissement des *tenures* et de la survivance du *free and common socage* est que toutes les relations créées par les *tenures* ont été éliminées sauf celles entre la Couronne et le dernier tenancier<sup>835</sup>. Ainsi s'explique que la propriété immobilière en droit anglais moderne continue d'avoir une structure linéaire.

**534.-** Pour cette raison, il est plausible de dire qu'il n'y a jamais eu une totale rupture avec le système féodal<sup>836</sup>. En fait, la Couronne étant considérée encore comme la propriétaire de la terre<sup>837</sup>, elle ne concède aux tenanciers que des droits sur sa terre (des *estates*), considérés aussi comme droits de propriété<sup>838</sup>, mais pas la propriété elle-même.

**535.-** Compte tenu de l'abolissement des *tenures*, la doctrine des *estates* constitue maintenant le centre de la propriété immobilière en droit anglais.

**536.-** L'*estate* représentait, et représente encore, la longueur du temps pendant lequel le droit à la terre durera ; « [u]n *estate* dans la terre est un temps dans la terre ou la terre pour un temps »<sup>839</sup>. Comme la notion d'*estate* est née de l'acceptation que la *tenure*

<sup>833</sup> Leur abolition a été l'objet de la *Tenures Abolition Act* en 1660 (v. MEGARRY et WADE, *The Law of real property, op. cit.*, n° 2-044 et s.).

<sup>834</sup> En ce sens, v. W. SWADLING, « Property : general principles », *op. cit.*, n° 4.55 et 4.57 ; M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, n° 189.

Ce type de *tenure* est libre de toute prestation de services du tenancier.

<sup>835</sup> En ce sens, v. R. J. SMITH, *Property law, op. cit.*, p. 34 et 35.

<sup>836</sup> « Quoique toutes les réalités féodales soient finalement disparues au XVII<sup>e</sup> siècle, la structure conceptuelle à survécu » (B. NICHOLAS, « Le langage des biens dans la *Common law* », *Arch. phil. dr.* 1979, p. 55, spéc. p. 60).

<sup>837</sup> F. POLLOCK et F. W. MAITLAND (in *The history of English law before the time of Edward I, Vol. II, op. cit.*, p. 3) on écrit : « Toutes les terres doivent être détenues du roi d'Angleterre, sinon il ne serait pas roi de toute l'Angleterre » (« *All land must be held of the king of England, otherwise he would not be king of all England* »).

Sur la Couronne comme propriétaire de la terre, v. C. R. NOYES, *The institution of property : a study of the development, substance and arrangement of the system of property in modern Anglo-American law, op. cit.*, p. 303 ; MEGARRY et WADE, *The Law of real property, op. cit.*, n° 2-001 ; R. J. SMITH, *Property law, op. cit.*, p. 34 ; M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, n° 209 ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, n° 351 ; A.-M. PATAULT, *Droit civil, Introduction historique au droit des biens, op. cit.*, n° 20.

<sup>838</sup> En ce sens, v. R. J. SMITH, *Property law, op. cit.*, p. 34.

<sup>839</sup> « *An estate in the land is a time in the land, or land for a time* » (*Walsingham's Case* in A. W. B. SIMPSON, *A history of the land law, op. cit.*, p 86).

« Outre qu'ils se caractérisent par leur durée, tous les *estates* donnent lieu à la possession soit immédiatement, les *estates* en possession (*estates in possession*), soit dans le futur, les droits de

pouvait être l'objet d'une succession à cause de la mort, l'*estate* durait tant que le tenancier avait des héritiers<sup>840</sup>. De cette manière l'*estate* pouvait aspirer à la perpétualité, ce qui est connu sous le nom d'*estate in fee simple*. Le terme *fee* signifie que l'*estate* était susceptible de passer en succession et le mot *simple* indique que tout héritier pouvait succéder (descendants, ascendants et collatéraux) au tenancier<sup>841</sup>.

**537.-** L'héritabilité et la transmissibilité de la *tenure* étant admises, il était naturel que le cédant voulût que la possession de la terre restât entre les mains d'un groupe déterminé des personnes, notamment la famille. Ainsi, la transmission pouvait prendre par exemple une des formes suivantes : « à A et à ses héritiers de son corps » ; « à A et à ses héritiers mâles » ; ou « à A et à ses héritiers femelles »<sup>842</sup>. Il a fallu attendre une loi du 1285 (*De Donis Conditionalibus*) pour que la volonté du cédant soit respectée<sup>843</sup>. Ainsi, le cessionnaire n'avait plus le pouvoir d'aliéner la possession de la terre, car elle devait rester pour sa descendance. Par contre, si aucune descendance n'existait, la possession faisait retour au cédant ou à ses héritiers<sup>844</sup>. Cette loi a eu comme effet la création d'un nouvel *estate*, celui de l'*estate tail*, qui dure aussi longtemps qu'il existe des descendants en ligne directe du cessionnaire<sup>845</sup>. Bien que cet *estate* puisse aussi aspirer à l'éternité, il est considéré comme de moindre *quantum* que le *fee simple* car la liste de personnes pouvant hériter étant restreinte, ainsi il est plus possible qu'un *estate tail* s'éteigne plus tôt qu'un *estate in fee simple*<sup>846</sup>.

---

propriété en expectative (*estates in expectancy*), qu'ils soient en réversion (*remainder*) ou en retour (*reversion*) » (M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., n° 215).

Le terme *reversion* indique qu'à l'expiration d'un *estate* la terre fera retour au donateur (ou à ses héritiers) et le terme *remainder* indique qu'à l'expiration d'un *estate* la terre serait au profit d'un tiers (en ce sens, v. F. POLLOCK et F. W. MAITLAND, *The history of English law before the time of Edward I*, Vol. II, op. cit., p. 22).

<sup>840</sup> En ce sens, v. W. SWADLING, « Property: general principles », op. cit., n° 4.57.

<sup>841</sup> En ce sens, v. *ibidem* n° 4.59 ; B. NICHOLAS, « Le langage des biens dans la *Common law* », op. cit., p. 60.

<sup>842</sup> En ce sens, v. W. SWADLING, « Property : general principles », op. cit., n° 4.61.

<sup>843</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 4.62.

Sur la situation avant la loi, v. F. POLLOCK et F. W. MAITLAND, *The history of English law before the time of Edward I*, Vol. II, op. cit., p. 17 et s.

Pour une analyse plus approfondie de la loi, v. A. W. B. SIMPSON, *A history of the land law*, op. cit., p. 81 et s.

<sup>844</sup> En ce sens, v. R. J. SMITH, *Property law*, op. cit., p. 42.

<sup>845</sup> V. *ibidem* ; B. NICHOLAS, « Le langage des biens dans la *Common law* », op. cit., p. 61.

<sup>846</sup> En ce sens, v. A. W. B. SIMPSON, *A history of the land law*, op. cit., p. 86.

**538.-** En plus de l'*estate in fee simple* et de l'*estate tail*, il en existait un autre connu sous le nom de *life estate*, lequel était limité à la vie du cessionnaire<sup>847</sup>. Ainsi, à son mort l'*estate* prenait fin, même si le cessionnaire avait cédé à son tour la possession du bien<sup>848</sup>; par voie de conséquence, l'*estate* du cédant revenait à sa forme originale. En conséquence, « quand il y a un tenancier pour la vie, il y a toujours un tenancier *in fee* dans la même terre »<sup>849</sup>.

**539.-** Ces trois *estates* (l'*estate in fee simple*, l'*estate tail* et le *life estate*) pouvaient exister au même moment sur une même parcelle de terre. En conséquence plusieurs personnes pouvaient avoir concurremment un droit de propriété sur le même immeuble<sup>850</sup>, car « les *estates* doivent être considérés comme des droits actuels »<sup>851</sup>. De cette manière, se comprend la vision éclatée de la propriété.

**540.-** Ces trois *estates* sont connus comme *freehold estates* et ont survécu à la chute du féodalisme, mais depuis la grande réforme de 1925<sup>852</sup> dans la *Common law*, des trois, il n'existe plus que l'*estate in fee simple*. L'*estate tail* et le *life estate* ne pouvaient exister qu'au travers d'un *trust*, et depuis de 1996 l'*estate tail* a été aboli<sup>853</sup>.

**541.-** De cette analyse, il apparaît évident qu'historiquement deux doctrines dominaient le droit anglais des biens immobiliers : la doctrine de *tenures* et la doctrine d'*estates*<sup>854</sup>. Comme conséquence, la propriété immobilière était une propriété fragmentée, car plusieurs personnes pouvaient détenir différents intérêts sur la même parcelle de terre au même moment : « tout système féodo-seigneurial nécessite l'existence

<sup>847</sup> En ce sens, v. W. SWADLING, « Property : general principles », *op. cit.*, n° 4.63.

<sup>848</sup> Comme la durée de l'*estate* du tiers acquéreur dépendait de la vie du cessionnaire originaire son *estate* était connu sous le nom de *life estate pur autre vie* (*Black's Law Dictionary*, 3<sup>ème</sup> Pocket éd., *op. cit.*, v° *Life estate pur autre vie*).

<sup>849</sup> « when there is a tenant for life there is always a tenant in fee of the same land » (F. POLLOCK et F. W. MAITLAND, *The history of English law before the time of Edward I, Vol. II, op. cit.*, p. 7).

<sup>850</sup> En ce sens, v. C. R. NOYES, *The institution of property : a study of the development, substance and arrangement of the system of property in modern Anglo-American law, op. cit.*, p. 257 et s.

<sup>851</sup> M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, n° 192 ; en ce sens aussi, v. A. W. B. SIMPSON, *A history of the land law, op. cit.*, p. 87.

<sup>852</sup> Sur une analyse de la réforme de 1925, v. MEGARRY et WADE, *The Law of real property, op. cit.*, n° 2-001 ; R. J. SMITH, *Property law, op. cit.*, n° 2-047 et s. ; en langue française, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, n° 206 et s. ; une analyse historique, v. W. S. HOLDSWORTH, « The reform of the land law : an historical perspective », (1926) 42 *L.Q.R.* 158.

<sup>853</sup> V. *Schedule 1*, paragraphe 5 du *Trusts Land and Appointment of Trustees Act 1996*.

<sup>854</sup> En ce sens, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, n° 185.

de deux intérêts distincts dans la terre - l'intérêt du seigneur et l'intérêt du tenancier ; nécessite que les caractéristiques physiques de la terre permettent sa jouissance de manière successive ; et que les grands pouvoirs du propriétaire lui permettant de créer des *estates* sur sa terre, ou de la charger de diverses façons, donnent lieu à de nombreux intérêts simultanés sur la même parcelle de terre »<sup>855</sup>.

**542.-** Bien qu'à partir de 1925 il ne puisse exister dans la *Common law* que l'*estate in fee simple* (le droit le plus étendu qu'on puisse avoir sur un immeuble), la vision d'une simultanéité des propriétés a survécu au système féodal qui l'a vu naître.

**543.-** De plus, le rôle que joue la possession dans le droit anglais des biens permet aussi l'existence de propriétés simultanées.

## B.- LE ROLE PRIMORDIAL DE LA POSSESSION

**544.-** La doctrine des *estates* ayant été créée pendant la féodalité, système social centré autour de la terre, elle n'est applicable qu'à la terre<sup>856</sup>. Mais cette affirmation mérite d'être nuancée : si la *Common law* ne reconnaît la doctrine des *estates* que pour la terre, en *Equity* la jouissance de tout bien peut être divisée dans le temps<sup>857</sup>. Ainsi, lorsque des biens mobiliers sont mis en *trust*, ils vont se voir appliquer indirectement la doctrine des *estates*. Ce n'est que pris *ut singuli* que les biens mobiliers sont étrangers à cette doctrine<sup>858</sup>.

---

<sup>855</sup> « any system of land tenure necessitates the existence of two separate sets of interests in the land – the interest of the lord and the interest of the tenant ; that the physical characteristics of land make it possible that it shall be enjoyed in succession ; and that the large powers given to the landowner of carving estates out of his land, or of charging it in various ways, give rise to many other simultaneous interests in the same piece of land » (W. S. HOLDSWORTH in C. R. NOYES, *The institution of property : a study of the development, substance and arrangement of the system of property in modern Anglo-American law, op. cit.*, p. 256 et 257).

<sup>856</sup> En ce sens, v. W. SWADLING, « Property : general principles », *op. cit.*, n° 4.53 et s. et n° 4.187 ; M. BRIDGE, *Personal property law*, Oxford University Press, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 14.

<sup>857</sup> En ce sens, v. W. SWADLING, « Property : general principles », *op. cit.*, note de page n° 80 ; S. WORTHINGTON, *Personal Property Law, text, cases and materials*, Hart publishing, 2000, p. 40.

<sup>858</sup> En ce sens, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, n° 245.

Sur une vision historique des biens meubles en droit anglais, v. F. POLLOCK et F. W. MAITLAND, *The history of English law before the time of Edward I, Vol. II, op. cit.*, p. 156 et s. ; en droit français, v. A.-M. PATAULT, *Droit civil, Introduction historique au droit des biens, op. cit.*, n° 232 et s.

**545.-** Pour cette raison « on conclut généralement que les meubles, contrairement aux immeubles, font l'objet d'une propriété absolue et indivisible, appelée *ownership*. On n'est pas titulaire d'un *estate* portant sur une chose mobilière, mais bien propriétaire de celle-ci »<sup>859</sup>.

**546.-** Il semble donc exister une vision absolue et indivisible de la propriété ; cependant, en analysant le rôle que joue la possession dans le droit anglais des biens, une autre réalité apparaît. La propriété des biens meubles est aussi fragmentée<sup>860</sup>.

**547.-** En fait, le droit anglais a protégé et protège la possession (de biens immeubles comme meubles<sup>861</sup>) au lieu de la propriété<sup>862</sup>. En conséquence le droit anglais n'a jamais eu la nécessité d'identifier une personne comme le propriétaire d'un bien, mais seulement de savoir, dans le cas d'un conflit, qui a le meilleur titre entre les parties<sup>863</sup>.

**548.-** Ainsi « le demandant ne peut récupérer que par la force de son propre titre. Il ne peut pas fonder sa demande sur la faiblesse du titre du défendeur. Car la possession donne au défendeur un droit opposable à toute personne qui ne peut pas montrer un bon titre »<sup>864</sup>.

---

<sup>859</sup> M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., n° 247.

En ce sens, v. GOODEVE, *Goodeve's Modern law of personal property*, Sweet & Maxwell, 9<sup>ème</sup> éd., 1949, par R. H. KERSLEY, p. 8 ; R. J. SMITH, *Property law*, op. cit., p. 46.

<sup>860</sup> En ce sens, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., n° 255.

<sup>861</sup> En ce sens, v. W. S. HOLDSWORTH, *A history of English law*, Vol. VII, op. cit., p. 59 et 60.

<sup>862</sup> W. SWADLING (in « Property : general principles », op. cit., n° 4.37) a écrit : « la notion d'*ownership* est redondante dans le droit anglais des biens. A sa place, '*possession*' prend toute l'importance » (« *the concept of ownership is redundant in English property law. In its place 'possession' becomes all important* »).

Sur *ownership* et *possession* des biens meubles, v. W. S. HOLDSWORTH, *A history of English law*, Vol. VII, op. cit., p. 447 et s. ; F. POLLOCK et F. W. MAITLAND, *The history of English law before the time of Edward I*, Vol. II, op. cit., p. 1 et s. et p. 156 et s. ; S. WORTHINGTON, *Personal Property Law, text, cases and materials*, op. cit., p. 39 et s. ; GOODEVE, *Goodeve's Modern law of personal property*, op. cit., p. 21 et s.

Sur *ownership* et *possession* des biens immeubles, v. MEGARRY et WADE, *The Law of real property*, op. cit., n° 3-115 et s.

<sup>863</sup> En ce sens F. POLLOCK et F. W. MAITLAND (in *The history of English law before the time of Edward I*, Vol. II, op. cit., p. 80) ont écrit : « Personne n'est jamais appelée à démontrer une propriété valable contre tout le monde » (« *No one is ever called upon to demonstrate an ownership good against all men* »).

<sup>864</sup> « *the plaintiff cannot recover, but upon the strength of his own title. He cannot found his claim upon the weakness of the defendant's title. For possession gives the defendant a right against every man who cannot show a good title* » (*Roe d. Haldane v Harvey* in W. S. HOLDSWORTH, *A history of English law*, Vol. VII, op. cit., p. 62).

**549.-** Un exemple de ce qui précède est le cas *Armory v Delamirie*<sup>865</sup> où un garçon ramoneur a trouvé une bague et l'a ramenée à une boutique pour la faire évaluer, mais pendant l'évaluation de la bague les gemmes ont été enlevées. Ainsi le garçon a exercé avec succès une action pour récupérer les gemmes ; il a été établi que :

**550.-** « Si la personne qui trouve un bijou n'acquière pas une propriété absolue, elle a quand même une propriété qui lui permettra de conserver le bijou contre tous, sauf le propriétaire légitime »<sup>866</sup>.

**551.-** Ainsi, il a été reconnu au garçon ramoneur un droit de propriété sur la bague, même si quelqu'un d'autre a un droit plus fort que le sien. De cette manière, il est redondant de chercher à savoir si le demandeur est ou non le propriétaire absolu du bien en litige ; « il est généralement suffisant de démontrer simplement plus de droit que l'autre partie et il n'est pas nécessaire de prouver une propriété absolue »<sup>867</sup>.

**552.-** Cette affirmation tient bon même si la possession a été obtenue illégalement. Ainsi dans *Costello v Chief Constable of Derbyshire Constabulary*, une voiture, dont une personne X avait la possession, avait été saisie par la police. A la fin du délai légal, qui autorisait la police à conserver la voiture, X a demandé le retour de la voiture. La cour d'appel a établi que même si la voiture avait été volée, X avait un droit de propriété qu'il pourrait faire valoir contre la Police<sup>868</sup>.

---

<sup>865</sup> (1722) 1 Strange 505, 93 E.R. 664.

<sup>866</sup> « *That the finder of a jewel, though he does not by such finding acquire an, absolute property or ownership, yet he has such a property as will enable him to keep it against all but the rightful owner* » (*ibidem*).

<sup>867</sup> « *It is generally sufficient simply to prove a better right than the other party and not necessary to prove absolute ownership* » (R. J. SMITH, *Property law, op. cit.*, p. 6).

<sup>868</sup> [2001] 1 WLR 1437.

En ce sens M. MCFARLANE (in *The structure of property law*, Hart, 2008, p. 154) a écrit : « Le principe de base est que B peut acquérir la propriété en prenant le contrôle physique de la chose. Même si B commet une faute en le faisant, l'action de B de prendre le contrôle de la chose impose une obligation *prima facie* sur le reste du monde de ne pas interférer avec l'utilisation que B choisit de faire avec la chose » (« *The core principle is that B can acquire Ownership by taking physical control of the thing. Even if B commits a wrong by doing so, B's act of taking control imposes a prima facie duty on the rest of the world not to interfere with any use B may choose to make of the thing* »).

**553.-** Comme il faut démontrer qui entre les parties en litige a un meilleur droit, au lieu de devoir démontrer qui est le propriétaire de manière absolue, il se crée un système de titres relatifs <sup>869</sup>. Ainsi, la notion de « ‘propriété absolue’ se révèle contenir une mesure inattendue de relativité » <sup>870</sup>. Car même si la partie dans un litige a été considérée comme détenant un meilleur titre, cela ne signifie pas que son titre soit le meilleur dans l’absolu ; cela se doit au fait que les tribunaux ne se prononce pas dans ce sens. Ainsi, « [u]ne histoire n’est bonne que jusqu’à ce qu’une autre soit racontée. Une propriété est valable jusqu’à ce qu’une autre plus ancienne soit prouvée » <sup>871</sup>.

**554.-** En résumé, une personne qui prend la possession d’un bien a le droit d’exclure tout le monde, sauf celui qui détient un meilleur titre. Ainsi se comprend mieux l’adage anglais qui dit « la possession est le neuf dixième de la loi » <sup>872</sup> et, comme la possession donne une présomption légale d’être le propriétaire <sup>873</sup> (et non pas un des propriétaires), le demandeur doit prouver qu’il a un titre de meilleure qualité.

**555.-** Bien qu’on puisse utiliser le terme de *right in possession* pour décrire la situation précédente, elle est quand même considérée comme un droit de propriété <sup>874</sup>. En

---

<sup>869</sup> F. POLLOCK et F. W. MAITLAND (in *The history of English law before the time of Edward I, Vol. II, op. cit.*, p. 48) ont écrit : « Supposons que A, qui entre tous les hommes a le meilleur droit, est saisi ; B le dessaisit ; B a un bon titre contre tous sauf A ; C le dessaisit ; C a un bon titre contre tous sauf A et B ; et ainsi de suite ; Z le dernier de la série aura un bon titre contre tous, sauf ceux désignés par les autres lettres de l’alphabet [...] Le droit anglais, médiéval et moderne, semble accepter pleinement cette théorie [...] Nous ne devons pas traiter avec seulement deux personnes, dont l’une a le *dominium* tandis que l’autre en a la possession ; nous pourrions faire face à un nombre infiniment grand de titres, relativement bons et relativement mauvais » (« *Suppose that A, who of all men has best right, is seised ; B disseises him ; B has a title good against all but A ; C disseises him ; C has a title good against all but A and B ; and so on ; Z the last of a series of disseisors will have a title good against all, save those signified by the others letters of the alphabet [...] English law both medieval and modern seems to accept to the full this theory [...] We have not to deal with two persons and no more, one of whom has dominium while the other has possession ; we may have to deal with an indefinitely large number of titles relatively good and relatively bad* »).

<sup>870</sup> « ‘absolute ownership’ turns out to contain an unexpected measure of relativity » (R. MEGARRY et W. WADE, *The Law of real property, op. cit.*, n° 3-115).

<sup>871</sup> « *One story is good until another is told. One ownership is valid until an older is proved* » (F. POLLOCK et F. W. MAITLAND, *The history of English law before the time of Edward I, Vol. II, op. cit.*, p. 80).

<sup>872</sup> « *possession is nine-tenth of the law* ».

<sup>873</sup> En ce sens, v. W. S. HOLDSWORTH, *A history of English law, Vol. VII, op. cit.*, p. 459 et 478.

<sup>874</sup> En ce sens, v. M. MCFARLANE, *The structure of property law, op. cit.*, p. 145.

Ainsi, GOODEVE (in *Goodeve’s Modern law of personal property, op. cit.*, p. 26) a écrit : « En réalité, la notion de propriété n’est pas une idée juridique distincte de l’expression : ‘meilleur droit de posséder’ » (« *In fact, the conception of ownership is not a distinct legal idea so much as an expression of the ‘best right to possess’* »).



conséquence, plusieurs personnes peuvent avoir sur un même bien, meuble ou immeuble, un droit de propriété ; et même s'il y avait une personne avec le meilleur titre, le droit anglais ne le considérerait pas comme un propriétaire absolu <sup>875</sup>. Pour cette raison, il faut faire « la distinction entre: (i) dire que quelqu'un est un propriétaire d'une chose, et (ii) dire que quelqu'un est le propriétaire d'une chose » <sup>876</sup>.

**556.-** Puisqu'il peut y avoir plusieurs personnes avec un droit de propriété sur un même bien et au même moment, des conflits vont apparaître entre elles et par conséquent il faut avoir un système pour les résoudre.

**557.-** Comme nous l'avons vu, le conflit s'est résolu en trouvant, entre les parties du litige, le meilleur titre ; la personne qui a le meilleur titre, est celui qui a eu en premier la possession du bien <sup>877</sup>. Ainsi le conflit se résout par l'adage latin *prior tempore potior jure* (le premier en date est préférable en droit) <sup>878</sup>.

**558.-** Mais pour savoir qui a eu la possession en premier, il faut savoir ce qui est considéré, en droit anglais, comme possession. En tant que concept juridique, la possession est constituée par deux éléments : d'abord le contrôle physique du bien et, deuxièmement, l'intention d'exclure des tiers <sup>879</sup>. Ainsi, la « possession légale n'est pas nécessairement la même chose que la possession physique » <sup>880</sup>.

---

<sup>875</sup> En ce sens MM. MEGARRY et WADE (in *The Law of real property, op. cit.*, n° 3-126) ont écrit : « Bien que la personne avec le meilleur droit de possession soit souvent appelé le 'propriétaire absolu', il ressort clairement de l'analyse qui précède que le droit anglais ne connaît pas la propriété abstraite, par opposition au droit de récupérer la possession » (« *Although the person with the best ascertained right to possession is often called the 'absolute owner', it is clear from the foregoing analysis that English law knows no abstract ownership, as opposed to the right to recover possession* »).

<sup>876</sup> « *distinguish between : (i) saying someone is an owner of a thing ; and (ii) saying that someone is the owner of a thing* » (B. MCFARLANE, *The structure of property law, op. cit.*, p. 145).

<sup>877</sup> En ce sens, v. J. GORDLEY, *Foundations of private law : property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford University Press, 2006, p. 51 et 58 ; S. WORTHINGTON, *Personal Property Law, text, cases and materials, op. cit.*, p. 61.

<sup>878</sup> V. H. ROLAND, *Lexique juridique, Expressions latines, op. cit.*, p. 242.

<sup>879</sup> En ce sens, v. M. BRIDGE, *Personal property law, op. cit.*, p. 17 ; GOODEVE, *Goodeve's Modern law of personal property, op. cit.*, p. 32 et s. ; rappr. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, n° 160 et s. *Contra*, v. B. MCFARLANE, *The structure of property law, op. cit.*, p. 155.

<sup>880</sup> « *legal possession is not necessarily the same as physical possession* » (S. WORTHINGTON, *Personal Property Law, text, cases and materials, op. cit.*, p. 53).

**559.-** Si le droit anglais des biens a une vision éclatée de la propriété, ce qui permet au *trustee* d'être le propriétaire de biens mis en *trust*, une autre raison se trouve dans les principes d'*Equity*.

## § 2.- L'*EQUITY* RESPECTE LA LOI (*EQUITY FOLLOWS THE LAW*)

**560.-** En droit anglais le vocable *Equity* décrit un système de droit, composé de droits et de recours, qui ont évolué historiquement dans la juridiction de la Chancellerie<sup>881</sup>. L'émergence et le développement de cette branche du droit anglais sont dus aux défauts de la *Common law*<sup>882</sup> (l'autre branche du droit anglais).

**561.-** Comme la *Common law*<sup>883</sup> a été développée exclusivement par les Cours royales de justice, leur accès n'était pas considéré comme un droit, mais comme un privilège ; donc pour les saisir, il fallait avoir une autorisation royale, qui s'obtenait par la délivrance d'un *writ* (brève) du Chancelier<sup>884</sup>.

**562.-** Depuis la loi *Provisions of Oxford* (1258), un *writ* était délivré par le Chancelier à deux conditions : soit que la plainte relève d'un ancien *writ*<sup>885</sup>, soit que le

Pour une liste des personnes ayant le contrôle physique des choses, mais non pas la possession, v. W. S. HOLDSWORTH, *A history of English law, Vol. VII, op. cit.*, p. 459 et s.

<sup>881</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 3.

<sup>882</sup> Sur une étude plus approfondie en langue française des défauts de la *Common law*, v. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, n° 60 et s.

Sur une étude plus approfondie en langue française de la naissance d'*Equity*, v. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, n° 70 et s.

Par les *Judicature Acts* de 1873 et 1875, l'organisation judiciaire a été modifiée : les cours du *Common law* et d'*Equity* ont été fusionnés (sur cette fusion, v. Ph. H. PETIT, *Equity and the law of trusts, op. cit.*, p. 7 et s.).

<sup>883</sup> Le terme de *Common law* décrit le droit non écrit commun à toute l'Angleterre et à tous les Anglais (en ce sens, v. F. W. MAITLAND, *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lecture, op. cit.*, p. 2). La formation de la *Common law* a commencé après la conquête normande (1066) alors qu'il n'y avait pas encore de droit commun mais des coutumes locales (en ce sens, v. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, n° 59 ; SNELL, *Snell's equity, Sweet & Maxwell*, 29<sup>ème</sup> éd., 1990, par P. V. BAKER et P. St. J. LANGAN, p. 7).

<sup>884</sup> En ce sens, v. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2002, n° 223.

<sup>885</sup> HANSBURY et MARTIN, *Modern Equity, op. cit.*, p. 5.

Conseil du Roi autorise la délivrance d'un nouveau *writ*<sup>886</sup>. Plus tard, par la loi *Second Statute of Westminster* (1285), les Chanceliers ont été autorisés à créer de nouveaux *writs* ; mais ce pouvoir n'était possible que si la demande était analogue à une situation déjà couverte par un *writ* déjà existant (*in consimili casu*)<sup>887</sup>. De plus, les juges qui recevaient la demande pouvaient annuler le *writ* comme contraire au droit, pratique qui devient habituelle dès le quatorzième siècle<sup>888</sup>. En conséquence, il était assez difficile de se faire délivrer un nouveau *writ*, et dans le cas où l'on réussissait à s'en faire délivrer un, il y avait toujours la possibilité de le faire annuler.

**563.-** Ainsi, la *Common law* a perdu sa souplesse et ne pouvait plus développer de nouveaux *writs* conformes aux nouveaux besoins de la société ; cette rigidité a donc entravé l'évolution de la *Common law*.

**564.-** Un autre aspect de la rigidité de la *Common law* se manifeste dans les remèdes (*remedies*) offerts aux justiciables. La *Common law* ne donne qu'une gamme limitée de remèdes pour réparer des dommages occasionnés à une personne, notamment une gamme de compensations pécuniaires<sup>889</sup> qui peuvent s'avérer insatisfaisantes dans certains cas<sup>890</sup>.

**565.-** Comme conséquence de la rigidité de la *Common law*, plusieurs justiciables restaient sans accès à la justice et les remèdes offerts n'étaient pas toujours conformes à leurs intérêts. Ainsi, certaines personnes étaient toujours déçues par leur système judiciaire. Mais comme la justice restait une prérogative royale, le Roi retenait un pouvoir

---

<sup>886</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 4 ; BIGELOW in W. N. HOHFELD, « The relations between equity and law », (1913) 11 *Mich. L. Rev.* 537, spéc. note de page n° 8.

<sup>887</sup> En ce sens, v. F. W. MAITLAND, *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lecture, op. cit.*, p. 3 ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, note de page n° 230.

<sup>888</sup> En ce sens, v. F. W. MAITLAND, *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lecture, op. cit.*, p. 5.

<sup>889</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 4.

<sup>890</sup> Ainsi, *Equity* pallie ce défaut en offrant comme remède la *specific performance* (v. *infra*, n° 677), qui peut être assimilée à l'exécution en nature de notre droit.

*a residuum* pour rendre justice <sup>891</sup>. En conséquence, les justiciables qui n'avaient pas eu de résolutions judiciaires satisfaisantes, pouvaient faire parvenir au Roi leurs pétitions.

**566.-** Si initialement le Roi entendait personnellement les pétitions, il les a peu à peu déléguées au Chancelier, jusqu'à qu'il lui soit reconnu le pouvoir d'émettre des résolutions par sa propre autorité et en son propre nom <sup>892</sup>. Par voie de conséquence, une autre juridiction (*Equity*) avec ses propres règles et remèdes a été façonnée au fil du temps.

**567.-** De cette manière, le *trust* a été créé et développé par les Chanceliers et la juridiction d'*Equity* <sup>893</sup>, car la *Common law* « n'avait aucune procédure, ni forme de réflexion qui ait pu servir dans ces cas » <sup>894</sup>.

**568.-** La genèse du *trust* se trouve dans l'institution appelée *use* où une personne (*feoffor*) transférait à une autre (*feoffee to use*) une parcelle de terre pour qu'il l'utilisât au bénéfice d'un tiers (*cestuy qu'use*) <sup>895</sup>. Mais la *Common law* considérait le *feoffee to use* comme le propriétaire du bien transmis et ne reconnaissait aucun droit au *cestuy que use* ; le *feoffee* pouvait donc, au détriment du *cestuy* et en toute impunité, user le bien comme il le voulait <sup>896</sup>.

**569.-** En conséquence, les bénéficiaires d'*use* ont dû se tourner vers la juridiction d'*Equity* pour trouver une protection contre des *feoffees* de mauvaise foi. Comme l'*use* est

---

<sup>891</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. Stevens, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 5 ; Ph. H. PETIT, *Equity and the law of trusts*, *op. cit.*, p. 1 et 2.

<sup>892</sup> En ce sens, v. N. HOHFELD, « The relations between equity and law », *op. cit.*, p. 547 ; SNELL, *Snell's equity*, *op. cit.*, p. 8.

Une fois que la pétition a été entendue par le Chancelier, il ordonne à la contrepartie de comparaître (par le biais d'une *writ* appelé *subpoena*) devant lui et de répondre à la demande (en ce sens, v. F. W. MAITLAND, *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lecture*, *op. cit.*, p. 5). La contrepartie était obligée d'y comparaître sous peine d'une amende (en ce sens, v. *ibidem*).

<sup>893</sup> Le *trust* est considéré par MAITLAND comme la création la plus importante d'*Equity* et la réalisation la plus distinctive du droit anglais (in *ibidem*, p. 23).

<sup>894</sup> « *had no forms of procedure, nor formes of thought, which would serve for these cases* » (*ibidem*, p. 28).

<sup>895</sup> Sur une étude approfondie de l'*use*, v. M. A. BADRE, *Le développement historique des « uses » jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*, *op. cit.*

<sup>896</sup> En ce sens, v. HANSBURY et MARTIN, *Modern Equity*, *op. cit.*, p. 8 ; Ph. H. PETIT, *Equity and the law of trusts*, *op. cit.*, p. 12.

un accord entre le *feoffor* et le *feoffee* (le *feoffor* transférait la propriété d'une parcelle de terre au *feoffee* parce qu'il avait promis de l'utiliser en faveur de certaines personnes), les Chanceliers ont obligé les *feoffees* de respecter leur parole et d'accomplir leurs obligations <sup>897</sup>.

**570.-** Bien que les Chanceliers se soient portés à l'aide du *cestuy que use*, « dans leur traitement des *uses* ou des *trusts* les Chanceliers sont restés près, merveilleusement près, des règles de la *common law* » <sup>898</sup>. Ainsi, tout en reconnaissant au *cestuy que use* des droits, le Chancelier n'a pas nié la qualité de propriétaire au *feoffee* ; au contraire le Chancelier lui a reconnu cette qualité mais, ce faisant, il lui a imposé une obligation d'utiliser les biens transmis conformément à la volonté du *feoffor* en faveur du *cestuy que use* <sup>899</sup>.

**571.-** En réalité les Chanceliers ne pouvaient pas faire autrement, ils n'en avaient pas les moyens, car « *equity* n'était pas un système auto-suffisant, à chaque moment, il présupposait l'existence de la *common law* [...] *Equity* sans la *common law* aurait été un château dans l'air, une impossibilité » <sup>900</sup>. En conséquence, pour qu'*equity* puisse dire que X est le *trustee* d'une parcelle de terre, il faut que la *common law* dise que X est le propriétaire de cette parcelle <sup>901</sup>.

**572.-** De plus, « l'intervention du Chancelier n'a jamais consisté à formuler des règles nouvelles de droit, que les juges auraient dû appliquer à l'avenir. Le Chancelier n'a jamais prétendu modifier le droit, tel qu'il avait été dégagé et était appliqué par les Cours de la *common law* » <sup>902</sup>. Ainsi, le Chancelier devait respecter le droit imposé par le

---

<sup>897</sup> F. W. MAITLAND (in *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lecture, op. cit.*, p. 29) écrit : « les hommes doivent accomplir leurs promesses, leurs accords, et ils devraient être obligés de le faire » (« *men ought to fulfil their promises, their agreements ; and they ought to be compelled to do so* »).

<sup>898</sup> « *In their treatment of uses or trusts the Chancellors stick close, marvelously close, to the rules of the common law* » (*ibidem*, p. 9).

<sup>899</sup> En ce sens, v. *ibidem*, p. 17 ; Ph. H. PETIT, *Equity and the law of trusts, op. cit.*, p. 3 ; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n° 251.

<sup>900</sup> « *Equity was not a self-sufficient system, at every point it presupposed the existence of common law [...] Equity without common law would have been a castle in the air, an impossibility* » (F. W. MAITLAND, *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lecture, op. cit.*, p. 19).

<sup>901</sup> En ce sens, v. *ibidem*.

<sup>902</sup> R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n° 250.

parlement ou par les Cours de la *Common law* ; ceci se résume dans une des maximes d'*Equity* : *Equity follows the law* (*Equity* respecte la loi) <sup>903</sup>.

**573.-** Ainsi, *Equity* ne peut pas être considéré comme une rivale de la *Common law*, ni comme une juridiction en conflit avec la *Common law* ; mais *Equity* est un complément de la *Common law* car il est là pour corriger les défauts de cette dernière.

**574.-** Si on reconnaît aujourd'hui au *trustee* la qualité de propriétaire des biens mis en *trust*, c'est aussi parce que la juridiction qui a donné vie au *trust* n'a jamais remis en cause cette qualité. Au contraire, elle l'a toujours reconnue mais, ce faisant, elle reconnaissait aussi des droits à *cestui que trust*. <sup>904</sup>.

**575.-** En résumé, comme pour la *Common law*, le *trustee* était et continue à être considéré comme le propriétaire des biens mis en *trust* et, comme « *equity follows the law*, le *trustee* reste, dans la conception anglaise, un propriétaire » <sup>905</sup>.

**576.-** Ainsi, le droit des biens anglais conçoit la possibilité qu'une même chose puisse être le support de plusieurs droits de propriété existant au même moment <sup>906</sup> ; ainsi la titularité du *trustee* aux droits mis en *trust* est conforme à la vision éclatée de la propriété qu'ont les Anglais.

---

<sup>903</sup> Sur une analyse de cette maxime, v. S. GARDNER, « Two maxims of equity », (1995) 54 *Cam. L.J.* 60, spéc. p. 63 et s.

Si selon le principe *Equity follows the law*, il pouvait arriver qu'*Equity* contredît la *Common law*, il pouvait ainsi exister deux règles qui se contredisaient ; dans ce cas il fallait savoir laquelle l'emportait sur l'autre. Depuis 1616, il a été établi que la règle d'*Equity* l'emporte (en ce sens, v. N. HOHFELD, « The relations between equity and law », *op. cit.*, p. 557).

Sur des exemples où des conflits existent entre la *Common law* et *Equity*, v. *ibidem*, p. 547 ; SNELL, *Snell's equity*, *op. cit.*, p. 14 et s.

<sup>904</sup> Pour une conception pluraliste de la propriété en droit anglais, v. *supra*, n° 528 et s.

<sup>905</sup> R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, *op. cit.*, n° 259.

<sup>906</sup> En ce sens, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, « Droit des trustees et droit des biens », *op. cit.*, p. 58.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

577.- Comme la titularité d'un droit octroie le monopole de ses prérogatives, son titulaire peut exclure toute personne qui interfère avec son exercice. Pour cette raison il est essentiel à la bonne gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund* que le fiduciaire-*trustee* soit le titulaire des droits mis en fiducie-*trust*. Ainsi par exemple, s'il s'agit d'une propriété, le fiduciaire-*trustee* devrait être considéré comme propriétaire, et s'il s'agit d'une créance, il devrait être considéré comme créancier. En droit anglais, la titularité du *trustee* des biens mis en *trust* est admise à l'unanimité. Cette reconnaissance s'explique du fait qu'avant que les Chanceliers soient venus à la rescousse des *cestuis que trusts*, aux yeux de la *Common law*, le propriétaire de biens mis en *trust* était le *trustee*. La conséquence en a été que, quand les Chanceliers ont défendus les *cestuis que trusts* contre les violations des *trustees* de leurs *trusts*, les Chanceliers n'avaient d'autre choix que d'accepter la qualité de propriétaire aux *trustees* ; ils ne pouvaient pas faire autrement puisqu'*Equity* n'est pas un système autosuffisant, donc il devait respecter la *Common law*. L'autre explication sur l'admission unanime de la qualité du propriétaire du *trustee* est que la propriété anglaise admet la possibilité de propriétés simultanées sur une même chose. Pour cette raison il est possible que les *trustees* et les *cestuis que trusts* aient en même temps, sur les biens mis en *trust*, des intérêts considérés comme droits de propriété. En droit français, cette unanimité fait défaut ; cela s'explique du fait que la propriété du fiduciaire présente des traits particuliers par rapport à la « propriété ordinaire ». La propriété du fiduciaire est une propriété limitée, puisque le fiduciaire doit utiliser sa propriété conformément aux obligations qui lui sont imposées ; sa propriété est aussi temporelle, car elle dure jusqu'au terme du contrat. En revanche, ces particularités ne sont pas en contradiction avec la notion de propriété. En effet, la « propriété ordinaire » admet la possibilité de limites sans que cela la dénature ; le caractère perpétuel de la « propriété ordinaire » n'est pas mis en cause dans la fiducie ; et l'exclusivité, caractère tant vanté de la « propriété ordinaire », existe bel et bien dans la propriété du fiduciaire. Ainsi, en concordance avec la volonté des législateurs, il faudra reconnaître au fiduciaire la qualité de propriétaire des biens mis en fiducie et de titulaire de tout autre droit qui ne soit pas un droit de propriété. Si la titularité de droits est un moyen pour le fiduciaire-*trustee* de protéger les biens à l'encontre de tiers,

cette technique est insuffisante à l'égard de tiers qui ont accès au patrimoine personnel du fiduciaire-*trustee*, notamment les créanciers personnels du fiduciaire-*trustee*.



## CHAPITRE II

### L'INDÉPENDANCE DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE-*TRUST FUND* PAR RAPPORT AU PATRIMOINE DU FIDUCIAIRE-*TRUSTEE*

**578.-** Si aucun mécanisme n'est prévu pour séparer les biens fiduciaires de ceux appartenant personnellement au fiduciaire-*trustee*, un des effets du transfert des droits du constituant-*settlor* au fiduciaire-*trustee* serait leur entrée au patrimoine personnel de ce dernier. Ainsi, la titularité du fiduciaire-*trustee* n'est plus un moyen de protection mais au contraire la cause d'un danger.

**579.-** Il en est ainsi puisque l'entrée des biens fiduciaires au patrimoine personnel du fiduciaire-*trustee* peut avoir comme effet que les créanciers du fiduciaire-*trustee* aient la possibilité de saisir la masse fiduciaire pour se faire régler leurs créances<sup>907</sup>. Dans le cas où le fiduciaire-*trustee* est une personne physique, les biens formeront partie de sa masse héréditaire et du régime matrimonial s'il est marié<sup>908</sup>. Si le fiduciaire est une personne morale, les associés pourront avoir accès aux biens mis en fiducie-*trust*. De plus, si le fiduciaire-*trustee* l'est pour plusieurs fiducies-*trusts*, les biens d'une fiducie-*trust* se confondent avec les biens des autres fiducies-*trusts*, mélangés dans le patrimoine du fiduciaire-*trustee*.

**580.-** Comme la confusion des actifs fiduciaires avec les biens personnels du fiduciaire-*trustee* permet à certains tiers de saisir les biens mis en fiducie-*trust*, les actifs fiduciaires peuvent être diminués ; ce qui serait un obstacle à l'accomplissement de la

---

<sup>907</sup> La plupart des auteurs mettent l'accent sur ce danger, v. C. KUHN, « Une fiducie à la française », *op. cit.*, p. 40 ; C. WITZ, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye au trust », *op. cit.*, p. 1372 ; D. J. HAYTON, « Introductory overview and comment », in *Extending the boundaries of trusts and other ring-fenced funds*, s. la dir. de D. J. HAYTON, Kluwer Law International, 2002, p. 1 et s., spéc. p. 2.

<sup>908</sup> En ce sens, v. C. WITZ, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye au trust », *op. cit.*, note de page n° 37.

mission du fiduciaire-*trustee*<sup>909</sup> ; se ferait au détriment des intérêts du bénéficiaire-*cestui que trust* ; et serait contraire à la volonté du constituant-*settlor*.

**581.-** Pour cette raison, pour éviter que la masse fiduciaire soit diminuée, il est vital que les biens fiduciaires forment une masse indépendante. L'effet serait que les biens mis en fiducie-*trust* n'entreraient pas dans le patrimoine du fiduciaire-*trustee* et ne se confondraient pas avec les biens des autres fiducies-*trusts*.

**582.-** Comme le droit anglais et le droit français résolvent cette problématique différemment, nous les analyserons séparément, en commençant par le droit anglais (section I) pour analyser ensuite le mécanisme utilisé par le droit français (section II).

## SECTION I.- LA SÉPARATION DES BIENS MIS EN *TRUST* DE LA PROPRIÉTÉ PERSONNELLE DU *TRUSTEE*

**583.-** « Bien que le *trustee* soit le propriétaire des biens mis en *trust*, ils constituent un fond séparé, distinct de sa propriété individuelle (patrimoine) »<sup>910</sup>. Mais il n'en a pas été toujours ainsi : il y eut un temps où les biens mis en *trust* pouvaient disparaître, en faveur des successeurs et des créanciers personnels du *trustee*, au détriment des *cestuis que trusts*. Il fallut attendre des siècles pour que le *trust* leur devienne opposable et pour que le *trust fund* devienne une masse distincte de la propriété individuelle du *trustee*. En effet, le droit de *cestui que trust* a évolué d'un droit qui était uniquement opposable au *feoffee to use* (l'ancêtre du *trustee*), à un droit opposable à tout le monde<sup>911</sup>.

---

<sup>909</sup> En ce sens FAMILY a écrit : « Pour que la finalité recherchée par le constituant soit atteinte, l'existence d'un patrimoine fiduciaire pose nécessairement que le bien mis en fiducie soit isolé des biens du fiduciaire » (in *L'acte de fiducie [étude de droit interne et de droit international privé]*, op. cit., n° 56).

<sup>910</sup> « Although the trustee is the owner of the trust property, it constitutes a separate fund distinct from his individual property (patrimony) » (W. F. FRATCHER, « Ch. 11 Trusts », in *International Encyclopedia of comparative law, Vol. VI Property and trust*, 1971, n° 38).

<sup>911</sup> Sur cette évolution, v. F. W. MAITLAND, *Equity also the forms of action at common law, two courses of lecture*, op. cit., p. 111 et s. ; M. A. BADRE, *Le développement historique des « uses » jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*, op. cit., p. 75 et s. ; W. S. HOLDSWORTH, *A history of*

**584.-** Cette déclaration est un des fondements de la thèse selon laquelle le droit de *cestui que trust* est un droit de propriété reconnu par la cour d'*Equity*, car tout acquéreur, sauf l'acquéreur de bonne foi, qui acquiert en violation du *trust* un bien mis en *trust* sera lié par les obligations attachées à la propriété reçue <sup>912</sup>.

**585.-** De cette manière, on pourrait être tenté de dire que l'octroi d'un droit de propriété au *cestui que trust* est la technique utilisée par le droit anglais pour protéger ses intérêts, et que c'est la technique par laquelle le droit anglais a réussi à dissocier les biens mis en *trust* de ceux appartenant personnellement au *trustee*, puisque ni ses héritiers ni ses créanciers ne peuvent être considérés comme acquéreur à titre onéreux de bonne foi. Ces derniers sont donc liés aussi par le *trust* et le *cestui que trust* peut exercer, à leur rencontre, les actions nécessaires s'ils ont reçu un bien du *trust fund*.

---

*English law, Vol. I, Methuen & Co., 2<sup>ème</sup> éd., 1914, p. 238 et s. ; J. B. AMES, Lecture on legal history and miscellaneous legal essays, Harvard University Press, 1913, p. 233 et s.*

<sup>912</sup> En réalité « chaque clan (ce qui considère que le droit de *cestui que trust* est un droit personnel et ceux qui considèrent que c'est un droit réel) a en effet le même champion, l'acquéreur à titre onéreux et de bonne foi, qui défend à la fois la cause de personnalistes puisque le droit n'est pas opposable à tous et celle de réalistes parce qu'il est opposable à la terre entière, sauf à lui préciser » (M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, n° 801 (les caractères gras sont ajoutés par nous)).

Sur des bibliographies sur la nature du droit de *cestui que trust*, v. J. B. AMES, « Purchase for value without notice », (1887) 1 *Harv. L. Rev.* 1, spéc. p. 9 ; J. B. AMES, *Lectures on legal history and miscellaneous legal essays, op. cit.*, pp. 76, 262 et 289 ; C. C. LANGDELL, « A brief survey of equity jurisdiction », (1887) 1 *Harv. L. Rev.* 55 ; W. G. HART, « The place of trust in jurisprudence », (1912) 28 *L.Q.R.* 290 ; R. POUND, « Book reviews. The distinctions and anomalies arising out of the equitable doctrine of the legal estate. By R. M. P. Willoughby. Cambridge, England : The University Press. 1912. pp. xx, 118 », (1913) 26 *Harv. L. Rev.* 462, spéc. p. 463 ; A. N. WHITLOCK, « Classification of the law of trusts », (1913) 1 *Cal. L. Rev.* 215 ; A. W. SCOTT, « The nature of the rights of the *cestui que trust* », (1917) 17 *Colum. L. Rev.* 269 ; H. F. STONE, « The nature of the rights of the *cestui que trust* », (1917) 17 *Colum. L. Rev.* 467 ; H. G. HANBURY, « The field of modern Equity », (1929) 45 *L.Q.R.* 196, spec. p. 197 et s. ; F. W. MAITLAND, *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lecture, op. cit.*, p. 111 et s. ; F. W. MAITLAND, *State, trust and corporation*, Cambridge University Press, 2003, préf. D. Runciman et M. Ryan, p. 89 et s. ; R. G. PATTON, « The nature of the beneficiary's interest in a trust », (1950) 6 *Miami L. Q.* 441 ; G. MOFFAT, M. CHESTERMAN et J. DEWAR, *Trusts law : text and materials, op. cit.*, p. 185 et s. ; MEGARRY et WADE, *The Law of real property, op. cit.*, n° 4-009 et s. ; G. L. GRETTON, « Trusts without equity », *op. cit.*, p. 601 et s. ; P. PARKINSON, « Reconceptualising the express trust », (2002) 61 *Cam. L.J.* 657 ; P. JAFFEY, *Private law and property claims, op. cit.*, p. 130 et s.

En langue française, v. M. A. BADRE, *Le développement historique des « uses » jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais, op. cit.*, p. 75 et s. ; M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, n° 799 et s. ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, n° 615 et s.

**586.-** Par contre, cette déclaration cache l'évolution historique du régime du droit de *cestui que trust*<sup>913</sup> et ne nous permet pas de nous rendre compte que le régime de ce droit est indépendant à sa nature. Car son régime a été façonné indépendamment à sa nature ; en réalité le régime du droit du *cestui que trust* a précédé à la discussion doctrinale de sa nature. Pour cette raison, la catégorisation de son droit comme un droit réel n'a pas eu, ni même aujourd'hui, aucun effet sur son régime. Ainsi, il importe peu que le droit de *cestui que trust* soit considéré comme un droit réel ou qu'il soit considéré comme un droit personnel : le régime est déjà établi et il l'est depuis longtemps<sup>914</sup>.

**587.-** *Equity* n'a pas créé le régime du droit de *cestui que trust* du jour au lendemain, mais elle l'a fait au fil des siècles, en rendant une décision de justice après l'autre. Ainsi *Equity* a commencé par obliger le *feoffee to use* à utiliser les biens reçus conformément à l'« use » ; ensuite elle a lié les successeurs du *trustee* aux obligations attachées à la propriété à laquelle elles ont succédé ; postérieurement le *trust* devient opposable aux créanciers du *trustee* ; après il a été reconnu aux *cestuis que trusts* la possibilité d'exercer des actions à l'encontre de donateurs qui ont reçu un des bien du *trust fund* ; enfin les acquéreurs à titre onéreux mais de mauvaise foi (car ils connaissaient les limites du *trustee* ou devraient les connaître) étaient aussi liés par le *trust*<sup>915</sup>.

**588.-** Le principe général de la séparation des biens mis en *trust* des biens appartenant au *trustee* a été dégagé principalement par deux types de décisions d'*Equity*, ceux qui ont rendu opposable le *trust* et les droits du *cestui que trust* aux successeurs du *trustee* (§ 1) et ceux qui l'ont rendu opposable aux créanciers personnels du *trustee*<sup>916</sup> (§ 2) et non pas par l'octroi à *cestui que trust* d'un droit de nature réelle<sup>917</sup>.

## § 1.- LES SUCCESSEURS DU TRUSTEE

---

<sup>913</sup> En ce sens, v. F. W. MAITLAND, *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lecture, op. cit.*, p. 120.

<sup>914</sup> En ce sens, v. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie, op. cit.*, n° 622.

<sup>915</sup> Sur l'évolution du droit des *cestuis que trusts*, v. M. A. BADRE, *Le développement historique des « uses » jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais, op. cit.*

<sup>916</sup> Sur les créanciers du *trust* en droit américain, v. M. GORE, « Les créanciers et le trust : l'exemple américain », in *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 135 et s.

**589.-** Bien qu'*Equity* ait reconnu à *cestuy que use* un droit d'exiger l'accomplissement de l'*use* à l'encontre du *feoffee to use*, elle n'a jamais mis en question le caractère de propriétaire qui a été reconnu par la *Common law* à ce dernier <sup>918</sup>.

**590.-** Une conséquence de la reconnaissance du *feoffee to use* comme propriétaire de biens mis en *use* était que ces biens faisaient partie de sa masse héréditaire. Donc à son décès, les biens étaient transférés à ses successeurs, sauf bien sûr si un mécanisme de remplacement du *feoffee to use* avait été prévu <sup>919</sup>.

**591.-** Une question qui se posait naturellement était de savoir si les successeurs du *feoffee to use* recevaient les biens libres de toute charge ou s'ils étaient aussi engagés par l'*use*. Bien que les notions d'équité et de justice nous emmènent vers la deuxième hypothèse, au début les successeurs recevaient les biens libres de toute charge. En conséquence, le *cestuy que use* n'avait aucun droit contre le successeur du *feoffee to use* pour faire accomplir l'*use* et donc il n'avait plus accès à l'avantage prévu pour lui.

**592.-** Ce n'est qu'au quinzième siècle qu'il a été reconnu au *cestuy que use* un droit contre les successeurs du *feoffee to use* <sup>920</sup>. Depuis la reconnaissance de ce droit, les successeurs du *feoffee to use* se sont trouvés « liés par les obligations attachées à la propriété à laquelle elles ont succédé » <sup>921</sup> et donc devraient exécuter l'« *use* » en faveur de *cestuy que use* <sup>922</sup>. Il en est toujours ainsi en droit moderne.

<sup>917</sup> Pour cette raison le débat sur la nature juridique du droit des *cestuis que trusts* n'atteint pas notre étude.

<sup>918</sup> V. *supra*, n° 560 et s.

<sup>919</sup> En réalité le remplacement du *feoffee to use* en cas de décès était couramment utilisé, car un des objectifs de l'*use* était d'évader les charges féodales imposées à la succession. Pour cela, il suffisait d'avoir une pluralité de *feoffees to use*, car à la mort de l'un, la propriété des biens mis en *use* restait pour les survivants, et à la mort du *feoffee to use* un autre était désigné à sa place (en ce sens, v. W. F. FRATCHER, « Ch. 11 Trusts », *op.cit.*, n° 12 ; R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 97 ; HANSBURY et MARTIN, *Modern Equity*, *op. cit.*, p. 9).

<sup>920</sup> En ce sens, v. MEGARRY et WADE, *The Law of real property*, *op. cit.*, n° 4-010.

Un auteur établit que le droit de *cestuy que use* contre les héritiers du *feoffee to use* n'a été créé qu'au début du seizième siècle (M. A. BADRE, *Le développement historique des « uses » jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*, *op. cit.*, p. 78).

<sup>921</sup> M. A. BADRE, *Le développement historique des « uses » jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>922</sup> En ce sens, v. W. S. HOLDSWORTH, *A history of English law*, Vol. I, *op. cit.*, p. 240.

**593.-** Pour bien comprendre la situation actuelle de la question étudiée, il faut expliquer brièvement le droit anglais de successions<sup>923</sup>. Bien que la succession puisse être testamentaire ou *ab intestat*, depuis l'entrée en vigueur de l'*Administration of Estates Act* (1925) l'administration des deux suit un même régime. Avant que la propriété des biens soit transmise aux héritiers et légataires du défunt, elle est transmise à un intermédiaire pour leur administration<sup>924</sup>. Cet intermédiaire est connu sous le nom de *personal representative* (représentant personnel) dont il existe deux types.

**594.-** Si le représentant personnel est nommé par le testateur il est connu sous le nom d'*executor* (exécuteur testamentaire)<sup>925</sup>, mais s'il est désigné judiciairement il est appelé *administrator* (administrateur de la succession)<sup>926</sup>.

**595.-** Les deux types de représentants personnels ont comme mission d'administrer la succession, laquelle commence par le règlement des passifs, et l'exécution des legs<sup>927</sup>. Si la masse héréditaire n'a pas la liquidité nécessaire pour payer les dettes et exécuter les legs, le représentant personnel a le pouvoir de vendre ou d'hypothéquer tout bien appartenant à la succession<sup>928</sup>. Une fois que les passifs sont réglés, et à condition qu'il reste encore des actifs, le représentant personnel devra les distribuer entre les bénéficiaires de la succession<sup>929</sup>.

---

<sup>923</sup> Sur le droit anglais de succession, v. R. KERRIDGE, « Succession », in *English private law, Vol. 1, s. la dir. de P. BIRKS, Oxford University Press, 2000, p. 509 et s.* ; V. KANDA ROVATI, *Succession : the law of wills and estates, Old Bailey Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2000. En langue française, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, Le droit anglais des biens, op. cit., n° 392 et s.*

<sup>924</sup> En ce sens, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit., n° 392* ; V. KANDA ROVATI, *Succession : the law of wills and estates, op. cit., p. 264 et s.*

<sup>925</sup> En ce sens, v. V. KANDA ROVATI, *Succession : the law of wills and estates, op. cit., p. 230.*

La propriété du testateur est transférée à l'exécuteur testamentaire dès sa mort (v. *ibidem*, p. 270).

<sup>926</sup> L'administrateur de la succession va être désigné lors d'une succession *ab intestat* ou quand, malgré l'existence d'un testament, il manquerait l'exécuteur testamentaire soit parce que le testateur n'en aurait pas désigné un, soit parce que l'exécuteur testamentaire désigné serait décédé avant le testateur ou avant la fin de l'administration de la succession (v. *ibidem*, p. 238).

La propriété du *de cuius* est transférée à l'administrateur de la succession au moment de sa désignation (v. *ibidem*, p. 271) ; mais pendant le temps entre la mort du *de cuius* et sa désignation, les biens sont investis dans un *Public Trustee* (v. article 14 du *Law of Property [Miscellaneous Provisions] Act 1994*).

<sup>927</sup> En ce sens, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit., n° 395.*

Sur le paiement des dettes et de l'exécution de legs, v. V. KANDA ROVATI, *Succession : the law of wills and estates, op. cit., p. 287 et s.*

<sup>928</sup> Sur le droit du représentant personnel de réaliser l'actif de la succession, v. *ibidem*, p. 277 et s.

<sup>929</sup> En ce sens, v. *ibidem*, p. 319 et s.

Sur la distribution en cas de succession *ab intestat*, v. R. KERRIDGE, « Succession », *op. cit., n° 7.12 et s.*

**596.-** Dans le cas du *trust*, quand l'unique *trustee* ou le dernier survivant (d'une pluralité de *trustees*) meurt, les biens sont transférés à son représentant personnel <sup>930</sup> ; mais il va les détenir comme *trustee* (à la condition qu'il en accepte la charge <sup>931</sup>) jusqu'à la nomination d'un nouveau *trustee* <sup>932</sup>. Au moment de cette nomination, le représentant personnel cesse automatiquement d'être *trustee* sans qu'il y ait besoin de commencer une procédure pour son remplacement <sup>933</sup>.

**597.-** Comme conséquence, le représentant personnel va détenir les biens conformes au *trust* et va être lié par les obligations attachées à la propriété reçue. Ainsi, les biens du *trust* ne formeront pas partie de la masse héréditaire du *trustee* décédé et donc les biens ne pourront pas être utilisés pour payer les dettes de la succession, ni être distribués entre ses héritiers et légataires <sup>934</sup>. Donc, si les héritiers ou légataires du *trustee* exercent des actions à l'encontre des biens mis en *trust*, le représentant personnel en sa qualité de *trustee* va devoir défendre le *trust fund* de ces actions, et empêcher que ces biens se perdent <sup>935</sup>.

**598.-** L'exposé précédent ne s'applique que quand l'unique *trustee* ou le dernier survivant (d'une pluralité de *trustees*) meurt. Mais en cas de pluralité de *trustees*, le régime est différent parce qu'ils sont considérés comme *joint tenants* (propriétaires communs) des biens mis en *trust*. Ainsi, le régime du *joint tenancy* gouverne leur copropriété <sup>936</sup>.

**599.-** La *joint tenancy* est un type de copropriété où la propriété n'est détenue qu'en commun par un groupe de propriétaires. Ainsi personne n'a le droit de posséder

---

<sup>930</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 721.

<sup>931</sup> *Re Benett* [1906] 1 Ch. 216, spéc. p. 225.

<sup>932</sup> *Trustee Act* 1925 s 18(2).

En ce sens, v. M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, n° 717.

<sup>933</sup> *Re Routledge's Trusts* [1909] 1 Ch. 280.

<sup>934</sup> En ce sens, v. W. F. FRATCHER, « Ch. 11 Trusts », *op. cit.*, n° 37.

<sup>935</sup> Sur l'obligation du *trustee* de protéger les biens mis en *trust*, v. *supra*, n° 323 et s. et 348 et s.

<sup>936</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 22.01.

Le *joint tenancy* est un des deux types des copropriétés qui existent en droit anglais. L'autre est celle de *tenancy in common* (sur les copropriétés en droit anglais, v. W. SWADLING, « Property : general principles », *op. cit.*, n° 4.326 et s. ; M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, n° 921 et s.).

individuellement le bien objet de la copropriété<sup>937</sup>. Pour cette raison à la mort d'un des propriétaires communs, le bien passe aux survivants et donc ne fait pas partie de sa succession<sup>938</sup>. Ainsi, « cette forme de copropriété se caractérise par le gain de survie (*ius accrescendi*) »<sup>939</sup>. Comme conséquence le copropriétaire, dernier survivant, devient le propriétaire absolu du bien<sup>940</sup>.

**600.-** En appliquant donc le régime de la *joint tenancy* à la propriété commune des *trustees*, la mort de l'un d'entre eux a comme effet que les biens du *trust* restent en faveur des survivants<sup>941</sup>, sans que la propriété passe par le représentant personnel du *trustee* décédé. De cette manière le *trust fund* se trouve protégé des actions de ses héritaires et légataires du *trustee* décédé.

**601.-** Bien que les biens du *trust* ne forment pas partie de la masse héréditaire du *trustee*, cela n'a pas résolu le problème des créanciers du *trustee* : il fallait encore que les biens soient mis à l'abri de ces derniers.

## § 2.- LES CRÉANCIERS PERSONNELS DU *TRUSTEE*

**602.-** Comme le *trustee* est considéré comme le propriétaire de biens mis en *trust*, il est naturel de concevoir que les créanciers personnels du *trustee* puissent les saisir et les réaliser pour satisfaire leurs créances, et tel était le raisonnement des cours de la *Common law*.

**603.-** En conséquence, tout créancier du *trustee* qui avait eu en sa faveur une décision de justice reconnaissant sa créance, pouvait exécuter cette décision en saisissant tout bien appartenant au *trustee*, même ceux mis en *trust*<sup>942</sup>. Ainsi par exemple, par le *writ of elegit* le créancier du *trustee* pouvait se faire délivrer la possession légale d'une parcelle

<sup>937</sup> En ce sens, v. v. W. SWADLING, « Property : general principles », *op. cit.*, n° 4.328.

<sup>938</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 4.329.

<sup>939</sup> M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, n° 717.

<sup>940</sup> En ce sens, v. W. SWADLING, « Property : general principles », *op. cit.*, n° 4.329.

<sup>941</sup> V. *Warburton v Sandys* (1845) 14 Sim. 622, spéc. p. 631 et 632, 60 E.R. 499 ; *Trustee Act* 1925 s 18 (1) ; L. A. SHERIDAN, *The law of trusts Law*, *op. cit.*, p. 258

<sup>942</sup> Sur l'exécution des décisions et ordres de la cour, v. HALSBURY, *Laws of England*, Vol. XIV, Butterworth, 2<sup>ème</sup> éd., 1931, par HAILSHAM, p. 3 et s.



de terre mise en *trust*, laquelle lui donnait le droit d'obtenir la possession factuelle, jusqu'au paiement de la dette <sup>943</sup>.

**604.-** En ce cas, les biens mis en *trust* n'étaient plus au service de *cestuis que trusts*, mais ils étaient affectés au paiement d'une dette du *trustee*. Donc, les *cestuis que trusts* voyaient leurs intérêts disparaître en faveur des créanciers du *trustee* et du *trustee* lui-même (puisque ses dettes se payaient avec les biens mis en *trust*). Naturellement, les *cestuis que trusts* se plaignaient devant le Chancelier et demandaient que leur droit soit reconnu à l'encontre des créanciers du *trustee*. *Equity* était ainsi en face d'un nouveau conflit qu'elle devait résoudre. Le *trust* pouvait-il ou non être imposé aux créanciers personnels du *trustee* ?

**605.-** En prenant en compte que l'inopposabilité du *trust* aux créanciers personnels du *trustee* a comme effet que les biens mis en *trust* peuvent être utilisés pour satisfaire leurs créances, ce qui réduirait la valeur du *trust fund* au détriment des intérêts de *cestuis que trusts* et contrairement à la volonté du *settlor*, il n'est pas surprenant qu'*Equity* se soit mise du côté des *cestuis que trusts* <sup>944</sup>. Ainsi, *Equity* a décidé que les *trusts* et les droits des *cestuis que trusts* doivent être opposables à tous les créanciers personnels du *trustee*.

**606.-** La reconnaissance de cette opposabilité a comme conséquence que les biens mis en *trust* ne font plus partie du gage commun des créanciers personnels du *trustee*. En conséquence, les biens mis en *trust* sont séparés de ceux appartenant personnellement au

---

<sup>943</sup> Le *writ of elegit* était une brève d'exécution d'une décision ou d'un ordre de la cour, qui se donnait pour que le créancier puisse se faire payer une dette d'argent. Selon cette brève, la terre du débiteur était délivrée au créancier pour qu'il détienne la possession de la terre jusqu'au paiement de sa dette (en ce sens, v. HALSBURY, *The laws of England, op. cit.*, p. 73 et 74 ; *The Encyclopædia Britannica, a dictionary of arts, sciences, literature and general information*, Cambridge University Press, 11<sup>ème</sup> éd., 1910, v° *Elegit* (in Vol. IX) et v° *Execution* (in Vol. X) ; *Black's law dictionary*, Thomson Reuters, 9<sup>ème</sup> éd., 2009, v° *Elegit*).

Bien que le *writ of elegit* n'existe plus, on prend cet exemple car il était applicable à l'époque où les droits des *cestuis que trusts* n'étaient pas encore opposables aux créanciers personnels du *trustee*. De plus, à cette époque-là c'était, sans doute, la voie la plus utilisée par les créanciers du *trustee*, car ce *writ* était le moyen de saisir des immeubles, et à cette époque, les *trusts* étaient principalement composés par des biens immeubles.

<sup>944</sup> Sur ce sujet F. W. MAITLAND (in *Equity also the forms of action at common law, two courses of lecture, op. cit.*, p. 117) a écrit : « La troisième étape consiste à faire respecter le *trust* à l'encontre des créanciers du *trustee* [...] Il semble avoir eu beaucoup de difficultés lors de cette étape [...] et il n'a été pris finalement qu'après la Restauration en 1660 » (« *The third step is to enforce the trust against the trustee's creditors [...] There seems to have been a good deal of difficulty about this step [...] and it was not taken finally until after the Restoration in 1660* »).

*trustee* et sont à l'abri de ces créanciers personnels, ainsi les biens mis en *trust* sont protégés des actions des créanciers du *trustee*.

**607.-** Si les créanciers personnels du *trustee* n'ont pas accès au *trust fund*, cela impose donc une obligation au *trustee* de le protéger, dans l'hypothèse où les créanciers exerceraient des actions à l'encontre des biens mis en *trust*, et d'empêcher ainsi que des biens sortent du *trust fund*.

**608.-** Ainsi, les biens mis en *trust* sont en dehors du régime de la procédure de collective de règlement du passif en cas d'insolvabilité du *trustee*<sup>945</sup>. Si l'*Insolvency Act 1986* prévoit que quand l'insolvable est une personne physique, des biens mis en *trust* ne feront pas partie de son patrimoine (*estate*)<sup>946</sup>, elle ne prévoit pas cette exclusion pour l'insolvabilité d'une personne morale. Malgré cela il est bien établi que les biens mis en *trust*, et détenus par une personne morale en tant que *trustee*, ne pourront pas être réalisés et distribués entre ses créanciers<sup>947</sup>, car « la propriété disponible pour l'apurement des passifs comprend seulement les actifs sur lesquels l'insolvable a la propriété richesse »<sup>948</sup>.

**609.-** Si la situation des créanciers personnels du *trustee* a été élucidée, il nous faut encore éclaircir la notion de créancier personnel du *trustee* ; il faut savoir qui est considéré comme un créancier personnel du *trustee*.

---

<sup>945</sup> L'insolvabilité du *trustee* ne cause pas le remplacement automatique du *trustee* (sauf si cela a été prévu ainsi dans l'acte du *trust*), mais il est une raison pour demander son remplacement. Dans cette circonstance, le *trustee* peut être considéré comme inapte à continuer (v. la section 36 (1) du *Trustee Act 1925*), parce que d'une part son insolvabilité démontre qu'il n'a pas été très diligent dans l'administration de ses affaires, et donc il peut être aussi négligent dans l'administration du *trust fund* ; et d'autre part sa situation précaire peut mettre le *trust fund* en péril, car il pourrait être tenté d'utiliser les actifs du *trust* pour son propre bénéfice.

Sur l'insolvabilité du *trustee*, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 22-01 et s.

Sur le régime d'insolvabilité en droit anglais, v. M. BRIDGE, « *Insolvency* », in *English private law, Vol. II*, s. la dir. P. BIRKS, Oxford University Press, 2000, p. 639 et s.

<sup>946</sup> V. la section 283 (3)(a).

<sup>947</sup> V. *Barclays Bank Ltd v Quistclose Investments Ltd* [1970] AC 567 (sur cette jurisprudence, v. C. E. F. RICKETT, « *Different views on the scope of the Quistclose analysis: English and antipodean insights* », (1991) 107 *L.Q.R.* 608).

<sup>948</sup> « *the property available for distribution comprises only assets that are beneficially owned by the insolvent* » (M. BRIDGE, « *Insolvency* », *op. cit.*, n° 16.31).

**610.-** Dans le droit français de la fiducie, on pourrait parler du créancier personnel du fiduciaire et du créancier fiduciaire <sup>949</sup>. Cette différence permet de faire une catégorie entre les différents types des créanciers du fiduciaire. Le créancier personnel du fiduciaire est celui dont la créance est née des opérations personnelles du fiduciaire, donc ses créances sont créées quand le fiduciaire agit hors de sa qualité de fiduciaire et hors de l'administration d'un patrimoine fiduciaire. Le créancier fiduciaire est celui dont la créance est née de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire, donc ces créances sont créées quand le fiduciaire réalise des opérations *ès qualités*.

**611.-** Cette différence permet de savoir quel patrimoine (le patrimoine personnel du fiduciaire ou le patrimoine fiduciaire) va répondre envers les créanciers du fiduciaire. Le patrimoine personnel du fiduciaire est réservé aux créanciers personnels du fiduciaire ; en principe les créanciers fiduciaires ne devront pas avoir le droit de saisir et de réaliser des biens appartenant personnellement au fiduciaire <sup>950</sup>. Le patrimoine fiduciaire ne peut être le gage commun que des créanciers fiduciaires <sup>951</sup> ; en conséquence ce patrimoine est hors de portée des créanciers personnels du fiduciaire.

**612.-** Contrairement au droit français, le droit anglais en principe ne fait pas cette distinction entre les différents types de créanciers du *trustee* <sup>952</sup>. Tous sont considérés comme des créanciers personnels du *trustee*, même ceux dont la créance est née de la conservation et de la gestion du *trust fund*. Les auteurs anglais expliquent ceci du fait que

---

<sup>949</sup> La terminologie de créancier de la fiducie est incorrecte, car en théorie la fiducie ne peut pas avoir de créanciers parce que la fiducie n'a pas de personnalité juridique. Pour cette raison aussi la fiducie ne peut pas être débiteur non plus. En réalité c'est le fiduciaire qui est créancier et débiteur et non pas la fiducie.

<sup>950</sup> Par contre, le droit français prévoit la possibilité que par le contrat de fiducie le patrimoine personnel du fiduciaire serve de garantie aux créanciers fiduciaires en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire (v. l'article 2025 al. 2 et 3 du Code civil ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 283) ; si cet accord fait défaut, le patrimoine personnel du constituant servira de garantie aux créanciers fiduciaires (v. l'article 2025 al. 2 du Code civil ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 282).

<sup>951</sup> V. l'article 2025 al. 1 du Code civil ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 281.

<sup>952</sup> Le droit anglais fait une distinction seulement dans le cas où le *trustee* est insolvable et en liquidation. Ainsi, si le *trustee* avait une créance contre le *trust fund*, cette créance serait affectée au paiement des obligations dues aux créanciers dont la créance est née de l'administration du *trust* et non pas en faveur des « créanciers personnels du *trustee* » (en ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 21.20 ; pour plus de bibliographie en ce sens, v. L. SMITH, « Trust and patrimony », *op. cit.*, note de page n° 36).

le *trust* n'a pas de personnalité juridique <sup>953</sup>. De plus, pour des opérations connexes à l'administration du *trust*, le *trustee* n'agit pas en tant que représentant, mais en son propre nom <sup>954</sup>. Ainsi, quand des obligations sont créées de l'administration du *trust*, c'est le *trustee* qui s'oblige personnellement envers les tiers.

**613.-** Deux conséquences en résultent. La première conséquence est que les biens mis en *trust* ne forment pas le gage commun des créanciers dont la créance est née de la gestion du *trust* (bien que le terme soit inexact, pour des raisons de simplicité on les appellera « créanciers du *trust* » <sup>955</sup>) ; donc ces biens sont hors leur portée <sup>956</sup>. Par contre, le *trustee* peut créer un droit réel, sur un des biens mis en *trust* (seulement s'il a le pouvoir de le faire), en faveur d'un « créancier du *trust* » <sup>957</sup>. Bien que les créanciers du *trustee* n'aient aucun droit direct sur le *trust fund*, il est possible qu'ils puissent accéder indirectement aux biens mis en *trust*. Dans le cas où le *trustee* aurait une créance à l'encontre du *trust fund*, les créanciers du *trust* « peuvent, par subrogation, avoir le droit d'agir à la place du *trustee* et de faire respecter leurs engagements envers les biens mis en *trust* fiduciaire, à la hauteur du droit du *trustee* » <sup>958</sup>. La créance du *trustee* à l'encontre du

---

<sup>953</sup> En ce sens M. FRATCHER (in « Ch. 11 Trust », *op. cit.*, n° 95) a écrit : « Bien que le *trust* ressemble à une personne morale à bien des égards, contrairement à la personne morale il n'a pas de la personnalité juridique. N'étant qu'une agrégation de biens, les droits et les obligations de la propriété qui sont réparties entre le *trustee* et les bénéficiaires, le *trust*, en tant que tel, est incapable d'être propriétaire des biens, d'acquiescer des droits ou obligations » (« *Although the trust resembles the corporation in many respects, unlike the corporation it is not a legal entity. Being only an aggregation of property, the rights and duties of ownership of which are divided between the trustee and the beneficiaries, the trust, as such is incapable of owning property, acquiring claims or incurring liabilities* »).

V. aussi UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 789 ; D. J. HAYTON, « Ch. 8 Trading trusts », in *The international trust*, Jordans, 2002, s. la dir. de J. GLASSON, 479 et s., spéc. n° 8.1.2.

Mais en droit français la fiducie n'a pas de personnalité juridique non plus, et malgré cela il existe un régime adéquat pour catégoriser les différents types de créanciers. En réalité, le manque d'un régime qui distingue les différents types de créanciers correspond à un manque de volonté du pouvoir judiciaire et/ou législatif qui peut être dû au manque d'une théorie du patrimoine.

<sup>954</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 21.10 ; LEWIN, *Lewin on trust*, *op. cit.*, n° 21-04.

<sup>955</sup> Sur l'inexactitude du terme, v. *supra*, note page n° 949.

<sup>956</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust*, *op. cit.*, n° 21-31 ; *Re Morgan* (1881) 18 Ch.D. 93, spéc. p. 100 et 101.

<sup>957</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 802 ; D. J. HAYTON, « Ch. 8 Trading trusts », *op. cit.*, p. 491.

<sup>958</sup> « *they may by subrogation have a right to stand in the place of the trustee and enforce their liabilities against the trust property to the extent that the trustee would be so entitled* » (in LEWIN, *Lewin on trust*, *op. cit.*, n° 21-31).

*trust fund* est un actif du *trustee*, donc les créanciers du *trustee* doivent avoir le droit d'accéder à cet actif, ainsi ils ont le droit de se subroger au *trustee* pour exercer le droit que le *trustee* a à l'encontre des biens du *trust fund* <sup>959</sup>.

**614.-** La deuxième conséquence est que le *trustee* est personnellement tenu par les engagements pris pour l'administration du *trust*. Ainsi, les biens personnels du *trustee* font le gage commun des « créanciers du *trust* » <sup>960</sup>. Par contre, dans le cas d'une obligation contractuelle, il est possible que le *trustee* limite son engagement aux seuls biens mis en *trust* <sup>961</sup>. En ce cas, les biens personnels du *trustee* ne seront plus au service des « créanciers du *trust* ». Mais cela ne veut pas dire que les créanciers auraient un accès direct au *trust fund* et qu'ils pourraient saisir des biens mis en *trust* ; en réalité les créanciers ne pourront qu'exercer une action contre le *trustee* pour le forcer à utiliser les biens mis en *trust* <sup>962</sup>.

**615.-** Mais si le *trustee* est personnellement tenu par les obligations constituées dans la gestion du *trust*, cela ne veut pas dire que le *trustee* doit supporter économiquement ces obligations prises. Les « personnes qui prennent le devoir laborieux et parfois dangereux d'être *trustee* ne sont pas censées assumer le travail à leur frais ; ils ont le droit d'être indemnisés pour les frais et dépenses qu'ils encourent lors de leur mission ; bien entendu, cela signifie nécessairement que ces frais et dépenses aient été correctement engagées et non indûment encourus. La règle générale est assez simple : ils ont le droit d'être remboursés pour tout ce qu'ils ont payé » <sup>963</sup>.

Les droit de subrogation des « créanciers du *trust* » n'est possible que dans deux hypothèses : 1) quand le *trustee* est insolvable ; 2) quand un jugement à l'encontre du *trustee* serait vain (en ce sens, v. D. J. HAYTON, « Ch. 8 Trading trusts », *op. cit.*, p 488).

De jurisprudence sur le droit de subrogation des « créanciers du *trust* », v. *Re Johnson* (1880) 15 Ch.D. 548 ; *Strickland v Symons* (1884) 26 Ch.D. 245 ; *Re Frith* [1902] 1 Ch. 342.

<sup>959</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 21-31.

<sup>960</sup> En ce sens, v. W. F. FRATCHER, « Ch. 11 Trust », *op. cit.*, n° 96/97 ; D. J. HAYTON, « Ch. 8 Trading trusts », *op. cit.*, p. 482 ; *Watling v Lewis* [1911] 1 Ch. 414.

Sur les dangers que cela peut représenter pour les *trustees*, v. Ch. McCALL, « Trustees - risks they never thought they ran », (1995) *P.C.B.* 419.

<sup>961</sup> *Re Robinson's Settlement* [1912] 1 Ch. 717, spéc. p. 728 et 729.

<sup>962</sup> En ce sens, v. L. SMITH, « Trust and patrimony », *op. cit.*, p. 340.

<sup>963</sup> « *persons who take the onerous and sometime dangerous duty of being trustees are not expected to do any of the work on their own expense ; they are entitled to be indemnified against the costs and expenses which they incur in the course of their office ; of course, that necessarily means that such costs and expenses are properly incurred and not improperly incurred. The general rule is quite*

**616.-** Le droit du *trustee* d'être indemnisé est connu sous le nom de *right of indemnity* <sup>964</sup>. Ce droit consiste d'une part dans le droit du *trustee* d'exécuter les engagements, pris en relation avec l'administration du *trust*, directement avec les biens mis en *trust* (ce droit s'appelle *right of exoneration*) <sup>965</sup>. D'autre part, si le *trustee* paye ces obligations avec ses propres moyens, il a le droit de se faire rembourser par les biens mis en *trust* (connus sous le nom de *right of reimbursement*) <sup>966</sup>. Le droit du *trustee* d'être indemnisé est subordonné à la condition que les obligations engagées l'aient été correctement <sup>967</sup>.

**617.-** De cette manière les obligations nées de l'administration du *trust* créent deux rapports différents. « Le premier est le rapport entre le *trustee* et les tiers avec lesquels il traite dans l'administration du *trust* [...] Le deuxième est le rapport entre le *trustee* et les bénéficiaires dans le cadre des passifs engagés à cause du premier rapport. Le deuxième rapport concerne *le right of indemnity* du *trustee* », car « les tiers réclament contre le *trustee* et le *trustee* réclame contre les biens mis en *trust* » <sup>968</sup>.

*plain ; they are entitled to be paid back all that they have had to pay out* » (*Re Grimthorpe* [1958] Ch. 615, spéc. p. 623).

<sup>964</sup> Sur le *right of indemnity*, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 787 et s. ; LEWIN, *Lewin on trust*, *op. cit.*, n° 21-01 et s. ; G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 21.10.

<sup>965</sup> V. *Re Blundell* (1888) 40 Ch.D. 370, spéc. p. 376 et 77 ; section 31 (1)(b) du *Trustee Act* 2000.

<sup>966</sup> V. *Re Exhall Coal Co* (1866) 35 Beav. 449, spéc. p. 452 et 453, 55 E.R. 970 ; *Holding and Management Ltd v Property Holding and Investment Trust Plc* (1989) 21 H.L.R. 596, spéc. p. 611 et 612 ; *Re Grimthorpe* [1958] Ch. 615, spéc. p. 623 ; section 31 (1)(a) du *Trustee Act* 2000.

<sup>967</sup> Si une obligation a été engagée incorrectement, en principe le *trustee* n'a pas le droit d'être indemnisé pour les frais et dépenses réalisés (en ce sens, v. D. J. HAYTON, « Ch. 8 Trading trusts », *op. cit.*, p. 486). Par contre, si le *trustee* a agi de bonne foi et que l'opération réalisée par lui a rapporté des bénéfices au *trust fund* et aux *cestuis que trusts*, le *trustee* a le droit à être indemnisé malgré le fait que l'obligation engagée l'ait été incorrectement (*Conway v Fenton* (1889) 40 Ch.D. 512, spéc. p. 518 ; *Re Smith's Estate* [1937] Ch. 636, spéc. pp. 639-641).

Le droit du *trustee* à être indemnisé est un droit prioritaire aux droits de *cestuis que trusts* (*Re Griffith* [1904] 1 Ch. 807 ; *Stott v Milne* (1884) 25 Ch.D. 710, spéc. p. 715). Ainsi, le *trustee* a le droit de retenir les biens du *trust* jusqu'à la satisfaction de sa créance (*Re Chennell* (1878) 8 Ch.D. 492, spéc. p. 503) et il peut les réaliser pour avoir les fonds nécessaires pour se faire payer (*Re Pumfrey* (1882) 22 Ch.D. 255, spéc. p. 261 et 262).

<sup>968</sup> « *The first is the relationship between the trustee and third parties with whom he deals in the administration of the trust [...] The second is the relationship between the trustee and the beneficiaries in connection with the liabilities incurred out of the first relationship. The second relationship is concerned with the trustee's rights of indemnity [...] The third party will claim against the trustee and the trustee will claim against the trust property* » (in LEWIN, *Lewin on trust*, *op. cit.*, n° 21-04).

**618.-** Si nous avons déjà analysé le droit anglais, il reste maintenant à analyser quelle technique est utilisée par le droit français pour séparer le patrimoine fiduciaire de celui du fiduciaire.

## SECTION II.- LA SÉPARATION DES BIENS MIS EN FIDUCIE DU PATRIMOINE DU FIDUCIAIRE

**619.-** Comme nous venons de le voir, les biens mis en *trust* ne font pas partie des actifs personnels du *trustee*, élément important de ce mécanisme. Ainsi, si le législateur voulait introduire le *trust* en droit français *via* la fiducie ou que la fiducie puisse être considérée comme un mécanisme analogue au *trust*, il faudrait aussi que les biens mis en fiducie ne fassent pas partie du patrimoine du fiduciaire<sup>969</sup>. C'est cela qui fait la brèche entre la *fiducia* romaine et la fiducie moderne inspirée du *trust*<sup>970</sup>, car à Rome le fiduciaire devenait pleinement propriétaire du bien qui lui avait été confié<sup>971</sup>.

**620.-** En prenant en compte la nature personnelle des droits du constituant et des bénéficiaires<sup>972</sup>, « il serait fatal à la fiducie que le fiduciaire fût à la tête d'un patrimoine unique où les actifs fiduciaires se mêleraient les uns avec les autres et se confondraient avec ses actifs personnels »<sup>973</sup>. Notamment parce que, les biens fiduciaires deviennent ainsi le gage commun des créanciers personnels du fiduciaire<sup>974</sup>. De plus, si aucune mesure de

---

<sup>969</sup> En ce sens Mme. FAMILY a écrit : « l'idée de l'isolement des biens mis en fiducie, par rapport aux biens propres du fiduciaire, provient en réalité de l'expérience du droit comparé, notamment à travers les *trusts* anglo-américains » (in *L'acte de fiducie [étude de droit interne et de droit international privé]*, *op. cit.*, n° 96).

Des bibliographies sur le patrimoine fiduciaire, v. notamment C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.* ; R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, *op. cit.*, n° 53 et s. ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, 276 et s. ; L. T., « Patrimoine fiduciaire », *Dr. et patrimoine* juin 1997, p. 18.

<sup>970</sup> En ce sens, v. Ch. LARROUMET, « La fiducie inspirée du *trust* », *op. cit.*, n° 4.

<sup>971</sup> En ce sens, v. C. WITZ, « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 3.

<sup>972</sup> V. *supra*, n° 419 et s.

<sup>973</sup> M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *Rev. Lamy dr. civ.* 2010, n° 77, p. 73., spéc. n° 3. En ce sens sur les techniques fiduciaires françaises innommées, v. A. PRÜM, « Une fiducie pour les banques ? », *RD bancaire et fin.* 2004, p. 3, spéc. p. 5.

<sup>974</sup> En ce sens, v. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, *Economica*, *op. cit.*, n° 288.

Sur les autres dangers inhérents à la confusion des biens fiduciaires avec le patrimoine du fiduciaire, v. *supra*, n° 578 et s.

séparation des patrimoines est mise en place, les titulaires des créances nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire auront comme gage général le patrimoine du fiduciaire <sup>975</sup>.

**621.-** Comme le *trust* est analysé par la doctrine civiliste comme un patrimoine d'affectation <sup>976</sup>, il est naturel de penser à cette notion pour la fiducie française au lieu d'utiliser d'autres techniques comme l'inaliénabilité <sup>977</sup> ou la personne morale <sup>978</sup>. Cette

---

<sup>975</sup> En ce sens, v. D. SCHMIDT et C. WITZ, « Les opérations fiduciaires en droit français », in *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 305 et s., spéc. p. 324.

<sup>976</sup> Cette théorie a été avancée par P. LEPAULLE, qui considère que le *trust* est un patrimoine indépendant de tout sujet de droit et affecté à un but déterminé (ses articles en ce sens, v. « De la nature du 'trust' », *op. cit.* ; « An outsider's view of trusts », (1928) 14 *Cornell L. Rev.* 52 ; « Les essentiels du trust », *extrait du Bulletins de la société de Législation comparée*, 1930 ; *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Rousseau, 1932 ; « Trusts and the civil law », (1932) 15 *J. Comp. Leg. Int. L.* 18 ; « La naturaleza del trust » (traduction par P. MACEDO), *Rev. gen. de der. y jurisprud.* 1932, T. 3, p. 105 et s. ; *contra*, v. L. SMITH, « Trust and patrimony », *op. cit.*).

La théorie de LEPAULLE a été construite en cherchant les éléments inhérents à tous les différents types de *trusts* (*express, resulting et constructive* ; privé et public). En ce qui concerne les éléments personnels du *trust*, il arrive à la conclusion que ni le *settlor*, ni le *cestui que trust*, ni le *trustee* ne sont des éléments essentiels. D'abord, il y a des *trusts* sans *settlor* ; ensuite il y a des *trusts* sans *cestuis que trusts* ; enfin si le *trustee* est vital pour le fonctionnement du *trust* il ne l'est ni à son existence, ni à sa validité, car « *Equity will not allow a trust to fail for want of trustee* » (*Equity* ne permet pas l'échec d'un *trust* par la faute du *trustee*). De plus, le fait que le *settlor* puisse être aussi le *trustee* signifie que le transfert de propriété n'est pas non plus un élément essentiel du *trust*. Les deux uniques éléments que LEPAULLE a trouvé systématiquement dans chaque type de *trust* sont d'une part la *res* et d'autre part l'affectation de la *res* à un but déterminé. De cette manière LEPAULLE arrive à la conclusion que le *trust* est en termes civilistes un patrimoine d'affectation au sens du BRINZ, c'est-à-dire un patrimoine sans titulaire.

Si la théorie de LEPAULLE est bien logique, il faut admettre qu'elle est étrangère à la mentalité et à la technique juridique anglo-saxonne (en ce sens, v. R. BATIZA, « Realidades del fideicomiso en México », *Rev. Bancaria* 1955, Vol. 3, p. 262 et s., spéc. p. 264).

Pour une analyse du patrimoine fiduciaire dans le droit belge, v. A. FORIERS, « La fiducie en droit belge », in *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 293 et s. ; dans le droit français avant la réforme du 2007, v. D. SCHMIDT et C. WITZ, « Les opérations fiduciaires en droit français », s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 323 et s. ; dans le droit italien, v. A. MAZZONI, « Les opérations fiduciaire en droit italien », in *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 344 et s. ; dans le droit luxembourgeois, v. Association luxembourgeoise des juristes de Banque, « La fiducie des établissements de crédit en droit luxembourgeois », in *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 359 et s. ; dans le droit suisse, v. C. REYMOND et J. REVACLIER, « Les opérations fiduciaires en droit suisse », in *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 445 et s.

<sup>977</sup> V. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, *Economica, op. cit.*, n° 289.

<sup>978</sup> V. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 21 ; M. CANTIN-CUMYN, « L'avant projet de loi relatif à la fiducie, du point de vue civiliste d'outre-atlantique », *op. cit.*, n° 14.



même technique a déjà été adoptée au Mexique avec succès <sup>979</sup> et doit avoir le même destin en France.

**622.-** De plus, comme la technique du patrimoine d'affectation « assure la cohésion d'un ensemble pécuniaire par la création d'un lien fictif entre tous les biens et toutes les charges, entre tous les droits et toutes les obligations nés du chef de la fiducie » <sup>980</sup>, le patrimoine fiduciaire va constituer une masse indépendante du patrimoine personnel du fiduciaire et des autres patrimoines fiduciaires détenus par un même fiduciaire <sup>981</sup>. Ce qui aurait comme effet notamment de protéger le patrimoine fiduciaire des créanciers dont leur créance n'est pas née de la gestion de ce patrimoine <sup>982</sup>.

---

<sup>979</sup> Le *fideicomiso* (fiducie) a été adopté (*Ley de Bancos de Fideicomisos* du 30 juin 1926) comme un mandat irrévocable (théorie impulsée par R. ALFARO comme un moyen d'expliquer le *trust* et de permettre ainsi son introduction en Amérique latine [sur un exposé de cette théorie, v. R. ALFARO, « El trust en el derecho civil », *op. cit.*, p. 168 et s. ; R. MOLINA PASQUEL, « Naturaleza jurídica del fideicomiso », *Jus.* 1944, Vol. 13, p. 1 et s., spéc. p. 5 et s.]), mais la doctrine n'a jamais été satisfaite par la législation adoptée. Ainsi, des réformes (*Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* du 26 août 1932) ont été faites au *fideicomiso* et la technique du patrimoine d'affectation a été introduite. Le législateur mexicain a tiré son inspiration des idées de P. LEPAULLE (sur une analyse de la réception de la théorie de LEPAULLE dans le droit mexicain, v. R. MOLINA PASQUEL, « Recepción, evolución, y estado actual del fideicomiso en el derecho mercantil », *Rev. Bancaria* 1961, Vol. 9, p. 193 et s., spéc. p. 199 et s.). Selon MOLINA PASQUEL (in « Evolución del pensamiento jurídico mexicano en materia de trust y fideicomiso », *Rev. Bancaria*, 1955 Vol. 3 p. 173 et s., spéc. p. 175) la source d'inspiration a été l'article de P. LEPAULLE (« La naturaleza del trust », *op. cit.*), plutôt que son *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international* (*op. cit.*). La Cour suprême du Mexique a confirmé que le patrimoine fiduciaire est un patrimoine d'affectation mais que le fiduciaire en acquiert la titularité (v. Amparo en revisión en materia de trabajo No. 3308 de 1950, Sec. 2<sup>a</sup>. Sosa García Efraín., *Sem. Jud. de la Fed.*, T. CVIII, Vol. 2, p. 1328 et s.). C'est la différence entre la théorie de LEPAULLE où personne n'est le titulaire du patrimoine d'affectation et le droit mexicain dont le fiduciaire en est le titulaire. Sur des adeptes de la théorie du patrimoine fiduciaire comme un patrimoine sans titulaire, v. A. LAJOUS, « A propósito del fideicomiso », *op. cit.*, p. 53 et 54 ; J. LANDERRECHE OBREGON, « Naturaleza del fideicomiso en el derecho mexicano », *Jus.* 1942, Vol. 9, p. 193 et s., spéc. p. 196 et s. ; J. A. ZEPEDA, « Consideraciones acerca de la naturaleza de la llamada propiedad fiduciaria », *El Foro* 1971, 5<sup>a</sup> época, n° 21, p. 87 et s.

<sup>980</sup> R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, *op. cit.*, n° 57.

<sup>981</sup> Ainsi, J. BARRERA GRAF (in « Naturaleza jurídica del fideicomiso, quiebra del fideicomisario », *R.F.D.M. (U.N.A.M.)*, n° 28, oct-dic 1957, p. 200 et s., spéc. p. 231) écrit que « chaque patrimoine constitue une masse ou un ensemble qui forme une universalité, chaque patrimoine doit être administré par ses propres règles et, surtout, chacun répond à ses propres dettes, qui sont étrangères et inopposables aux autres patrimoines » (« *cada uno de dichos patrimonios constituye una masa o conjunto que integra una universalidad, cada patrimonio debe ser administrado por reglas propias y, sobre todo, cada uno responde a deudas propias, que son ajenas e inoponibles los otros* »).

<sup>982</sup> En ce sens il a été écrit que « le patrimoine d'affectation est un outil très efficace puisqu'il permet de protéger une affectation déterminée, neutralisant les effets du droit de gage général » (C. KUHN, « Une fiducie française », *op. cit.*, p. 32, spéc. p. 40).

**623.-** Mais si le législateur a utilisé la technique du patrimoine d'affectation pour isoler les biens fiduciaires de ceux qui appartiennent personnellement au fiduciaire (§ 1), il n'a pas « été au bout des conséquences de la reconnaissance du concept de patrimoine d'affectation »<sup>983</sup>, dans la mesure où il permet, à titre subsidiaire, que les créanciers de la fiducie puissent exercer leur droit de gage général sur le patrimoine du constituant (§ 2).

## § 1.- PATRIMOINE FIDUCIAIRE, PATRIMOINE AFFECTÉ

**624.-** Jusqu'à l'adoption de la fiducie et de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée<sup>984</sup>, la doctrine patrimoniale qui dominait le droit français était celle dégagée au XIX<sup>ème</sup> siècle par Charles AUBRY et Charles RAU<sup>985</sup> qui ont tiré leur inspiration du juriste allemand Karl Solomo Zachariae von Lingenthal.

---

<sup>983</sup> Y. EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droits des biens », *op. cit.*, p. 65.

<sup>984</sup> L'instauration du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée a été faite par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010.

Sur le sujet, v. C. CHAMPAUD, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », *RTD com.* 1979, p. 579 ; F. ROUSSEL, « Combinaison fiducie et entreprise à patrimoine affecté : le regard de l'entrepreneur », *JCP N* 2009, 1361 ; J.-L. PIERRE, « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », *JCP E* 2009, 2184 ; B. SAINTOURENS, « L'instauration du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée par la loi du 15 juin 2010 », *RTD com.* 2010, p. 681 ; B. SANTOURENS, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Rev. sociétés* 2010, p. 351 ; F. MARMOZ, « L'EIRL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise », *D.* 2010, p. 1570 ; E. DUBUISSON, « Projet de loi relatif à l'EIRL.- Comprendre la technique et les enjeux », *JCP N* 2010, 1115 ; M.-L. COQUELET, « EIRL versus EURL », *Dr. sociétés* 2010, repère 5 ; E. DINH, « L'EIRL, un hybride en droit français » *JCP E* 2010, 1979 ; T. REVET, « Introduction », in *Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL), Dr. et patrimoine* avril 2010, n° 191, p. 56 et s. ; S. SCHILLER, « L'évolution dans la composition du patrimoine affecté », in *Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL), Dr. et patrimoine* avril 2010, n° 191, p. 84 et s. ; Ph. THERY, « Le passif : situation générale », in *Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL), Dr. et patrimoine* avril 2010, n° 191, p. 85 et s. ; F. TERRE, « La personne et ses patrimoines.- Des pépins par milliers », *JCP G* 2010, 1328 ; A. GUESMI, « EIRL versus EURL à l'aune du droit de procédures collectives », *D.* 2011, p. 104 ; F. BARRIERE et R. ELINEAU, « L'EIRL ou l'échec du droit des sociétés ? », *Dr. de sociétés* 2011, étude 8.

<sup>985</sup> In *Cours de droit civil français d'après la méthodologie de Zachariae, T. VI*, 4<sup>ème</sup> éd., 1873, § 573 et s.

En plus des traités, manuel et ouvrages généraux qui traitent sur le patrimoine, v. B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. dactyl. Paris II, 1998 ; D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, 2003, préf. Ph. Jestaz ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois, 2007, préf. D. Tomasin (sur une opinion de cette ouvrage, v. E. PUTMAN, *RTD civ.* 2008, p. 375) ; F. BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique*, *op. cit.* ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.* ; R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, *op. cit.*, n° 56 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », in *Aubry et Rau leurs œuvres leurs enseignements*, Presses Universitaires de

**625.-** Leur théorie commence en énonçant que « le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne envisagé comme formant une universalité de droit »<sup>986</sup> ; comme le patrimoine est une création intellectuelle, « les éléments dont il se compose doivent revêtir le même caractère »<sup>987</sup>, ainsi le patrimoine n'est composé que par des droits et des obligations et non pas par « les objets extérieurs sur lesquels portent les droits d'une personne »<sup>988</sup>. Par conséquent la notion de patrimoine est liée à la personnalité juridique car seuls les sujets des droits peuvent avoir des droits et des obligations. Ainsi il en résulte « que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine ; que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien ; que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot »<sup>989</sup>.

**626.-** Bien que « la loi admet[te] l'existence d'autres universalités de droit, confirmant que la personnalité juridique ne se confond pas avec la notion de patrimoine »<sup>990</sup>, cette théorie est devenue en droit français un dogme<sup>991</sup>. Raison pour laquelle cette doctrine du patrimoine devient un des obstacles de la réception du *trust via*

Strasbourg, 2006, p. 63 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2003, p. 667 ; F. ZENATI-CASTAING, « Patrimoine », *RTD. civ.* 1994, p. 888 ; M.-A. FRISON-ROCHE, *Sociologie juridique du patrimoine, La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine, dans la perspective de la fiducie*, Laboratoire de sociologie juridique Paris II, 1995 ; Ph. DUPICHOT, « L'unicité du patrimoine aujourd'hui.- Observations introductives », *JCP N* 2009, 1356 ; F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ.* 1996, p. 819.

<sup>986</sup> Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthodologie de Zachariae, op. cit.*, § 573, p. 229.

<sup>987</sup> *Ibidem*, § 573, p. 230.

<sup>988</sup> *Ibidem*.

<sup>989</sup> *Ibidem*, § 573, p. 231.

<sup>990</sup> F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 276.

Même AUBRY et RAU ont remarqué l'existence d'autres universalités à côté du patrimoine (in *Cours de droit civil français d'après la méthodologie de Zachariae, op. cit.*, § 574, p. 234).

Pour cette raison certains auteurs ne considèrent pas que l'introduction d'un patrimoine d'affectation par la fiducie ait été vraiment une innovation ou qu'elle bouleverse notre droit (en ce sens, v. R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 23). Par contre « la fiducie constitue bien la première technique qui évoque expressément la notion de patrimoine d'affectation » (F. ROUSSEL, M.-C. LARCHER, O. HOAREAU et A. DOBIGNY, « De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) », *JCP N* 2008, 1282, n° 55 et *JCP E* 2008, 2199 n° 55). Pour cette raison on peut considérer que l'introduction de la technique du patrimoine d'affectation est vraiment une innovation majeure.

fiducie <sup>992</sup>, car « sans doute la consécration de la fiducie porterait-elle atteinte à l'unicité du patrimoine » <sup>993</sup>. Attendu qu'un des effets de la fiducie est la création d'un patrimoine à la tête du fiduciaire, ce dernier devient ainsi titulaire de plusieurs patrimoines : d'abord il aura son patrimoine personnel et à côté il aura un patrimoine fiduciaire pour chaque contrat de fiducie passé.

**627.-** Comme toute théorie, celle d'AUBRY et RAU a aussi sa contre-théorie <sup>994</sup>. Outre-Rhin une théorie objective, connue comme patrimoine à but ou patrimoine d'affectation, a été formulée par BRINZ <sup>995</sup>. Contrairement à la théorie subjective qui faisait du sujet de droit le centre de gravité, la théorie objective se délaisse de la personne et fixe son attention sur le but assigné à une activité déterminée ; ainsi, le patrimoine est l'ensemble des biens affectés à une fin déterminée <sup>996</sup>, dont les biens affectés à cet activité constituent les actifs du patrimoine et les dettes nées dans l'exercice de cette activité représentent les passifs <sup>997</sup>. En conséquence, des patrimoines peuvent exister en dehors de la personne, c'est-à-dire le patrimoine peut être sans titulaire.

**628.-** La théorie du patrimoine d'affectation a trouvé des adeptes en droit français, dont quelques un y ont apporté des modifications. Or la théorie de BRINZ a été adaptée à la française, car si un patrimoine peut exister au tour d'un but, le patrimoine devrait aussi

<sup>991</sup> En ce sens, v. M.-A. FRISON-ROCHE, *Sociologie juridique du patrimoine, La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine, dans la perspective de la fiducie*, op. cit., n° 77 et s.

<sup>992</sup> V. F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 422 et s.

<sup>993</sup> D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, op. cit., n° 11.

En ce sens, v. V. BOCCARA, « La fiducie fait son entrée dans le droit français », *PA* 15 mars 2007, n° 54, p. 3, spéc. p. 3.

<sup>994</sup> Pour de critiques à la théorie du patrimoine AUBRY et RAU, v. B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, op. cit., n° 48 et s.

<sup>995</sup> Faute de maîtriser la langue allemande, je n'ai pas eu accès aux ouvrages originaux, j'ai dû me contenter d'ouvrages français.

Sur une analyse de cette théorie, v. R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, op. cit., n° 76 et s. ; B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, op. cit., n° 50 et s. ; F. BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique*, op. cit., n° 324 ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, op. cit., n° 908 et s. ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, préf. R. Nerson, n° 385 et s.

<sup>996</sup> En ce sens, v. J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey-Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 207.

<sup>997</sup> V. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. I, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 419 (cette édition n'est citée que cette fois, tous les autres sont du 4<sup>ème</sup> éd.).

avoir un titulaire <sup>998</sup>. Ainsi, cette théorie se trouve au milieu de la théorie subjective d'AUBRY et RAU et de la théorie objective de BRINZ. En effet, « le but ne sera donc plus une substitution mais un complément » <sup>999</sup>. Comme conséquence de cette théorie, une même personne peut être le titulaire de plusieurs patrimoines.

**629.-** C'est à cette dernière théorie que le législateur français s'est attaché pour la fiducie, car contrairement au droit québécois qui a adopté le patrimoine sans maître pour la fiducie <sup>1000</sup>, c'est le fiduciaire qui est considéré comme le titulaire de droits fiduciaires <sup>1001</sup>. Ainsi, « le sacro-saint principe de l'unicité du patrimoine en est lui-même toute bouleversé » <sup>1002</sup>.

**630.-** Bien que la législation n'utilise pas le terme de patrimoine d'affectation, comme le fait la législation luxembourgeoise <sup>1003</sup>, on l'induit de divers articles de loi. D'abord la définition donnée par l'article 2011 du Code civil prévoit que le fiduciaire devra détenir les biens fiduciaires séparément de son propre patrimoine, donc il devra les utiliser conformément à l'affectation établie par le constituant. Ensuite le terme de patrimoine fiduciaire est utilisé dans l'article 2018-1, 2021, 2023, 2024, 2025, 2027 et 2030 du Code civil ; cette terminologie fait penser à un patrimoine indépendant du patrimoine personnel du fiduciaire, ce qui est renforcé par l'article 2026 du Code civil qui prévoit que le fiduciaire va répondre « sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission ». Si le fiduciaire n'avait qu'un seul patrimoine, pourquoi faire une distinction entre le patrimoine fiduciaire et son patrimoine personnel ? Enfin, les articles 2024 et 2025 du Code civil ne laissent aucun doute sur le fait que le patrimoine fiduciaire est un patrimoine d'affectation puisque la séparation entre le patrimoine personnel du fiduciaire et le patrimoine fiduciaire est réalisée ; l'accès à l'actif fiduciaire est réservé

---

<sup>998</sup> V. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 388 et s. et 390 et s. ; B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 55 et s.

<sup>999</sup> D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 4.

<sup>1000</sup> V. l'article 1261 du Code civil du Québec.

<sup>1001</sup> V. *supra*, n<sup>o</sup> 391 et s.

<sup>1002</sup> J. MESTRE, « Le droit civil venu d'autrefois », *Rev. Lamy dr. civ.* avril 2007, n<sup>o</sup> 37, p. 3, spéc. p. 3.

<sup>1003</sup> Sur le droit luxembourgeois, v. Association luxembourgeoise des juristes de Banque, « La fiducie des établissements de crédit en droit luxembourgeois », *op. cit.*, p. 357 et s. ; *Trust et fiducie la Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise, actes du colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003*, s. la dir. de A. PRÜM et C. WITZ, Montchrestien, 2005 ; A. PRÜM et C. WITZ, « La nouvelle fiducie luxembourgeoise », in *Trust et fiducie la Convention de La Haye et*

uniquement aux créanciers fiduciaires <sup>1004</sup>. Ainsi, les créanciers personnels du fiduciaire n'ont pas accès au patrimoine fiduciaire.

**631.-** Le fait qu'il puisse y avoir des actifs fiduciaires qui ne seront affectés qu'aux passifs fiduciaires ne laisse aucun doute : le contrat de fiducie a comme effet la création d'une universalité juridique. Par contre, il n'est pas clair que la fiducie va créer un nouveau patrimoine à côté du patrimoine personnel du fiduciaire <sup>1005</sup> ou si seulement une division va être créée dans son patrimoine <sup>1006</sup>.

**632.-** Bien que cette discussion ne soit que théorique, il est fort intéressant d'analyser certains effets juridiques qui ne se voient que quand il y a pluralité de fiduciaires. Dans le cas où le patrimoine fiduciaire serait distinct de celui du fiduciaire, le patrimoine fiduciaire ne formera qu'une universalité juridique mais avec une pluralité de titulaires (ce qui est contraire à l'interprétation *a contrario* du principe de l'unité du patrimoine [une personne un patrimoine], un patrimoine une personne).

**633.-** Par contre si le patrimoine fiduciaire n'était qu'une sous-enveloppe dans le patrimoine général du fiduciaire, il y aurait, pour une fiducie, une pluralité d'universalités juridiques, une pour chaque fiduciaire. Chaque sous-enveloppe serait la même dans chaque patrimoine personnel de chaque fiduciaire. En conséquence, une seule fiducie créera autant d'universalités qu'il existe de fiduciaires, dont chacune sera identique aux autres, mais situées dans un patrimoine différent. Pour cette raison Mme. FAMILY affirme que la fiducie ne porte pas atteinte au principe de l'unité du patrimoine, car le fiduciaire n'aurait qu'un patrimoine <sup>1007</sup>.

---

*la nouvelle législation luxembourgeoise, actes du colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003*, s. la dir. de A. PRÜM et C. WITZ, Montchrestien, 2005, p. 65 et s.

<sup>1004</sup> En ce sens, v. C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, n° 293.

<sup>1005</sup> V. *ibidem*, n° 252 et n° 562 et s. ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 21 ; F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières - pour une fiducie de valeurs mobilières*, LGDJ, 1997, préf. L. Lorvellec, n° 623.

<sup>1006</sup> V. R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, *op. cit.*, n° 103 et s. ; R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 9 ; A.-S. COURTIER, « La fiducie et le principe d'unité du patrimoine », *Gaz. Pal.* 2007, 1, doct. p. 234.

<sup>1007</sup> In *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, *op. cit.*, n° 92.

**634.-** De cette état de choses, il paraît plus simple d'admettre que la fiducie va constituer un patrimoine distinct de celle du ou des fiduciaire(s). De plus comme la loi fiduciaire fait référence à la notion du patrimoine fiduciaire, on peut induire que le patrimoine fiduciaire est différent et indépendant de celui du fiduciaire. Ainsi, le fiduciaire va être titulaire de son patrimoine personnel et d'un patrimoine pour chaque fiducie ; il existerait autant de patrimoines fiduciaires que de contrats de fiducie <sup>1008</sup>. En conséquence, le principe d'unité du patrimoine a été brisé par l'adoption de la fiducie <sup>1009</sup>, tendance qui a continué avec l'adoption de l'EIRL.

**635.-** Comme la masse fiduciaire constitue un patrimoine, une universalité juridique, les actifs fiduciaires sont affectés aux passifs fiduciaires ; c'est-à-dire que les avoirs fiduciaires vont être utilisés pour payer les dettes fiduciaires <sup>1010</sup>. Mais comme le fiduciaire va être le titulaire de plusieurs patrimoines, il faut savoir quels sont les actifs et les passifs qui se sont affectés les uns à les autres <sup>1011</sup>.

**636.-** Les actifs d'un patrimoine fiduciaire déterminé sont ceux qui ont été transmis au fiduciaire par le constituant, leurs fruits, leurs produits, ainsi que tout bien qui les a remplacés, par le jeu de la subrogation réelle, durant la vie du contrat de fiducie <sup>1012</sup>.

---

<sup>1008</sup> En ce sens, v. F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières - pour une fiducie de valeurs mobilières*, *op. cit.*, n° 623.

<sup>1009</sup> En ce sens, v. Ph. DUPICHOT, « Rapport de synthèse », in *La fiducie dans tous ses états : Journées nationales, T. XV, Paris-Est Créteil, le 15 avril 2010*, Dalloz, 2011, p. 89 et s., spéc. n° 25 ; *contra*, v. R. BOFFA, *La destination de la chose*, *op. cit.*, n° 560-1 ; M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *op. cit.* (selon l'auteur « le législateur peine à éradiquer l'unité du patrimoine » [n° 8]. M. GRIMALDI arrive à cette conclusion puisque comme la richesse de biens fiduciaires n'appartient pas au fiduciaire ; donc la fracture de l'unité du patrimoine du fiduciaire n'est qu'apparente car « rien ne justifierait que les créanciers personnels du fiduciaire puissent les saisir ». Pour lui, la fiducie brise plutôt l'unité du patrimoine du constituant. En effet, cette institution permet au constituant « de placer certains de ses biens hors d'atteinte de certains de ses créanciers » ; mais comme l'alinéa 2 de l'article 2025 du Code civil prévoit, de plein droit, que les créanciers fiduciaires bénéficient d'une extension de leur gage fiduciaire au patrimoine du constituant, la scission voulue par le constituant n'est pas absolue).

<sup>1010</sup> « Un actif patrimonial ne saurait être envisagé seul, il est nécessairement mis en relation avec un passif, réalité négative » (C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, n° 247).

<sup>1011</sup> En ce sens, v. *ibidem*.

<sup>1012</sup> En ce sens, v. B. KAN-BALIVET, « Les clés du contrat de fiducie-gestion », *Dr. et patrimoine* octobre 2009, p 70 ; spéc. p. 74 ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 46.

**637.-** Comme la personne du fiduciaire agit en même temps en plusieurs qualités ou capacités <sup>1013</sup>, les obligations qu'elle a engagé ne sont pas nécessairement des dettes fiduciaires <sup>1014</sup> ; et même dans le cas de dettes fiduciaires, quand le fiduciaire l'est de plus d'une fiducie, il faudra ensuite s'interroger sur la fiducie à laquelle appartient cette dette.

**638.-** Ainsi, il faut s'arrêter sur la cause de la créance. Quelle créance est considérée comme une créance fiduciaire et donc un passif fiduciaire ? La réponse à cette question nous la trouvons dans le premier alinéa de l'article 2025 du Code civil. Pour que la créance puisse être considérée comme un passif fiduciaire, il faut que la créance soit née de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire <sup>1015</sup> et dans le cas où le fiduciaire le serait de plusieurs fiducies, il faudra chercher à identifier sur la conservation ou la gestion de quel patrimoine fiduciaire la créance a été constituée. De cette manière les créanciers dont la créance est née de la conservation ou de la gestion d'un patrimoine fiduciaire ne peuvent saisir les biens que du patrimoine fiduciaire qui a été la cause de leur créance.

**639.-** En conséquence, « une corrélation actif-passif semble fonctionner en circuit fermé : le passif est garanti par l'actif qui est dans le même temps la cause des dettes » <sup>1016</sup>, c'est-à-dire les dettes fiduciaire sont nées à cause de l'exploitation des actifs fiduciaires. La

---

<sup>1013</sup> Sur la pluralité des personnalités d'une personne et ces effets sur la notion du patrimoine, v. M.-A. FRISON-ROCHE, *Sociologie juridique du patrimoine, La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine, dans la perspective de la fiducie, op. cit.*, n° 140 et s.

Selon l'auteur, « le patrimoine se conjugue assez naturellement au pluriel, dès l'instant que l'impression est aujourd'hui constituée de vivre plusieurs vies dans une » (*ibidem*, p. 11). En ce même sens MM. GRIMALDI et REYNIS se sont posé la question sur la signification de l'unicité de la personne et ils ont répondu : « Certes, elle l'est dans son corps ; elle est physiquement une et indivisible. Mais elle est, au contraire, multiple et plurale dans ses activités sociales : elle n'est pas au travail ce qu'elle est en famille. C'est donc pur verbalisme que d'asseoir l'unité du patrimoine sur celle de la personne » (in « Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel », *Deffrénois* 1987, art. 33947, p. 587).

<sup>1014</sup> V. C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité, op. cit.*, n° 555.

<sup>1015</sup> En ce sens, v. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 47 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité, op. cit.*, n° 553 ; C. KUHN, « Une fiducie à la française », *op. cit.*, p. 40 et 41.

De plus, on peut interpréter l'article 2025 du Code civil comme interdisant au fiduciaire de garantir des obligations des tiers avec des biens fiduciaires, à moins que cette opération soit en relation avec l'exploitation du patrimoine fiduciaire et donc avec l'exécution du contrat de fiducie. Ainsi, par exemple le fiduciaire ne pourra pas se porter caution de l'obligation d'autrui, si le cautionnement n'est pas en relation à l'exploitation du patrimoine fiduciaire.

<sup>1016</sup> C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité, op. cit.*, n° 248.



nature contractuelle ou extracontractuelle de la créance est sans incidence <sup>1017</sup> puisque la créance trouve sa source dans les actifs fiduciaires.

**640.-** De cette manière, toute créance qui n'est pas créée à cause du patrimoine fiduciaire ne peut pas être considérée comme un passif fiduciaire. Donc, les créanciers personnels du fiduciaire ne peuvent pas saisir le patrimoine fiduciaire <sup>1018</sup>, « ce qui évite aux bénéficiaires les concours des créanciers personnels du fiduciaire, en cas d'insolvabilité de celui-ci » <sup>1019</sup>; en conséquence, l'insolvabilité du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire <sup>1020</sup>.

**641.-** De la sorte, les « droits fiduciaires ne font plus partie du patrimoine du constituant, mais n'augmentent pas non plus le patrimoine du fiduciaire » <sup>1021</sup>. C'est logique car « l'actif dont le fiduciaire est devenu propriétaire à l'occasion de la convention fiduciaire a été acquis par lui sans contrepartie directe [...] il serait dès lors inéquitable et injustifié d'inclure le patrimoine fiduciaire dans l'assiette du gage général des créanciers personnels du fiduciaire, qui n'ont aucune relation avec l'opération fiduciaire se trouvant à la base de ce transfert d'actifs » <sup>1022</sup>. De plus, comme le transfert n'a pas été fait au bénéfice du fiduciaire mais pour l'accomplissement d'une mission, le fait qu'on protège le patrimoine fiduciaire des créanciers du fiduciaire protège aussi la volonté du constituant.

---

<sup>1017</sup> En ce sens, v M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 47.

<sup>1018</sup> Ainsi, le fiduciaire peut (et est obligé de le faire) défendre le patrimoine fiduciaire des attaques de ses créanciers personnels et de toute personne dont la créance n'est pas née de l'administration de la fiducie en question (en ce sens, v. R. GOLDSCHMIDT, « El fideicomiso en la reciente legislación venezolana », *Bol. del Inst. de Der. Comp. de Méx., UNAM*, Año X, mayo-ago, 1957, n° 29, p. 9 et s., spéc. p. 15 et 16).

<sup>1019</sup> M. ELLAND-GOLDSMITH, « Fiducie et trust – éléments d'une comparaison », *Banque et droit* 1990, n° 14, p. 241, spéc. p. 242.

<sup>1020</sup> V. L'article 2024 du Code civil.

<sup>1021</sup> « *los bienes o derechos fideicomitidos dejan de formar parte del patrimonio del fideicomitente, sin implicar un incremento del patrimonio del fiduciario* » (C. A. AROCHA MORTON, « El fideicomiso en México, notas sobre América Latina (segunda parte) », *R.I.J. de la E.L.D.* año 7 n° 7 1983 p. 65 et s., spéc. p. 68). Dans le même sens M. DUPICHOT écrit que bien que les biens fiduciaires soient sortis « de l'assiette du droit de gage général du constituant, ils n'ont jamais entré dans celle du fiduciaire » (in « Opération fiduciaire sur le sol français », *op. cit.*, p. 7 ; « Opération fiduciaire sur le sol français », *JCP E* 2007, act. 134, p. 3, spéc. p. 5).

<sup>1022</sup> Association luxembourgeoise des juristes de Banque, « La fiducie des établissements de crédit en droit luxembourgeois », *op. cit.*, p. 359.

**642.-** Aussi, pour que les créanciers aient accès au patrimoine fiduciaire, il faut que leur créance soit dûment engagée. D'abord le fiduciaire étant le titulaire du patrimoine fiduciaire, ce n'est que lui qui a le pouvoir d'engager ce patrimoine <sup>1023</sup> ; ainsi ni le constituant ni le bénéficiaire ne peuvent le faire. Ensuite, en conformité à l'article 2021 du Code civil, quand le fiduciaire agit pour le compte d'une fiducie déterminée, il en doit faire expressément mention ; au contraire il devient personnellement tenu par cette obligation <sup>1024</sup>. Enfin, comme il existe une présomption légale que le fiduciaire dispose des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, les obligations, qui sont créées en dehors de ces pouvoirs, seront considérées comme des passifs fiduciaires <sup>1025</sup> (avec un droit d'agir en responsabilité civile contre le fiduciaire <sup>1026</sup>), à moins qu'il soit démontré que les tiers avaient connaissances de la limitation des pouvoirs du fiduciaire <sup>1027</sup>.

**643.-** Bien que les créanciers du fiduciaire ne puissent pas saisir le patrimoine fiduciaire, il est possible que l'insolvabilité du fiduciaire ait comme conséquence l'extinction de la fiducie <sup>1028</sup>. Car l'alinéa 2 de l'article 2029 du Code civil prévoit l'extinction de la fiducie dans le cas où le fiduciaire ferait l'objet d'une liquidation judiciaire. Pour cette raison on considère que la rédaction de l'article 2024 du Code civil est un peu trompeuse, puisque s'il est vrai que les créanciers du fiduciaire ne peuvent pas saisir le patrimoine fiduciaire, il n'est pas vrai que la liquidation judiciaire du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire. Car, si la liquidation judiciaire a comme effet que la

---

<sup>1023</sup> En ce sens, v. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 47.

<sup>1024</sup> En ce sens, v. S. PRIGENT, « Premier pas en fiducie dans le code civil », *op. cit.*, p. 283.

<sup>1025</sup> *Contra*, v. M. LEROY, « Le passif fiduciaire », *Dr. et patrimoine* juin 2008, p. 58, spéc. p. 60. Selon l'auteur, comme l'article 2026 du Code civil établit que le fiduciaire serait responsable personnellement pour des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission, les fautes de gestion ne peuvent pas être considérées comme un passif fiduciaire, mais elles font naître des obligations personnelles au fiduciaire. S'il est vrai que les fautes de gestion engagent la responsabilité civile du fiduciaire, cela n'enlève pas la possibilité que cette faute de gestion puisse créer aussi, en faveur d'autrui, une créance fiduciaire. Ainsi, si le fiduciaire contracte avec un tiers, en dehors de ses pouvoirs et que le tiers ignore les limites du fiduciaire, conformément à l'article 2023 du Code civil, le tiers devient créancier fiduciaire et conformément à l'article 2026 du Code civil le fiduciaire engage sa responsabilité (v. *infra*, n° 759 et s.).

<sup>1026</sup> Sur la responsabilité du fiduciaire, v. *infra*, n° 759 et s.

<sup>1027</sup> V. l'article 2023 du Code civil.

<sup>1028</sup> V. l'article 2024 du Code civil.

fiducie prend fin (sauf si le contrat de fiducie le prévoit autrement), alors le patrimoine fiduciaire s'éteint aussi <sup>1029</sup>.

**644.-** Si en principe les biens ne sont accessibles qu'aux créanciers fiduciaires, il ne faut pas oublier que ces biens ont appartenu auparavant au constituant. Ainsi, le transfert fiduciaire peut affecter les intérêts des créanciers du constituant ; raison pour laquelle on ne peut pas les ignorer. D'abord, en conformité à l'adage *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, le fiduciaire ne reçoit pas plus que ce que le constituant avait. En conséquence, si le constituant avait constitué et publié, antérieurement au contrat de fiducie, un droit de suite attaché à une sûreté, le titulaire de ce droit peut toujours suivre le bien dans le patrimoine fiduciaire. Ensuite, si le constituant crée la fiducie avec l'objectif de frauder ses créanciers, la fiducie leur serait inopposable. Les créanciers doivent pouvoir attaquer le contrat de fiducie aussi, s'il est créé en période suspecte <sup>1030</sup>. Bien que ces tempéraments <sup>1031</sup> soient signalés dans l'alinéa 1 de l'article 2025 du Code civil, ils relèvent du droit commun.

**645.-** Si l'utilisation de la technique du patrimoine d'affectation a comme conséquence que seuls les créanciers fiduciaires puissent saisir le patrimoine fiduciaire, une autre conséquence en serait que les créanciers fiduciaires ne peuvent saisir que le patrimoine fiduciaire. « La logique du patrimoine d'affectation conduit à restreindre aux seules biens fiduciaires » <sup>1032</sup>, ainsi le gage des créanciers fiduciaires devrait être limité à l'actif fiduciaire <sup>1033</sup>. Par contre, le législateur a prévu autrement <sup>1034</sup> en « prévoyant une responsabilité subsidiaire et alternative du constituant et du fiduciaire » <sup>1035</sup>.

---

<sup>1029</sup> A lieu de voir dans la liquidation judiciaire une raison d'extinction de la fiducie, il serait mieux que le législateur établisse une modalité de transfert du patrimoine fiduciaire (en ce sens, v. J.-Ph. DOM, « La fiducie-gestion et le contrat de société », *Rev. Sociétés* 2007, p. 481, spéc. n° 24).

<sup>1030</sup> Sur une critique à cette solution, v. F. BARRIERE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *op. cit.*, n° 27.

Sur la fiducie et le droit de faillites, v. D. LEGAIS, « Fiducie », *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 23. ; J. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, « El fideicomiso y la separación en la quiebra. Disposiciones especiales en la legislación mexicana », *Rev. Esc. Nac. Jurisp.*, n°s 7-8, T. II, p. 353 et s.

<sup>1031</sup> Pour une étude approfondie de ces tempéraments, v. C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, *op. cit.*, n° 588 et s.

<sup>1032</sup> M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 47.

<sup>1033</sup> En ce sens, v. B. KAN-BALIVET, « Les clés du contrat de fiducie-gestion », *op. cit.*, p. 75.

<sup>1034</sup> V. l'alinéa 2 de l'article 2025 du Code civil.

<sup>1035</sup> C. WITZ, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye au trust », *op. cit.*, p. 1372.

## § 2.- PATRIMOINE FIDUCIAIRE, PATRIMOINE INFECTÉ

**646.-** Bien que l'extension du gage fiduciaire au patrimoine du constituant n'affecte pas le patrimoine fiduciaire <sup>1036</sup>, il faut l'analyser pour comprendre le régime français du patrimoine fiduciaire, technique utilisée pour protéger la masse fiduciaire.

**647.-** L'alinéa 2 de l'article 2025 du Code civil prévoit qu'« en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire » <sup>1037</sup>.

**648.-** En permettant aux créanciers fiduciaires d'avoir de plein droit accès au patrimoine du constituant en cas d'insuffisance d'actifs fiduciaires, « la stricte corrélation actif-passif inhérente à la logique de l'affectation, ne semble pas respectée » <sup>1038</sup>. De cette manière, il n'y a pas « une affectation exclusive du patrimoine fiduciaire en garantie de l'opération visée par la fiducie, ce qui est contraire à l'idée même d'un patrimoine d'affectation » <sup>1039</sup>. Raison pour laquelle on peut douter de la réalité du patrimoine

La possibilité des créanciers fiduciaires de saisir le patrimoine du constituant en cas d'insuffisance d'actifs fiduciaires a été une des critiques lancées par la professeur LARROUMET à la loi fiduciaire (in « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *op. cit.*, n° 16).

<sup>1036</sup> Au contraire, le patrimoine fiduciaire bénéficie de cette extension, puisque comme les créanciers vont avoir un deuxième patrimoine pour se faire payer, plus de personnes seront prêtes pour contracter avec le fiduciaire.

Sur la perméabilité du patrimoine fiduciaire, v. F. ROUSSEL, « Intérêts et limites de la fiducie après la LME, au sens du droit de sûretés », *Dr. et patrimoine* décembre 2008, n° 176, p. 28, spéc. p. 29 et s.

<sup>1037</sup> Avant l'instauration du statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, mais après l'adoption de la fiducie, la doctrine s'est demandée si la fiducie pouvait être utilisée comme un moyen de limiter la responsabilité de l'entrepreneur individuel. La conclusion a été évidemment que l'alinéa 2 de l'article 2025 du Code civil ne permettait pas le faire, sauf si conformément à l'alinéa 3 de l'article 2025 du Code civil les créanciers fiduciaires par un acte de volonté limitent leur gage au seul patrimoine fiduciaire (v. F. ROUSSEL, M.-C. LARCHER, O. HOAREAU et A. DOBIGNY, « De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) », *JCP N* 2008, 1282 ; de mêmes auteurs avec le même titre, *JCP E* 2008, 2199).

<sup>1038</sup> C. KUHN, « Une fiducie à la française », *op. cit.*, p. 40.

<sup>1039</sup> B. MALLET- BRICOUT, « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *Dr. et patrimoine* octobre 2009, p. 79, spéc. note de page n° 22.

fiduciaire en tant que patrimoine d'affectation <sup>1040</sup>, car l'affectation de l'actif au passif et du passif à l'actif n'est pas exclusive.

**649.-** Il faut bien être clair, « sur le plan théorique, le législateur n'a pas créé une solidarité qui ferait du constituant (ou du fiduciaire personnellement) un co-débiteur. Il n'a pas non plus créé un cautionnement conjoint. Il a dérogé à la logique du patrimoine. Les dettes nées au titre d'un patrimoine pourront, de plein droit, être dues par un autre patrimoine » <sup>1041</sup>.

**650.-** En plus d'être contraire à l'idée même d'un patrimoine d'affectation, il est contraire à l'un des principes fondamentaux du droit civil, celui de l'effet relatif de contrats qui est affirmé à l'article 1165 du Code civil. Car la logique fiduciaire « n'implique pourtant aucune représentation ni participation du constituant aux activités fiduciaires » <sup>1042</sup>. Bien que le principe impose qu'un contrat ne produise des effets qu'à l'égard des parties, c'est-à-dire qu'un contrat ne puisse pas produire des obligations à l'encontre d'un tiers, l'alinéa 2 de l'article 2025 du Code civil prévoit précisément le contraire : les obligations contractées par le fiduciaire peuvent devenir des obligations du constituant, si les actifs fiduciaires deviennent insuffisants.

**651.-** L'objectif du législateur semble être d'éviter que le constituant, par l'intermédiaire de la fiducie, ne puisse diviser *de facto* son patrimoine vis-à-vis des créanciers fiduciaires <sup>1043</sup>. Car, quand le constituant se désigne bénéficiaire de la fiducie, il met à l'abri ses actifs personnels des créanciers fiduciaires, malgré le fait que ces

---

<sup>1040</sup> V. Y. EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la *common law* : entre droit des contrats et droits des biens », *op. cit.*, p. 63 et s.

*Contra*, v. Mme. KUHN qui a écrit que bien que le patrimoine fiduciaire ne soit pas la seule structure à garantir les engagements fiduciaires, cela « ne change pas la nature juridique du patrimoine fiduciaire, il demeure quand même un patrimoine d'affectation puisque cet actif reste exclusivement affecté à la garantie de l'activité fiduciaire » (in « Une fiducie à la française », *op. cit.*, p. 41).

<sup>1041</sup> F. BARRIERE, « Commentaire de la loi no 2007-211 19 février 2007 (deuxième partie) », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 556, spéc. n° 23.

<sup>1042</sup> C. KUHN, « Une fiducie à la française », *op. cit.*, p. 42.

<sup>1043</sup> En revanche, vis-à-vis de créanciers personnels du constituant, cette division *de facto* n'existe pas. Car, en étant bénéficiaire de la fiducie, la créance à l'encontre du fiduciaire va subroger aux biens transférés au fiduciaire (en ce sens PRIGENT a écrit que « le constituant ne conservera alors, après s'être départi de ses biens, que des droits [...] de nature personnelle [une créance sur le patrimoine fiduciaire] » [in « Deuxième pas en fiducie », *AJDI* 2009, p. 421, spéc. p. 424]). Ainsi, son droit en tant que bénéficiaire de la fiducie peut être saisi par ces créanciers personnels.

créanciers sont un peu le siens aussi, car comme bénéficiaire il maintient la richesse des biens transférés<sup>1044</sup>. Par contre, il faut bien admettre la possibilité que le constituant ne soit pas un ou l'un des bénéficiaires, hypothèse où aucune division *de facto* n'existerait dans la patrimoine du constituant, où alors l'objectif du législateur et l'article 2025 du Code civil reste sans objet.

**652.-** M. PRÜM a bien résumé ce qu'on a décrit dans les paragraphes précédents : « la solution paraît très rigoureuse pour les constituants qui sont obligés, en première ligne, de supporter des dettes qu'ils n'ont pas directement contractées et qui ne l'ont pas été nécessairement dans leur intérêt direct, mais possiblement dans celui des bénéficiaires »<sup>1045</sup>.

**653.-** Si l'alinéa 2 de l'article 2025 du Code civil prévoit aussi la possibilité que le patrimoine personnel du fiduciaire soit le gage commun de créanciers fiduciaires, cette hypothèse diffère de celle du constituant, car le patrimoine personnel du fiduciaire devient le gage subsidiaire des créanciers fiduciaires par un acte de volonté et non pas de plein droit. En effet, il n'y a rien d'anormal à ce qu'une personne assure par son consentement les obligations d'une autre.

**654.-** Enfin, le dernier alinéa de l'article 2025 du Code civil prévoit que le contrat puisse cantonner le passif fiduciaire à l'actif fiduciaire, mais à condition que le créancier fiduciaire accepte cette limitation expressément. Ce qui de même peut difficilement arriver en pratique<sup>1046</sup>.

**655.-** Bien que l'extension du gage fiduciaire ne mette pas en péril le patrimoine fiduciaire, il met en péril celui du constituant ; en conséquent, puisque ces dispositions continuent d'exister, elles vont diminuer l'attrait pratique pour le constituant<sup>1047</sup> et donc diminuer le développement de la fiducie.

---

<sup>1044</sup> En ce sens, v. M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *op. cit.*, n° 6 et s.

<sup>1045</sup> In « L'arrivée annoncée de la fiducie », *RD bancaire et fin.* 2007, alerte 1, spéc. p. 2.

<sup>1046</sup> En ce sens, v. F. ROUSSEL, M.-C. LARCHER, O. HOAREAU et A. DOBIGNY, « De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) », *JCP N, op. cit.*, n° 33.

<sup>1047</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 35 ; M. LEROY, « Le passif fiduciaire », *op. cit.*, p. 61 ; F. BARRIERE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *op. cit.*, n° 23.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**656.-** Comme le fiduciaire-*trustee* est le titulaire de droits mis en fiducie-*trust*, il faut une technique pour ségréguer ces droits de ceux qui lui appartiennent « personnellement ». Dans le cas contraire, des tiers qui ont accès au patrimoine personnel du fiduciaire-*trustee* auraient accès au patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Aussi, la manque de ségrégation aurait comme effet que les biens de différents fiducies-*trusts* se confondraient dans le patrimoine personnel du fiduciaire-*trustee*. Pour faire face à cette problématique *Equity* a, par ses décisions, peu à peu élargi le champ d'opposabilité du *trust*, et par voie de conséquence a ségrégué les biens mis en *trust* de tout tiers ayant accès au patrimoine personnel du *trustee*. De cette manière, ni les successeurs ni les créanciers du *trustee* n'ont plus accès aux biens mis en *trust*. Le droit français a fait appel à la notion de patrimoine d'affectation pour séparer les bien fiduciaires de ceux appartenant personnellement au fiduciaire, pour ainsi les séparer des autres biens fiduciaires. En revanche, le législateur n'a pas tiré toutes les conséquences de cette technique. En effet, si le patrimoine fiduciaire s'avère insuffisant pour payer les dettes fiduciaires, les créanciers pourront saisir le patrimoine du constituant.





## CONCLUSION DU TITRE II

**657.-** Comme des tiers peuvent endommager le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, il est nécessaire que ce patrimoine soit protégé à leur égard. Il faut comprendre par tiers toute personne qui n'est pas le titulaire du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Cela implique nécessairement de savoir qui est ce titulaire. Cette titularité est un moyen de protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, puisqu'elle va donner la titularité des droits qui le composent ; ainsi le titulaire de ces droits va pouvoir exclure toute personne qui interfère avec son droit, et va donc ainsi pouvoir mettre en place des moyens pour empêcher que son droit soit violé par un tiers. Pour cette raison, il n'est pas étonnant que le législateur ait prévu que la titularité du patrimoine fiduciaire soit entre les mains du fiduciaire. Bien que la doctrine s'interroge sur la qualité de propriétaire du fiduciaire, aucune contradiction juridique n'existe avec la « propriété ordinaire ». Aussi, aucune contradiction n'existe entre les autres types de droits qui peuvent être détenus en fiducie avec leurs homologues hors fiducie. Il en est ainsi en droit anglais où personne ne doute de cette qualité du *trustee*.

**658.-** Si la titularité des droits est un moyen de protection à l'encontre des tiers, cette titularité est aussi un danger, puisque les tiers qui auront accès au patrimoine personnel du fiduciaire-*trustee* auront aussi accès aux biens mis en fiducie-*trust*. En conséquence, la titularité des droits ne suffit pas à protéger ces biens : il faut encore une autre technique pour le protéger de certains tiers. En droit anglais, comme *Equity* a élargi le champ d'opposabilité du *trust*, des tiers qui avaient accès à la « propriété personnelle » du *trustee* n'ont plus accès aux biens mis en *trust*. Le droit français a fait appel à la technique du patrimoine d'affectation, pour séparer les biens personnels du fiduciaire des biens fiduciaires, pour ainsi ségréguer les différents biens appartenant aux différentes fiducies. La conséquence est que les biens fiduciaires vont composer un patrimoine différent de celui du fiduciaire et des autres fiducies.



## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

**659.-** Il est préférable d'éviter que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit endommagé, plutôt que de sanctionner son endommagement ; c'est essentiel pour la bonne gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund* et pour les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts*. Ainsi, il faut que des moyens préventifs de protection soient mis en place. Les moyens préventifs de protection diffèrent, selon que les dangers proviennent du fiduciaire-*trustee* lui-même ou qu'ils proviennent d'un tiers. De cette manière, on protège différemment le patrimoine fiduciaire-*trust fund* à l'encontre du fiduciaire-*trustee* qu'à l'encontre des tiers.

**660.-** Les dangers, auxquels doit faire face le patrimoine fiduciaire-*trust fund* vis-à-vis du fiduciaire-*trustee*, sont de deux ordres. Le premier consiste dans la possibilité que le fiduciaire-*trustee* décide d'agir en faveur de son intérêt personnel et de celui d'un tiers, au détriment des intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts*. Cela aurait comme effet un préjudice pour le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Pour éviter que les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts* soient sacrifiés en faveur d'autres intérêts, le fiduciaire-*trustee* va se voir imposer une obligation qui le force à agir dans le seul intérêt de ses bénéficiaires. Cette obligation est connue comme le devoir de loyauté-*duty of loyalty*. L'autre danger, auquel doit faire face le patrimoine fiduciaire-*trust fund* vis-à-vis du fiduciaire-*trustee*, est la négligence de celui-ci. En effet, pour la bonne gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, il s'avère nécessaire que le fiduciaire-*trustee* agisse avec soin et compétence. C'est en effet l'objet du devoir de diligence-*duty of care* qui est imposé au fiduciaire-*trustee* pour éviter qu'il néglige les affaires de sa mission.

**661.-** Les dangers, auxquels doit faire face le patrimoine fiduciaire-*trust fund* vis-à-vis des tiers, consistent dans l'accès légal ou illégal qu'ils peuvent avoir aux biens fiduciaires. Puisque, si des tiers endommagent un bien fiduciaire ou s'ils en saisissent un, le patrimoine fiduciaire-*trust fund* sera amoindri au détriment des bénéficiaires-*cestuis que trusts*. La première façon d'interdire aux tiers l'accès au patrimoine fiduciaire-*trust fund*, est de donner la titularité de ce patrimoine et des biens qui le composent, uniquement au

fiduciaire-*trustee*. Cela aura comme conséquence qu'il pourra exclure des tiers et donc mettre en place des moyens préventifs pour les exclure, et éviter ainsi qu'ils puissent endommager le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. De plus, le fiduciaire-*trustee* n'aurait pas que le pouvoir de le faire, mais il serait obligé de le faire. Cette titularité a comme effet que les biens fiduciaires entrent dans le patrimoine personnel du fiduciaire-*trustee*, ce qui les met en péril, puisque certains tiers, notamment les créanciers personnels du fiduciaire-*trustee*, auront accès à eux. Pour cette raison, pour empêcher que certains tiers aient accès aux biens fiduciaires, il faut mettre en place un système qui sépare ces biens de ceux appartenant personnellement au fiduciaire-*trustee*. Le droit anglais a à travers les décisions d'*Equity* opposé le *trust* à tout le monde, alors que le droit français a fait appel à la notion de patrimoine d'affectation. Comme le droit anglais a opposé le *trust* à tout le monde, il est parvenu à ce que des tiers qui avant avaient accès aux biens mis en *trust* ne l'ont plus. De cette manière, le droit anglais a évité que les biens mis en *trust* soient perdus en faveur des tiers comme les créanciers et héritiers du *trustee*. Dans le droit français, la technique utilisée est celle du patrimoine d'affectation. Ainsi, les biens fiduciaires deviennent une universalité juridique différente du patrimoine du fiduciaire et des autres patrimoines fiduciaires. Ce qui évite aussi que des tiers, qui ont accès au patrimoine personnel du fiduciaire et aux autres patrimoines fiduciaires, ne puissent accéder au patrimoine fiduciaire, ainsi protégé d'eux.

**662.-** De cette façon, on prévient, autant que possible, que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit endommagé par le fiduciaire-*trustee* et par des tiers. En revanche, ces moyens préventifs de protection ne sont pas infaillibles : aussi faut-il s'interroger sur les moyens curatifs de protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

## **PARTIE II**

# **LA PROTECTION CURATIVE DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE-*TRUST FUND***





**663.-** Bien qu'il existe des moyens pour empêcher que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit endommagé, ces moyens ne sont pas infaillibles. Le patrimoine fiduciaire-*trust fund* peut être endommagé à cause de la violation par le fiduciaire-*trustee* de l'une de ses obligations, ou sans aucune faute du fiduciaire-*trustee*. Ainsi, il est nécessaire que le constituant et les bénéficiaires-*cestuis que trusts* disposent de recours pour faire face aux préjudices soufferts par le patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

**664.-** Notre étude se limitera à l'hypothèse dans laquelle le patrimoine fiduciaire-*trust fund* serait endommagé à cause d'une faute du fiduciaire-*trustee* <sup>1048</sup> (puisque les techniques juridiques utilisées pour réparer le dommage causé à cette universalité dans l'hypothèse dans laquelle elle serait endommagée sans aucune faute du fiduciaire-*trustee* est « indépendante » du droit spécial de la fiducie-*trust*). Ainsi, par exemple, le dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund* du fait qu'un tiers n'aurait pas exécuté le contrat qui le lie avec le fiduciaire-*trustee*, va être réparé par des techniques juridiques (la responsabilité contractuelle notamment) indépendantes du droit spécial de la fiducie-*trust* ; subséquemment, le fait que le tiers aurait contracté avec un fiduciaire-*trustee* est sans incidence sur le droit applicable à cette hypothèse. Il en serait également ainsi si un tiers s'appropriait indument un bien mis en fiducie-*trust* (la technique serait celle de la revendication) ou lui causait un dommage (la technique serait celle de la responsabilité extracontractuelle).

**665.-** En conséquence, nous n'analyserons que les hypothèses dans lesquelles le fiduciaire-*trustee* violerait une de ses obligations ; dans la mesure où cette violation pourrait être préjudiciable au patrimoine fiduciaire-*trust fund*, le constituant et les bénéficiaires-*cestuis que trusts* doivent être bien armés pour se protéger contre des violations du fiduciaire-*trustee*. Pour bien protéger les bénéficiaires-*cestuis que trusts* et le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, il faut leur octroyer des remèdes personnels (titre I) comme des remèdes réels (titre II) <sup>1049</sup>.

---

<sup>1048</sup> Sur la faute du fiduciaire-*trustee*, v. *infra*, n° 786 et s.

<sup>1049</sup> Nous limiterons notre étude à ce qui fait la particularité de l'institution de la fiducie, c'est-à-dire, en l'occurrence, aux remèdes offerts spécifiquement au constituant et aux bénéficiaires. En revanche, les voies d'exécution de ces remèdes n'étant pas spécifiques au droit de la fiducie, il n'y sera pas consacré de développements spécifiques (sur ce thème, v. par exemple F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1077 et s.).





## **TITRE I**

# **LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- *TRUST FUND* PAR DES REMÈDES PERSONNELS**





**666.-** Dès lors que le contrat de fiducie a été valablement constitué, il tient lieu de loi entre les parties, que sont le constituant et le fiduciaire, et quand une tierce personne est le bénéficiaire grâce à la stipulation pour autrui, la fiducie tient lieu de loi aussi pour les bénéficiaires. Bien que le *trust* ne soit pas un contrat, la force obligatoire du lien de droit entre le *trustee* et les *cestuis que trusts* n'en est pas pour autant moins puissante. En conséquence, le constituant et les bénéficiaires-*cestuis que trusts* ont différents moyens<sup>1050</sup> pour faire face à la violation par le fiduciaire-*trustee* de ses obligations.

**667.-** Parmi les différents moyens, offerts par le droit commun de contrats, pour faire face aux violations par le fiduciaire (qui généralement vont avoir un effet négatif sur le patrimoine fiduciaire) certains remèdes visent l'exécution du contrat, d'autres l'anéantissement du contrat, et d'autres encore visent à réparer les dommages causés. Si dans le droit anglais, il existe des remèdes ayant comme objectif d'obtenir l'exécution du *trust* et de réparer le dommage causé par sa violation, en revanche la violation du *trustee* n'est jamais sanctionnée par l'anéantissement du *trust*. En outre, comme l'anéantissement de la fiducie va aussi avoir pour effet l'anéantissement du patrimoine fiduciaire, ce remède ne peut pas être considéré comme un moyen de protection de cette universalité ; pour cette raison elle restera en dehors de notre étude<sup>1051</sup>.

**668.-** De cette manière on se limitera à analyser les remèdes qui visent à l'exécution de la fiducie-*trust* (chapitre I) et ceux qui visent à réparer le dommage souffert par cette universalité (chapitre II)<sup>1052</sup>.

---

<sup>1050</sup> On n'utilise pas le terme 'sanction' puisque « l'exécution forcée en nature n'est pas une sanction mais une mise en force du contrat. On ne punit pas un contractant en l'obligeant à faire ce à quoi il s'est engagé » (N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC* 2005, p. 36, spéc. n° 18).

<sup>1051</sup> Il est même douteux que la résolution du contrat de fiducie, comme sanction de l'inexécution, soit possible puisqu'il existe la possibilité de remplacer le fiduciaire (dans un sens proche, v. C. M. KIPER et S. V. LISOPRAWSKI, *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario*, *op. cit.*, p. 127).

<sup>1052</sup> Les titres sont inspirés de ceux de FABRE-MAGNAN (in *Les obligations*, *op. cit.*, n° 206).



## CHAPITRE I

### LES REMÈDES VISANT L'EXÉCUTION DE LA FIDUCIE-*TRUST*

**669.-** Bien que l'institution de la fiducie repose principalement sur les obligations du fiduciaire, elle est un contrat synallagmatique où le constituant s'oblige aussi envers le fiduciaire. En effet, les obligations principales du constituant sont l'obligation de transférer les biens qu'il veut mettre en fiducie, et l'obligation de rémunérer le fiduciaire pour les services rendus. En réalité, une fois les biens transférés et délivrés, le constituant n'aura qu'à rémunérer le fiduciaire.

**670.-** Ainsi, si le fiduciaire n'exécute pas ses obligations, le constituant va pouvoir faire pression en refusant lui-même d'exécuter les siens ; plus précisément le constituant va pouvoir refuser de continuer à le rémunérer. De cette manière le principe d'exception d'inexécution va être un moyen d'inciter le fiduciaire à exécuter ses obligations <sup>1053</sup>. En revanche, cette voie ne peut pas toujours être ouverte, puisqu'il est possible que le constituant n'ait plus d'obligation à exécuter ; il en est surtout ainsi quand le fiduciaire se fait rémunérer directement à partir du patrimoine fiduciaire. De plus, elle n'assure pas l'exécution de la fiducie : si le fiduciaire persiste à ne pas exécuter ses obligations, le constituant et les bénéficiaires vont devoir faire usages d'autres remèdes pour obtenir le résultat voulu.

**671.-** En conséquence, si le fiduciaire n'exécute pas volontairement ses obligations, le constituant et les bénéficiaires vont pouvoir demander l'exécution forcée de l'obligation méconnue, et si nécessaire, demander son remplacement. Par le remplacement du fiduciaire, les bénéficiaires vont avoir la possibilité de remplacer celui-ci par une autre personne qui serait prête à exécuter la fiducie, ce que le fiduciaire remplacé n'a pas voulu

---

<sup>1053</sup> En ce sens, v. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, n° 206, p. 555.

ou pu faire <sup>1054</sup>. En ce qui concerne le remplacement du fiduciaire, on ne se réfère pas à l'hypothèse de l'exécution du contrat par un tiers aux dépens du débiteur, visée par les articles 1143 et 1144 du Code civil, mais à celle de l'article 2027 du même code. En effet, les obligations nées du chef de la fiducie ne peuvent être accomplies que par le titulaire du patrimoine fiduciaire et des droits qui le composent <sup>1055</sup>. Pour cette raison l'article 2027 du Code civil prévoit le transfert du patrimoine fiduciaire au nouveau fiduciaire.

**672.-** Comme dans le droit français, si le *trustee* n'exécute pas ses obligations les *cestuis que trusts* peuvent aussi demander l'exécution forcée du *trust* et, si les circonstances le méritent, demander son remplacement. Ainsi, nous analyserons dans un premier temps l'exécution forcée de la fiducie-*trust* (section I), pour ensuite étudier le remplacement du fiduciaire-*trustee* (section II). Comme l'exécution de la fiducie-*trust* a en principe un effet positif sur le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, les remèdes qui guérissent l'inexécution du fiduciaire-*trustee* vont protéger cette universalité.

## SECTION I.- L'EXÉCUTION EN NATURE DES OBLIGATIONS DU FIDUCIAIRE-*TRUSTEE*

**673.-** La plupart des obligations du fiduciaire-*trustee* s'exécutent sur les biens mis en fiducie-*trust*, et ont comme objectif l'accomplissement de l'affectation donnée à ces biens. Ainsi, la bonne exécution des obligations du fiduciaire-*trustee* non seulement respecterait l'affectation établie par le constituant-*settlor*, mais en plus elle aurait, en principe, un effet positif sur le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, ce qui peut, dans certaines circonstances, s'avérer essentiel pour l'accomplissement de la mission du fiduciaire-*trustee* et pour l'octroi des avantages aux bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

---

<sup>1054</sup> Bien que le remplacement du fiduciaire puisse être considéré comme un moyen préventif de protection du patrimoine fiduciaire (puisque ce remède empêche que l'ancien fiduciaire puisse causer des dommages au patrimoine fiduciaire), on va l'analyser ici puisque le remplacement est aussi un moyen de sanctionner le fiduciaire.

<sup>1055</sup> En ce sens, v. C. KUHN, « Une fiducie à la française », *op. cit.*, p. 44.

**674.-** Il en serait ainsi par exemple dans l'hypothèse où la mission du fiduciaire-*trustee* serait d'obtenir la participation majoritaire d'une entreprise déterminée <sup>1056</sup> ; où le constituant-*settlor* aurait transféré la liquidité nécessaire pour que le fiduciaire-*trustee* puisse acheter les actions nécessaires pour obtenir cette participation majoritaire. De la sorte, si le fiduciaire-*trustee* n'accomplit pas volontairement la prestation promise, une exécution forcée de cette obligation serait nécessaire ; dans le cas contraire, la participation majoritaire ne s'obtiendrait pas et la mission prévue par le constituant-*settlor* deviendrait impossible.

**675.-** Pour cette raison, quand le fiduciaire-*trustee* n'exécute pas volontairement ses obligations, les bénéficiaires-*cestuis que trusts* et, dans la fiducie, le constituant <sup>1057</sup>, devraient avoir la possibilité de recourir à l'exécution forcée de la prestation méconnue <sup>1058</sup>. Bien sûr, pour que le fiduciaire-*trustee* puisse être contraint à exécuter en nature l'obligation méconnue, il faut que cette exécution soit encore possible <sup>1059</sup> et que les parties intéressées y trouvent encore un intérêt <sup>1060</sup>.

**676.-** En droit français, les bénéficiaires et le constituant vont pouvoir forcer le fiduciaire à exécuter la prestation promise ; cela résulte de la nature contractuelle de la fiducie, dont les règles relatives à l'inexécution contractuelle sont alors applicables.

---

<sup>1056</sup> Pour justifier cette idée, il faut imaginer que l'achat des actions permettant d'obtenir la participation majoritaire est une obligation de résultat et non de moyens.

<sup>1057</sup> « Nul ne doute que celui-ci est investi du droit de tout contractant d'exiger de son cocontractant - le fiduciaire - la bonne exécution du contrat dans les termes stipulés » (G. BLANLUET et J.-P. LE GALL, « La fiducie, une œuvre inachevée.- Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007 », *JCP G* 2007, I, 169, spéc. n° 13).

<sup>1058</sup> Par « exécution en nature », on fait référence à l'exécution de la prestation originelle que le fiduciaire-*trustee* aurait méconnue (en ce sens en droit français, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2011, n° 15 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1998, n° 62 ; en droit anglais, v. *Black's law dictionary*, 3<sup>ème</sup> Pocket éd., *op. cit.*, v° *remedy*, spéc. *specific remedy*).

<sup>1059</sup> En droit français, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janvier 2007 : *Bull. civ.* I, n° 19 : *JCP* 2007, IV, 1360 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 novembre 2008 : *JCP* 2009, IV, 1003 ; en droit anglais, v. R. P. MEAGHER, W. M. C. GUMMOW et J. R. F. LEHANE, *Equity, doctrines and remedies*, Buttersworths, 3<sup>ème</sup> éd., 1992, n° 2028.

<sup>1060</sup> En effet, en droit français les parties d'un contrat peuvent toujours renoncer à l'exécution en nature (G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 21-1). En droit anglais, on conçoit l'hypothèse où les *cestuis que trusts* ont le droit de choisir entre l'exécution en nature et la condamnation pécuniaire (*Shepherd v Moults* [1845] 4 Hare 500, spéc. p. 503 et 504) ; ainsi si les *cestuis que trusts* choisissent la condamnation pécuniaire, ils renoncent donc à l'exécution en nature.

**677.-** Dans le droit de contrats anglais, il existe aussi la possibilité de forcer le débiteur à une exécution en nature : principalement par le biais du remède connu sous le nom de *specific performance*<sup>1061</sup>. En revanche, le *trust* n'est pas de nature contractuelle et contrairement à ce que nous fait croire M. BARRIERE<sup>1062</sup>, le remède de *specific performance* n'a pas d'application dans le droit du *trust*<sup>1063</sup>. En effet, dans la doctrine sur le *trust*, on ne trouve aucune mention du *specific performance*<sup>1064</sup>, et dans la doctrine sur le *specific performance*, on ne trouve pas non plus de mention des *trusts*<sup>1065</sup>.

**678.-** Cela ne signifie pas pour autant que les obligations du *trustee* ne puissent être l'objet d'une exécution forcée ; si « le droit fondamental d'un bénéficiaire est d'avoir le *trust* dûment administré conformément aux dispositions de l'acte du *trust* [...] et du droit commun »<sup>1066</sup>, cela implique nécessairement que les obligations du *trustee* puissent être l'objet d'une exécution forcée en nature. En effet, les secours aux Chanceliers étaient faits pour obliger les *feoffees to use* à exécuter leurs prestations, et non pas pour qu'ils indemnisent les *cestuys to use* pour le dommage causé par la violation d'*use*.

**679.-** Le fait qu'il soit possible de forcer le fiduciaire-*trustee* à exécuter en nature les obligations promises pose deux questions : une sur le domaine d'application de l'exécution forcée en nature (§ 1) ; une autre sur la liberté des juges face à l'exécution en nature (§ 2).

---

<sup>1061</sup> Sur *specific performance*, v. G. H. TREITEL, « Ch. 27 Specific performance », in *Chitty on contracts*, V. I, Thomson Reuters, 13<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 27-001 et s.

L'exécution en nature du contrat peut s'obtenir aussi par le remède appelé *injunction* (v. *ibidem*, n° 27-060 et s.).

<sup>1062</sup> *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 573 et 574.

<sup>1063</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, op. cit., p. 827 ; F. H. LAWSON, *Remedies of English law*, Penguin Books, 1972, p. 230 et 258.

<sup>1064</sup> Parmi les auteurs lus, nous n'avons trouvé qu'un auteur qui utilise la notion de *specific performance* (G. G. BOGERT et G. T. BOGERT, *The law of trusts and trustees, Sections 861 to 960*, West Publishing Co., 2<sup>ème</sup> éd. révisé, 1984, § 861, p. 21 et s.) ; en revanche il l'utilise d'une manière indépendante de la technique du droit de contrats. D'autres auteurs utilisent d'autres termes pour se référer à l'exécution forcée en nature des obligations du *trustee*, par exemple A. W. SCOTT parle de « *specific enforcement* » (in *Abridgement of the law of trusts*, Little, Brown and Co., 1960, § 199).

<sup>1065</sup> V. par exemple R. P. MEAGHER, W. M. C. GUMMOW et J. R. F. LEHANE, *Equity, doctrines and remedies*, op. cit., n° 2001 et s. ; G. H. TREITEL, « Ch. 27 Specific performance », op. cit., n° 27-001 et s. ; SNELL, *Snell's equity*, op. cit., p. 585 et s.

<sup>1066</sup> « *the basic right of a beneficiary is to have the trust duly administered in accordance with the provisions of the trust instrument [...] and the general law* » (*Target Holdings Ltd v Redferns* [1996] 1 AC 421, spéc. p. 434).



## § 1.- LE DOMAINE D'APPLICATION DE L'EXÉCUTION EN NATURE

**680.-** Quand l'article 1134 du Code civil affirme que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, cela ne fait que confirmer le principe de la force obligatoire du contrat <sup>1067</sup>. En effet, les contractants sont obligés de respecter le contrat qu'ils ont passé ; dans le cas contraire, il s'ouvre au créancier une gamme de moyens de défense pour faire face à la violation de son contrat.

**681.-** Si le principe de la force obligatoire du contrat implique juridiquement le respect du contrat, la question qui se pose est de savoir si cela implique nécessairement une exécution forcée en nature de l'obligation méconnue.

**682.-** La force obligatoire du contrat implique que des effets juridiques soient attachés à la violation du lien contractuel ; ainsi l'*exceptio non adimpleti contractus* (l'exception d'inexécution), l'exécution forcée du contrat, l'exécution du contrat par un tiers ou par le créancier lui-même aux dépens du débiteur, le remplacement du fiduciaire, la résolution du contrat, la responsabilité civile contractuelle, soit sous la forme d'une réparation en nature, soit sous la forme de dommages-intérêts, ne sont que des manifestations du principe de la force obligatoire du contrat. En conséquence, aucune contradiction n'existe entre ces différents effets juridiques et la force obligatoire du contrat <sup>1068</sup>.

**683.-** En revanche, il est évident qu'entre les différentes solutions données à la méconnaissance du contrat, certaines sont plus respectueuses du contrat que d'autres. Cela implique nécessairement une hiérarchisation entre les différents moyens de défense ouverts

---

<sup>1067</sup> Pour le fondement de la force obligatoire du contrat, v. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, op. cit., n° 28 ; L. AYNES, « A propos de la force obligatoire du contrat », *RDC* 2003, p. 323.

<sup>1068</sup> Pour cette raison il est discutable de considérer que l'allocation de dommages-intérêts méconnaît la force obligatoire du contrat ou qu'elles soient incompatibles (en ce sens, v. N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », op. cit., n° 11 ; Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 161, spéc. p 175 ; F. BELLIVIER et 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 XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 91 et s., spéc. n° 31 et s. et 38).

aux créanciers victimes de la défaillance de leur débiteur <sup>1069</sup>. Il faut bien être clair : nous ne cherchons pas à savoir si une solution déterminée est ou n'est pas satisfaisante pour le créancier, ni même laquelle serait la plus satisfaisante pour lui (cela dépendra des circonstances de chaque cas concret) ; mais nous nous intéressons à la solution la plus respectueuse du lien contractuel. Donc, si l'exécution forcée de la prestation promise a comme conséquence de faire respecter le contrat comme les parties l'ont prévu, celle-ci ne peut être que la solution la plus respectueuse du lien contractuel <sup>1070</sup>.

**684.-** Pour cette raison, si le principe de la force obligatoire du contrat n'implique pas nécessairement l'exécution en nature du contrat, ce principe est quand même plus respecté quand le débiteur défaillant est forcé à exécuter en nature la prestation promise : elle est donc la solution prioritaire <sup>1071</sup>.

**685.-** Subséquemment, il paraîtrait évident que toute type d'obligation (de faire, de ne pas faire, et de donner) pourrait être l'objet d'une exécution en nature. En revanche, de la lecture littérale de l'article 1142 du Code civil <sup>1072</sup>, on ne peut pas conclure la même chose. En effet, en conformité à la lettre de cette disposition, on doit conclure que, si le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire n'exécute pas son obligation volontairement, le créancier doit se contenter de l'allocation de dommages-intérêts <sup>1073</sup>.

---

<sup>1069</sup> *Contra*, v. Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *op. cit.*, p. 175 (l'auteur écrit qu'« il n'existe pas en droit commun de hiérarchie légale des sanctions de l'inexécution du contrat »).

<sup>1070</sup> Pour cette raison des auteurs sont partisans de l'idée que l'allocation de dommages-intérêts est une solution inférieure à l'exécution en nature (v. par exemple, N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *op. cit.*, n° 12 ; W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, p. 700, spéc. n°s 3, 6 et s. ; *contra*, v. Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *op. cit.*).

<sup>1071</sup> En ce sens, v. G. VINEY « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 167 et s., spéc. n° 3.

<sup>1072</sup> « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

<sup>1073</sup> Par cette interprétation, on adhère à l'opinion majoritaire qui considère que l'article 1142 du Code civil est hostile à l'exécution forcée en nature (en ce sens, v. par exemple W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *op. cit.* ; I. CORNESSE, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *RRJ* 2203-4, p. 2422 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1113 ; M. FABRE- MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 207).

Un auteur belge (M. WERY) a donné une autre interprétation de l'article 1142 du Code civil, qui consiste à faire la différence entre la condamnation à une exécution forcée en nature et l'exécution de cette condamnation, auquel l'article 1142 s'applique seulement ; ainsi les juges peuvent ordonner une exécution forcée en nature mais, si le débiteur ne l'exécute pas volontairement, le

Comme cet article ne fait qu'affirmer l'adage *nemo praecise cogi potest ad factum* (nul ne peut être contraint à faire quelque chose)<sup>1074</sup>, il est évident que l'objectif du législateur était de protéger la liberté individuelle du débiteur<sup>1075</sup>.

**686.-** Si *stricto sensu* l'article 1142 du Code civil n'est pas en contradiction avec le principe de la force obligatoire du contrat exprimé dans l'article 1134 du Code civil<sup>1076</sup>, on ne peut pas nier que le principe est affaibli du fait que les obligations de faire et de ne pas faire ne peuvent pas être l'objet d'une exécution forcée en nature. Il en est ainsi puisque, si la sanction de la violation contractuelle ne consistait que dans une condamnation pécuniaire, tout d'abord le contrat ne serait pas exécuté comme prévu par les parties, mais en plus tout débiteur pourrait modifier unilatéralement l'objet de l'obligation par le seul fait de son inexécution<sup>1077</sup>; or ceci serait contraire au principe de l'immutabilité du contrat, selon lequel les parties ne peuvent révoquer ou modifier le contrat que d'un commun accord conformément au deuxième paragraphe de l'article 1134 du Code civil<sup>1078</sup>.

**687.-** En outre, l'article 1142 du Code civil est en directe contradiction avec d'autres dispositions du Code civil qui prévoient l'exécution forcée en nature de l'obligation méconnue : l'article 1143<sup>1079</sup>, le deuxième paragraphe de l'article 1184<sup>1080</sup> et l'article 1228<sup>1081</sup>.

créancier doit se contenter d'une allocation de dommages-intérêts (in « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel, rapport belge », in *Des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 205 et s., spéc. n° 2 et s. ; pour des auteurs en faveur de cette théorie, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 16.2 ; F. BELLIVIER et R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *op. cit.*, n° 11 et s.).

<sup>1074</sup> V. H. ROLAND, *Lexique juridique, Expressions latines*, *op. cit.*, v° *nemo praecise cogi potest ad factum*.

<sup>1075</sup> En ce sens, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 16.1.

<sup>1076</sup> V. *supra*, n° 680 et s.

<sup>1077</sup> Pour cette raison, on pourrait parler des obligations alternatives (G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 16.1), ou encore des obligations facultatives (N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *op. cit.*, n° 11).

<sup>1078</sup> Les conventions « ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

<sup>1079</sup> « Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu. »

**688.-** En conséquence, nous pourrions dire que le législateur a laissé entre nos mains un conflit entre la liberté individuelle du débiteur et la force obligatoire du contrat <sup>1082</sup> (il en est ainsi puisque le principe de la force d'obligation du contrat est plus respectée quand le débiteur défaillant a l'ordre d'exécuter en nature l'obligation promise). Pour faire face à l'hostilité de l'article 1142 du Code civil, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, on interprète l'article 1142 du Code civil de manière restrictive. Ainsi, la disposition en étude se limite seulement aux obligations dont l'exécution forcée risque de mettre en péril la liberté individuelle du débiteur <sup>1083</sup>. Pour cette raison l'obligation du bailleur de restituer la chose louée <sup>1084</sup>, ou encore la convention de non-concurrence <sup>1085</sup>, sont susceptibles d'une exécution forcée en nature.

**689.-** En réalité, l'interprétation de l'article 1142 du Code civil est devenue si étroite que « la règle énoncée [...] est désormais inversée : la condamnation en nature de l'inexécution des obligations contractuelles est devenue le principe, la condamnation pécuniaire, l'exception » <sup>1086</sup>. En effet, la plupart des obligations de faire et de ne pas faire peut être l'objet d'une exécution en nature, et très peu d'hypothèses existent où l'article 1142 du Code civil est encore applicable <sup>1087</sup> ; il en est ainsi par exemple, de l'artiste qui ne peut pas être forcé à finir son œuvre <sup>1088</sup>, de la strip-teaseuse à monter sur scène <sup>1089</sup>, du professeur à donner des cours <sup>1090</sup>, et du promettant à exécuter une vente <sup>1091</sup>.

<sup>1080</sup> « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. »

<sup>1081</sup> « Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale. »

<sup>1082</sup> En ce sens, v. W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *op. cit.*, n° 1.

<sup>1083</sup> Pour une exposition de cette interprétation, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 16.1 ; I. CORNESSE, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *op. cit.*, n° 11 et s.

Pour des jurisprudences en ce sens, v. Civ., 20 janvier 1953 : *JCP* 1953, II, 7677 note P. ESMEIN ; Soc., 20 juin 1963 : *Bull. civ.* IV, n° 531.

<sup>1084</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 juin 1967 : *D.* 1967, p. 673.

<sup>1085</sup> V. Soc., 24 janvier 1979 : *Bull. civ.* V, n° 67.

<sup>1086</sup> I. CORNESSE, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *op. cit.*, n° 12.

<sup>1087</sup> Pour cette raison certains auteurs considèrent que l'article 1142 du Code civil devrait être réécrit (en ce sens, v. L. AYNES, « Rapport introductif », *RDC* 2005, p. 9, spéc. p. 11 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2011, n° 287).

<sup>1088</sup> Pour des jurisprudences en ce sens, v. I. CORNESSE, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *op. cit.*, notes de pages n° 111 et 112.

**690.-** De cette manière, la doctrine comme la jurisprudence ont avancé la prééminence de l'exécution en nature, sans pour autant sacrifier absolument la liberté individuelle du débiteur. En conséquence, si l'obligation du fiduciaire n'entre pas dans une de ses exceptions qui trouvent encore abri dans la lettre de l'article 1142 du Code civil, ce dernier serait tenu d'exécuter en nature l'obligation inexécutée.

**691.-** Si, en principe, les obligations de faire et de ne pas faire du fiduciaire sont susceptibles d'une exécution forcée en nature, il faut encore se pencher sur l'exécution forcée en nature de l'obligation de donner du fiduciaire. Le fiduciaire aurait une obligation de donner, quand il devrait passer la propriété des biens fiduciaires aux bénéficiaires, soit pendant la vie de la fiducie, soit à l'extinction de la fiducie <sup>1092</sup> (dans cette hypothèse il est possible aussi que l'obligation soit en faveur du constituant).

**692.-** En réalité, la question de l'exécution forcée en nature de l'obligation de donner ne se pose pas, puisqu'en le transfert de la propriété s'opère de plein droit ; ainsi, le transfert de la propriété est un effet purement légal du contrat ; l'obligation de donner va s'exécuter instantanément dès l'échange des consentements des contractants <sup>1093</sup>.

**693.-** En effet, l'article 2030 du Code civil <sup>1094</sup> prévoit que les biens fiduciaires font retour de plein droit au constituant dans le cas où la fiducie serait éteinte pour absence de bénéficiaires. Il en est de même quand le fiduciaire a une obligation de donner vis-à-vis des bénéficiaires, soit pendant la vie de la fiducie, soit à son extinction. Ainsi, si le constituant

<sup>1089</sup> TGI Paris (3<sup>ème</sup> Ch.), 8 novembre 1973 : *D.* 1975, p. 401, note M. PUECH (cette jurisprudence a considéré la convention comme nulle car contraire aux bonnes mœurs).

<sup>1090</sup> TGI Paris (8<sup>ème</sup> Ch.), 3 octobre 1968 : *Gaz. Pal.* 1968, 2, p. 345, note J.-P. DOUCET.

<sup>1091</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993 : *Bull. civ.* III, n° 174.

<sup>1092</sup> Sur le dénouement de la fiducie, v. M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Le dénouement de l'opération de fiducie », *Dr. et patrimoine* juin 2008, p. 63.

Pour AYNES l'article 1142 du Code civil ne devrait pas être applicable aux promesses de contrat (in « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 9, spéc. p. 11).

<sup>1093</sup> En ce sens, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, T. III, Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 159.

Pour cette raison M. FABRE-MAGNAN affirme que l'obligation de donner est un mythe (in « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85).

<sup>1094</sup> « Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant. »

a prévu que le fiduciaire doive transférer la propriété d'un bien fiduciaire, cette obligation sera exécutée automatiquement à la date prévue, sans que le fiduciaire doive réaliser un acte quelconque pour que cette transmission ait lieu <sup>1095</sup>. Si le fiduciaire a un pouvoir discrétionnaire sur la date ou sur l'objet du transfert <sup>1096</sup>, le transfert a lieu de plein droit dès le moment où le fiduciaire aura exercé ce pouvoir.

**694.-** En revanche, on pourrait se demander si le consentement du bénéficiaire est nécessaire pour que la transmission ait lieu ; cette question oublie que quand le bénéficiaire est un tiers au contrat la fiducie est une stipulation pour autrui <sup>1097</sup> et que le consentement des bénéficiaires n'est pas nécessaire pour que leurs droits soient créés <sup>1098</sup> ; de plus, les bénéficiaires auraient normalement déjà accepté le contrat de fiducie.

**695.-** Contrairement au droit français, l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles (soit sous la forme de *specific performance*, soit sous la forme d'*injunction*) <sup>1099</sup>, est exceptionnelle dans le droit anglais. En effet, le principe réside dans la condamnation pécuniaire, non seulement dans le droit de contrats mais aussi dans le droit privé général <sup>1100</sup>. Pour cette raison, on pourrait imaginer que la condamnation pécuniaire soit la solution principale pour faire face à la violation du *trust* ; en revanche, ce n'est pas le cas, le principe est de contraindre le *trustee* à exécuter son obligation en nature <sup>1101</sup>.

---

<sup>1095</sup> En ce sens, v. M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Le dénouement de l'opération de fiducie », *Dr. et patrimoine* juin 2008, p. 63, spéc. p. 66.

Ainsi, le fiduciaire ne va pas devoir passer un contrat de donation avec les bénéficiaires ; la cause qui fonde cette transmission sera la *fiduciae causa*.

<sup>1096</sup> Confier au fiduciaire un pouvoir discrétionnaire sur la distribution des revenus ou du capital devrait être une possibilité (en ce sens, v. P. BERGER, « La responsabilité de l'avocat fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états : Journées nationales, T. XV, Paris-Est Créteil, le 15 avril 2010*, Dalloz, 2011, p. 9 et s., spéc. p. 39 et s.).

<sup>1097</sup> En ce sens, v. N. BORGA, « Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code Civil) », *Rev. Lamy dr. aff.* mars 2010, n° 47, p. 83, spéc. n° 9 ; C. M. KIPER et S. V. LISOPRAWSKI, *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario, op. cit.*, p. 89.

<sup>1098</sup> En ce sens, v. B. FAGES, *Droits des obligations, op. cit.*, n° 244 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2000 : *Bull. civ. I*, n° 333.

Cela ne veut pas dire que l'acceptation du bénéficiaire ne soit pas dépourvue de portée ; le constituant pourrait toujours révoquer la fiducie dès lors que l'acceptation des bénéficiaires n'aurait pas été donnée (v. l'article 2028 du Code civil).

<sup>1099</sup> Sur le sujet, v. I. C. F. SPRY, *The principles of equitable remedies*, Sweet & Maxwell, 3<sup>ème</sup> éd., 1984, p. 52 et s. (*specific performance*), et p. 533 et s. (*injunction*).

<sup>1100</sup> En ce sens, v. R. CHAMBERS, « Liability », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 1 et s., spéc. p. 2.

<sup>1101</sup> En ce sens, v. *ibidem*, p. 3.

**696.-** Le fait que le droit de *trusts* préfère l'exécution en nature des obligations du *trustee* pourrait s'expliquer par plusieurs raisons. D'abord, comme les tribunaux de la *Common law* ont précédé les tribunaux d'*Equity*, la loi qu'ils ont imposée devait être respectée des tribunaux d'*Equity*, d'où le principe qu'*Equity follows the law*. En conséquence, si la *Common law* avait déjà prévu que l'inexécution du contrat fût sanctionnée par des dommages-intérêts, *Equity* ne pouvait pas le contredire systématiquement ; ainsi l'exécution en nature du contrat ne pouvait être ordonnée qu'exceptionnellement ; en d'autres termes, *Equity* n'avait d'autre choix que de respecter autant que possible la sanction déjà imposée par la *Common law*. Pour cette raison, l'exécution en nature du contrat inexécuté n'est possible que si la condamnation pécuniaire s'avère inadéquate <sup>1102</sup>.

**697.-** En revanche, dans le droit du *trust*, la *Common law* n'avait rien prévu pour l'hypothèse où le *feoffee to use* ne respectait pas ses obligations. En effet, comme la *Common law* considérait le *feoffee to use* comme propriétaire des biens, il pouvait utiliser les biens comme s'ils étaient les siens, donc pour la *Common law*, le *feoffee to use* ne commettait aucune violation quand il ne respectait pas sa parole donnée au *feoffor* <sup>1103</sup>. Pour cette raison, quand les chanceliers étaient saisis les premières fois pour sanctionner un *feoffee to use*, ils n'avaient aucune loi de la *Common law* à respecter ; de cette manière les chanceliers avaient la liberté d'imposer au *feoffee to use* la sanction qu'ils considéraient être la plus appropriée <sup>1104</sup>. Sans doute, le fait que les premiers chanceliers fussent des ecclésiastiques était crucial dans la tendance à favoriser l'exécution en nature d'*use*,

---

Très peu de bibliographies traitent directement ce sujet et les auteurs qui le traitent le font brièvement (v. G. G. BOGERT et G. T. BOGERT, *The law of trusts and trustees, Sections 861 to 960*, *op. cit.*, § 861, p. 21 et s. ; R. CHAMBERS, « Liability », *op. cit.* ; J. GLOVER, *Commercial equity : fiduciary relationships*, *op. cit.*, n° 6.4).

<sup>1102</sup> En ce sens, v. R. P. MEAGHER, W. M. C. GUMMOW et J. R. F. LEHANE, *Equity, doctrines and remedies*, *op. cit.*, n° 2006 ; G. H. TREITEL, « Ch. 27 Specific performance », *op. cit.*, n° 27-005.

Même si la condamnation pécuniaire s'avère inadéquate, *Equity* peut quand même nier l'exécution en nature du contrat : un fondement serait par exemple que l'exécution en nature du contrat aurait comme conséquence la violation d'un *trust* (v. *Dance v Goldingham* (1872-1873) 8 Ch.App. 902, spéc. pp. 911-913 ; I. C. F. SPRY, *The principles of equitable remedies*, *op. cit.*, p. 150 et s.).

<sup>1103</sup> V. Ph. H. PETIT, *Equity and the law of trusts*, *op. cit.*, p. 11 et s.

<sup>1104</sup> Dans un sens proche, v. F. H. LAWSON, *Remedies of English law*, *op. cit.*, p. 207.

puisque comme ils exerçaient leur juridiction conformément au terrain de la conscience morale <sup>1105</sup>, il était injuste de permettre au *feoffee to use* de violer sa parole donnée.

**698.-** A cette analyse, il faut ajouter que sanctionner les *feoffees to use* à une condamnation pécuniaire était une sanction inadéquate. A l'époque où les chanceliers ont été saisis pour la première fois, les biens mis en *use* étaient immeubles ; comme ce type de bien est considéré comme un bien unique non remplaçable, les avantages offerts par l'immeuble mis en *use* ne pouvaient être remplacés par des dommages-intérêts <sup>1106</sup>. La condamnation pécuniaire était aussi inadéquate, puisque l'objectif du *feoffor* est de ne pas réaliser une donation directe aux *cestuys que use*, mais de le faire indirectement par le biais d'*use*. Ainsi, si les *cestuys que use* n'avaient eu droit qu'à une condamnation pécuniaire, cela aurait eu comme effet le effondrement d'*use* <sup>1107</sup>, puisque non seulement il serait impossible de faire exécuter la mission du *feoffee to use*, mais aussi, au commencement d'*use*, la condamnation pécuniaire aurait été faite directement à *cestuy que use*, non pas au « patrimoine d'*use* », puisque à cette époque la notion de *fund* n'avait pas encore été développée <sup>1108</sup>.

**699.-** Si les obligations du *trustee* peuvent être l'objet d'une exécution en nature - et on a déjà exploré les possibles fondements de cette hypothèse -, il faut encore découvrir le domaine d'application de l'exécution en nature des obligations du *trustee* ; c'est-à-dire de savoir si tout type d'obligation du *trustee* peut en être l'objet ou si seulement certaines d'entre elles le sont.

**700.-** Si on commence par l'obligation de faire, on constate qu'elle peut être l'objet d'une exécution en nature. Il en est ainsi par exemple de l'obligation du *trustee* d'informer *cestuis que trusts* <sup>1109</sup> ; il est de même de l'obligation de réaliser un investissement

---

<sup>1105</sup> En ce sens, v. SNELL, *Snell's equity, op. cit.*, p. 8 ; G. MOFFAT, M. CHESTERMAN et J. DEWAR, *Trusts law : text and materials, op. cit.*, p. 27.

<sup>1106</sup> Celle-ci est une des raisons pour laquelle le contrat de vente d'un immeuble est susceptible d'exécution en nature (en ce sens, v. R. P. MEAGHER, W. M. C. GUMMOW et J. R. F. LEHANE, *Equity, doctrines and remedies, op. cit.*, n° 2007).

<sup>1107</sup> En ce sens, v. R. CHAMBERS, « Liability », *op. cit.*, p. 4.

<sup>1108</sup> Sur la responsabilité du *trustee* vis-à-vis du *trust fund*, v. *infra*, n° 770.

<sup>1109</sup> V. *Re Tillott* [1892] 1 Ch. 86, spéc. p. 88.



déterminé <sup>1110</sup> ; ou encore quand le *trustee* a une obligation de vendre un bien déterminé <sup>1111</sup>. Quant aux obligations de ne pas faire, elles peuvent aussi être l'objet d'une exécution forcée en nature : ainsi la cour a empêché un *trustee* de vendre des biens, quand cela aurait représenté une violation du *trust* <sup>1112</sup>. Enfin, le *trustee* peut aussi être contraint d'octroyer aux *cestuis que trusts* les avantages que le constituant aurait prévus pour eux ; en conséquence, si l'avantage consiste dans l'octroi de la propriété d'un bien, l'obligation de donner pourrait être l'objet d'une exécution en nature <sup>1113</sup>.

**701.-** Comme dans le droit français, le *specific performance* du contrat ne serait pas ordonné si cela mettait en péril la liberté individuelle du débiteur <sup>1114</sup>. Pour cette raison, on pourrait conclure que l'exécution forcée en nature des obligations du *trustee* serait aussi exclue dans les hypothèses où sa liberté individuelle serait en péril ; en revanche dans la bibliographie lue, il n'y a aucun indice sur cette hypothèse.

**702.-** Si, en droit français, il est nécessaire de constater l'inexécution pour pouvoir saisir la justice pour forcer le débiteur (dans notre cas le fiduciaire) à exécuter en nature l'obligation méconnue <sup>1115</sup>, en revanche en droit anglais, il est même possible de contraindre le *trustee* à une exécution en nature, même avant que l'inexécution soit constatée, et donc éviter ainsi que l'obligation soit violée <sup>1116</sup>. Ainsi par exemple, un *trustee* qui avait l'intention de vendre un bien mis en *trust*, en a été empêché parce que la vente aurait été une violation du *trust* <sup>1117</sup>.

**703.-** Il y a différents procédés par lesquels le *trustee* peut être forcé à exécuter ses obligations. L'une d'elles est la méthode appelée *account* : c'est la manière par laquelle le *trustee* est obligé à rendre compte de sa gestion <sup>1118</sup>. Un autre méthode est l'*injunction* <sup>1119</sup>,

---

<sup>1110</sup> V. *Shepherd v Moulds* (1845) 4 Hare 500, spéc. p. 503 et 504 ; *Pride v Fooks* (1840) 2 Beav. 430 ; *Byrchall v Bradford* (1821) 6 Madd. 13 ; *Byrchall v Bradford* (1822) 6 Madd. 235, spéc. p. 241.

<sup>1111</sup> V. *Fry v Fry* (1859) 27 Beav. 144, spéc. p. 145.

<sup>1112</sup> V. *Waller v Waller* [1967] 1 WLR 451.

<sup>1113</sup> V. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 18-05, p. 402 et n° 24-02.

<sup>1114</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 35 ; v. aussi la célèbre jurisprudence de *Lumley v Wagner* (1882) 1 De G.M.&G. 604.

<sup>1115</sup> Sur la mise en demeure, v. F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1079.

<sup>1116</sup> V. M. LUPOI, *Trusts : a comparative study*, trad. S. DIX, Cambridge University Press, 2000, p. 71.

<sup>1117</sup> V. *Waller v Waller* [1967] 1 WLR 451.

<sup>1118</sup> V. R. CHAMBERS, « Liability », *op. cit.*, p. 7 et s.

qui est l'ordre donné par un tribunal, soit de faire quelque chose (*mandatory injunction*<sup>1120</sup>), soit de ne pas faire quelque chose (*prohibitory injunction*<sup>1121</sup>)<sup>1122</sup>.

**704.-** Si en droit français, la plupart des obligations du fiduciaire sont susceptibles d'une exécution forcée en nature - et les juges anglais tendent aussi à forcer l'exécution en nature des obligations du *trustee* -, il faut encore chercher à savoir si l'exécution en nature est un droit des bénéficiaires-*cestuis que trusts* qui s'impose aux juges, ou s'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire des juges qu'ils pourraient remplacer par une autre solution qu'ils considèreraient comme plus appropriée<sup>1123</sup>.

## § 2.- LES JUGES FACE À L'EXÉCUTION EN NATURE

**705.-** En droit français, quand l'exécution en nature de l'obligation méconnue est demandée et que le créancier a prouvé son cas, le juge ne peut pas la refuser<sup>1124</sup>. En conséquence, si l'exécution forcée s'impose aux juges, elle s'impose aussi au débiteur quand le créancier décide de procéder ainsi ; donc le contrat qui crée une

<sup>1119</sup> Des exemples d'*injunctions* dans le droit de *trust*, v. *Milligan v Mitchell* (1833) 1 My.&K. 446 (par le biais d'une *injunction* les *trustees* ont été freinés dans leur intention de désigner une personne comme ministre d'une église) ; *Waller v Waller* [1967] 1 WLR 451 (les *trustees* ont été freiné de réaliser une vente) ; *Dance v Goldingham* (1872-1873) 8 Ch.App. 902.

<sup>1120</sup> V. F. H. LAWSON, *Remedies of English law, op. cit.*, p. 230 et s.

<sup>1121</sup> V. *ibidem*, p. 211 et s.

<sup>1122</sup> En ce sens, v. SNELL, *Snell's equity, op. cit.*, p. 645.

Des auteurs ajoutent le *declaratory judgments* comme moyen de forcer le *trustee* à exécuter ses obligations en nature (v. R. CHAMBERS, « Liability », *op. cit.*, p. 11 ; S. X. AARON, « Conceptualizing the Singapore real estate investment trust », (2010) 24 *Tru. L. I.* 155, spéc. p. 173) ; mais ce n'est pas vraiment une méthode d'exécution forcée d'une obligation, puisque le juge se limite à déclarer la situation légale de parties en litige, sans qu'aucun ordre ne soit donné aux parties (en ce sens, v. H. K. WOOLF, J. WOOLF et J. J. CLYDE, *The declaratory judgment*, Sweet & Maxwell, 2<sup>ème</sup> éd., 1993, n° 1.02 ; F. H. LAWSON, *Remedies of English law, op. cit.*, p. 30). En revanche il est possible qu'un *declaratory judgment* soit concomitant à une *injunction* (H. K. WOOLF, J. WOOLF et J. J. CLYDE, *The declaratory judgment, op. cit.*, n° 4.203).

Sur des jurisprudences en droit de *trusts* où un *declaratory judgment* a été donné, v. *Wentworath v Wentworath* [1900] AC 163, spéc. p. 172 ; *Cowan v Scargill* [1985] Ch. 270, spéc. p. 296 et 297.

<sup>1123</sup> Sur le sujet en droit français, v. P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, s. la dir. de F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON, 2007, p. 103 et s., spéc. p. 107 et s. ; J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », *Rev. dr. H. CAPITANT* 2011, n° 3.

<sup>1124</sup> En ce sens, v. Soc., 18 mai 1967 : *Bull. civ.* IV, n° 397 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 janvier 1984 : *RTD civ.* 1984, p. 711 note J. MESTRE ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005 : *Bull. civ.* III, n° 103 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janvier 2007 : *Bull. civ.* I, n° 19, *JCP* 2007, IV, 1360.

obligation à la charge du débiteur, comporte en lui-même une obligation à l'exécution forcée en nature <sup>1125</sup>.

**706.-** Ceci s'explique par la suprématie de l'exécution en nature dans le principe de la force obligatoire du contrat <sup>1126</sup> : non seulement les parties du contrat doivent respecter le contrat autant que possible, mais les juges doivent aussi le faire <sup>1127</sup>. En conséquence, le

---

<sup>1125</sup> En conséquence, le créancier a un droit à l'exécution forcée en nature (en ce sens, v. A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 68).

Pour Mmes. BELLIVIER et SEFTON-GREEN le principe de l'exécution en nature devrait laisser la place au pouvoir d'appréciation des juges (in « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *op. cit.*, n° 44). Un des fondements principaux de leur thèse est que l'allocation de dommages-intérêts n'est pas incompatible avec le principe de la force obligatoire du contrat ; une de preuves est l'exemple du droit anglais de contrats où l'allocation de dommages-intérêts est le principe, et l'exécution en nature (*specific performance*) est l'exception. De plus, elles estiment que « dans la très grande majorité des hypothèses [...] l'exécution par équivalent est satisfaisante » (*ibidem*, n° 7).

Si l'on s'accorde avec elles sur la compatibilité d'une condamnation pécuniaire avec le principe de la force obligatoire du contrat, en revanche nous avons montré que l'exécution forcée en nature respecte plus le contrat que n'importe quelle autre solution offerte pour faire face à la violation du lien contractuel. Aussi, le fait que la condamnation pécuniaire soit le principe dans le droit anglais des contrats ne s'explique pas par la notion de force obligatoire du contrat, mais par des raisons historiques. Avant l'intervention des Chanceliers dans le domaine contractuel, l'unique remède offert au créancier par la *Common law* était (et continue à être) une condamnation pécuniaire (la *Common law* n'avait pas le pouvoir d'ordonner le *specific performance* d'un contrat [en ce sens, v. R. P. MEAGHER, W. M. C. GUMMOW et J. R. F. LEHANE, *Equity, doctrines and remedies*, *op. cit.*, n° 147]). En conséquence, quand le créancier lésé n'était pas satisfait du remède ordonné par les juges de la *Common law*, il saisissait les tribunaux d'*Equity* pour contraindre le débiteur défaillant à exécuter l'obligation promise (le fait que les créanciers saisissent les tribunaux d'*Equity* pour demander l'exécution en nature de ses contrats démontre que la condamnation pécuniaire n'est pas nécessairement un remède satisfaisant. Si aujourd'hui les créanciers se conforment dans la majorité de cas à une condamnation pécuniaire, ce n'est pas parce qu'ils considèrent que l'allocation de dommages-intérêts soit une solution satisfaisante, mais parce que, sachant que le droit sur le *specific performance* est stable, ils savent déjà dans quels cas le créancier va avoir la possibilité de voir son contrat exécuté en nature et quand cela ne serait pas possible [pour des contrats qui ne peuvent pas faire l'objet de *specific performance*, v. SNELL, *Snell's equity*, *op. cit.*, p. 592 et s.]. En plus, le terme « satisfaisant » n'est pas utilisé en droit anglais ; c'est plutôt la notion d'« *adequate* » qui s'utilise, terme qui ne dépend pas des sentiments des créanciers, mais de l'appréciation des juges). En revanche, *Equity* ne pouvait pas ordonner systématiquement l'exécution en nature des contrats méconnus, cela aurait représenté une abolition du remède offert par la *Common law*. *Equity* n'avait pas ce pouvoir ; au contraire comme la *Common law* lui préexistait, *Equity* était tenu par la loi imposée par la *Common law*, d'où le principe qu'*Equity follows the law* (*Equity* doit respecter la loi). Pour cette raison *Equity* ne pouvait ordonner l'exécution en nature du contrat méconnu qu'exceptionnellement, et donc pour des raisons complètement indépendantes de la notion de force obligatoire.

<sup>1126</sup> En ce sens, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 19 ; N. MOLFESSIS « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *op. cit.* ; *contra*, v. Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *op. cit.* ; F. BELLIVIER et R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *op. cit.*

<sup>1127</sup> Il a été proposé que l'exécution en nature n'ait pas lieu quand cela serait extrêmement onéreux pour le débiteur et que le créancier n'y aurait pas vraiment intérêt (v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J.

juge saisi ne peut nier l'exécution en nature que dans des situations spéciales ; il en serait ainsi par exemple si l'exécution en nature était impossible, ou encore si l'exécution en nature atteignait la liberté individuelle du débiteur <sup>1128</sup>.

**707.-** Si l'objectif de la suprématie est de faire respecter le contrat autant que possible, cela implique nécessairement que, quand le débiteur s'offre à exécuter son obligation en nature mais que le créancier demande une condamnation à dommages-intérêts, le juge doit imposer l'exécution en nature du contrat et donc nier la demande du créancier <sup>1129</sup>. En revanche, il faut que le juge vérifie que l'exécution en nature offerte par le débiteur satisferait le créancier ; si ce n'est pas le cas, les juges devraient pencher en faveur d'une condamnation pécuniaire <sup>1130</sup>.

**708.-** Contrairement au droit français, dans le droit anglais, le principe est le pouvoir discrétionnaire du juge <sup>1131</sup> ; en effet, le pouvoir discrétionnaire des juges ne se limite pas seulement à leur pouvoir d'ordonner l'exécution en nature du *trust*, mais tout remède d'*Equity* est en principe discrétionnaire <sup>1132</sup>. Ainsi, une personne qui aurait prouvé son cas pourrait quand même se voir nier les remèdes offerts par les tribunaux d'*Equity*.

**709.-** En revanche, on pourrait douter qu'il en soit ainsi dans le cas d'une violation du *trust* ; puisque le pouvoir discrétionnaire des juges de donner ou non un remède au créancier insatisfait implique nécessairement que ce créancier ait un remède dans la

GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 19 ; N. MOLFESSIS « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *op. cit.*, n° 20-1).

<sup>1128</sup> V. *supra*, n° 685 et s.

Ainsi, bien que le créancier ait un droit à l'exécution en nature, cela n'empêche qu'elle soit subordonnée à certaines conditions (en ce sens, v. N. MOLFESSIS « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *op. cit.*, n° 18).

<sup>1129</sup> En ce sens, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 19-1 ; I. CORNESSE, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *op. cit.*, n° 61.

Pour des jurisprudences, v. Civ., 19 avril 1928 : *Gaz. Pal.* 1928, I, p. 820 (l'offre d'exécution fait obstacle à une demande en résolution).

<sup>1130</sup> V. Versailles, 8 juin 1983 : *D.* 1983, inf. rap. p. 515.

<sup>1131</sup> En ce sens, v. F. H. LAWSON, *Remedies of English law*, *op. cit.*, p. 32.

Cela « n'implique pas que le choix des juges soit arbitraire ou capricieux, mais qu'il est conforme aux règles établies par la jurisprudence » (F. BELLIVIER et R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *op. cit.*, note de p. n° 17).

<sup>1132</sup> En ce sens, v. F. H. LAWSON, *Remedies of English law*, *op. cit.*, p. 207 ; I. C. F. SPRY, *The principles of equitable remedies*, *op. cit.*, p. 4.

*Common law*. En ce sens SNELL a écrit que les demandeurs qui se voient nier un remède en *Equity*, doivent se contenter du remède que la *Common law* leur offre <sup>1133</sup>. Cependant, cela n'est pas le cas dans l'hypothèse d'une violation du *trust* ; les *cestuis que trusts* n'ont aucune remède dans la *Common law*. En conséquence, si les *cestuis que trusts* prouvent que le *trustee* a violé le *trust* et si le *trustee* n'a aucun moyen de défense (par exemple la prescription de l'action) <sup>1134</sup>, *Equity* devrait en principe offrir aux *cestuis que trusts* un remède. Dans le cas contraire la force obligatoire du *trust* dépendrait de l'appréciation des juges, qui varierait d'un juge à un autre : ce qui représenterait une très grande insécurité juridique pour les *cestuis que trusts*.

**710.-** Il faut ajouter à ceci, qu'il existe certaines hypothèses où l'exécution en nature est considérée comme un droit du créancier qui s'impose aux juges <sup>1135</sup>. Il devrait en être ainsi dans l'exemple suivant : imaginons que le *trustee* en violation de son devoir de loyauté utilise un immeuble mis en *trust* pour se loger ; le juge devrait ordonner au *trustee* de cesser l'occupation de cet immeuble, et donc de respecter son obligation de ne pas faire ; ainsi, ce type d'hypothèse ne devrait pas être l'objet d'un pouvoir discrétionnaire du juge.

**711.-** Il semble en être aussi ainsi dans les hypothèses où le *trustee* n'exécute pas son obligation de réaliser un investissement déterminé. Dans cette hypothèse les *cestuis que trusts* peuvent choisir soit que le *trustee* rembourse l'argent de l'investissement plus intérêts, soit que le *trustee* achète la quantité des actions achetables à la date où le *trustee* aurait dû le faire (exécution en nature de l'obligation promise) <sup>1136</sup>. Le fait que les *cestuis que trust* aient le droit de choisir le remède implique que leur choix s'impose aux juges ; donc, si les *cestuis que trusts* choisissent l'exécution en nature, le juge va devoir l'ordonner.

---

<sup>1133</sup> In *Snell's equity, op. cit.*, p. 582.

<sup>1134</sup> Pour les moyens de défense du *trustee*, v. *infra*, n° 888 et s.

<sup>1135</sup> *V. Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. V British Celanese Ltd* [1953] Ch. 149, spéc. p. 181 (sur l'interférence avec la jouissance du droit de propriété) ; *Doherty v Allman* (1878) 3 App. Cas. 709, spéc. p. 720 (sur la violation d'une obligation contractuelle de ne pas faire).

Des doctrinaires en ce sens, v. F. H. LAWSON, *Remedies of English law, op. cit.*, p. 21 ; SNELL, *Snell's equity, op. cit.*, p. 652 ; J. GLOVER, *Commercial equity : fiduciary relationship, op. cit.*, n° 6.5 ; R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 46.

**712.-** Une contradiction apparaît entre la primauté, dans le droit du *trust*, de l'exécution forcée en nature et le principe du pouvoir discrétionnaire des juges ; mais en réalité il n'y en a aucune. Pas seulement parce que dans certaines hypothèses l'exécution en nature s'impose aux juges, mais aussi parce que, même si le juge a un pouvoir discrétionnaire, cela n'empêche pas qu'il y ait une tendance des juges d'*Equity* à préférer l'exécution en nature à la place d'une condamnation pécuniaire <sup>1137</sup>.

**713.-** La question ici analysée a un corollaire (mais seulement dans le cas où l'exécution en nature est un droit qui s'impose au juge) dans l'hypothèse où il y a une contradiction entre plusieurs bénéficiaires-*cestuis que trusts*, ainsi qu'entre le constituant et les bénéficiaires.

**714.-** Dans la logique de la force obligatoire du contrat, l'exécution en nature devrait s'imposer dès lors qu'un des créanciers le demande. En revanche, dans un cas, il pourrait convenir de faire une exception à la règle : quand la contradiction a lieu entre le constituant et les bénéficiaires <sup>1138</sup>, et que le premier n'a aucun intérêt économique dans l'exécution de la fiducie (il en serait ainsi quand le constituant ne se serait pas désigné comme un bénéficiaire de la fiducie et quand tous les biens fiduciaires seraient sur le point d'être transférés aux tiers à l'extinction de la fiducie). Dans ce cas, si le constituant veut une exécution en nature et que toutes les bénéficiaires veulent une réparation par équivalent ou une réparation en nature, la décision des bénéficiaires doit s'imposer à la volonté du constituant.

**715.-** Sur cette question, en droit anglais du *trust*, lorsqu'il n'existe pas de consensus parmi les *cestuis que trusts*, nous n'avons trouvé ni jurisprudence, ni commentaire doctrinal ; mais il est permis de penser que les juges ordonneraient le remède qui serait globalement le plus convenable pour le *trust*. On arrive à cette conclusion puisqu'une des préoccupations principales du droit de *trusts* est de faire agir les acteurs principaux (les *trustees* et les juges) dans le meilleur intérêt des *cestuis que trusts*. Donc si

---

<sup>1136</sup> V. *Shepherd v Moulds* (1845) 4 Hare 500, spéc. p. 503 et 504 ; *Watts v Girdlestone* (1843) 6 Beav. 188, spéc. p. 190 et 191, 49 E.R. 797, spéc. p. 798.

<sup>1137</sup> Dans un sens proche, v. I. C. F. SPRY, *The principles of equitable remedies*, op. cit., p. 587.

une condamnation pécuniaire est le mieux pour les intérêts des *cestuis que trusts* pris dans leur globalité, elle serait le remède que les juges ordonneraient, même si certains *cestuis que trusts* pourraient exiger l'exécution en nature de l'obligation du *trustee*.

**716.-** Enfin, un problème se pose dans l'exécution en nature des obligations du fiduciaire, qui ne se pose pas hors fiducie. Comme, contrairement à une obligation hors fiducie, le fiduciaire exécute en nature ses obligations avec des biens fiduciaires dont la richesse ne lui appartient pas, il en résulte que la différence de prix entre le jour où le fiduciaire aurait dû s'exécuter et le jour de la réelle exécution sera couverte par le patrimoine fiduciaire, et non pas par le patrimoine personnel du fiduciaire. En conséquence, le juge devrait prendre en considération ce fait quand il demande l'exécution en nature et devrait, si possible, condamner le fiduciaire à une allocation de dommages-intérêts pour cette différence, ou laisser la porte ouverte pour que le constituant et les bénéficiaires puissent engager la responsabilité du fiduciaire pour le montant de cette différence. Il en serait ainsi par exemple si le fiduciaire avait dû réaliser un investissement déterminé, mais qu'il ne l'a pas fait : il serait alors condamné à le réaliser ; mais si, à la date de la réalisation de l'investissement, le prix de ce dernier a augmenté considérablement, il doit payer avec ses propres ressources la différence du prix.

**717.-** Non seulement l'exécution en nature de l'obligation méconnue a comme objectif d'obtenir l'exécution de la fiducie-*trust*, mais également le remplacement du fiduciaire-*trustee*.

## SECTION II.- LE REMPLACEMENT DU FIDUCIAIRE-*TRUSTEE*

**718.-** Comme le titulaire du patrimoine fiduciaire-*trust fund* doit agir en faveur des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, il faut avoir un mécanisme approprié pour substituer le fiduciaire-*trustee* quand celui-ci s'avère nécessaire pour la bonne administration de cette universalité et pour la protection des intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts* qui

---

<sup>1138</sup> Cette hypothèse ne se présente pas en droit anglais puisque le *settlor* n'a pas le droit d'exiger du *trustee* l'exécution du *trust*.

dépendent de cette administration. Dans le cas contraire, les biens fiduciaires pourraient rester entre les mains d'une personne incapable, ou sans la volonté, de bien administrer le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, ce qui implique de graves dangers pour ce patrimoine. En effet, une mauvaise administration peut anéantir tant le patrimoine fiduciaire-*trust fund* que les espérances des bénéficiaires-*cestuis que trusts* de profiter des avantages prévus pour eux. Pour cette raison, dans la fiducie, comme dans le *trust*, il est possible de remplacer le fiduciaire-*trustee* <sup>1139</sup>.

**719.-** Il devrait être aussi possible de remplacer le fiduciaire-*trustee* quand celui-ci cesse d'exister, soit qu'en tant que personne physique le fiduciaire-*trustee* décède, soit qu'en tant que personne morale le fiduciaire-*trustee* disparaisse ; ou pour n'importe quelle autre raison qui ne permettrait pas au fiduciaire-*trustee* de mener à bien ses fonctions. S'il en est ainsi en droit anglais, en revanche en droit français l'article 2029 du Code civil prévoit, sauf stipulations contraires, l'extinction de la fiducie « lorsque le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption et, s'il est avocat, en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau ».

**720.-** On espère qu'un jour le législateur français abrogera ces lignes de l'article 2029 du Code civil car, sauf dans le cas d'un contrat *intuitu personae*, il ne devrait pas importer que le fiduciaire « fa[sse] l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou dispara[isse] par suite d'une cession ou d'une absorption et, s'il est avocat, en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau » <sup>1140</sup>. Dans les hypothèses sus mentionnées il devrait être possible également de remplacer le fiduciaire.

---

<sup>1139</sup> Le remplacement du fiduciaire-*trustee* n'aurait aucune incidence sur la créance née de la gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Malgré le remplacement du fiduciaire, la créance serait toujours un passif du patrimoine fiduciaire (en ce sens, v. F. BARRIERE, « Commentaire de la loi no 2007-211 du 19 février 2007 (deuxième partie) », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 556, spéc. n° 7 ; J.-Ph. DOM, « La fiducie-gestion et le contrat de société », *op. cit.*, n° 33), et comme la créance dans le *trust* est une dette personnelle du *trustee*, ce dernier continuera d'être débiteur malgré son remplacement. Pour cette raison, le remplacement des *trustees* s'avère dangereux pour eux, puisqu'ils restent débiteurs des créances nées de la gestion du *trust fund* mais n'ont plus accès aux biens mis en *trust* pour se faire rembourser ou pour payer directement la dette du *trust fund* (en ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, Oxford University Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 22.28 [cette édition n'est citée que dans cette section]).  
Sur le *right of indemnity*, v. *supra*, n° 616.

<sup>1140</sup> De cette manière l'article 2029 du Code civil n'a de justification que si le fiduciaire est vraiment *intuitu personae*.



721.- La possibilité de remplacer le fiduciaire fait que « la qualification contractuelle ne rend pas bien compte de la pérennité de la fiducie par rapport à la personne du fiduciaire car les circonstances qui peuvent empêcher la poursuite de sa mission ne mettant pas fin pour autant à la fiducie »<sup>1141</sup>. La pérennité de la fiducie, malgré le remplacement du fiduciaire<sup>1142</sup>, pourrait trouver une explication dans l'affectation d'un bien à une finalité déterminée, puisque, après que l'affectation est créée, elle devrait vivre sa propre vie indépendamment de tout élément personnel (dans le sens où, bien qu'il soit nécessaire qu'une personne réalise l'affectation du bien, l'identité de cette personne est sans importance, sauf bien sûr *intuitu personae*)<sup>1143</sup>.

722.- En revanche, dans le droit anglais la pérennité du *trust* par rapport à la personne du *trustee* est historiquement inhérente à l'institution. Dès la genèse du *trust*, existait déjà un mécanisme de remplacement. D'abord le *feoffor* nommait plusieurs personnes comme *feoffees to use*, ainsi à la mort de l'un les autres lui survivaient ; ensuite, il y eut un mécanisme pour nommer de nouveaux *feoffees to use* pour remplacer ceux qui étaient décédés<sup>1144</sup>. L'objectif était que le bien mis en *use* eût toujours un propriétaire, de façon à ce que le bien ne fût jamais l'objet d'une succession et qu'il ne fût pas non plus l'objet de charges féodales.

723.- Le remplacement du fiduciaire-*trustee*<sup>1145</sup> s'effectue en deux étapes qui, en général, vont se dérouler simultanément ; la première consiste en la révocation du fiduciaire-*trustee* (§ 1), et la deuxième en la désignation d'un nouveau fiduciaire-*trustee* (§ 2). En effet, on ne peut pas remplacer le fiduciaire-*trustee* avant qu'il ait été révoqué.

---

<sup>1141</sup> P. GULPHE, « Quelques réflexions sur l'institution d'un trust à la française », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, p. 159 et s., spéc. p. 161.

<sup>1142</sup> La pérennité de la fiducie-*trust*, malgré le remplacement du fiduciaire-*trustee*, est inhérente à la possibilité de le remplacer ; dans le cas contraire, on ne pourrait pas parler de remplacement puisque remplacer quelqu'un implique que le remplaçant joue le même rôle que le remplacé.

<sup>1143</sup> En ce sens PENNER écrit que le *trust* ne dépend pas de l'identité du *trustee* (in « Exemptions », *op. cit.*, p. 261).

<sup>1144</sup> En ce sens, v. W. F. FRATCHER, « Ch. 11 Trusts », *op. cit.*, n° 12 ; R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 97 ; HANBURY et MARTIN, *Modern Equity*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>1145</sup> Le fait qu'il soit possible de remplacer le fiduciaire-*trustee* implique que le fiduciaire-*trustee* en tant qu'élément personnel de la fiducie-*trust* n'est pas en soi indispensable à la survie d'une fiducie-*trust* déterminée (sauf *intuitu personae*). En d'autres termes, l'existence d'une fiducie-*trust* déterminée ne dépend pas de la personne qui est le fiduciaire-*trustee*. En revanche, on ne peut pas nier que le fiduciaire-*trustee*, en tant qu'institution, est indispensable à la fiducie-*trust* : il est bien évident qu'aucune fiducie-*trust* ne peut se réaliser sans fiduciaire-*trustee*.

## § 1.- LA RÉVOCATION DU FIDUCIAIRE-*TRUSTEE*

**724.-** Pour pouvoir remplacer le fiduciaire-*trustee*, il faut d'abord le révoquer. Il devrait être même possible de le révoquer sans qu'il soit nécessaire d'en désigner un autre pour prendre sa place <sup>1146</sup>. Il en serait ainsi par exemple quand, devant une pluralité de fiduciaires-*trustees*, il s'avère nécessaire d'en révoquer un, mais sans qu'il existe aucune instruction pour maintenir la même quantité de fiduciaires-*trustees* <sup>1147</sup>. En revanche, quand il n'y aurait qu'un seul fiduciaire-*trustee*, sa révocation devrait impérativement être accompagnée de la désignation d'un autre.

**725.-** L'article 2027 du Code civil prévoit la possibilité que le constituant et le fiduciaire organisent à l'avance les conditions du remplacement du fiduciaire <sup>1148</sup> ; ainsi, il est possible de révoquer le fiduciaire sans avoir besoin de recourir au juge <sup>1149</sup>. On peut bien imaginer des clauses qui prévoient la révocation automatique du fiduciaire, dans des circonstances spécifiques ; ou encore des clauses qui donnent à une personne déterminée le pouvoir de révoquer le fiduciaire <sup>1150</sup>. Bien que la révocation soit conventionnelle, cela n'enlève pas le droit du fiduciaire de contester judiciairement sa révocation.

**726.-** Le fait qu'une personne ait le pouvoir de révoquer le fiduciaire pose la question de l'exercice abusif de ce pouvoir. En droit anglais, qui prévoit aussi la possibilité que le *settlor* puisse établir les conditions de la révocation du *trustee* <sup>1151</sup>, la question posée

---

<sup>1146</sup> Il en est ainsi en droit anglais, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 22.37.

<sup>1147</sup> Pour cette raison, l'article 2027 du Code civil n'est pas exprimé correctement. L'unique raison qu'on peut trouver à la formulation de cet article, c'est que le législateur n'avait en tête que l'hypothèse d'un fiduciaire unique.

<sup>1148</sup> C'est par la LME (loi n° 2008-776 du 4 août 2008) que l'article 2027 du Code civil prévoit aujourd'hui cette possibilité ; mais même sans cette prévision, le principe de la liberté contractuelle permettrait au constituant et au fiduciaire de déterminer librement les clauses du contrat (en ce sens, v. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1993, n° 47), donc d'établir un procès de révocation s'ils le considèrent approprié.

<sup>1149</sup> En ce sens, v. B. MALLET- BRICOUT, « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *op. cit.*, p. 82.

<sup>1150</sup> Si le contrat de fiducie porte une clause donnant au constituant ou aux bénéficiaires le pouvoir de remplacer le fiduciaire à leur guise et sans aucune raison, il faudra considérer cette clause comme non-écrite ou requalifier le contrat de fiducie ; car cette clause aurait comme effet que le constituant ou les bénéficiaires pourraient contrôler les décisions du fiduciaire et le contraindre à suivre leurs instructions donc le fiduciaire perdrait toute sa liberté.

<sup>1151</sup> V. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 22.28 et s.

se résout par la nature du pouvoir, considéré comme un *fiduciary power* <sup>1152</sup>. En conséquence, le pouvoir de révoquer le *trustee* ne peut être exercé que dans le meilleur intérêt du *trust* et des *cestuis que trusts* <sup>1153</sup>. De cette manière, il pourrait en être ainsi aussi en droit français ; la personne détenant le pouvoir de révoquer le fiduciaire doit veiller sur les intérêts du constituant et des bénéficiaires. En conséquence, si le pouvoir n'était pas exécuté dans ce sens, les bénéficiaires devraient pouvoir engager la responsabilité de cette personne ; et si les circonstances le méritent, la révocation devrait pouvoir être annulable (par exemple quand un concert frauduleux existerait entre la personne détenant le pouvoir de révocation et le futur fiduciaire). Il est aussi possible que le pouvoir de révoquer le fiduciaire-*trustee* soit donné à plus d'une personne, dans cette hypothèse le pouvoir doit être exercé conjointement <sup>1154</sup>.

**727.-** Pourtant, il peut arriver que rien ne soit prévu dans le contrat de fiducie, ou dans l'instrument du *trust* ; dans cette hypothèse, quelles seront les conditions sous lesquelles le fiduciaire-*trustee* peut être révoqué ?

**728.-** Dans cette hypothèse, le droit français prévoit dans l'article 2027 du Code civil que, si le fiduciaire viole une de ses obligations, met en péril les intérêts qui lui sont confiés, fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, il pourrait être remplacé et donc révoqué.

**729.-** Il est plus que pertinent de permettre la révocation du fiduciaire qui n'exécute pas ses obligations ou ne les exécute pas correctement ; dans le cas contraire, en lui laissant en charge de l'administration de la fiducie, non seulement le patrimoine fiduciaire serait en danger, mais en plus le constituant et/ou les bénéficiaires ne pourraient plus lui faire confiance, ce qui impliquerait une surveillance constante du fiduciaire et serait contraire à un des fondements de l'institution qui est la confiance reposée dans le fiduciaire <sup>1155</sup>.

---

<sup>1152</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 22.29 ; LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 13-41 ; *contra*, v. D. POLLARD et D. HEATH, « The power of employees to appoint or remove trustees of occupational pension schemes: is it fiduciary ? », (2011) 25 *Tru. L. J.* 184.

Sur le thème, v. G. THOMAS, *Thomas on powers*, Oxford University Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 1.46 et s.

<sup>1153</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 22.29.

<sup>1154</sup> En ce sens sur le droit anglais, v. F. BARLOW, « The appointment of trustees : a disappointing decision », (2003) *Conv.* 15, spéc. p. 23.

<sup>1155</sup> Sur la confiance reposée dans le fiduciaire, comme un fondement au remplacement du fiduciaire, v. H. DE RICHEMONT, *Rapport Sénat sur la proposition de loi (n° 3385) instituant la fiducie*, 2006-2007 n° 11,

**730.-** En revanche, n'importe quelle violation ne devrait pas justifier que le fiduciaire soit révoqué ; en effet, le juge devrait avoir un pouvoir d'appréciation pour discerner si la faute du fiduciaire mérite ou non sa révocation. Ainsi par exemple, si le fiduciaire a fait un investissement qu'il n'aurait pas dû faire mais qu'il aurait fait de bonne foi, en croyant qu'il en avait le droit, et si en plus le patrimoine fiduciaire n'a pas été dévalorisé par cet investissement, le juge pourrait alors refuser la demande de révocation, si aucune autre circonstance n'entre en jeu.

**731.-** Ceci s'explique non seulement parce qu'une révocation injustifiée violerait les droits contractuels du fiduciaire <sup>1156</sup>, mais aussi parce que révoquer un fiduciaire qui ne mérite pas de l'être pourrait être préjudiciable pour la fiducie <sup>1157</sup>. Par exemple, dans l'hypothèse du remplacement du fiduciaire, il faut non seulement du temps pour le remplacer, mais il faut aussi du temps au nouveau fiduciaire pour s'habituer aux affaires de la fiducie ; entre-temps, de bonnes possibilités d'affaires peuvent se perdre. Aussi, le remplacement du fiduciaire va causer de dépenses qui pourraient être à la charge du patrimoine fiduciaire.

**732.-** Quant à la condition que le fiduciaire met en péril les intérêts confiés, elle doit être interprétée extensivement <sup>1158</sup> : elle ne doit pas se limiter aux actes et omissions du fiduciaire, mais elle doit comprendre toute situation qui met en péril les intérêts que lui sont confiés, sans avoir besoin d'aucune faute du fiduciaire <sup>1159</sup>, ni même besoin que le patrimoine fiduciaire ait souffert un dommage. Il en serait ainsi par exemple, quand le fiduciaire, personne physique, devient incapable ; dans cette hypothèse le fiduciaire n'a

spéc. les commentaires à l'article 2027 ; X. DE ROUX, *Rapport sur la proposition de loi (n° 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie*, 12<sup>ème</sup> législature, n° 3655, p. 53.

<sup>1156</sup> Quand le fiduciaire serait responsable de sa révocation, son droit contractuel à être fiduciaire ne serait pas violé, puisqu'il serait dans l'hypothèse où il aurait déjà accepté en concluant le contrat.

<sup>1157</sup> Ainsi en droit anglais, la demande de révocation du *trustee* a été rejetée sur le fondement que sa révocation n'était pas nécessaire pour la protection du *trust fund* ni ne convenait aux intérêts des *cestuis que trusts* (v. *Re Wrightson* [1908] 1 Ch. 789, spéc. p. 803).

<sup>1158</sup> Dans le cas contraire « [u]ne conception stricte se rapprocherait de la démonstration d'une gestion fautive » (S. PIEDELIEVRE, « La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007 », *Gaz. Pal.* 2007, p. 1526, spéc. n° 29), ce qui n'est pas le cas prévu dans l'article 2027 du Code civil.

<sup>1159</sup> En ce sens, v. Ph. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007, act. 121, p. 5, spéc. p. 7.

rien fait pour mettre en péril les intérêts que lui sont confiés, mais on ne peut pas dire non plus que ces intérêts ne sont pas en danger. Dans cet ordre d'idées, la procédure de sauvegarde et le redressement judiciaire du fiduciaire mettent en péril le patrimoine fiduciaire, puisque, le fiduciaire étant insolvable, il pourrait se voir tenté de s'approprier des biens fiduciaires ; en plus le fait que le fiduciaire n'ait pas été compétent dans les administrations de ses propres affaires est un indice qu'il ne le serait non plus dans l'administration du patrimoine fiduciaire <sup>1160</sup>. En revanche, le seul fait qu'il y ait des frictions entre le fiduciaire et le constituant et/ou les bénéficiaires ne devrait pas, en principe, suffire pour considérer que le patrimoine fiduciaire est en danger <sup>1161</sup> ; des désaccords vont arriver entre eux sur la manière dont le patrimoine fiduciaire doit être administré, mais ce seul fait ne suffit pas pour dire qu'il soit mis en péril.

**733.-** En ce qui concerne le droit anglais, la section 36(1) du *Trustee Act* 1925 prévoit les conditions nécessaires au remplacement du *trustee* (et donc à sa révocation) ; ainsi le *trustee* peut être remplacé s'il décède (on ne peut pas parler de révocation dans cette hypothèse), s'il reste en dehors du Royaume-Uni pour plus de douze mois, s'il désire être révoqué, s'il est inapte (ainsi même si le *trustee* est capable d'agir, il serait inapproprié qu'il demeure le *trustee* s'il devient insolvable <sup>1162</sup>), refuse ou est incapable d'agir (il faut prendre en considération dans cette hypothèse l'incapacité mentale réglementée dans le *Mental Capacity Act* 2005), ou est mineur.

**734.-** La section 41(1) du *Trustee Act* 1925 donne le pouvoir aux juges de remplacer le *trustee*, quand cela s'avère opportun, et il s'avère inopportun, difficile ou impossible de le faire sans l'assistance de la cour ; et le deuxième paragraphe vise la possibilité de remplacer le *trustee* quand il est incapable de réaliser ses obligations à cause d'un désordre mental, est insolvable, et s'il est en liquidation ou en dissolution (dans l'hypothèse du *trustee* personne morale).

---

<sup>1160</sup> Dans un sens proche, M. DARGENT a écrit que cela se justifie par « la nécessaire confiance que doit inspirer le fiduciaire » (in « Réforme de la fiducie par la LME », D. 2008, p. 2133).

<sup>1161</sup> En ce sens en droit anglais, v. *Forster v Davies* (1861) 4 De G.F.&J. 133, spéc. p. 139.

<sup>1162</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 22.52.

**735.-** Aussi les tribunaux d'*Equity* ont une *inherent jurisdiction of the court*, qui peut être traduite comme une « juridiction inhérente d'administrateur du *trust* »<sup>1163</sup> ; en conséquence elle peut ordonner la révocation du *trustee* quand elle considère que ce sera dans le meilleur intérêt du *trust* et des *cestuis que trusts*<sup>1164</sup>, et ce, même si la révocation n'a pas été demandée<sup>1165</sup>. Ainsi, la cour pourrait révoquer le *trustee*, si, par ses comportements, il mettait en danger le *trust fund*, démontrait qu'il n'est pas digne de confiance, ou pas capable d'exécuter ses obligations<sup>1166</sup>.

**736.-** Ainsi les tribunaux ont ordonné l'éviction du *trustee* quand il avait changé de pays de résidence<sup>1167</sup>, quand il était devenu insolvable<sup>1168</sup>, quand il avait refusé d'agir<sup>1169</sup>, quand il était devenu incapable de réaliser ses obligations<sup>1170</sup>, quand il était reconnu coupable d'un crime ou insolvable<sup>1171</sup>. Bien que ces exemples soient aujourd'hui légiférés dans les sections 36 et 41 du *Trustee Act* 1925, ils datent d'avant cette législation.

**737.-** Si aucune doute n'existe sur la possibilité de révoquer le fiduciaire-*trustee*, il convient encore de déceler qui peut demander sa révocation. En droit français, l'article 2027 du Code civil prévoit que ce pourrait être le constituant, les bénéficiaires ou les tiers protecteurs (sauf s'il existe une clause prévoyant différemment). Il faudra ajouter que dans le cas d'une pluralité de fiduciaires les autres fiduciaires devraient pouvoir aussi demander le remplacement et donc la révocation d'un des fiduciaires.

**738.-** Pour que la demande de révocation soit entendue par le juge, il ne devrait pas falloir que toutes les parties intéressées aient fait la demande, il devrait suffire que l'une d'elles l'ait fait pour qu'elle soit appréciée par les juges<sup>1172</sup>. Néanmoins, comme la

---

<sup>1163</sup> D. W. M. WATERS in F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 575.

<sup>1164</sup> En ce sens, v. *Letterstedt v Boers* (1884) 9 App. Cas. 371, spéc. p. 386 et 387 ; *Re Wrightson* [1908] 1 Ch. 789, spéc. pp. 789, 802 et 803 (la cour a nié le remplacement du *trustee* puisque cela n'était pas nécessaire pour la protection du *trust fund*, ni ne convenait aux intérêts des *cestuis que trusts*).

<sup>1165</sup> En ce sens, v. *Re Wrightson* [1908] 1 Ch. 789.

<sup>1166</sup> V. STORY in *Letterstedt v Boers* (1884) 9 App. Cas. 371, spéc. p. 385 et 386.

<sup>1167</sup> V. *Buchanan v Hamilton* (1801) 5 Ves.Jr. 722.

<sup>1168</sup> V. *Re Hopkins* (1881) 19 Ch.D. 61, spéc. p. 63.

<sup>1169</sup> V. *Howard v Rhodes* (1837) 1 Keen 581.

<sup>1170</sup> V. *Re Lemann's Trusts* (1883) 22 Ch.D. 633.

<sup>1171</sup> V. *Re Henderson* [1940] Ch. 764, spéc. p. 767.

<sup>1172</sup> En ce sens M. RICHEMONT prévoit que le remplacement ou la nomination puisse être sollicitée séparément ou conjointement par le constituant ou par les bénéficiaires (*Rapport Sénat sur la*

révocation du fiduciaire les intéresse toutes, le juge va devoir demander aux parties intéressées s'ils ont une objection à la demande de révocation. Cependant, si le juge constate que le fiduciaire a commis des fautes dans sa gestion, ou a mis ou met en péril le patrimoine fiduciaire (incluant qu'il soit en procédure de sauvegarde ou en redressement judiciaire), cela devrait suffire pour que le juge révoque le fiduciaire, malgré les objections soulevées. Il devrait en être ainsi puisque l'objectif est de protéger le patrimoine fiduciaire du fiduciaire et qu'il a déjà été constaté que la permanence du fiduciaire le met en danger.

**739.-** En droit anglais, il est plus qu'évident que les *cestuis que trusts* peuvent demander la révocation du *trustee* ; en revanche, ce n'est pas le cas du *settlor*<sup>1173</sup>. Aussi, la section 36(1) (b) du *Trustee Act* prévoit que si personne n'a le pouvoir de révoquer le *trustee*, ou que la personne qui l'a ne peut pas ou ne veut pas agir, le remplacement peut être demandé par : le *trustee* survivant (dans l'hypothèse de la mort d'un *trustee*), ou le *continuing trustee* (ce sont les *trustees* qui vont être remplacés [soit parce qu'il veut se retirer, soit parce qu'il refuse d'agir] mais qu'ils ont la volonté de nommer le nouveau *trustee*<sup>1174</sup>), ou le *trustee* actuel, ou le représentant personnel du *trustee* survivant ou *continuing trustee*<sup>1175</sup>. En conformité à la section 41 du *Trustee Act 1925* et de leur « juridiction inhérentes d'administrateur du *trust* », les juges ont aussi un pouvoir de remplacer le *trustee*.

**740.-** Si dans le droit français, il est prévu que la révocation du fiduciaire ait comme effet qu'il soit dessaisi de plein droit et que le patrimoine fiduciaire soit automatiquement transféré au nouveau fiduciaire<sup>1176</sup>, en droit anglais, ce n'est pas le cas. Pour que la propriété des biens mis en *trust* soit transférée au nouveau *trustee*, il faut que le mode de transmission du bien concerné soit respecté. En revanche, la section 40 (2) du *Trustee Act 1925* prévoit que, si la révocation du *trustee* (mais sans la désignation d'un

---

*proposition de loi [n° 3385] instituant la fiducie, 2006-2007 n° 11, spéc. les commentaires sur l'article 2027).*

<sup>1173</sup> Sauf s'il aurait retenu un pouvoir en ce sens.

<sup>1174</sup> En ce sens, v. la section 36(8) du *Trustee Act 1925*.

<sup>1175</sup> Sur la définition de représentant personnel, v. *supra*, n° 593 et s.

<sup>1176</sup> La qualité du propriétaire du nouveau fiduciaire est nécessaire pour qu'il puisse continuer avec la fiducie (en ce sens, v. C. KUHN, « Une fiducie à la française », *op. cit.*, p. 44).

nouveaux *trustee*) prend la forme d'un *deed*<sup>1177</sup>, la propriété des biens mis en *trust* sera transmise aux *trustees* restants ; la section 40(1) du *Trustee Act* 1925 prévoit que, si un nouveau *trustee* est nommé (dans notre hypothèse, pour remplacer le *trustee* révoqué), le transfert ait lieu de plein droits si la désignation du nouveau *trustee* a été faite sous la forme du *deed*<sup>1178</sup>. De plus, la section 44(i) du *Trustee Act* 1925 prévoit que la cour peut ordonner le transfert de propriété, ou de tout autre intérêt, d'un immeuble au nouveau *trustee* (*vesting orders*)<sup>1179</sup>. L'ordre aurait le même effet que si le transfert avait été réalisé par la personne pertinente<sup>1180</sup>. En outre, la section 50 du *Trustee Act* 1925 prévoit que la cour puisse désigner une personne pour qu'elle fasse le transfert de propriété d'un immeuble au nouveau *trustee*.

**741.-** Une fois le fiduciaire-*trustee* révoqué, la désignation d'une autre personne est nécessaire pour que le processus de remplacement soit réalisé ; c'est ce que nous allons évoquer par la suite.

## § 2.- LA DÉSIGNATION DU NOUVEAU FIDUCIAIRE-TRUSTEE

**742.-** Quand l'objectif est de remplacer le fiduciaire-*trustee* et que la révocation du fiduciaire-*trustee* est réalisée, il faut continuer avec la désignation du nouveau fiduciaire-*trustee* (cela reste vrai même dans l'hypothèse d'un fiduciaire provisoire<sup>1181</sup>). En revanche, il faut prendre en considération que, dans le droit anglais, il est possible de désigner un *trustee* sans qu'aucun remplacement n'ait lieu<sup>1182</sup>, c'est-à-dire sans qu'aucun *trustee* soit révoqué. On peut imaginer la même chose pour la fiducie française : il pourrait en être ainsi par exemple, quand le constituant n'a désigné qu'un fiduciaire et que le constituant et les bénéficiaires veulent en ajouter un autre pour ainsi assurer une meilleure administration du patrimoine fiduciaire (cette hypothèse apparaît surtout quand le

---

<sup>1177</sup> Un *deed* est un acte écrit par lequel des droits de propriétés sont transmis (en ce sens, v. *Black's law dictionary*, 3<sup>ème</sup> Pocket éd., op. cit., v° *deed*, spéc. sens n° 3).

<sup>1178</sup> En revanche, certains types de biens ne peuvent pas être transmis par le biais d'un *deed* (sur ces exceptions, v. la section 40(4) du *Trustee Act* 1925).

<sup>1179</sup> Sur un exemple jurisprudentiel d'un *vesting order*, v. *Re Lemann's Trusts* (1883) 22 Ch.D. 633.

<sup>1180</sup> V. la section 49 du *Trustee Act* 1925.

<sup>1181</sup> Hypothèse du droit français prévu dans l'article 2027 du Code civil.

<sup>1182</sup> V. la section 36(6) du *Trustee Act* 1925.



fiduciaire originaire serait un avocat). Comme la fiducie est un contrat dont le fiduciaire fait partie, il faudra aussi son consentement.

**743.-** Selon la lettre de l'article 2027 du Code civil et du principe de la liberté contractuelle, il serait possible que le constituant et le fiduciaire se mettent d'accord sur qui aurait le pouvoir de désigner un nouveau fiduciaire. La désignation devrait être exercée dans l'intérêt de la fiducie et des bénéficiaires. En conséquence, s'il y a un concert frauduleux avec le nouveau fiduciaire, la désignation doit être sanctionnée, et la responsabilité civile de la personne désignant le fiduciaire peut être éventuellement engagée. Il en est ainsi en droit anglais où le pouvoir de désigner un *trustee* est considéré comme un *fiduciary power*<sup>1183</sup> ; en conséquence il doit être exercé dans le meilleur intérêt du *trust* et de *cestuis que trusts*. De plus, si le pouvoir de désigner un fiduciaire-*trustee* est donné à plusieurs personnes, il devrait être exercé conjointement<sup>1184</sup>.

**744.-** La question que se pose maintenant c'est sur l'hypothèse où le contrat de fiducie et l'instrument du *trust* n'ont pas prévu qui pourrait désigner un nouveau fiduciaire-*trustee* ? En droit français, si le constituant et tous les bénéficiaires sont d'accord sur la personne du nouveau fiduciaire, aucune difficulté n'existe dans la désignation du fiduciaire (bien sûr il faudra que le nouveau fiduciaire accepte de l'être) ; « le juge se contentera de vérifier, avant de valider leur choix, que la personne [...] envisagée réponde aux exigences de l'article 2014 du code civil »<sup>1185</sup>.

**745.-** En revanche, si les parties concernées ne sont pas d'accord sur la personne qui deviendrait le nouveau fiduciaire, un consensus serait-il nécessaire, ou la volonté des uns peut-elle s'imposer sur la volonté des autres ? Comme nous l'avons dit dans la section précédente, la lettre de l'article 2027 du Code civil établit que le constituant, le bénéficiaire ou le tiers protecteur peut solliciter le remplacement du fiduciaire, ce qui implique que la

---

<sup>1183</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 22.39 ; LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 14-30 ; *contra*, v. D. POLLARD et D. HEATH, « The power of employees to appoint or remove trustees of occupational pension schemes: is it fiduciary ? », *op. cit.*

<sup>1184</sup> En ce sens (sur le droit anglais), v. F. BARLOW, « The appointment of trustees : a disappointing decision », *op. cit.*, p. 23.

<sup>1185</sup> X. DE ROUX, *Rapport sur la proposition de loi (n° 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie*, 12<sup>ème</sup> législature, n° 3655, p. 53 ; *contra*, v. A. DELFOSSE et J.-F. PENIGUEL, « Premières vues sur la fiducie », *op. cit.*, p. 599 (les auteurs écrivent : « Le constituant, le bénéficiaire et le 'tiers de confiance' peuvent, sans lier le juge, proposer un nouveau fiduciaire »).

demande du remplacement du fiduciaire d'un seul, oblige le juge à analyser le cas et à demander aux autres de présenter leurs objections, non seulement à la révocation du fiduciaire actuel, mais aussi à la désignation du nouveau fiduciaire. Si les juges procèdent ainsi et si d'autres propositions sur l'identité du futur fiduciaire sont avancées, le juge devrait apprécier les différentes propositions et confirmer la personne qui, selon lui, serait la meilleure pour la fiducie.

**746.-** La conclusion précédente soulève un problème : dans la désignation d'un nouveau fiduciaire, le juge va imposer un nouveau débiteur (le nouveau fiduciaire) au constituant et aux bénéficiaires sans que tous aient donné leur consentement <sup>1186</sup>. Cela pose un problème, puisque le remplacement du fiduciaire implique nécessairement une cession du contrat de l'ancien fiduciaire au nouveau <sup>1187</sup> ; dans le cas contraire, le remplacement aurait comme effet l'extinction du contrat de fiducie, ce qui n'est pas voulu. Comme la cession du contrat de fiducie implique la cession des obligations du fiduciaire, il faut avoir le consentement du constituant-contractant <sup>1188</sup> ; « on ne peut nier que la valeur économique d'une créance dépend de la personnalité du débiteur, de sa solvabilité, de son honnêteté, de son aptitude aux affaires » <sup>1189</sup>.

**747.-** Comme la fiducie est un contrat entre le constituant et le fiduciaire, le remplacement du fiduciaire va lier contractuellement le nouveau fiduciaire au constituant ; pour cette raison, et en dehors de toute clause contraire, il devrait, en principe, revenir au constituant de désigner le nouveau fiduciaire, et cette désignation devrait aussi s'imposer au juge.

**748.-** Néanmoins qu'en serait-il de l'hypothèse d'une pluralité de constituants qui ne sont pas d'accord sur l'identité du nouveau fiduciaire ? Si la procédure de remplacement est déjà ouverte et qu'il s'avère nécessaire, le juge devrait pouvoir nommer un fiduciaire

---

<sup>1186</sup> On pourrait faire la même précision sur la révocation du fiduciaire ; en revanche dans cette hypothèse, le juge révoque le fiduciaire puisque non seulement son aptitude en tant que débiteur a été mise en question, mais aussi puisqu'il a été constaté qu'il met en danger le patrimoine fiduciaire.

<sup>1187</sup> Dans un sens proche Mme. MALLET-BRICOUT a écrit que « [l']article 2027 organise en effet la possibilité légale de changer de partenaire contractuel (changement de fiduciaire) » (in « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *op. cit.*, p. 82).

<sup>1188</sup> V. Com., 6 mai 1997 : *Bull. civ.* IV, n° 117.

provisoire <sup>1190</sup>, le temps que les constituants se mettent d'accord sur la désignation du nouveau fiduciaire ; mais s'ils ne se mettent pas d'accord, il faudrait trouver une solution à l'impasse, puisque rester indéfiniment sans fiduciaire serait léthal pour la fiducie. Ainsi, après avoir donné l'opportunité aux constituants de choisir le fiduciaire, et s'ils n'arrivent pas à se mettre d'accord, le juge devrait pouvoir choisir entre les différentes propositions faites par les divers constituants (mais seulement dans cette hypothèse). Le choix des juges va devoir se faire selon la proposition la meilleure pour la fiducie et les bénéficiaires.

**749.-** Si c'est en principe au constituant-cocontractant de choisir le nouveau fiduciaire, on ne peut pas laisser de côté le fait que les bénéficiaires sont aussi des créanciers du fiduciaire et qu'ils le seront donc du nouveau fiduciaire. Ainsi, dans l'hypothèse où le constituant n'a aucun intérêt économique dans le patrimoine fiduciaire (non seulement parce qu'il n'est pas bénéficiaire, mais aussi parce que les biens fiduciaires ne vont pas lui être transférés à l'extinction de la fiducie), il faudrait prendre plutôt en considération les vœux des bénéficiaires, non pas ceux du constituant. Or, si le constituant voulait désigner un fiduciaire, alors que tous les bénéficiaires en voudraient un autre, le juge devrait faire une exception et valider le fiduciaire proposé par les bénéficiaires. Ce serait mieux, pour la fiducie et pour la bonne administration du patrimoine fiduciaire, que le juge confirme le fiduciaire choisi par les bénéficiaires, puisque ce sont eux qui vont traiter avec le fiduciaire et qui vont sentir les effets de l'exécution, inexécution ou mauvaise exécution de la fiducie, non pas le constituant, qui n'a plus d'intérêts dans les biens fiduciaires. Dans l'hypothèse où les bénéficiaires ne se mettent pas d'accord sur qui serait le futur fiduciaire, il faudra procéder comme dans l'hypothèse d'une pluralité de constituants.

**750.-** Quant au droit anglais, quand il n'y aurait aucune personne nommée pour désigner un nouveau *trustee*, ou que ladite personne ne pourrait pas exercer son pouvoir de désignation, la section 36(1) du *Trustee Act* 1925 prévoit que le pouvoir est entre les mains du *trustee* survivant (dans l'hypothèse de la mort d'un *trustee*), ou le *continuing trustee*

---

<sup>1189</sup> B. STORCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, T. III, Régime général*, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 1999, n° 6.

(les *trustees* vont être remplacés [soit parce qu'il veut se retirer, soit parce qu'il refuse d'agir], mais qu'ils ont quand même la volonté de nommer le nouveau *trustee* <sup>1191</sup>), ou le *trustee* actuel, ou le représentant personnel du *trustee* survivant ou *continuing trustee* <sup>1192</sup>.

**751.-** En outre, la cour n'a pas seulement la «juridiction inhérente d'administrateurs du trust», elle a aussi un pouvoir conféré par la section 41 du *Trustee Act* 1925 pour désigner un nouveau *trustee*. Cette section prévoit que la cour pourrait désigner un nouveau *trustee* (soit en substitution d'un autre, soit pour en ajouter un aux *trustees* déjà existants, soit quand il n'y aurait aucun *trustee*) quand cela s'avère opportun, et il s'avère inopportun, difficile ou impossible de le faire sans l'assistance de la cour <sup>1193</sup>. Ainsi, la cour est déjà intervenue quand la personne avec le pouvoir de désigner le nouveau *trustee* était incapable et ne pouvait plus faire la désignation <sup>1194</sup>, ou encore quand un enfant avait reçu le pouvoir de désigner un *trustee* <sup>1195</sup>.

**752.-** Au moment de choisir le nouveau *trustee*, il faut que les juges prennent en considération le besoin de protéger les biens mis en *trust*, les intérêts des *cestuis que trusts*, et de s'assurer autant que possible que le *trust* va être exécuté correctement <sup>1196</sup>.

**753.-** Comme nous l'avons dit <sup>1197</sup>, en droit français, le fiduciaire révoqué est dessaisi de plein droit, ainsi le nouveau fiduciaire se voit transférer automatiquement le patrimoine fiduciaire, ainsi que tous les droits qui en font partie. De cette manière, l'ancien fiduciaire demeure avec une obligation de livrer les biens fiduciaires.

<sup>1190</sup> En ce sens, v. C. KUHN, « Une fiducie à la française », *op. cit.*, p. 44 ; X. DE ROUX, *Rapport sur la proposition de loi (n° 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie*, 12<sup>ème</sup> législature, n° 3655, p. 53.

<sup>1191</sup> En ce sens, v. la section 36(8) du *Trustee Act* 1925.

<sup>1192</sup> Dans l'hypothèse de la désignation du *trustee* à cause d'un remplacement, les hypothèses de sa désignation sont les mêmes que celles de la révocation du *trustee* (v. *supra*, n° 724 et s.).

<sup>1193</sup> Pour une application jurisprudentielle de cette section, v. *Re Henderson* [1940] Ch. 764.

<sup>1194</sup> *V. Re Lemann's Trusts* (1882) 22 Ch.D. 633.

<sup>1195</sup> *V. Re Parsons* [1940] Ch. 973.

<sup>1196</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 22.63.

<sup>1197</sup> Sur le droit anglais, v. *supra*, n° 740.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

754.- Comme la plupart des obligations du fiduciaire-*trustee* s'exécutent sur les biens fiduciaires, leur inexécution va en principe avoir un effet négatif sur le patrimoine fiduciaire-*trust fund* dont ils font partie. Ainsi pour protéger cette universalité, il faut donner au constituant et aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* les moyens nécessaires pour obtenir l'exécution en nature des obligations méconnues. L'exécution en nature peut s'obtenir de deux manières différentes : soit en forçant le fiduciaire-*trustee* fautif à exécuter lui-même en nature les obligations ; soit en le remplaçant par un autre fiduciaire-*trustee* disposé à le faire à sa place. Quant à l'exécution forcée en nature, dans le droit français, elle est un droit des créanciers, alors que dans le droit anglais, elle dépend de la libre appréciation des juges ; en revanche, elle est le remède privilégié par les juges ; mais en outre il existe des hypothèses où elle s'impose aux juges. En ce qui concerne le remplacement du fiduciaire-*trustee*, ce remède peut s'avérer nécessaire quand nous sommes face à un fiduciaire-*trustee* fautif, ou qui met en péril le patrimoine fiduciaire-*trust fund* et donc les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts*. Pour cette raison, ce remède est envisageable dans les deux droits étudiés ; en effet, il est possible de remplacer le fiduciaire-*trustee* et mettre à sa place une autre personne avec la volonté de bien exécuter la fiducie-*trust*. Si les remèdes visant l'exécution de la fiducie-*trust* sont à la disposition du constituant et des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, ils trouveront aussi des remèdes visant la réparation du dommage causé par le fiduciaire-*trustee*.



## CHAPITRE II

### LES REMÈDES VISANT LA RÉPARATION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- *TRUST FUND*

755.- A côté des remèdes visant l'exécution de la fiducie-*trust*, on relève ceux qui ont comme objectif de réparer le dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Si cette universalité est principalement susceptible d'être endommagée par le fiduciaire-*trustee* lui-même et par des tiers <sup>1198</sup>, il peut arriver aussi qu'elle soit endommagée par le constituant-*settlor* et les bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

756.- En droit anglais, un même régime de responsabilité existe pour les tiers, et pour les *cestuis que trusts* <sup>1199</sup>, et puisqu'après la constitution du *trust* le *settlor* n'a, en principe, aucun droit ni obligation, il peut en quelque sorte être considéré comme un tiers ; ainsi, le régime de la responsabilité des tiers lui est applicable. En droit français, si le bénéficiaire cause un dommage au patrimoine fiduciaire, le régime applicable aux tiers devrait aussi lui être applicable, puisqu'en principe le bénéficiaire n'est pas partie au contrat de fiducie (qui est entre le constituant et le fiduciaire), et par voie de conséquence le bénéficiaire ne se voit imposer aucune obligation contractuelle <sup>1200</sup> ; donc, la faute source du dommage n'est pas de nature contractuelle <sup>1201</sup>. De cette manière, le régime de la

---

<sup>1198</sup> Nous limiterons notre analyse aux hypothèses où des tiers ont participé avec le fiduciaire-*trustee* à la violation de la fiducie-*trust* (sous la justification de cette limitation, v. *supra*, n° 644 et s.).

<sup>1199</sup> V. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 911 et s. ; LEWIN, *Lewin on trusts, op. cit.*, n° 40-01 et s.

<sup>1200</sup> Sans doute cette question pourrait-elle générer un débat doctrinal, puisqu'il existe des exemples où un tiers au contrat se voit imposer des obligations (v. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 2<sup>ème</sup> Partie : Effets*, Economica, 6<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 825 et s. ; N. BALAT, « Introducción a las "reglas de Rotterdam": ¿el derecho de transporte marítimo internacional del futuro? », *Revista internacional de derecho y ciencias sociales* 2013 [UDEM, Mexique, à paraître]).

<sup>1201</sup> En revanche, il faut prendre en considération le fait que le bénéficiaire est créancier du patrimoine fiduciaire ; ainsi, si la responsabilité de ce dernier est engagée envers le patrimoine fiduciaire (et si les conditions de la compensation ne sont pas remplies [sur ces conditions, v. J.

responsabilité du *settlor* et des bénéficiaires-*cestuis que trusts* serait celui du régime de la responsabilité des tiers.

**757.-** Il est également possible que le constituant engage sa responsabilité envers le patrimoine fiduciaire ; cependant, nous ne consacrerons que quelques lignes à ce sujet, dans la mesure où le rôle du constituant après la constitution de la fiducie est assez limité. En effet, après la constitution de la fiducie, le constituant va avoir une obligation de donner et à rémunérer le fiduciaire. Si le constituant viole l'une de ses obligations, et si cette violation entraînait un dommage au patrimoine fiduciaire, sa responsabilité contractuelle serait alors engagée ; il devrait réparer le dommage. Comme le fiduciaire est titulaire du patrimoine fiduciaire, c'est lui qui devient le titulaire de la créance de réparation due par le constituant ; plus que le droit d'exiger la réparation, le fiduciaire aura le devoir de le faire.

**758.-** Ainsi, l'étude débutera par l'analyse de la responsabilité du fiduciaire-*trustee* (section I), et se poursuivra par l'étude de la responsabilité des tiers (section II).

## **SECTION I.- LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DU FIDUCIAIRE- TRUSTEE ENVERS LE PATRIMOINE FIDUCIAIRE-TRUST FUND**

**759.-** Si, par un comportement fautif <sup>1202</sup>, le fiduciaire cause un dommage au patrimoine fiduciaire, il devra le réparer ; dans cette hypothèse le fiduciaire serait engagé personnellement <sup>1203</sup>. En effet, l'article 2026 du Code civil prévoit que le fiduciaire est

---

FRANÇOIS, *Droit civil, T. IV, Les obligations, Régime général*, Economica, 2<sup>ème</sup> éd., 2011, n° 55 et s.]) le fiduciaire devra suspendre l'exécution des droits du bénéficiaire responsable jusqu'au paiement de l'indemnisation due (ce qui est le cas en droit anglais [en ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trusts, op. cit.*, n° 40-06 et s.]). Il en serait ainsi par exemple lorsque, dans une même fiducie, il y aurait des bénéficiaires successifs, avec le droit de prendre possession successivement d'un bien mis en fiducie et si, en possédant le bien, l'un des bénéficiaires causait un dommage au bien. L'hypothèse apparaît assez fréquente en pratique (dans le droit anglais).

<sup>1202</sup> Sur la définition de faute dans le cadre de la fiducie, v. *infra*, n° 786 et s.

<sup>1203</sup> Le fiduciaire serait aussi personnellement obligé s'il acceptait de garantir les passifs fiduciaires (v. l'article 2025 du Code civil) ou s'il ne faisait pas mention aux tiers qu'il agit ès qualités (v. l'article 2021 du Code civil). Comme ces situations ne relevant pas de l'objectif de notre thèse, nous ne les analyserons pas.



« responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission ».

**760.-** Lorsque le fiduciaire est une personne morale, il serait des personnes physiques qui vont exécuter le contrat de fiducie, gérer le patrimoine fiduciaire et accomplir la mission confiée. Dans cette hypothèse, les personnes que exécuteraient le contrat de fiducie seront des préposés du fiduciaire, qui serait responsable pour leurs fautes <sup>1204</sup>, ce qui est indépendant de la responsabilité qu'ils peuvent encourir personnellement. De cette façon, le fiduciaire sera responsable pour les actes du gérant du patrimoine fiduciaire.

**761.-** Même si les fautes du fiduciaire ont été commises dans l'exécution de la mission fiduciaire, elles doivent être considérées comme « hors fiducie » <sup>1205</sup>, puisqu'elles ne sont pas conformes à l'opération fiduciaire. En effet, « la mauvaise exécution de la fiducie génère d'autres classes d'obligations au-delà du but visé, qui doit être garanti par les actifs de ceux qui ont agi fautivement ou avec dol » <sup>1206</sup>. De la solution contraire, si des indemnisations dues à cause des fautes du fiduciaire se payaient sur le patrimoine fiduciaire, il résulterait que non seulement le fiduciaire aurait une sur-protection (puisque'il ne serait pas personnellement responsable de ses fautes commises <sup>1207</sup>), mais encore que les actifs du patrimoine fiduciaire diminueraient. Ainsi, en libérant le patrimoine des fautes du fiduciaire, on le protège <sup>1208</sup> ; en plus, cela permet au patrimoine fiduciaire d'être réparé si cette universalité est endommagée par une faute du fiduciaire.

**762.-** En droit anglais, cette problématique ne se pose pas dans les mêmes termes qu'en droit français. Comme le *trustee* est toujours personnellement tenu des obligations

---

<sup>1204</sup> Sur la responsabilité pour les faits d'un préposé, v. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 824.

<sup>1205</sup> En ce sens, v. C. KUHN, « La mission du fiduciaire », *op. cit.*, p. 57.

<sup>1206</sup> « *la incorrecta ejecución del fideicomiso genera otra clases de obligaciones, ajenas al fin perseguido, que deben estar garantizados con los bienes de quien actuó con culpa o dolo en su cumplimiento* » (C. M. KIPER et S. V. LISOPRAWSKI, *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario*, *op. cit.*, p 125).

<sup>1207</sup> En ce sens, v. *ibidem*, p. 126.

<sup>1208</sup> On peut déduire la même idée d'un article où la responsabilité du fiduciaire est traitée sous l'intitulé de « protection du patrimoine fiduciaire » (v. G. MARRAUD DES GROTTES, « *Fiducie : fin d'un mythe mais début des incertitudes* », *Rev. Lamy dr. civ.* avril 2007, n° 37, p. 34, spéc. p. 36).

qui naissent de la gestion du *trust fund*<sup>1209</sup>, ses biens personnels constituent toujours le gage commun des « créanciers du *trust* »<sup>1210</sup>. Ainsi, les anglais ne se posent jamais la question de savoir dans quelles circonstances le *trustee* serait personnellement impliqué, parce qu'il l'est toujours.

**763.-** La question qui se pose en droit anglais est de savoir si le *trustee* a ou non accès au *right of indemnity*, c'est-à-dire s'il a le droit d'exécuter les obligations nées de l'accomplissement de sa mission avec les biens du *trust* (*right of exoneration*) ou s'il a le droit de se faire rembourser s'il les exécute avec ses propres biens (*right of reimbursement*)<sup>1211</sup>.

**764.-** Cette question est résolue par la doctrine du *breach of trust* (violation du *trust*) : si l'obligation née de la gestion du *trust fund* est créée en violation de l'une de ses obligations, le *trustee* perd son *right of indemnity*<sup>1212</sup>, ce qui lui fait supporter cette obligation définitivement sur ses biens personnels. La conséquence en est que tout acte ou fait qui constitue une violation du *trust* sera considéré comme « hors *trust* ». Toutefois, l'objet de la doctrine du *breach of trust* n'est pas de dénier au *trustee* l'accès à son *right of indemnity* ; son objet principal est la réparation des dommages causés au *trust fund* par la faute du *trustee*.

**765.-** Bien que la problématique se pose différemment dans les deux droits, tous deux font subir personnellement au fiduciaire-*trustee* des effets juridiques en conséquence de son comportement fautif. De la sorte, les fautes du fiduciaire-*trustee* ne sont pas supportées par le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Cela a comme conséquence que tout dommage causé, par une faute du fiduciaire-*trustee*, au patrimoine fiduciaire-*trust fund*, doit être réparé par lui<sup>1213</sup>.

---

<sup>1209</sup> En ce sens, v. *Stanier v Evans* (1886) 34 Ch.D. 470, spéc. p. 476 et 477.

Sur ce sujet, v. *supra*, n<sup>os</sup> 34 et 612 et s.

<sup>1210</sup> V. A. W. SCOTT, « Liabilities incurred in the administration of trusts », (1915) 28 *Harv. L. Rev.* 725.

Sur les risques que cela implique, v. Ch. McCALL, « Trustees - risks they never thought they ran », *op. cit.*

<sup>1211</sup> Sur ce sujet, v. *supra*, n<sup>o</sup> 616 et s.

<sup>1212</sup> V. A. W. SCOTT, « Liabilities incurred in the administration of trusts », *op. cit.*, p.727.

<sup>1213</sup> Une autre conséquence serait que toute créance de réparation du dommage causé par la faute du fiduciaire-*trustee* sera considéré comme née hors fiducie-*trust* et ne sera, par conséquent, pas supportée

766.- L'on analysera le régime de la responsabilité du fiduciaire-*trustee* à l'égard du patrimoine fiduciaire-*trust fund* (§ 2) ; mais il faut d'abord justifier cette possibilité (§ 1).

## § 1.- LA JUSTIFICATION DE LA RESPONSABILITÉ DU FIDUCIAIRE- *TRUSTEE*

767.- Si le fiduciaire-*trustee* cause fautivement un dommage au patrimoine fiduciaire-*trust fund*, la logique voudrait *a priori* que ce dommage soit réparé <sup>1214</sup>. Cependant, engager la responsabilité du fiduciaire-*trustee* envers le patrimoine fiduciaire-*trust fund* aurait alors comme conséquence la création d'une incohérence juridique puisqu'une créance est créée au profit de cette universalité <sup>1215</sup> dont il est le titulaire.

par le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Dans ce cas, ce sera le fiduciaire-*trustee* dans sa qualité personnelle qui aura la charge de cette créance (en ce sens PIEDELIEVRE a écrit sur l'article 2026 du Code civil que « la victime ne pourra jamais obtenir réparation sur le patrimoine fiduciaire » [in « La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007 », *op. cit.*, n° 33]. En revanche, il peut arriver certaines hypothèses où la responsabilité civile du fiduciaire peut être engagée ès qualités, donc ce serait le patrimoine fiduciaire qui répondrait. Il devrait être ainsi pour les responsabilités objectives ; par exemple, quand conforme à l'article 1386 du Code civil un dommage est causé par suite du défaut de la construction d'un immeuble (la question sur la responsabilité objective a été posée par MM. BERTRAN de BALANDA et SORENSEN in « La fiducie : un enfer pavé de bonnes intentions. Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue de sûretés », *Rev. Lamy dr. aff.* juin 2007, n° 17, p. 35, spéc. p. 37 ; « La fiducie : un enfer pavé de bonnes intentions. Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue de sûretés », *Rev. Lamy dr. civ.* juin 2007, n° 39, p. 53, spéc. p. 55).

Puisque notre sujet porte sur la protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, la réparation des dommages causés au constituant-*settlor*, au bénéficiaire-*cestuis que trust* (ce qu'un auteur nomme la responsabilité interne du fiduciaire [v. P. URRETS ZAVALIA, *Responsabilidad civil del fiduciario*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 51 et s.]) et/ou aux tiers (ce que le même auteur nomme comme responsabilité externe du fiduciaire [v. *ibidem*, p. 81 et s.]) n'entre pas dans le champ de notre étude.

<sup>1214</sup> La responsabilité du fiduciaire-*trustee* vers le patrimoine fiduciaire-*trust fund* n'est possible que si la fiducie-*trust* est toujours en cours ; dans le cas contraire, la réparation devrait être faite au constituant et/ou aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* (en ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 39-02 ; A. J. OAKLEY, « The liberalising nature of remedies for breach of trust », in *Trends in contemporary trust law*, s. la dir. de A. J. OAKLEY, Oxford Clarendon Press, 1996, p. 217 et s., spéc. p. 224 et 225).

<sup>1215</sup> En ce sens, v. Ch. MITCHELL, « Assistance », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 139 et s., spéc. p. 153.

Sur le caractère patrimonial de la créance de réparation, v. M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil, T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 1<sup>ère</sup> éd., 2007, n° 444 et s.

Une autre incohérence apparaît aussi quand le fiduciaire-*trustee* devient créancier du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Il en serait ainsi par exemple quand le fiduciaire-*trustee* utilise des ressources propres dans la gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, ce que lui donne le droit d'être

**768.-** En effet, comme le fiduciaire-*trustee* est le titulaire du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, son obligation de réparer le dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund* peut être analysée comme une obligation envers lui-même<sup>1216</sup>. Or, le fait que le fiduciaire-*trustee* soit obligé envers lui-même est contraire à la notion de l'obligation, entendue comme un lien entre deux personnes (le créancier et le débiteur)<sup>1217</sup>.

**769.-** Pour mettre fin à cette incohérence, on pourrait avancer l'idée qu'en réalité la créance de réparation appartient au constituant et au bénéficiaire-*cestui que trust*, et n'est pas dans le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Cependant, cette position n'est pourtant pas tout à fait convaincante : il faut bien distinguer le droit du constituant et du bénéficiaire-*cestui que trust* d'exiger du fiduciaire-*trustee* la bonne exécution de la fiducie-*trust*, et donc leur droit d'engager la responsabilité du fiduciaire-*trustee* envers le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, d'une part, du droit du patrimoine fiduciaire-*trust fund* à être indemnisé par le fiduciaire-*trustee*, d'autre part. En effet, la créance de réparation est un actif du patrimoine fiduciaire-*trust fund* et non pas des patrimoines du constituant et du bénéficiaire-*cestui que trust*.

**770.-** L'engagement de la responsabilité du *trustee* envers le *trust fund*<sup>1218</sup> est clairement admis en droit positif anglais. En revanche, la position du droit français n'est pas sûre : aucune disposition législative ne le prévoit ainsi, les travaux préparatoires sont

---

remboursé directement du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Il en est ainsi puisque c'est le patrimoine fiduciaire-*trust fund* qui a profité de l'action du fiduciaire-*trustee*, non pas le constituant et/ou le bénéficiaire-*cestui que trust*. C'est le cas en droit anglais (v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 21.10 et s.) et dans certains pays latino-américains (v. l'article 261 de la Ley 26.702 [loi péruvienne où apparaît la fiducie]).

<sup>1216</sup> Cette interprétation reste vraie même en cas de pluralité des fiduciaires-*trustees*, puisque même quand le fiduciaire-*trustee* fautif est obligé envers les autres, il doit être considéré aussi comme obligé envers lui-même, sa faute n'enlève pas le fait qu'il soit co-titulaire du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

Sur l'hypothèse du contrat avec lui-même, v. *infra*, n° 91 et s.

<sup>1217</sup> En ce sens en droit français, v. *supra*, n° 97 ; en droit anglais, v. *Black's law dictionary*, 3<sup>ème</sup> Pocket éd., *op. cit.*, v° *Obligation* sens n° 2, et v° *Duty*.

<sup>1218</sup> V. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 32.01 et s. ; L. A. SHERIDAN, *The law of trusts Law, op. cit.*, p. 435 et s.

silencieux <sup>1219</sup> et la doctrine ne semble pas envisager la question de la responsabilité du fiduciaire envers le patrimoine fiduciaire <sup>1220</sup>.

**771.-** Pour ces raisons, et du fait de l'incohérence créée par l'engagement de la responsabilité du fiduciaire envers le patrimoine fiduciaire, il apparaît nécessaire de prévoir, en droit français, la possibilité d'engager la responsabilité du fiduciaire envers le patrimoine fiduciaire quand celui-ci est endommagé par sa faute.

**772.-** La première justification peut être trouvée dans l'institution même de la fiducie. Comme nous l'avons déjà remarqué, l'objectif principal de la fiducie est l'accomplissement de la mission fiduciaire. Cet objectif ne se réalise que sur le patrimoine fiduciaire ; il est ainsi primordial que le patrimoine fiduciaire se trouve toujours dans un état qui permette l'accomplissement de cette mission. Or, si un dommage est causé au patrimoine fiduciaire par une faute du fiduciaire, le patrimoine se verra amoindri, mettant ainsi en péril l'accomplissement de la mission fiduciaire. Pour cette raison, limiter la responsabilité du fiduciaire envers le constituant et/ou les bénéficiaires ne serait pas conforme à l'accomplissement de la mission fiduciaire ; il faudra en plus la possibilité d'engager la responsabilité du fiduciaire en faveur du patrimoine fiduciaire, pour permettre ainsi sa réparation <sup>1221</sup>.

---

<sup>1219</sup> En effet, la proposition du Sénateur MARINI ne mentionne aucunement envers qui le fiduciaire serait responsable, et si les rapports du M. RICHEMONT et M. de ROUX prévoient la responsabilité du fiduciaire, ce n'est que vis-à-vis du constituant, du bénéficiaire et des tiers, aucune mention n'est faite du patrimoine fiduciaire.

<sup>1220</sup> Pour des auteurs qui analysent la responsabilité du fiduciaire, sans envisager la possibilité que le fiduciaire soit responsable vis-à-vis du patrimoine fiduciaire, v. Ph. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *Dr. et patrimoine* novembre 2009, p. 42 ; C. KUHN, « La mission du fiduciaire », *op. cit.*, p. 56 ; N. BORGA, « Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code Civil) », *op. cit.*, n° 7 et s. ; F. BARRIERE, *Rép. civ. Dalloz*, v° Fiducie, n° 77 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 274 ; Ph. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états : Journées nationales, T. XV, Paris-Est Créteil, le 15 avril 2010*, Dalloz, 2011, p. 9 et s., spéc. p. 29 et s., spéc. n° 7-13.

<sup>1221</sup> En ce sens un auteur anglophone a écrit que « dans la plupart des cas de violations du *trust*, l'allocation d'une indemnisation pécuniaire aux bénéficiaires ne serait pas un substitut adéquat à la exécution du *trust* [...] Si une violation du *trust*, qui lui cause des pertes, conduisait au versement d'une indemnité directe aux bénéficiaires, cela aurait l'effet d'effondrer complètement ou partiellement le *trust* » (« *in most cases of breach of trust, the payment of money to the beneficiaries would not be an adequate substitute for performance of the trust [...] If a breach of trust, causing loss of trust assets, led to the payment of compensation directly to the trust beneficiaries, this would have the effect of collapsing the trust in whole or in part* »). Il ajoute qu'« une répartition misérable de la valeur du *trust* parmi les bénéficiaires irait à l'encontre du but et de l'utilité du *trust*, qui a été conçu pour concentrer des ressources limitées là où elles sont

773.- Une autre justification de la responsabilité civile du fiduciaire envers le patrimoine fiduciaire, réside dans le rôle de la responsabilité civile. Cette dernière a comme fonction de supprimer autant que possible les conséquences que l'acte illicite d'une personne aurait causées <sup>1222</sup>. Ainsi, le responsable doit autant que faire se peut rétablir le patrimoine de la victime comme il était avant l'acte illicite. Dans l'accomplissement de cet objectif, il est évident que, si le patrimoine fiduciaire a été endommagé, il faut le réparer pour que les conséquences du comportement fautif du fiduciaire soient autant que possible effacées.

774.- En outre la responsabilité civile a également comme effet de sanctionner l'auteur du comportement répréhensible <sup>1223</sup>. A cet égard, si l'on écartait la possibilité d'engager la responsabilité civile du fiduciaire pour atteinte au patrimoine fiduciaire, il serait alors possible que, dans certaines hypothèses, le comportement fautif du fiduciaire ne puisse être sanctionné. Il en serait notamment ainsi quand, en dépit du fait qu'un dommage a été causé au patrimoine fiduciaire, les conditions de la responsabilité du fiduciaire envers le constituant ou les bénéficiaires ne seraient pas réunies <sup>1224</sup>.

775.- Tel serait par exemple le cas lorsque, malgré le dommage souffert par le patrimoine fiduciaire, le constituant et les bénéficiaires ne seraient victimes que d'un dommage éventuel. Il en irait notamment ainsi lorsque le droit du constituant (de se faire

nécessaires » (« *a distribution of trust value thinly among the beneficiaries would defeat the purpose and utility of the a trust designed to concentrate limited resource where they are needed the most* » [R. CHAMBERS, *Liability, op. cit.*, p. 4 et 5]).

<sup>1222</sup> Sur une critique à la fonction d'indemnisation, v. A. TUNC, « La fonction d'indemnisation de la responsabilité civile », in *Verzekeringen van vriendschap*, Kluwer Deventer, 1974, p. 143 et s.

<sup>1223</sup> Sur le rôle normatif de la responsabilité, v. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, n<sup>os</sup> 16, 39 et s. Cette fonction perd sa force si le fiduciaire est assuré pour les fautes qu'il commet dans l'exécution de sa mission (*ibidem*, n<sup>o</sup> 40 ; l'auteur remercie vivement le Professeur Sarah BROS de l'avoir instruit sur le sujet) ; en effet, « le jeu de la responsabilité civile est dans la plupart des cas neutralisé par l'assurance » (A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Recueil d'études en hommage à M. ANCEL, T. I*, A. PEDONE, 1975, p. 407 et s., spéc. p. 414). Il serait ainsi pour tout avocat exerçant comme fiduciaire, puisqu'ils sont obligés de souscrire une assurance (v. « Exercice de la fiducie par les avocats », *JCP E* 2010, act. 5 ; B. RAJOT, « L'exercice de la fiducie ouverte aux avocats », *Resp. civ. et assur.* 2010, alerte 3).

Sur les fonctions de la responsabilité, v. Ph. Le TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> Responsabilité (en général), spéc. n<sup>o</sup> 7 et s.

<sup>1224</sup> Sur les conditions de la responsabilité civile, v. *infra*, n<sup>o</sup> 784 et s.

transmettre les biens fiduciaires à la fin de la fiducie) et le droit du bénéficiaire (de recevoir les avantages prévus par le constituant) sont soumis à l'accomplissement d'une condition <sup>1225</sup>. Dans cette hypothèse, comme leur droit ne serait qu'éventuel, le dommage qui ils subiraient en raison d'une atteinte au patrimoine fiduciaire commise par le fiduciaire ne serait lui-même qu'incertain. Dès lors le dommage du constituant et des bénéficiaires ne présenterait donc pas les caractères d'un préjudice réparable au sens du droit de la responsabilité civile.

**776.-** C'est pourquoi, si l'on ne permettait pas d'engager la responsabilité civile du fiduciaire en faveur du patrimoine fiduciaire, il pourrait exister en pratique des situations où le dommage causé au patrimoine fiduciaire resterait sans sanction.

**777.-** Reste que, le fait d'admettre la responsabilité civile du fiduciaire envers le patrimoine fiduciaire <sup>1226</sup> pourrait impliquer une évolution de la notion communément admise d'obligation. Pour cette raison, nous avons déjà écrit que la conception de l'obligation retenue par SALEILLES pourrait se voir reconnaître une place dans notre droit moderne <sup>1227</sup>. Il est en effet envisageable de définir l'obligation, non comme un lien entre deux personnes, mais plutôt comme un lien entre deux patrimoines. En ce sens, le Professeur LIBCHABER, dans un bref examen de la loi adoptant l'EIRL, estime que la pluralité des patrimoines pourrait avoir comme conséquence de condamner la catégorie des droits personnels <sup>1228</sup>. Pour la cohérence de l'institution de la fiducie, il faudrait admettre la possibilité d'engager la responsabilité du fiduciaire envers le patrimoine fiduciaire, et ce, au prix de l'évolution de l'appréhension courante de la notion d'obligation.

**778.-** Après avoir justifié la responsabilité du fiduciaire vis-à-vis du patrimoine fiduciaire, il nous reste encore à étudier son régime.

---

<sup>1225</sup> Un exemple serait celui d'une fiducie où le patrimoine fiduciaire va s'accumuler jusqu'à l'extinction de la fiducie dont les biens seront retransmis au constituant, sauf si X arrive ; et si X arrivait, les biens seraient retransmis à un tiers bénéficiaire.

<sup>1226</sup> Ce n'est pas seulement dans les pays de la *Common law* que c'est prévu ainsi, mais aussi dans certaines pays latino-américains de tradition civiliste. C'est le cas par exemple du Pérou qui prévoit, dans l'article 259 de la Ley 26.702, la responsabilité du fiduciaire vis-à-vis du patrimoine fiduciaire.

<sup>1227</sup> V. *supra*, n° 97.

<sup>1228</sup> In « Eclairage. Feu la théorie du patrimoine », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 316, spéc. p. 317.

## § 2.- LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ DU FIDUCIAIRE-*TRUSTEE*

**779.-** La nature de la responsabilité civile du fiduciaire dépend d'abord de la source de la fiducie <sup>1229</sup>. Bien que l'article 2012 du Code civil précise que la fiducie puisse être établie par la loi <sup>1230</sup>, il n'existe jusqu'à maintenant aucune disposition prévoyant une « fiducie légale ». En conséquence, l'unique moyen de constituer la fiducie reste le contrat. Même si un jour une « fiducie légale » devait être prévue, il est possible que la loi envisage que sa constitution soit contractuelle <sup>1231</sup> ; en d'autres termes, la loi imposerait dans certaines hypothèses l'obligation de créer contractuellement une fiducie, et non que la fiducie serait constituée de plein droit (comme c'est le cas dans les *constructive trust* et *resulting trust* en droit anglais <sup>1232</sup>).

**780.-** Si la nature contractuelle de la fiducie donne un indice sur le régime de la responsabilité civile du fiduciaire, le régime dépend encore du lien qui attache le fiduciaire et la victime du dommage <sup>1233</sup>. Ainsi, la responsabilité civile du fiduciaire envers le bénéficiaire ayant accepté sa qualité, est contractuelle ; mais elle serait délictuelle envers des tiers, catégorie à laquelle il faut rattacher le bénéficiaire qui n'aurait pas accepté sa qualité.

**781.-** Toutefois, nous sommes dans l'hypothèse de la responsabilité civile du fiduciaire envers le patrimoine fiduciaire ; cette hypothèse est originale en ce que le dommage causé au patrimoine fiduciaire ne peut pas être considéré comme un dommage causé au patrimoine du cocontractant (le constituant) du fiduciaire ; ce serait comme si la violation du lien contractuel entre A et B causait un dommage à C. Dans ce cas, la responsabilité civile envers C serait délictuelle, parce qu'aucun lien contractuel n'existe avec C. La nature de la responsabilité civile du fiduciaire vis-à-vis du patrimoine fiduciaire

---

<sup>1229</sup> En ce sens, v. N. BORGA, « Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code Civil) », *op. cit.*, n° 8.

<sup>1230</sup> Pour une critique de cette disposition, v. J.-D. PELLIER, « Regard sur la fiducie-sûreté », *PA* 21 mars 2007, n° 58, p. 6, spéc. n° 8.

Sur les sources de la fiducie, v. Ch. ALBIGES, « La constitution de la fiducie », *Dr. et patrimoine* juin 2008, p. 46, spéc. p. 47.

<sup>1231</sup> En ce sens, v. N. BORGA, « Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code Civil) », *op. cit.*, n° 8.

<sup>1232</sup> Sur ces types de *trust*, v. LEWIN, *Lewin on trust*, *op. cit.*, n° 7-01 et s.

<sup>1233</sup> En ce sens, v. B. KAN-BALIVET, « Les clés du contrat de fiducie-gestion », *op. cit.*, p. 77.



est-elle délictuelle ? Bien qu'il soit plus intéressant pour le patrimoine fiduciaire qu'il en soit ainsi – notamment parce que la responsabilité civile extracontractuelle n'est pas limitée à la réparation du dommage prévisible –, le régime doit être celui de la responsabilité contractuelle, puisque le patrimoine fiduciaire n'est pas indépendant du contrat qui l'a créé.

**782.-** Si en droit français, on peut parler d'un droit commun de la responsabilité civile, ce n'est pas le cas en droit anglais, où il existe des régimes différents. En effet, il existe un régime pour l'hypothèse d'une violation du lien contractuel (*breach of contract*)<sup>1234</sup> ; il existe un autre régime pour la responsabilité extracontractuelle régie par le *law of torts*<sup>1235</sup> ; et pour la réparation des dommages dans le droit de *trusts*, le régime est celui du *breach of trusts*<sup>1236</sup>.

**783.-** De cette manière, le régime de la responsabilité du fiduciaire est celui de la responsabilité contractuelle et le régime de la responsabilité du *trustee* est celui du *breach of trust*. Pour analyser le régime de la responsabilité du fiduciaire-*trustee*, on envisagera successivement les conditions de la responsabilité (A), la réparation du dommage (B) et les hypothèses d'exonération du fiduciaire-*trustee* (C).

#### A.- LES ÉLÉMENTS DE LA RESPONSABILITÉ DU FIDUCIAIRE-TRUSTEE

**784.-** Dans la responsabilité contractuelle comme dans le *breach of trust*, trois conditions doivent être remplies : la violation<sup>1237</sup> de la fiducie-*trust* (1), un dommage au patrimoine fiduciaire-*trust fund* (2) et un lien de causalité entre la faute et le dommage (3).

---

<sup>1234</sup> V. H. G. BEALE, « Ch. 26 Damages », in *Chitty on contracts*, V. I, Thomson Reuters, 13<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 26.001 et s.

<sup>1235</sup> V. WINFIELD et JOLOWICZ, *Winfield & Jolowicz on tort*, Thomson-Reuters, 18<sup>ème</sup> éd., 2010, par W. V. H. ROGERS.

<sup>1236</sup> Dans la notion du *breach of trust*, est incluse celle du *breach of fiduciary duty*, plus spécifiquement la violation du *duty of loyalty*. En revanche, la violation du *fiduciary duty* n'inclut pas nécessairement celle du *breach of trust*, puisqu'il y a des relations fiduciaires qui ne sont pas des *trusts*.

<sup>1237</sup> Même si le terme « violation » n'est pas couramment utilisé en droit français, on préfère ce terme à celui d'« inexécution » puisqu'il est plus étendu. En effet, la notion d'inexécution *stricto sensu* n'embrasse ni le retard ni la mauvaise exécution de l'obligation, tandis que la notion de « violation » le permet.

1.- Le fait générateur : violation de la fiducie-*trust*

**785.-** La première condition nécessaire de la responsabilité civile contractuelle est celle de la violation d'une obligation contractuelle : il faudra ainsi que le fiduciaire viole au moins une des obligations imposées dans le cadre de la fiducie. C'est cette même condition qui est aussi exigée pour le *breach of trust*, et qui est définie comme la violation par le *trustee* d'une de ses obligations imposées par l'instrument du *trust*, la loi ou les principes d'*Equity* <sup>1238</sup>.

**786.-** Il faut considérer que le fiduciaire-*trustee* viole une de ses obligations quand il y a inexécution de l'obligation (soit totale [par exemple si le fiduciaire-*trustee* a aliéné un bien fiduciaire sans autorisation], soit partielle [par exemple si le fiduciaire a investi seulement une partie de l'argent mis en fiducie-*trust* quand il aurait dû tout investir]), quand il y a un retard dans l'exécution (par exemple si le fiduciaire-*trustee* a vendu un bien fiduciaire à une date postérieure à celle convenue) et quand il y a une exécution défectueuse de l'obligation (par exemple le fiduciaire-*trustee* a réalisé des investissements négligemment). En d'autres termes, la violation de la fiducie-*trust*, « c'est le fait, pour le débiteur [**le fiduciaire-*trustee*]**, de ne pas avoir réalisé ce qu'il avait promis, tout ce qu'il avait promis » <sup>1239</sup>.

**787.-** Si la violation peut consister en une commission (c'est-à-dire, en un acte positif : *active breach* <sup>1240</sup>), elle peut aussi consister dans une omission (c'est-à-dire, en une

---

<sup>1238</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 701.

Si les juges anglais n'ont jamais tenté une définition du *breach of trust*, MEGARRY V-C dans *Tito v Wadell (No 2)* ([1977] Ch. 106, spéc. p. 247) a cité deux définitions américaines : « La première est que 'chaque omission ou violation par un *trustee* d'un devoir imposé par *equity* [...] est une violation du *trust*' [...] La seconde formulation est que 'le *trustee* commet une violation du *trust* s'il viole un devoir quelconque qu'il doit aux bénéficiaires en tant que *trustee*' » (« *The first is that 'every omission or violation by a trustee of a duty which equity lays on him [...] is a breach of trust' [...] The second formulation is that 'a trustee commits a breach of trust if he violates any duty which he owes as trustee to the beneficiaries'* »).

Pour une description du *breach of trust*, v. *Armitage v Nurse* [1998] Ch. 241, spéc. p. 251.

<sup>1239</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, T. III, Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 192 (Les caractères gras sont ajoutés par nous). En ce sens, v. P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005, p. 13, spéc. p. 26.

<sup>1240</sup> V. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 39-19.

abstention : *wilful default*<sup>1241</sup>). Ainsi, le fiduciaire-*trustee* est en violation de la fiduciaire-*trust* s'il ne fait pas ce qu'il doit faire, ou s'il fait ce qu'il ne doit pas faire<sup>1242</sup>.

**788.-** C'est en ce sens qu'on doit comprendre la notion de faute dans l'article 2026 du Code civil. *A contrario* en effet, dans le cas où la faute ne serait pas comprise comme nous proposons de l'entendre, il faudrait admettre que l'article 2026 du Code civil « laisse entendre que le fiduciaire engage sa responsabilité en termes d'obligation de moyens »<sup>1243</sup>, ce qui n'est pas toujours le cas.

**789.-** En effet, certaines obligations du fiduciaire sont de résultat ; non seulement son obligation principale, qui est celle d'accomplir une mission déterminée, peut être de résultat (par exemple que la mission du fiduciaire soit limitée à la conservation en état du bien fiduciaire jusqu'au moment de sa retransmission), mais encore certaines obligations accessoires à l'accomplissement de la mission peuvent l'être aussi (par exemple, ne pas vendre un bien déterminé).

**790.-** Dans ces hypothèses, comme dans toutes les obligations dites de résultat, aucune appréciation du comportement du débiteur n'est faite<sup>1244</sup> ; le seul manquement à l'obtention du résultat suffit pour engager la responsabilité du débiteur, sauf si le débiteur prouve que l'inexécution est due à une cause étrangère<sup>1245</sup>. Pour cette raison, M. LARROUMET écrit qu'« [i]l n'est pas du tout certain que la faute du débiteur soit toujours une condition de sa responsabilité en cas d'inexécution »<sup>1246</sup>.

---

<sup>1241</sup> *Ibidem, op. cit.*, n° 39-20.

Bien que la traduction du *wilful default* soit « omission délibérée », le sens technique est « omission fautive », qu'elle soit délibérée ou non (en ce sens, v. *ibidem*, n° 39-21).

<sup>1242</sup> En ce sens, v. D. J. HAYTON et O. R. MARSHALL, *Hayton and Marshall : commentary and cases on the law of trusts and equitable remedies*, Sweet & Maxwell, 10<sup>ème</sup> éd., 1996, p. 768.

<sup>1243</sup> Ph. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *op. cit.*, p. 42.

<sup>1244</sup> En ce sens, v. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 2<sup>ème</sup> Partie : Effets*, *op. cit.*, n° 607.

En entendant par « faute » que « c'est se comporter comme ne l'aurait pas fait un homme raisonnable » (*ibidem*, n° 605, p. 632).

<sup>1245</sup> V. l'article 1147 du Code civil.

<sup>1246</sup> Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 2<sup>ème</sup> Partie : Effets*, *op. cit.*, n° 605 ; *contra*, v. Ch. RADE, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.* 1998, p. 301, spéc. n° 16 et s.

**791.-** Des auteurs considèrent que le régime de la responsabilité du fiduciaire devrait être celui du mandataire <sup>1247</sup>. En conséquence, il y aurait une présomption légale de faute en cas d'inexécution de la mission ; cette présomption aurait comme conséquence que le fiduciaire devrait prouver qu'une cause étrangère est la raison de l'inexécution <sup>1248</sup>. Cependant, cette présomption n'existerait pas en cas de mauvaise exécution <sup>1249</sup>, et il reviendrait au constituant et/ou au bénéficiaire d'établir les fautes du fiduciaire.

**792.-** En droit anglais, pour engager la responsabilité du *trustee*, les *cestuis que trusts* doivent toujours prouver que ce dernier a violé le *trust* <sup>1250</sup>, même quand l'obligation serait une obligation de moyens.

**793.-** La violation d'une obligation du fiduciaire-*trustee* ne suffit pas à elle seule pour engager sa responsabilité ; il faut aussi que cette violation cause un dommage au patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

## 2.- Le dommage : atteinte au patrimoine fiduciaire-*trust fund*

**794.-** Si le manquement du fiduciaire-*trustee* entraîne le plus souvent un dommage, il peut arriver que cette défaillance n'apporte aucun préjudice au patrimoine fiduciaire-*trust fund* <sup>1251</sup> ; il peut en être ainsi surtout quand l'obligation inexécutée est neutre, c'est-à-dire que son exécution ou inexécution n'a aucun effet sur l'universalité fiduciaire, ni

---

<sup>1247</sup> En ce sens, v. Ph. MARINI, *Proposition de loi (n° 3385) instituant la fiducie, 2004-2005*, spéc. v° la responsabilité du fiduciaire) ; N. BORGA, « Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code Civil) », *op. cit.*, n° 12 ; F. BARRIERE, « Commentaire de la loi no 2007-211 du 19 février 2007 (deuxième partie) », *op. cit.*, n° 31.

<sup>1248</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>ère</sup> juin 1954 : *D.* 1954, p. 611.

<sup>1249</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 1989 : *D.* 1989 p. 302, note Ch. LARROUMET, *RTD civ.* 1989, p. 558, note P. JOURDAIN, *RTD civ.* 1989, p. 572, note Ph. REMY.

<sup>1250</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 32.45 et 32.46.

<sup>1251</sup> « Une faute contractuelle n'implique pas nécessairement par elle-même l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 novembre 1997 : *Bull. civ.* I, n° 317).

V. aussi J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, T. III, Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 216.

Sur un exemple en droit anglais où la responsabilité du *trustee* n'a pas été engagée parce que, même si le demandeur avait prouvé la violation du *trust*, il n'a pas prouvé le dommage, v. *Nestle v National Westminster Bank* [1993] 1 WLR 1260.

positif ni négatif (par exemple, l'obligation du fiduciaire-*trustee* de rendre compte de sa mission).

**795.-** Comme le régime de la responsabilité civile et du *breach of trust* se centre autour de la réparation du dommage causé, cela implique nécessairement un dommage <sup>1252</sup>. En conséquence, la violation d'une obligation du fiduciaire-*trustee* ne suffit pas en elle-même pour engager sa responsabilité, il faut encore qu'un dommage soit causé à la victime <sup>1253</sup>, dans notre cas le patrimoine fiduciaire-*trust fund* <sup>1254</sup>.

**796.-** La notion du dommage --on considèrera ici les termes « dommage » et « préjudice » comme synonymes-- est définie généralement comme la lésion d'un intérêt <sup>1255</sup>. Les auteurs analysent cette lésion comme une perte <sup>1256</sup>, qui se traduit dans une

---

<sup>1252</sup> En ce sens, v. P. JOURDAIN, « Le préjudice et la jurisprudence », in *La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle : bilan prospectif : colloque / organisé par la faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry, Resp. civ. et assur.* 2001, n° hors série, 6 bis, p. 45 et s., spéc. n° 1 ; v. aussi Ch. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », in *Etudes offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 543 et s., spéc. n° 4 ; J. GLOVER, *Commercial equity : fiduciary relationship, op. cit.*, n° 6.117.

Sur le sujet du dommage en droit anglais, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 32.07 et s.

<sup>1253</sup> Des jurisprudences françaises en ce sens, v. Civ 3<sup>ème</sup>, 5 mai 1976 : *Bull. civ.* III, n° 189 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 novembre 1997 : *Bull. civ.* I, n° 317 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 décembre 2003 : *Bull. civ.* III, n° 221 ; sur quelques rares exceptions où le créancier a été alloué de dommages-intérêts sans avoir subi aucun dommage, v. Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 novembre 1997 : *RTD civ.* 1998, p. 124, obs. P. JOURDAIN, *RTD civ.* 1998, p. 696, obs. P.-Y. GAUTIER ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 janvier 2002 : *RTD civ.* 2002, p. 321, obs. P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 2002, p. 816, obs. P. JOURDAIN, *D.* 2002, p. 888, obs. Y. ROUQUET, *D.* 2002, jur. p. 2288, note J.-L. ELHOUEISS, *D.* 2003, p. 458, obs. D. MAZEAUD.

De jurisprudences en droit anglais, v. *Target Holdings Ltd v Redferns* [1996] 1 AC 421.

En droit anglais, une exception existe sur l'exigence de démontrer un dommage pour pouvoir engager la responsabilité du *trustee*. En effet dans *Warman International Ltd v Dwyer* (in D. J. HAYTON et O. R. MARSHALL, *Hayton and Marshall : commentary and cases on the law of trusts and equitable remedies, op. cit.*, p. 781) « l'obligation du *trustee* de déboursier un profit ou un gain réalisé en violation de son *fiduciary duty* ne dépend pas de ce que les créanciers de cette obligation subissent une perte ou un préjudice » (« *the liability of a fiduciary to account for a profit or gain made in breach of fiduciary duty does not depend upon the persons to whom that obligation is owed suffering a loss or injury* »). Sur le sujet, v. *supra*, n° 154 et s. ; *infra*, n° 1053 et s.

<sup>1254</sup> Comme c'est le patrimoine fiduciaire-*trust fund* qui doit subir un dommage, pour pouvoir déclencher la responsabilité du fiduciaire-*trustee*, il est sans incidence que les bénéficiaires-*cestuis que trusts* n'aient, quant à eux, subi aucun dommage.

<sup>1255</sup> En ce sens, v. M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil, T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 306 ; P. JOURDAIN, « Le préjudice et la jurisprudence », *op. cit.*, n° 6 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983, n° 1.

<sup>1256</sup> En ce sens il a été écrit : « [p]our qu'il y ait préjudice, il faut que la prétendue victime établisse qu'elle a perdu quelque chose en raison du fait qu'elle impute au responsable » (G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 249). V. aussi M. BACACHE-GIBEILI, *Droit*

perte subie (*damnum emergens*) ou dans la privation d'un gain (*lucrum cessans*)<sup>1257</sup> ; il en est ainsi notamment pour des dommages matériels, unique type de dommage que peut souffrir le patrimoine fiduciaire.

**797.-** A première vue il paraît en être de même en droit anglais ; un passage du traité d'UNDERHILL et HAYTON paraît aller dans ce sens. Ces auteurs ont écrit que : « le bénéficiaire poursuit, au nom du *trust fund*, afin que ce qui aurait dû entrer, mais n'est pas entré [*lucrum cessans ?*], ou que ce qui n'aurait pas dû être disposé ou dissipé autrement, mais a été disposé ou autrement dissipé [*damnum emergens ?*], soit rétabli au *trust fund* »<sup>1258</sup>.

**798.-** En revanche, une analyse plus approfondie du régime du *breach of trust* nous amène à une autre conclusion.

**799.-** Il est possible que la disposition sans autorisation d'un bien mis en *trust* ne cause aucune perte économique au *trust fund*. En effet, si l'aliénation du bien a été réalisée à titre onéreux, ce bien est, par le jeu de la subrogation réelle, remplacé par le prix payé au *trustee*. En conséquence, si le prix payé est celui du marché ou est supérieur, aucune perte ne sera subie par le *trust fund* ; il est même possible que cet argent soit investi dans un autre bien qui produise plus de revenus et ait une plus-value supérieure à celle du bien originaire. Dans ces circonstances, le *trust fund* aura bénéficié de la violation du *trustee*. Nonobstant, le *trustee* pourrait être condamné à restituer au *trust fund* le même bien dont il a disposé en contravention à ses obligations<sup>1259</sup>.

---

civil, T. V, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 306 ; P. JOURDAIN, « Le préjudice et la jurisprudence », op. cit., n° 6.

<sup>1257</sup> V. l'article 1149 du Code civil.

<sup>1258</sup> « *a beneficiary is suing on behalf of the trust fund so that there should be restored to the trust fund what should have been received, but has not been received, or what should not have been disposed of or otherwise dissipated, but has been disposed of or otherwise dissipated* » (UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, op. cit., p. 828). Les caractères gras sont ajoutés par nous.

<sup>1259</sup> En ce sens, v. *ibidem*, p. 850 ; G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, op. cit., n° 32.11 ; *Nocton v Lord Ashburton* [1914] AC 932, spéc. p. 952 ; *Bartlett v Barclays Bank Trust Co Ltd (Nos 1 and 2)* [1980] Ch. 515, spéc. p. 542 ; *Target Holdings Ltd v Redfems* [1996] AC 421, spéc. p. 425.

**800.-** Cela signifie qu'un *trust fund* souffre une perte <sup>1260</sup> du seul fait qu'un de ses biens en sorte sans autorisation. Ainsi, le *trust fund* souffre une perte non seulement par la perte subie et le gain manqué <sup>1261</sup>, mais aussi par sa modification non autorisée. Bien que cela puisse paraître choquant, ce ne l'est pas vraiment. Il faut envisager la question sous le prisme du patrimoine d'affectation (auquel en termes français appartient le *trust fund* <sup>1262</sup>). En effet, dans cette catégorie d'universalité, chaque bien qui la compose doit servir à une activité déterminée, permettant ainsi l'accomplissement de la finalité pour laquelle ces biens ont été réunis.

**801.-** En conséquence, la composition du *trust fund* est essentielle pour l'accomplissement de la finalité pour laquelle les biens mis en *trust* ont été réunis. En effet, pour que le *trustee* puisse accomplir sa mission et pour que les *cestuis que trusts* puissent toucher les avantages prévus, il faut que le *trust fund* intègre des biens qui permettent de parvenir à ces objectifs <sup>1263</sup>. De la sorte si la mission du *trust* est de loger les *cestuis que trusts*, il faut que le *trust fund* soit composé par des immeubles où le *trustee* pourrait les loger ou au moins des biens qui permettraient payer des loyers pour pouvoir le faire ; de même, si les bénéfices des *cestuis que trusts* dépendent des revenus créés par les biens mis en *trust*, il faut que le *trust fund* soit composé par des biens qui puissent en produire.

**802.-** Pour cette raison, des obligations sont imposées au *trustee* pour protéger la composition du *trust fund*. Il a ainsi des obligations de ne pas faire (de ne pas vendre et de ne pas acheter certains biens) et des obligations de faire (acheter et vendre certains biens).

**803.-** Subséquemment, quand un bien sort sans autorisation du *trust fund*, celui-ci doit être en principe restitué <sup>1264</sup> ; quand cela n'est pas possible, le *trustee* doit payer une compensation pécuniaire <sup>1265</sup>, somme qui sera utilisée pour acheter un autre bien qui

---

<sup>1260</sup> Dans le lexique du droit du *trust*, le terme « dommage » (*damage*) n'est pas utilisé : le terme de « perte » (*loss*) le remplace.

<sup>1261</sup> V. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 32.54 et s.

<sup>1262</sup> V. *supra*, n° 34 et s.

<sup>1263</sup> Ceci sans prendre en compte la volonté du *settlor* qui doit être respectée. Le *settlor* peut donner certaines directives sur la composition du *trust fund* ; il en serait ainsi quand il ordonne au *trustee* d'acheter certains biens, quand il lui interdit d'aliéner certains biens, ou encore quand il lui ordonne de vendre certains biens.

<sup>1264</sup> V. *supra*, n° 799 ; *infra*, n° 844.

<sup>1265</sup> V. *infra*, n° 844.

permette d'accomplir l'affectation établie par le *settlor*<sup>1266</sup>. De la même manière, quand le *trustee* introduit un bien dans le *trust fund* qui n'est pas autorisé à y entrer, il faudra que le *trustee* l'aliène<sup>1267</sup> ; mais dans certaines circonstances, l'achat du bien non autorisé est inopposable aux *cestuis que trusts*<sup>1268</sup>.

**804.-** Il doit en être ainsi aussi en droit français, dont le dommage doit être caractérisé aussi par l'atteinte à la composition du patrimoine fiduciaire. En d'autres termes, toute modification sans autorisation du patrimoine fiduciaire devrait être considérée en soi comme un dommage causé à ce patrimoine.

**805.-** En effet, la composition du patrimoine fiduciaire doit être protégée pour qu'il y ait des biens qui permettent l'accomplissement de la mission fiduciaire et la distribution des avantages prévus pour les bénéficiaires. De plus, le respect de la composition du patrimoine fiduciaire a comme corollaire le respect de la volonté du constituant, surtout s'il a expressément prévu une composition spécifique du patrimoine fiduciaire<sup>1269</sup>.

**806.-** De cette façon, le constituant et le bénéficiaire ont un droit et un intérêt dans la composition du patrimoine fiduciaire ; en conséquence toute atteinte au patrimoine est une atteinte à leurs droits et à leurs intérêts. Cela devrait suffire pour que le dommage soit constaté bien que la modification ne cause aucune diminution de la valeur du patrimoine fiduciaire<sup>1270</sup>.

---

<sup>1266</sup> En effet, la somme allouée va devoir être investie dès que possible dans un autre bien autorisé, puisqu'en principe le *trustee* n'a pas le droit de rester longtemps avec de l'argent (en ce sens, v. D. J. HAYTON et O. R. MARSHALL, *Hayton and Marshall : commentary and cases on the law of trusts and equitable remedies*, op. cit., p. 799 ; sur l'obligation d'investissement du *trustee*, v. LEWIN, *Lewin on trust*, op. cit., n° 35-01 et s.).

<sup>1267</sup> Si le bien a été acheté avec le produit de la vente non autorisée des autres biens mis en *trust*, le *trustee* va devoir reconvertir le bien acheté au bien originairement vendu (en ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, op. cit., p. 850).

<sup>1268</sup> Si le bien non autorisé était acheté avec de l'argent mis en *trust*, la sanction serait l'inopposabilité de l'acte ; soit le bien serait présumé n'avoir pas été acheté soit avoir été acheté par le *trustee* dans sa qualité personnelle ; en conséquence l'argent du *trust* serait présumé être entre les mains du *trustee* : ainsi il n'aurait qu'une obligation de rembourser cette argent (en ce sens, v. *Knott v Cottee* (1852) 16 Beav. 77, spéc. p. 79 et 80).

<sup>1269</sup> Ce serait le cas notamment quand il imposerait au fiduciaire d'acheter certains biens, quand il lui interdirait d'aliéner certains biens, ou encore quand il lui imposerait de vendre certains biens.

<sup>1270</sup> Si cette remarque a pour conséquence l'élargissement de la notion du dommage, on ne doute pas que les tribunaux seront prêts à élargir une fois de plus la notion en étude (sur l'élargissement judiciaire de la notion, v. P. JOURDAIN, « Le préjudice et la jurisprudence », op. cit., p. 45 et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 248).



**807.-** La seule modification du patrimoine fiduciaire suffirait pour engager la responsabilité civile du fiduciaire. De cette manière, le fiduciaire pourra être condamné à une réparation en nature <sup>1271</sup>, plus spécifiquement à remettre en état le patrimoine fiduciaire. Cette sanction paraît s'avérer la seule possible quand la modification non autorisée du patrimoine fiduciaire n'implique aucune diminution de son valeur.

**808.-** Pour autant, en droit français le dommage n'est réparable que s'il est certain <sup>1272</sup>, prévisible <sup>1273</sup> et direct <sup>1274</sup>. Comme le caractère direct du dommage est attaché au sujet du lien de causalité <sup>1275</sup>, en conséquence on analysera pour le moment seulement les deux premiers caractères.

**809.-** La certitude du dommage signifie qu'il est sûr que le dommage est d'ores déjà causé ou qu'il est sûr qu'il se réalisera dans le futur ; en effet « [l]a notion de réparation implique, parce qu'il s'agit de rétablir un équilibre rompu par la survenance du dommage, que celui-ci soit, certain » <sup>1276</sup>.

**810.-** En ce qui concerne le caractère de la prévisibilité du dommage, il faut que le débiteur ait été prévu ou ait dû prévoir, dès la conclusion du contrat, le dommage qui pourrait résulter de la violation du lien contractuel <sup>1277</sup>. « Est-ce la cause du dommage (c'est-à-dire sa nature) ou encore sa quotité (c'est-à-dire son chiffre) que le débiteur doit avoir prévue ou pu prévoir, pour que le créancier ait droit à indemnisation ? » <sup>1278</sup>. La réponse à cette question a une incidence importante sur le dommage réparable : si c'est la

---

<sup>1271</sup> V. *infra*, n° 833 et s.

<sup>1272</sup> V. Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 1987 : *JCP G* 1987, IV, p. 192.

Si aucun texte ne prévoit cette condition, elle va de soi : toute réparation implique un dommage ; dans le cas contraire, la victime serait enrichie.

<sup>1273</sup> V. l'article 1150 du Code civil.

<sup>1274</sup> V. l'article 1151 du Code civil.

<sup>1275</sup> En ce sens, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, T. II, Le fait juridique*, Armand Collin, 11<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 136.

Sur le lien de causalité, v. *infra*, n° 817 et s.

<sup>1276</sup> Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 2<sup>ème</sup> Partie : Effets, op. cit.*, n° 655.

<sup>1277</sup> En ce sens, est rédigé l'article 1150 du Code civil.

Cette condition s'inscrit dans la logique du contrat ; le contrat est un accord de volonté donc le débiteur ne devra pas être engagé au-delà de ce à quoi il a voulu s'obliger (en ce sens, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, T. III, Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 218).

cause qui doit être prévisible, alors le débiteur défaillant devra réparer tout le dommage quelle que soit sa quantité, dès lors qu'il aura prévu la cause du dommage (par exemple, la perte d'un objet déterminé sans savoir sa valeur)<sup>1279</sup> ; si c'est la quantité qui doit être prévue, alors la seule valeur du dommage qui aura été prévu sera réparable (par exemple que le débiteur défaillant aura prévu que l'objet perdu valait mille euros).

**811.-** Certains auteurs ont répondu à la question en disant que la prévisibilité concerne autant la cause du dommage que sa quantité<sup>1280</sup> ; cela est vrai parce que, pour avoir prévu la quantité du dommage, il faudra d'abord avoir prévu la cause du dommage. En d'autres mots, si la cause du dommage n'a pas été prévue, il est impossible que la quantité l'ait été. En revanche, si la cause a été prévue, cela ne signifie pas que la quantité le soit aussi. En conséquence la question posée n'a de sens que dans cette hypothèse, c'est-à-dire quand la cause du dommage est prévue par le débiteur défaillant.

**812.-** La Cour de cassation dans un arrêt de principe du 7 juillet 1924 a statué que la prévisibilité restait limitée à la quotité du dommage<sup>1281</sup>. L'avantage pour le constituant et les bénéficiaires est que le fiduciaire est un professionnel, donc il est difficile qu'il ne connaisse pas la valeur des biens fiduciaires, surtout quand le fiduciaire est un établissement de crédit.

**813.-** Une limite existe quand même à la condition de la prévisibilité du dommage : si la violation de l'obligation contractuelle est due au dol du fiduciaire<sup>1282</sup>, il sera tenue de réparer le dommage, qu'il soit prévisible ou imprévisible<sup>1283</sup>. Cette solution se justifie dans la nécessité de sanctionner la mauvaise foi.

<sup>1278</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 564.

<sup>1279</sup> En ce sens, v. COLMET DE SANTERRE, *DP* 1927, 1, p. 119 (commentaire de l'arrêt : Civ., 7 juillet 1924).

<sup>1280</sup> En ce sens, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, T. III, Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 218.

<sup>1281</sup> Civ., 7 juillet 1924 : *DP* 1927, 1, p. 119.

<sup>1282</sup> Sur l'inexécution non dolosive et dolosive du débiteur, v. R. ROLLAND, « La responsabilité contractuelle ou responsabilité à dommages contractuelles ? La doctrine conservatrice face au code civil », *RRJ* 2004-4, p. 2199, spéc. n° 9 et s.

<sup>1283</sup> V. l'article 1150 du Code civil.

**814.-** En droit anglais du *trust*, pour que le dommage soit réparable, il faut aussi qu'il soit certain <sup>1284</sup> car « l'indemnisation implique une perte » <sup>1285</sup>. En revanche, la prévisibilité (*foreseeability*) du dommage ne joue aucun rôle dans le régime du *breach of trust* : le *trustee* est ainsi tenu de réparer les dommages prévisibles comme imprévisibles <sup>1286</sup>. Une des raisons réside dans le fait que le *trustee* n'est pas condamné au paiement de dommages-intérêts, mais la réparation consiste dans la restitution en nature du bien dont a été privé le *trust fund* <sup>1287</sup> (si, en utilisant le terme de « restitution », la logique nous amène à penser que le bien avait appartenu au *trust fund*, en revanche le terme est aussi utilisé pour signifier que le *trustee* est aussi obligé de réparer en nature le gain perdu <sup>1288</sup>) ; en conséquence la prévisibilité de la valeur du bien est sans incidence.

**815.-** Si le dommage est une condition pour engager la responsabilité du *trustee*, une exception apparaît quand même : c'est le cas de la violation du *duty of loyalty* dont le *trustee* obtient un profit non autorisé <sup>1289</sup>. Dans cette hypothèse le *trustee* serait condamné à transférer au *trust fund* le profit obtenu, sans qu'il y ait besoin pour les *cestuis que trusts* de prouver qu'un dommage ait été causé par la violation du *trust* <sup>1290</sup>.

---

Sur le dommage prévisible et imprévisible, v. R. ROLLAND, « La responsabilité contractuelle ou responsabilité à dommages contractuelles ? La doctrine conservatrice face au code civil », *op. cit.*, n° 35 et s.

<sup>1284</sup> Ainsi les dommages spéculatifs ne sont pas réparables (v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 32.32).

<sup>1285</sup> « *compensation implies a loss* » (J. GLOVER, *Commercial equity : fiduciary relationship*, *op. cit.*, n° 6.117).

<sup>1286</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 32.33 et 32.34.

C'est une des différences entre le régime de responsabilité dans la *Common law* (responsabilité contractuelle [*breach of contract*] et extracontractuelle [*tort law*]) avec le régime du *breach of trust*, puisque dans la *Common law* seul le dommage prévisible est réparable.

Si dans le droit français, la prévisibilité du dommage est analysée comme faisant partie du sujet du dommage, dans le droit anglais, elle est analysée dans le sujet du lien de causalité, plus spécifiquement dans le sujet du *remoteness of damages*.

<sup>1287</sup> Seulement lorsque la restitution en nature n'est pas possible, le *trustee* doit indemniser pécuniairement le *trust fund*.

Sur la réparation du dommage en droit de *trusts*, v. *infra*, n° 827 et s.

<sup>1288</sup> Sur la réparation en nature du gain manqué, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 32.56.

<sup>1289</sup> V. *infra*, n° 1053 et s.

<sup>1290</sup> Si aucun dommage ne doit être prouvé, donc aucun lien de causalité entre le dommage et la faute non plus (v. A. J. OAKLEY, « The liberalising nature of remedies for breach of trust », *op. cit.*, p. 224 ; *Warman International Ltd v Dwyer* in D. J. HAYTON et O. R. MARSHALL, *Hayton and Marshall : commentary and cases on the law of trusts and equitable remedies*, *op. cit.*, p. 781). Sur les sanctions aux profits économiques obtenus par le *trustee* sans autorisation, v. *infra*, n° 1053 et s.

**816.-** Bien que la violation du fiduciaire-*trustee* d'une obligation ne suffise pas en elle-même pour engager leur responsabilité, un dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund* ne suffit pas en lui-même non plus <sup>1291</sup> ; il faut encore un lien de causalité entre la violation de l'obligation et le dommage causé.

### 3.- Le lien de causalité

**817.-** Bien que la responsabilité du *trustee* ne soit pas subordonnée aux principes de la *Common law* sur la causalité (*causation*), de prévisibilité (*foreseeability*) et d'éloignement (*remoteness*) <sup>1292</sup>, on ne peut pas conclure que la responsabilité du *trustee* puisse être engagée sans que le débiteur prouve un lien de causalité entre la violation du *trust* et le dommage causé au *trust fund* <sup>1293</sup>. Accepter le contraire conduirait à un appauvrissement injuste du *trustee* à faveur des *cestuis que trusts* <sup>1294</sup>.

**818.-** Le cas paradigmatique dont le principe du lien de causalité a été appliqué est *Target Holdings Ltd v Redferns* <sup>1295</sup> dont les faits sont les suivants : Target Holdings Ltd (Target) a accordé de prêter un peu plus de £1,500,000 à Crowngate pour financer l'achat d'un immeuble. Pour garantir le remboursement du prêt, Crowngate a accordé de créer une

---

<sup>1291</sup> En effet, une perte subie par le patrimoine fiduciaire-*trust fund* n'est pas une preuve *per se* d'une violation de la part du fiduciaire-*trustee* (en ce sens, v. R. CHAMBERS, « Liability », *op. cit.*, p. 9) ; cette universalité peut subir des dévaluations sans qu'aucune faute puisse lui être imputable.

<sup>1292</sup> V. *Re Dawson in Target Holdings Ltd v Redferns* [1996] AC 421, spéc. p. 424 ; v. aussi LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 39-03.

En revanche, dans une jurisprudence MILLET LJ a statué que, quand l'obligation inexécuté est celle du devoir de diligence, les règles de causalité et d'éloignement du dommage de la *Common law* sont applicables (v. *Bristol and West Building v Mothew* [1998] Ch. 1, spéc. p. 17 ; v. aussi P. J. MILLET, « Equity's place in the law of commerce », [1998] 114 *L.Q.R.* 214, spéc. p. 225 et 226).

Sur une étude comparative de l'éloignement du dommage dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle en droit anglais, v. J. CARTWRIGHT, « Remoteness of damage in contract and tort : a reconsideration », (1996) 55 *Cam. L.J.* 488.

<sup>1293</sup> V. *Target Holdings Ltd v Redferns* [1996] AC 421, spéc. p. 423 et 424 ; *contra* (mais en droit américain), v. « Liability of trustee in the absence of causal relation between wrongdoing and loss », (1936) 50 *Harv. L. Rev.* 317.

<sup>1294</sup> Pour des critiques contre une décision de la Cour d'appel (*Target Holdings Ltd v Redferns* [1994] 1 WLR 1089 [cette décision postérieurement cassé, v. *Target Holdings Ltd v Redferns* [1996] AC 421]) qui avait admis la responsabilité du *trustee* sans qu'il y avait eu un lien de causalité entre la violation du *trust* et le dommage, v. J. D. HEYDON, « Causal relationships between a fiduciary's default and the principal's loss », (1994) 110 *L.Q.R.* 328.

<sup>1295</sup> *Target Holdings Ltd v Redferns* [1996] AC 421 (sur de commentaries de cette jurisprudence, v. RGL, « Breach of trust », (1995) 14 *I.B.F.L.* 24 ; C. E. F. RICKETT, « Equitable compensation : the giant

sûreté réelle sur l'immeuble acheté. Target a été informé que l'immeuble valait environ £2,000,000, prix auquel il serait acheté ; en revanche, l'immeuble avait été réellement acheté à £750,000. Pour réaliser le prêt, Target avait transmis £1,500,000 à Redferns (cabinet d'avocats qui était son conseiller juridique) pour qu'il avance cet argent à Crowngate, à condition d'avoir reçu une sûreté réelle sur l'immeuble acheté. Redferns détenait les £1,500,000 en qualité de *trustee* et, en violation du *trust*, il a avancé l'argent à Crowngate avant d'avoir reçu la sûreté exigée par Target. En revanche, la garantie a été postérieurement exécutée et les documents qui en donnaient la preuve ont bien été transmis à Redferns. Quand l'emprunteur est devenu insolvable, Target a exercé sa garantie mais elle s'est avérée insuffisante pour récupérer la somme prêtée. Ainsi, pour récupérer sa perte, Target a accusé Redferns de violation du *trust* en arguant que Redferns devait remettre le *trust fund* dans l'état précédant la violation. Redferns se défendait en arguant que la perte subie par Target n'avait pas été causée par leur violation et que la perte aurait même été subie en dehors de toute violation de leur part. Le litige a été résolu en faveur de Redferns. Le dommage aurait été causé, même si Redferns n'avait pas violé le *trust*, compte tenu de ce que Target a bien reçu la sûreté réelle qu'il demandait. La perte a été subie parce que l'emprunteur était insolvable et que le prêt octroyé était plus élevé que la valeur de l'immeuble objet de l'hypothèque, et non pas par la violation de Redferns. En conséquence, le lien de causalité faisait défaut.

**819.-** De la même manière que dans le droit du *trust* anglais, en France « la causalité fait [aussi] défaut », « s'il est constaté que sans le fait envisagé le dommage aurait été le même »<sup>1296</sup>. En revanche, les deux droits procèdent différemment quand il est établi que sans la violation du fiduciaire-*trustee* le dommage ne se serait pas produit<sup>1297</sup>.

**820.-** En effet, un événement (dans notre cas le dommage réalisé) se rattache à des causes multiples<sup>1298</sup>, connues comme des causes matérielles ; « la question qui reste est de

---

stirs », (1996) 112 *L.Q.R.* 27 ; D. CAPPER, « Compensation for breach of trust », [1997] *Conv.* 14 ; P. J. MILLET, « Equity's place in the law of commerce », (1998) 114 *L.Q.R.* 214, spéc. p. 223 et s.).

<sup>1296</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil, T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 367.

<sup>1297</sup> Pour les différents courants doctrinaux sur le lien de causalité, v. G. MARTY, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1939, p. 685, spéc. n° 5 et s.

<sup>1298</sup> En ce sens, v. F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 592.

savoir s'il en est par là même l'une de causes juridiques, de nature à engager la responsabilité de son auteur [...] En d'autres termes, suffit-il de constater que le fait reproché au défendeur est l'une des conditions nécessaires du dommage ou faut-il une exigence supplémentaire ? »<sup>1299</sup>.

**821.-** Dans le droit anglais du *trust* il suffit de constater que la violation du *trust* était une condition nécessaire au dommage, c'est-à-dire que, dès lors qu'il est démontré que le dommage n'aurait pas été causé sans cette violation, le *trustee* est responsable du dommage<sup>1300</sup>. De cette manière, la recherche n'a pas pour but de savoir si le dommage a été causé directement ou immédiatement par la violation du *trust*, mais plutôt de savoir si le dommage aurait été causé sans la violation du *trustee*. S'il s'avère que le dommage n'aurait pu être causé sans la violation du *trustee*, ce dernier sera responsable pour tout dommage souffert par le *trust fund*, même si le dommage est indirect<sup>1301</sup>.

**822.-** Ainsi dans *Caffrey v Darby*<sup>1302</sup> une personne (PRIEST) avait acquis le droit de posséder des biens mis en *trust*, à la condition qu'il payât une annuité de £ 100 aux *trustees* pour une durée de huit ans. Dans le cas où il ne les payait pas, les *trustees* avaient l'obligation de reprendre la possession des biens. Entre 1789 et 1797, les *trustees* n'ont reçu que £ 250 ; malgré le manque de paiement, ils n'ont repris la possession des biens qu'en 1797. Cette année-là, une procédure a été ouverte contre l'insolvabilité du PRIEST. Un litige pour les produits de la vente des biens possédés par PRIEST s'est poursuivie entre les *trustees* et les représentants de la faillite. Le litige a été résolu à faveur des représentants ; comme le litige a été résolu en arbitrage, les *trustees* ont demandé à la *Court of the King's Bench* d'annuler la sentence arbitrale, mais la motion a été rejetée. Ainsi, les *cestuis que trusts* ont ouvert une procédure à l'encontre des *trustees* pour qu'ils restituent au *trust fund* le dommage causé par leur violation. Un des arguments des *trustees*

---

<sup>1299</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil, T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 367.

<sup>1300</sup> V. *Target Holdings Ltd v Redferns* [1996] AC 421, spéc. p. 431.

Cela diffère du droit anglais de contrats où, pour établir un lien de causalité, il faut que l'inexécution soit une cause effective ou dominante du dommage (v. H. G. BEALE, « Ch. 26 Damages », op. cit., n° 26-32).

<sup>1301</sup> En ce sens, v. D. J. HAYTON et O. R. MARSHALL, *Hayton and Marshall : commentary and cases on the law of trusts and equitable remedies*, op. cit., p. 786 ; J. GLOVER, *Commercial equity : fiduciary relationship*, op. cit., n° 6.125.

<sup>1302</sup> (1801) 6 Ves.Jr. 488, 31 E.R. 1159.

était que la perte subie n'avait pas été causée par leur négligence, mais par la décision de la *Court of the King's Bench*, puisque si sa décision (qui selon eux n'était pas conforme au droit) leur avait été favorable, aucune perte n'aurait été subie par le *trust fund*. En vertu de cet argument, la cour s'est posé la question de savoir si les *trustees* « seraient déchargés si l'on considérait que la perte était finalement arrivée par un élément qui n'était pas une conséquence directe et immédiate de leur négligence [...] ? »<sup>1303</sup>. La cour a répondu en disant que si les *trustees* « avaient déjà été coupables de négligence, ils devaient être responsables pour tout type de perte causée à cette propriété : concernant la cause immédiate, la propriété ne se serait pas trouvée dans la situation de souffrir cette perte, si elle n'avait été causée par leur négligence. S'ils [les *trustees*] avaient pris possession de la propriété, elle n'aurait pas été en sa [PRIEST] possession. Si la perte était arrivée par le feu, la foudre, ou tout autre accident, ce ne serait pas une excuse pour eux, s'ils étaient coupables d'une négligence antérieure. Ce fut leur faute »<sup>1304</sup>.

**823.-** Contrairement au droit anglais, dans le droit français, le débiteur défaillant (le fiduciaire) ne répond que des dommages qui sont la suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention<sup>1305</sup>. En conséquence, le fiduciaire ne sera pas condamné à réparer les dommages indirects.

**824.-** La différence entre les procédés pour établir le lien de causalité a comme résultat que le dommage réparable est plus étendu en droit anglais qu'en droit français et, par voie de conséquence, le *trust fund* se trouve plus protégé que le patrimoine fiduciaire.

**825.-** Nous n'avons vu que le lien de causalité entre la violation du *trust* et le dommage causé au *trust fund*, mais il est aussi possible que le *trustee* soit responsable

---

<sup>1303</sup> « *will they be relieved from that by the circumstance, that the loss has ultimately happened by something, that is not a direct and immediate consequence of their negligence [...] ?* » (*ibidem*, p. 496).

<sup>1304</sup> « *if they have been already guilty of negligence, they must be responsible for any loss in any way to that property : for whatever may be the immediate cause, the property would not have been in a situation to sustain that loss, if it had not been for their negligence. If they had taken possession of the property, it would not have been in his possession. If the loss had happened by fire, lightning, or any other accident, that would not be an excuse for them, if guilty of previous negligence. That was their fault* » (*ibidem*).

Les caractères gras sont ajoutés par nous.

<sup>1305</sup> En effet l'article 1151 du Code civil énonce que « les dommages-intérêts ne doivent comprendre [...] que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».

envers le *trust fund* pour tout profit obtenu sans autorisation, sans qu'il soit nécessaire que le *trust fund* souffre un dommage. Ainsi, le déboursement des profits nous amène aussi à la question du lien de causalité. Comme les profits que le *trustee* va devoir déboursier seront seulement ceux qu'il aurait obtenus sans autorisation des biens mis en *trust* ou tirés de sa position de *trustee*, en conséquence le lien de causalité exige qu'un lien existe entre le profit obtenu et la position du *trustee* <sup>1306</sup>.

**826.-** Si l'on a déjà étudié les conditions qui ouvrent la voie à la réparation du dommage, il faut encore analyser la réparation du dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

## B.- LA RÉPARATION DU DOMMAGE CAUSÉ AU PATRIMOINE FIDUCIAIRE-*TRUST FUND*

**827.-** En acceptant que le fiduciaire-*trustee* fautif soit responsable envers le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, une nouvelle question apparaît du fait que c'est le titulaire du patrimoine lui-même qui a causé le dommage. Il serait illogique de penser que le même fiduciaire-*trustee* qui aurait causé le dommage exigerait la réparation du dommage. Dans cette perspective se pose alors la question de savoir qui exigerait la réparation.

**828.-** Au premier chef, la protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund* bénéficie à son titulaire. En conséquence, s'il y a plusieurs fiduciaires-*trustees* mais que tous ne sont pas fautifs <sup>1307</sup>, les fiduciaires-*trustees* non fautifs auront le droit d'exiger en justice la réparation du dommage causé <sup>1308</sup>; en réalité, ils ont même une obligation de demander la réparation.

**829.-** Dans l'hypothèse d'un unique fiduciaire-*trustee* ou d'une pluralité où tous sont fautifs, c'est aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* d'exiger la réparation du patrimoine

---

<sup>1306</sup> En ce sens, v. GLOVER in V. VANN, « Causation and breach of fiduciary duty », 2006 *Sing. J. Legal Stud.* 86, spéc. p. 90.

<sup>1307</sup> En effet, un fiduciaire-*trustee* n'est responsable que pour ses propres fautes, et non pour les fautes des autres (en ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 32.61 ; R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 707).

<sup>1308</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 38-12.



fiduciaire-*trust fund* <sup>1309</sup>. Dans le cas de la fiducie, le constituant peut aussi demander la réparation. En droit français, le constituant tire son droit du contrat signé avec le fiduciaire, alors que le bénéficiaire quand il est un tiers au contrat le fait de la stipulation pour autrui qui a été faite en sa faveur dans le même contrat, ce qui lui permet d'agir en responsabilité contractuelle à l'encontre du fiduciaire <sup>1310</sup>. En droit anglais, les *cestuis que trusts* tirent leur droit de l'intérêt qu'ils ont dans les biens mis en *trust* <sup>1311</sup>.

**830.-** Le droit français à l'article 2017 du Code civil admet que le constituant désigne un tiers pour veiller à ses intérêts et les protéger ; ainsi il aura aussi un *locus standi* pour demander en justice la réparation du dommage.

**831.-** A côté de la question précédente, la réparation du dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund* pose deux autres questions : la première porte sur la façon dont le fiduciaire-*trustee* va réparer le dommage (1) ; la seconde sur l'évaluation du dommage (2).

#### 1.- Les procédés de réparation du dommage

**832.-** Une fois que le juge a reconnu que le dommage causé au patrimoine fiduciaire est réparable, il faut encore condamner le débiteur défaillant à réparer le dommage. En droit français, il existe deux types de réparations <sup>1312</sup> : la réparation du dommage peut être en nature (a) ou par équivalent (b), et l'une n'exclut pas nécessairement l'autre, ainsi il est possible de cumuler les deux modes de réparation pour réparer le même dommage <sup>1313</sup>. Bien qu'en droit de *trusts* cette distinction ne soit pas faite expressément,

---

<sup>1309</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 38-11.

<sup>1310</sup> En ce sens, v. N. BORGA, « Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code Civil) », *op. cit.*, n° 9 ; C. M. KIPER et S. V. LISOPRAWSKI, *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario, op. cit.*, p. 89.

Des jurisprudences sur le droit du bénéficiaire d'une stipulation d'autrui d'agir contre le promettant, v. Com., 23 mai 1989 : *Bull. civ. IV*, n° 164.

<sup>1311</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 38-11.

<sup>1312</sup> Sur une analyse plus approfondie des modes de réparation, v. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile, op. cit.*, n° 375 et s.

<sup>1313</sup> En ce sens en droit anglais, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 32.49.

En droit français, l'article 1368 de l'avant-projet de réforme CATALA prévoit que « la réparation peut, au choix du juge, prendre la forme d'une réparation en nature ou d'une condamnation à des

les remèdes offerts aux *cestuis que trusts* pour réparer le dommage causé au *trust fund* peut se concevoir de la même façon.

#### a.- La réparation en nature

**833.-** La réparation en nature consiste dans l'exécution d'une prestation d'un autre type que le paiement d'une somme d'argent, mais d'une prestation différente de celle de l'obligation inexécutée <sup>1314</sup> ; on se trouve en présence « d'une réparation par un équivalent non pécuniaire qui ne se confond ni avec l'exécution proprement dite ni avec les dommages et intérêts » <sup>1315</sup>.

**834.-** En effet, la notion de réparation en nature se distingue de celle d'exécution en nature <sup>1316</sup>. Une distinction entre les deux réside dans le fait générateur de la créance ; l'obligation objet de l'exécution en nature naît du contrat, compte tenu que l'obligation, objet de la réparation en nature, naît de l'inexécution de celui-ci.

**835.-** Une autre distinction réside dans le fait que la réparation en nature est un effet de la responsabilité civile ; par conséquent, elle en suit le régime : aussi faut-il qu'elle en

dommages-intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice ».

Sur de jurisprudences françaises, v. Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 janv. 1976 : *D.* 1976, inf. rap. p. 95.

<sup>1314</sup> Sur une analyse plus approfondie de la réparation en nature, v. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile*, op. cit., n° 376 et s. ; *JCI Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 201 : Régime de la réparation, 2006 [par F. LEDUC], spéc. n° 25 et s.

Sur la réparation en nature dans une économie de rationnement, v. A. TUNC, « Comment réparer, dans une économie de taxation et de rationnement, le préjudice résultant de la perte d'un bien », *D.* 1946, chron. p. 57 ; Trib. Civ. Seine (19<sup>ème</sup> Ch.), 28 janv. 1944 : *JCP G* 1945, II, 2795, obs. J. CARBONNIER.

<sup>1315</sup> G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », op. cit., spéc. n° 33.

<sup>1316</sup> V. *ibidem*, n° 32 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 14-1 ; P. WERY, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel, rapport belge », in *Des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 205 et s., spéc. n° 24 et s. ; *contra*, v. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 2<sup>ème</sup> Partie : Effets*, op. cit., n° 675 (pour l'auteur la réparation en nature, du côté du créancier, n'est rien d'autre que l'exécution en nature) ; J.-L. ELHOUEISS, « L'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail », *D.* 2002, jur. p. 2288, spéc. note de page n° 4 (l'auteur adopte le point de vu du professeur LARROUMET).

remplisse les conditions. En revanche, la seule inexécution de l'obligation suffit pour que le débiteur défaillant soit tenu d'exécuter son obligation contractuelle <sup>1317</sup>.

**836.-** Aussi, l'objectif de la réparation en nature est de mettre fin à la situation préjudiciable et de rétablir, autant que possible, la victime dans sa situation antérieure au fait dommageable <sup>1318</sup> ; à l'inverse, l'objectif de l'exécution en nature est de permettre au créancier de faire exécuter la prestation prévue au moment de la conclusion du contrat. Pour cette raison, un auteur a écrit que « l'exécution en nature procure au créancier une satisfaction qui est conforme à l'objet de l'obligation contractuelle [...] Quant à la réparation en nature, elle se borne à compenser le préjudice que subit le créancier, né du fait qu'il n'obtient pas la prestation contractuelle » <sup>1319</sup>.

**837.-** Bien que cette discussion sur l'autonomie de la notion de réparation en nature par rapport à la notion d'exécution en nature soit basée sur des principes du droit français, on peut arriver à la même conclusion pour le droit anglais du *trust*.

**838.-** Il suffit de donner un exemple pour démontrer la différence entre les deux notions analysées : imaginons que le fiduciaire-*trustee* ait une obligation d'investir dans des actions de la société A, mais qu'en revanche le fiduciaire-*trustee* ait investi dans des actions de la société B ; mais pour acheter les actions de la société B il vend sans autorisation des actions de la société C au lieu d'utiliser de l'argent qu'il avait dans le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Pour dresser cette violation il faudra que le juge ordonne au fiduciaire-*trustee* : a) de reconvertir le bien non autorisé (les actions de la société B) au bien vendu (les actions de la société C) <sup>1320</sup> ; cela implique nécessairement de

---

<sup>1317</sup> En ce sens, v. G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *op. cit.*, n° 36 ; D. MAZEAUD, « Responsabilité contractuelle sans préjudice : confusion ou conversion ? », *D.* 2003, p. 458.

<sup>1318</sup> En ce sens, v. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 375, p. 474.

<sup>1319</sup> P. WERY, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel, rapport belge », *op. cit.*, n° 26.

<sup>1320</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 850. En droit anglais, les *cestuis que trusts* peuvent demander au *trustee* qu'il restitue seulement le prix de la vente, dans notre exemple, des actions de la société C (en ce sens, v. D. J. HAYTON et O. R. MARSHALL, *Hayton and Marshall : commentary and cases on the law of trusts and equitable remedies*, *op. cit.*, p. 798).

réaliser les actions de la société B <sup>1321</sup> et de racheter les actions de la société C (si possible) <sup>1322</sup> ; b) d'investir dans la société A <sup>1323</sup>. La réalisation des actions de la société B et le rachat des actions de la société C sont des obligations qui naissent en raison de la violation par le fiduciaire-*trustee* d'une de ses obligations et non pas de la constitution de la fiducie-*trust*. En conséquence, elle fait l'objet d'une nouvelle obligation <sup>1324</sup> : celle de réparer en nature le dommage causé <sup>1325</sup> et non l'objet d'une exécution en nature. Au contraire, forcer le fiduciaire-*trustee* à investir dans des actions de la Société A serait une exécution en nature d'une obligation établie dans le contrat de fiducie et l'instrument du *trust*.

**839.-** Si l'exécution en nature peut être considérée comme la solution prioritaire, puisqu'elle est la plus respectueuse de la volonté de parties <sup>1326</sup>, la réparation en nature n'en est pas pour autant moins importante.

---

<sup>1321</sup> En droit anglais, une hypothèse similaire reçoit une sanction différente. Ainsi, quand le bien non autorisé est acheté avec de l'argent mis en *trust*, c'est-à-dire sans que cela implique la vente d'un bien mis en *trust*, la sanction est l'inopposabilité de l'acte. Le bien est présumé acheté par le *trustee* dans sa qualité personnelle et l'argent du *trust* présumé être entre les mains du *trustee* : ainsi il n'a qu'une obligation de rembourser cet argent (en ce sens, v. *Knott v Cottee* (1852) 16 Beav. 77, spéc. p. 79 et 80). Des jurisprudences donnent le choix aux *cestuis que trusts* entre une compensation pécuniaire (celle que nous venons d'expliquer dans les lignes précédentes) et une réparation en nature qui consiste dans la reconversion des investissements non autorisés en des investissements autorisés (pour de jurisprudence en ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, note de page n° 44 à la p. 1032).

Si la condamnation du fiduciaire à vendre les actions de la société B constitue une sanction possible, une autre sanction pourrait être l'annulation du contrat par lequel le fiduciaire a acheté les actions B. Sur l'annulation comme une forme de réparation en nature (v. G. VINEY, *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français, op. cit.*, n° 34 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil, T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 454) ; nous réservons l'analyse de cette sanction dans une autre section (v. *infra*, n° 1077 et s.).

<sup>1322</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 844 ; G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 32.11.

<sup>1323</sup> Dans l'hypothèse que le dommage causé ne soit pas intégralement réparé par les remèdes mentionnés, il devrait être possible aussi de condamner le fiduciaire-*trustee* à payer une somme d'argent pour réparer ainsi intégralement le dommage (v. *infra*, n° 870).

<sup>1324</sup> Pour certains auteurs, la créance de réparation ne constitue qu'« une sorte de prolongement de l'obligation préexistante qui est issue du contrat » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, T. III, Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 172).

<sup>1325</sup> Dans notre hypothèse le dommage consiste dans la modification de la composition du patrimoine fiduciaire-*trust fund* (sur ce type de dommage, v. *supra*, n° 799 et s.).

<sup>1326</sup> En ce sens, v. G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *op. cit.*, n° 3. Sur le sujet, v. *supra*, n° 680 et s.

**840.-** Quand l'exécution en nature est impossible, la réparation en nature permet aux créanciers de recevoir une prestation équivalente à celle de l'obligation violée<sup>1327</sup>, qui peut s'avérer plus satisfaisante que le paiement d'une somme d'argent. Il en est ainsi par exemple dans l'hypothèse où la mission du fiduciaire-*trustee* serait de loger les bénéficiaires-*cestuis que trusts* et où le constituant-*settlor* aurait imposé l'obligation d'acheter un immeuble spécifique pour les loger. Si la vente échoue à cause de la faute du fiduciaire-*trustee*, il serait plus satisfaisant que les juges imposent au fiduciaire-*trustee* l'obligation d'acheter un autre immeuble qui remplit les conditions nécessaires pour accomplir leur mission<sup>1328</sup> et pour permettre aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* d'obtenir les avantages prévus pour eux, puisque l'allocation de dommages-intérêts s'avère inadéquate.

**841.-** D'ailleurs, en condamnant à une réparation en nature, il est possible de remettre en état le patrimoine fiduciaire-*trust fund*<sup>1329</sup>. Ainsi, si le fiduciaire-*trustee* a vendu sans autorisation un bien pour investir dans d'autres biens non autorisés, la réparation en nature qui consisterait à le condamner à reconvertir le bien acheté en bien vendu, c'est-à-dire à vendre ce qu'il aurait acheté<sup>1330</sup>, et acheter ce qu'il aurait vendu, va

---

<sup>1327</sup> L'obligation, objet de la réparation en nature, doit être équivalente à la prestation promise qui a été violé, puisque le dommage en matière contractuelle consiste dans la perte de la prestation promise (en ce sens, v. G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *op. cit.*, n° 35). Ainsi, il faut une adéquation entre le préjudice et la réparation (v. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile, op. cit.*, n° 382), condition qu'un auteur appelle « l'équivalence qualitative » (M.-E. ROUJOU De BOUBBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 271 et s.) et qui a été adoptée par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 mai 1992 (v. *RTD civ.* 1992, p. 772, obs. P. JOURDAIN).

<sup>1328</sup> Dans un sens analogue, des jurisprudences en droit français ont pour réparation la livraison d'un objet équivalent au bien qui était dû (sur des jurisprudences, v. M.-E., ROUJOU De BOUBBEE, *Essai sur la notion de réparation, op. cit.*, note de page n° 36 et 37 de la p. 280).

<sup>1329</sup> Sur la remise en état d'un bien envisagé *ut singuli*, v. Civ. 3<sup>ème</sup>, 28 février 1969 : *Bull. civ.* III, n° 182 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 janvier 1984 : *JCP G* 1984, IV, 93.

<sup>1330</sup> Dans un sens proche, la Cour d'appel de Versailles (Versailles [14<sup>ème</sup> Ch.], 27 juillet 2010 : *RTD com.* 2011, p. 730, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET, *RTD civ.* 2010, p. 781, obs. B. FAGES, *Rev. Sociétés* 2011, p. 90, obs. A. COURET) avait condamné une société à céder la moitié des actions qu'elle avait achetées en violation d'une clause de non-acquisition. Les faits sont les suivants : Sita et Veolia étaient des actionnaires à parts égales de la société Esterra ; ils ont convenu de maintenir cette égalité, notamment en s'interdisant d'acquérir des actions des minoritaires. En violation de cet accord, Veolia acquiert des actions et devient ainsi l'actionnaire majoritaire d'Esterra. Sita demande alors en justice la cession à son profit de la moitié des actions acquises par Veolia, ce qui a été ordonné par le tribunal de commerce de Nantes et confirmé par la cour d'appel de Versailles. Cette condamnation a eu comme effet de rétablir la parité dans les nombres d'actions détenues par les deux parties en litige.

Cette décision a été cassée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation (Com., 24 mai 2011 : *RTD com.* 2011, p. 587, obs. P. Le CANNU, *D.* 2011, p. 2315, obs. X. DELPECH et note. G. HELLERINGER, *Rev. Sociétés.* 2011, p. 482, note A. GAUDEMET) puisque la cour d'appel de Versailles

permettre que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* retrouve sa composition avant la violation.

**842.-** Par le biais d'une réparation en nature, il est encore possible de faire cesser la source du dommage <sup>1331</sup>. Ceci bien sûr suppose que le dommage ait un caractère de permanence. Il en est ainsi dans l'exemple précédent, où le dommage consiste dans la modification non autorisée du patrimoine fiduciaire-*trust fund*; de cette manière l'investissement non autorisée serait une source de dommage jusqu'à ce qu'elle soit réalisée. En conséquence, pour mettre fin au dommage, une allocation de dommages-intérêts ne suffira pas, il faudra condamner le fiduciaire-*trustee* à réaliser cette investissement : de cette manière, la source du dommage pourra prendre fin <sup>1332</sup>.

**843.-** L'importance de ce type de réparation peut s'avérer essentielle à l'accomplissement de la mission du fiduciaire-*trustee* et à l'octroi des avantages prévus pour les bénéficiaires-*cestuis que trusts*. Il en est ainsi quand l'atteint de ces objectifs

avait fondé sa décision sur l'article 1143 du Code civil qui prévoit à faveur du créancier « le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit », mais la cour d'appel de Versailles ne prononçait pas la nullité de l'acquisition des actions objet du litige (ce qui en plus avait été envisagé dans le pacte violé), mais elle condamnait Veolia à céder à Sita la moitié des actions acquises : ceci eut pour effet l'octroi à Sita d'une « ultra-réparation » (A. GAUDEMET, « Efficacité des pactes d'actionnaire : retour aux principes », *Rev. sociétés* 2011, p. 82, spéc. n° 12) puisque la cession « se traduisait par une majoration de la participation de la société Sita France dans le capital de la société Esterra ». Ainsi, pour violation de l'article 1143 du Code civil et du principe de la réparation intégrale du préjudice, la cassation a été prononcée.

Bien que la décision de la Chambre commerciale paraisse être contraire à notre position sur la condamnation du fiduciaire à vendre des biens achetés en violation à ses obligations, nous ne sommes dans la même hypothèse : il n'y a aucun fondement pour appliquer cette décision à la fiducie. D'abord, la vente forcée ne produira pas une « ultra-réparation » à faveur du patrimoine fiduciaire ; le bien, objet de la vente forcée, appartient déjà au patrimoine fiduciaire ; en conséquence, la vente aura pour effet une subrogation réelle entre le bien vendu et le prix payé. Aussi, quand les bénéficiaires chercheront ce type de réparation, il ne faudra pas faire allusion à l'article 1143 du Code civil : ils peuvent se prévaloir « sur le roc de l'article 1134 du code civil qui précises 'les conventions légalement formées font la loi de parties' » (C. CHAMPAUD et D. DANET, « Pacte d'associés. Clause de non-acquisition. Violation. Sanction. Cession forcée de la moitié des actions acquises en violation du pacte », *RTD. com.* 2011, p. 730, spéc. le dernier paragraphe [cet article n'apparaît que dans la version électronique de la revue]).

<sup>1331</sup> V. Soc., 24 janvier 1979 : *D.* 1979, p. 619, note Y. SERRA.

<sup>1332</sup> Une problème qui pourrait surgir du cas où la réparation consiste dans la vente d'un bien que le fiduciaire-*trustee* aurait acheté sans autorisation, est la fluctuation du prix du jour de l'achat au jour de la vente ; comme ce bien appartient au patrimoine fiduciaire-*trust fund*, toute plus-value au moment de sa vente lui appartient aussi. En revanche, toute diminution du prix de ce bien doit être considérée comme un dommage qui devra être réparé par le fiduciaire-*trustee*.

dépend d'une composition plus au moins précise du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. En conséquence, au lieu d'une réparation par équivalent, une réparation en nature qui remettra en état le patrimoine fiduciaire-*trust fund* serait préférable.

**844.-** Comme la réparation en nature est plus efficace pour effacer le dommage que la réparation pécuniaire, on peut considérer la première plus satisfaisante que la deuxième<sup>1333</sup>. Il n'est donc pas surprenant que ce soit le remède privilégié du droit anglais du *trust*. En effet, quand le *trustee* se trouve responsable du dommage causé au *trust fund*, les tribunaux vont toujours condamner le *trustee* à restituer les biens dont sa violation a privé le *trust fund*, sauf bien sûr si la restitution est impossible ; dans ce cas, le *trustee* devra compenser le *trust fund* de la valeur du bien perdu<sup>1334</sup>. En d'autres termes, quand, à cause de la violation du *trust*, un bien n'est plus dans le *trust fund* ou n'y entre pas alors qu'il aurait dû y entrer, le premier procédé de réparation consiste à condamner le *trustee* à restituer en nature ces biens<sup>1335</sup>. Pour cette raison, le *trustee* n'est pas condamné à une allocation de dommages-intérêts, mais il est condamné à une compensation sous forme de restitution<sup>1336</sup>.

---

<sup>1333</sup> En ce sens, v. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile, op. cit.*, n° 375.

Pour d'autres auteurs qui considèrent aussi que la réparation en nature est supérieure à la réparation par équivalent, v. M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil, T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, note de page n° 35 de la p. 516.

<sup>1334</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 32.11 ; des jurisprudences en ce sens, v. *Nocton v Lord Ashburton* [1914] AC 932, spéc. p. 952 ; *Target Holdings Ltd v Redfems* [1996] AC 421, spéc. pp. 425, 427 et 434 ; *Bartlett v Barclays Bank Trust Co Ltd (Nos 1 and 2)* [1980] Ch. 515, spéc. p. 542.

<sup>1335</sup> Bien que, d'un point de vue de la terminologie, il est incorrect de parler de « restitution d'un gain manqué », puisqu'il n'a jamais appartenu au *trust fund*, les juristes anglais utilise le terme même pour le gain manqué.

<sup>1336</sup> Ainsi dans *Target Holdings Ltd v Redfems* ([1994] 1 WLR 1089, spéc. p. 1101) il a été statué que « le remède accordé au bénéficiaire par *equity* est une compensation sous la forme de restitution de ce que le patrimoine a perdu, et non de dommages » (« *the remedy afforded to the beneficiary by equity is compensation in the form of restitution of that which has been lost to the estate, not damages* »).

V. aussi *Nocton v Lord Ashburton* [1914] AC 932, spéc. p. 952 ; *Target Holdings Ltd v Redfems* [1996] AC 421, spéc. p. 426.

En effet, dans sa juridiction exclusive, *Equity* ne considère pas l'allocation de dommages-intérêts (*damages*) comme un remède contre des *trustees* défaillants (v. *Re Collie Ex p. Adamson* (1878) 8 Ch.D. 807, spéc. p. 819).

Contrairement au droit anglais, dans le droit américain, le terme de *damages* est utilisé pour décrire la compensation pécuniaire du *trustee* (v. G. G. BOGERT et G. T. BOGERT, *The law of trusts and trustees, Sections 861 to 960, op. cit.*, § 861, p. 21 et s.).

Le terme « restitution » utilisé dans le droit du *trust* ne doit pas être confondu avec le sens donné par la *law of restitution*, dont le terme est utilisé pour décrire le reversement d'un enrichissement

**845.-** Un autre exemple de réparation en nature dans le droit anglais est le *constructive trust*, constitué sur les profits obtenus pas le *trustee* sans autorisation. Ainsi, en constituant un *constructive trust*, les bénéficiaires obtiennent des droits sur les mêmes biens qui font l'objet du profit du *trustee* <sup>1337</sup>.

**846.-** Comme en France les juges de fond ont un pouvoir d'appréciation pour choisir la modalité de réparation qu'ils considèrent la plus opportune pour réparer le dommage <sup>1338</sup>, ils ont ainsi la liberté de choisir entre la réparation en nature et l'allocation de dommages-intérêts. En revanche, il existe quand même certaines situations où la réparation en nature s'impose <sup>1339</sup>. Il devrait en être ainsi aussi dans la fiducie, chaque fois que c'est possible sans porter une atteinte excessive à la liberté individuelle du fiduciaire <sup>1340</sup>, et surtout quand c'est essentiel pour l'accomplissement de la mission fiduciaire.

sans cause (v. A. BURROWS, *Understanding the law of obligations, Essays on contract, tort and restitution*, Hart Publishing, 1998, p. 6 et s., et p. 45 et s. ; R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 708 et 709 ; R. CHAMBERS, « Liability », *op. cit.*, p. 13 et s.). Le terme « restitution » dans le droit du *trust* veut dire simplement que, dans une action en réparation pour violation du *trust*, la responsabilité du *trustee* consiste essentiellement à restaurer le bien dont le *trust fund* a été privé par sa violation.

<sup>1337</sup> Sur le *constructive trust* imposé aux profits obtenus par le *trustee*, v. *infra*, n° 1053 et s.

Il est possible qu'au lieu de la constitution d'un *constructive trust* sur les profits obtenus, la sanction consiste dans une obligation personnelle du *trustee* de déboursier le profit (*account for profits*) en faveur du *trust fund* (en ce sens, v. D. J. HAYTON et O. R. MARSHALL, *Hayton and Marshall : commentary and cases on the law of trusts and equitable remedies, op. cit.*, p. 781). Ainsi dans *Paul A. Davies (Aust) Pty Ltd (In Liq) v Davies* (in J. GLOVER, *Commercial equity : fiduciary relationship, op. cit.*, n° 6.83) il a été décidé que « [l]e remède sera celui qui est jugé approprié dans les circonstances pour prendre le gain du *fiduciary* » (« *[t]he relief is that which is considered appropriate in the circumstances to take that gain from the fiduciary* »).

<sup>1338</sup> V. Com., 5 décembre 1989 : *Bull. civ.* IV, n° 307.

<sup>1339</sup> V. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile, op. cit.*, n° 383 et s.

Des jurisprudences en ce sens : a) en matière contractuelle, v. Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 juin 1975 : *Bull. civ.* III, n° 208 ; Soc., 24 janvier 1979 : *D.* 1979, p. 619, note Y. SERRA ; b) en matière délictuelle, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1962 : *Bull. civ.* I, n° 359 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 avril 1996 : *Bull. civ.* III, n° 91 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 septembre 1998 : *Bull. civ.* III, n° 185.

<sup>1340</sup> En ce sens mais sur l'exécution forcée de pactes d'actionnaires, v. A. GAUDEMET, « Efficacité des pactes d'actionnaire : retour aux principes », *op. cit.*, n° 9 ; v. aussi M.-E., ROUJOU De BOUBBEE, *Essai sur la notion de réparation, op. cit.*, p. 281 et 282 (l'auteur ajoute que l'atteinte au droit de propriété du responsable est un obstacle à la condamnation de la réparation en nature).

Sur cette problématique, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, T. III, Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 160 et s.



**847.-** Il devrait en être ainsi aussi quand le dommage consiste dans la modification de la composition du patrimoine fiduciaire, même si aucune diminution de valeur ne l'a causée. Comme nous l'avons déjà dit, il faut analyser cette modification comme un dommage en soi <sup>1341</sup> ; dans le cas contraire, on ne pourrait pas condamner le fiduciaire à remettre le patrimoine fiduciaire en état, parce qu'il manquerait une des conditions de la responsabilité civile - le dommage -, ce qui peut s'avérer dangereux pour les bénéficiaires et la mission fiduciaire <sup>1342</sup>.

**848.-** On pourrait se demander quel intérêt pourrait avoir la réparation en nature, dans le cas où la modification de la composition du patrimoine fiduciaire aurait été bénéfique pour celui-ci, grâce à la plus-value que cette modification aurait apportée au patrimoine. D'abord, sans nier l'importance de la valeur du patrimoine fiduciaire, il n'est pas l'unique facteur de réussite pour l'accomplissement de la mission fiduciaire et pour l'octroi des avantages prévus pour les bénéficiaires. Comme nous l'avons déjà vu, cela dépend aussi de la composition du patrimoine fiduciaire. De plus, respecter la composition

---

<sup>1341</sup> V. *supra*, n° 804 et s.

<sup>1342</sup> Si les tribunaux considèrent que la modification du patrimoine fiduciaire n'est pas un dommage en soi, le régime de la responsabilité civile ne pourrait pas s'appliquer. En conséquence, le fiduciaire ne pourrait pas être condamné à réparer en nature la modification faite, sauf si les tribunaux considèrent exceptionnellement que le dommage n'est pas nécessaire pour engager la responsabilité civile (des jurisprudences en ce sens, v. Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 novembre 1997 : *RTD civ.* 1998, p. 124, obs. P. JOURDAIN, *RTD civ.* 1998, p. 696, obs. P.-Y. GAUTIER ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 janv. 2002 : *RTD civ.* 2002, p. 321, obs. P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 2002, p. 816, obs. P. JOURDAIN, *D.* 2002 p. 888, obs. Y. ROUQUET, *D.* 2002, jur. p. 2288, note J.-L. ELHOUEISS, *D.* 2003, p. 458, obs. D. MAZEAUD) du fiduciaire.

Une autre solution au problème serait d'appliquer la doctrine de la cessation de l'illicite pour que le fiduciaire soit obligé de supprimer la violation. Dans ce cas « la demande en cessation de l'illicite ne tend donc pas, à proprement parler, à une réparation puisque la mesure n'opère pas sur la matière du dommage ou des préjudices, elle agit sur leur cause [...] Elle tend à la sauvegarde, pour l'avenir, du droit ou de l'intérêt violé en supprimant l'état de fait dont la perpétuation conduirait de nouveau à un préjudice » (C. BLOCH, « La mise en œuvre de la responsabilité », in Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, Ch. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, s. la dir. de Ph. LE TOURNEAU, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 2441). Pour cela, il faudra bien sûr considérer d'abord que la cessation de l'illicite est une notion indépendante de la responsabilité civile (sur les rapports entre elles, v. G. VINEY, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », in *Mélanges Goubeux*, Dalloz, 2009, p. 547 et s.), plus spécifiquement à la réparation en nature ; il faudra aussi que l'inexécution contractuelle entre dans la notion d'illicite (sur un résumé de différentes positions doctrinales sur la notion [entre lesquelles entre l'inexécution contractuelle], v. *ibidem*, p. 557 et s.) et que la permanence de la modification non autorisée du patrimoine fiduciaire soit considérée comme un trouble, un fait perturbateur.

Si l'on insiste pour une sanction contre la modification du patrimoine fiduciaire, c'est parce qu'il peut s'avérer essentiel pour sa bonne gestion et donc pour l'accomplissement de la mission du fiduciaire.

du patrimoine fiduciaire, c'est respecter la volonté du constituant : ceci s'avère encore plus vrai quand la composition exacte du patrimoine fiduciaire est expressément prévue par lui.

**849.-** Quand le juge décide du mode de réparation, il faut qu'il prenne en compte que le patrimoine fiduciaire est un patrimoine d'affectation et que le fiduciaire est obligé d'utiliser les biens fiduciaires conformément à l'affectation établie par le constituant. Ainsi, si l'argent reçu à titre de dommages-intérêts était affecté à l'achat d'un bien déterminé, en ce cas il pourrait être plus pertinent que le juge condamne le fiduciaire directement à une réparation en nature, en lui demandant d'acheter un bien déterminé, au lieu de le condamner à payer une somme d'argent dans le but d'affecter cette somme à l'achat de ce même bien.

**850.-** En revanche, la réparation en nature n'est pas toujours possible <sup>1343</sup> ou peut s'avérer insuffisante pour compenser le dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund* <sup>1344</sup> : dans ces cas, il faudra l'allocation d'une somme d'argent.

#### b.- La réparation par équivalent

**851.-** La réparation par équivalent consiste en l'octroi au créancier d'une indemnité en argent pour réparer le dommage subi et remettre la valeur du patrimoine dans l'état où il était avant la violation <sup>1345</sup>. Il est ainsi nécessaire « d'exprimer le dommage en une somme d'argent traduisant sa valeur » <sup>1346</sup>.

**852.-** En droit français, cette indemnité est connue comme dommages-intérêts, alors que dans le droit anglais le terme de *damages* fait partie du vocabulaire de la *Common law*, non d'*Equity*. En effet, la réparation dans le *trust* consiste à restituer en nature, au *trust fund*, un bien qui a été perdu, dont l'on a disposé, ou qui n'a pas entré alors

---

<sup>1343</sup> Sur la réparation en nature impossible, v. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile, op. cit.*, n° 378 et s.

<sup>1344</sup> Cette circonstance est appelée par un auteur « réparation en nature imparfaite » (v. *ibidem*, n° 400).

<sup>1345</sup> Sur une étude plus approfondie de la réparation par équivalent en droit français, v. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile, op. cit.*, n° 411 et s.

qu'il aurait dû y entrer à cause de la violation du *trust* : l'indemnisation compense la valeur d'un bien seulement lorsque la restitution en nature est impossible <sup>1347</sup>.

**853.-** En droit anglais, la condamnation du *trustee* à payer en faveur du *trust fund* une somme d'argent peut répondre à deux raisons : soit pour compenser une perte causée au *trust fund* (quand la restitution en nature n'est pas possible) ; soit pour déboursier tout profit obtenu sans autorisation <sup>1348</sup>. Dans cette dernière hypothèse, il n'est pas nécessaire qu'un dommage soit causé au *trust fund*, ainsi cette sanction n'est pas vraiment un moyen de réparation puisqu'aucun dommage n'est réparé. En revanche, il est possible que le profit obtenu par le *trustee* cause aussi un dommage au *trust fund* : les *cestuis que trusts* devront choisir soit la compensation pour la perte subie, soit le déboursement de profits ; ils ne pourront pas accumuler les deux sanctions <sup>1349</sup>.

**854.-** Comme dans la plupart des cas où le fiduciaire obtiendrait un profit non autorisé, il y a un conflit d'intérêt, il est possible de lui interdire de poursuivre ce profit <sup>1350</sup>. En revanche, s'il obtient un profit non autorisé sans causer aucun dommage au

<sup>1346</sup> P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge, rapport français », in *Des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 263 et s., spéc. p. 264.

<sup>1347</sup> V. *supra*, n° 844.

<sup>1348</sup> La procédure pour obtenir la restitution d'un bien, la compensation pour une perte et le déboursement d'un profit s'appellent *account*. Il en existe trois formes différentes : *common account*, *account on the basis of wilful default* et *account for profits* (v. R. CHAMBERS, « Liability », *op. cit.*, p. 7). *Common account* est la procédure par laquelle les *cestuis que trusts* obtiennent l'information sur la gestion du *trust*, mais aussi par laquelle ils obtiennent une restitution ou une compensation pour une perte causée par une violation du *trust* (*ibidem*, p. 17 et 18). *Account on the basis of wilful default* est la procédure par laquelle les *cestuis que trusts* obtiennent une restitution ou une compensation quand la violation du *trust* consiste dans une abstention, c'est-à-dire que le *trustee* n'a pas fait ce qu'il aurait dû faire (en ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 39.20 et s. ; R. CHAMBERS, « Liability », *op. cit.*, p. 18 et s.). *Account for profits* est la procédure applicable quand les *cestuis que trusts* demandent le déboursement de profits obtenus sans autorisation par le *trustee* (v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 845).

<sup>1349</sup> Si un fondement peut être le principe de la réparation intégrale (v. *infra*, n° 867 et s.), notamment que la réparation allouée à la victime ne doit pas enrichir la victime, les anglais donnent un autre fondement. Les *cestuis que trusts* doivent choisir un des deux remèdes parce que, s'ils demandent le déboursement des profits, ils considèrent comme valides les actions du *trustee* ; en revanche s'ils exigent la compensation pour la perte causée au *trust fund*, les *cestuis que trusts* rejettent les actions du *trustee*. En conséquence, les deux sanctions sont incompatibles : adopter l'une a comme conséquence de rejeter l'autre (v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 846).

<sup>1350</sup> V. *supra*, n° 154 et s.

patrimoine fiduciaire, il s'avère difficile que les tribunaux condamnent le fiduciaire à débours ses profits en faveur du patrimoine fiduciaire <sup>1351</sup> : il faudra pour cela que la loi le prévoie. Cependant, cette violation pourrait être un motif pour remplacer le fiduciaire, s'il obtient un profit non autorisé <sup>1352</sup>.

**855.-** En droit français, les dommages-intérêts octroyés à la victime ne sont pas affectés à la restitution du bien perdu : la victime a la liberté d'en user librement <sup>1353</sup> ; en revanche il n'en est pas de même pour la fiducie dont le patrimoine fiduciaire est un patrimoine d'affectation. En conséquence, tout bien qui entre dans le patrimoine fiduciaire suit le régime de son affectation : ainsi il est possible que l'indemnisation puisse être affectée à la restitution du bien perdu ou d'un autre bien équivalent.

**856.-** En théorie, dans le droit anglais la compensation reçue ne serait pas affectée à l'achat du bien perdu puisque la condamnation à une indemnité en argent n'est décrétée que si la restitution en nature n'est pas possible <sup>1354</sup> ; en revanche, l'indemnisation reçue sera généralement affectée à l'achat d'autres biens, puisque le *trustee* a normalement une obligation d'investir et ne peut donc pas rester avec une somme d'argent pour un laps de temps prolongé <sup>1355</sup>.

**857.-** Ainsi, la question de l'affectation de la somme allouée à l'achat du bien perdu va se poser plutôt en droit français, où les juges ont un pouvoir d'appréciation dans la réparation du dommage. Dans le cas où cette somme serait affectée à l'achat du bien perdu ou d'un autre du même genre, il serait plus pertinent de condamner le fiduciaire à une réparation en nature, dont la prestation consisterait à acheter ce même bien, ou un autre du même genre.

---

<sup>1351</sup> Il en est ainsi dans le droit d'enrichissement sans cause, quand une personne obtient un profit mais sans appauvrir une autre (v. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, n° 366).

<sup>1352</sup> V. *supra*, n° 718 et s.

<sup>1353</sup> V. Ph. CASSON, *Rép. civ. Dalloz*, v° Dommages et intérêts, spéc. n° 35.

<sup>1354</sup> En revanche, un auteur anglophone est de l'opinion contraire (v. R. CHAMBERS, « Liability », *op. cit.*, p. 12).

<sup>1355</sup> V. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 39-24 et 35-01 et s.

**858.-** Après d’avoir analysé les deux modes différents de réparation du dommage, on en vient à étudier une condition nécessaire à leur exercice : celle de l’évaluation du dommage.

## 2.- Les méthodes d’évaluation du dommage

**859.-** Bien que la source de la réparation puisse résider dans un accord entre le débiteur défaillant et la victime du dommage, la réparation est normalement judiciaire. Dans le cas où la réparation s’effectue à l’amiable, les parties sont libres de déterminer la réparation <sup>1356</sup> ; en revanche, quand la réparation est judiciaire, c’est le juge qui la détermine. Comme notre sujet porte sur l’évaluation du dommage, nous n’analyserons que la réparation judiciaire, où certains principes s’imposent au juge pour évaluer le dommage, contrairement à la réparation amiable dont le principe est celui de la liberté des parties <sup>1357</sup>.

**860.-** Que le juge décide de condamner le débiteur défaillant à une réparation en nature ou qu’il décide de le condamner à une réparation par équivalent, le juge devra toujours évaluer le dommage causé pour pouvoir procéder à sa réparation. Il faudra ainsi comparer une situation réelle, celle dans laquelle le patrimoine fiduciaire-*trust fund* se trouve après l’inexécution par le fiduciaire-*trustee* d’une de ses obligations, avec une situation hypothétique, celle dans laquelle le patrimoine fiduciaire-*trust fund* aurait été si la fiducie-*trust* avait été correctement exécutée <sup>1358</sup>. La différence entre ces deux situations constitue le dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

**861.-** Dans le cas anglais *Fry v Fry* <sup>1359</sup> le dommage avait été ainsi évalué. Les *trustees* avaient une obligation de vendre un hôtel, ce qu’ils ont fait, mais hors délais. Cette violation du *trust* a causé un dommage au *trust fund*, puisque l’hôtel a été vendu à un prix inférieur à ce qui aurait pu être obtenu. Les juges, pour évaluer le dommage, ont comparé la différence de prix entre la date où l’hôtel aurait dû être vendu (la date prise a été celle où

---

<sup>1356</sup> V. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 2<sup>ème</sup> Partie : Effets, op. cit.*, n° 674.

<sup>1357</sup> En transigeant, il faudra quand même respecter le principe des concessions réciproques (v. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 1103).

<sup>1358</sup> En ce sens, v. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, n° 216.

<sup>1359</sup> (1859) 27 Beav. 144, 54 E.R. 56.

une personne avait fait une offre, et le prix a été celui de l'offre) et la date où il a été réellement vendu. Cette différence est le dommage que les *trustees* ont été condamnés à payer pour indemniser le *trust fund*.

**862.-** La comparaison entre ces deux situations (une réelle et une hypothétique) devient plus difficile quand le fiduciaire-*trustee* a un pouvoir discrétionnaire ; il en serait ainsi par exemple quand il aurait un pouvoir d'investir dans les actions qu'il considère les plus appropriées. Dans cette hypothèse, le juge ne pourra pas prendre comme point de référence un investissement précis pour évaluer le dommage <sup>1360</sup>. Comment pourra donc procéder le juge pour évaluer le dommage ? En droit anglais, les juges prennent comme référence la performance moyenne parmi toutes les actions que le *trustee* a le droit de choisir comme investissement <sup>1361</sup> ; la différence entre cette moyenne et le résultat obtenu en raison de la violation constitue le dommage causé au *trust fund*. Nous trouvons en droit français une même solution pour la responsabilité civile de l'intermédiaire financier français, où le dommage sera évalué « par comparaison au résultat qu'aurait obtenu un bon professionnel dans les mêmes circonstances de lieu et de temps » <sup>1362</sup>.

**863.-** Dans certaines occasions, le juge sera face à deux situations hypothétiques différentes donnant de résultats opposés. Le juge devra choisir entre elles quelle situation va être comparée avec la situation résultant de l'inexécution. Il en serait ainsi par exemple si le fiduciaire-*trustee* a le pouvoir de prêter de l'argent mis en *trust* mais à condition d'obtenir l'autorisation préalable d'une personne déterminée. Ainsi, si en violation de cette condition, le fiduciaire-*trustee* a prêté une somme d'argent mais sans obtenir l'autorisation exigée et que cette somme n'est jamais remboursée, les juges se trouveront en face d'un dilemme : soit ils prendront comme situation hypothétique celle dans laquelle le fiduciaire-*trustee* n'aurait jamais consenti le prêt, soit ils prendront l'hypothèse dans laquelle le fiduciaire-*trustee* obtiendrait l'autorisation exigée mais après que les sommes auront été avancées. Les deux situations donnent des résultats différents : si le fiduciaire-*trustee*

---

<sup>1360</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 836.

<sup>1361</sup> V. *Nestle v National Westminster Bank* [1993] 1 WLR 1260, spéc. p. 1280.

<sup>1362</sup> V. J.-M. BOSSIN et G. de LAMBILLY, « Le mandat de gestion de portefeuille individuel et la responsabilité des intermédiaires », *Banque et droit* 1998, n° 59, p. 3, spéc. p. 9 ; en ce sens aussi, v. M. GERMAIN, « La responsabilité en matière de gestion individuelle sous mandat », *Banque et Droit* 2000, n° 70, p. 14, spéc. p. 16 ; A. ABDALLAH, *La sécurisation de la gestion fiduciaire, op. cit.*, p. 282 ; pour de jurisprudence, v. Paris (1<sup>ère</sup> Ch. A), 29 juin 1983 : *D.* 1983, inf. rap. p. 349.

n'avait jamais prêté l'argent, le patrimoine fiduciaire-*trust fund* n'aurait jamais souffert de perte ; en revanche, dans la deuxième hypothèse, bien que le fiduciaire-*trustee* eût eu l'autorisation de prêter l'argent, la somme prêtée aurait quand même été perdue. En conséquence, si les juges prennent la première hypothèse, le fiduciaire-*trustee* serait responsable pour l'argent non remboursé ; alors que, s'ils prennent la deuxième hypothèse, la responsabilité du fiduciaire-*trustee* ne pourrait pas être engagée <sup>1363</sup>. Bien sûr, si les juges adoptaient la deuxième hypothèse, cela impliquerait le droit pour le fiduciaire-*trustee* de prouver qu'il aurait obtenu l'autorisation s'il l'aurait demandée. Le choix des juges va dépendre de chaque cas concret.

**864.-** L'évaluation du dommage est intrinsèque à l'idée de dédommagement, puisque sans cette appréciation il serait impossible que la réparation soit équivalente au dommage causé. En effet, pour « rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et [pour] replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu » <sup>1364</sup>, il faut que la réparation soit autant que possible équivalente au dommage.

**865.-** Quand la réparation est en nature, il faut qu'il y ait une « équivalence qualitative » entre le dommage et la réparation ; ainsi la prestation objet de la réparation doit être adéquate au dommage <sup>1365</sup>. Cette exigence est bel et bien remplie dans le droit du *trust*, dont le mode paradigmatique de réparation en nature consiste dans la restitution du même bien qui aurait été dissipé ou dont on aurait disposé ou encore qui n'aurait pas pu

---

<sup>1363</sup> Une pareille hypothèse s'est présentée en droit anglais : le *trustee* avait avancé de l'argent sans obtenir préalablement l'autorisation exigée, qui ne lui a été accordée qu'après le prêt accordé. Ainsi, les juges ont dû se demander si l'obtention postérieure de l'autorisation avait « corrigé » la violation du *trust*. La cour a décidé que tel n'était pas le cas et les *trustees* ont dû assumer leur responsabilité en remboursant la somme perdue (v. *Bateman v Davis* (1818) 3 Madd. 98, 56 E.R. 446).

<sup>1364</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 avril 1970 : *Bull. civ.* II, n° 111 ; v. aussi : Civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>ère</sup> avril 1963 : *D.* 1963, p. 453 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 décembre 1970 : *Bull. civ.* II, n° 346 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 décembre 1978 : *Bull. civ.* II, n° 269.

Dans ce même sens Lord BROWNE-WILKINSON, dans *Target Holdings Ltd v Redferns* ([1996] AC 421, spéc. p. 434), a statué que, si la restitution n'est pas possible, « la responsabilité du *trustee* est de payer une compensation suffisante au *trust fund* pour le rétablir dans ce qu'il aurait été si la violation n'avait pas été commise » (« *the liability of the trustee is to pay sufficient compensation to the trust estate to put it back to what it would have been had the breach not been committed* »). Ce raisonnement implique nécessairement le principe d'équivalence, principe admis par des auteurs anglais (v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 32.16) mais sans qu'ils en donnent une dénomination.

<sup>1365</sup> V. *supra*, note de page n° 1327.

entrer au *trust fund* à cause de la violation du *trust*<sup>1366</sup>. La réparation étant identique au dommage, il n'y a pas de réparation plus équivalente : le dommage est complètement neutralisé par la remise en état du *trust fund*.

**866.-** Quand la réparation est pécuniaire, il faut qu'il y ait une « équivalence quantitative » entre le dommage et la réparation ; en d'autres mots, l'allocation de dommages-intérêts doit être à l' hauteur de la valeur du dommage<sup>1367</sup>.

**867.-** Le principe d'équivalence entre la réparation et le dommage<sup>1368</sup> a comme conséquence nécessaire la réparation intégrale du préjudice. Dans le droit du *trust*, ce principe est plus étendu que dans le droit français, puisque le dommage prévisible est réparable, alors que dans le droit français le dommage imprévisible est exclu de toute réparation<sup>1369</sup>.

**868.-** Comme le principe de la réparation intégrale du préjudice est destiné « à compenser le dommage dont souffre la victime, la créance de réparation doit correspondre exactement à l'ampleur des préjudices subis »<sup>1370</sup>. Pourtant, si la réparation ne doit pas laisser une perte pour le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, elle ne doit pas non plus lui laisser un profit<sup>1371</sup>. Fondamentalement, cela signifie que le tribunal ne peut accorder au

---

<sup>1366</sup> V. *supra*, n° 844.

<sup>1367</sup> En ce sens, v. P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge, rapport français », *op. cit.*, n° 3.

<sup>1368</sup> Sur ce principe, v. *ibidem*, n° 4 et s.

<sup>1369</sup> Pour cette raison un auteur a écrit qu'« on ne peut pas vraiment dire, en matière contractuelle, que le principe est celui de la réparation intégrale du préjudice du créancier » (M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, p. 580).

<sup>1370</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil, T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 460. Dans ce sens un auteur anglais a écrit que la mesure de la compensation sera la perte actuelle et prouvée du *trust* (v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 32.02).

<sup>1371</sup> « [L]e calcul du dommage devant être effectué de manière qu'il n'y ait ni perte ni profit » (Crim., 6 juin 1946 : D. 1947, p. 234, note J. SAVATIER) pour la victime.

Certaines exceptions existent en droit anglais ; par exemple, la restitution s'opère sans tenir compte des obligations du *trustee* en matière fiscale (sur le sujet, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 831 et s. ; LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 39-03 et 39-16). « Ainsi, le *trustee* qui s'est approprié un bien du *trust* doit en restituer la valeur sans tenir compte des impôts et taxes que l'universalité en *trust* aurait dû acquitter si elle n'avait pas été privée du bien » (M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, note de page n° 33, p. 586).

Cette exception peut trouver son fondement dans l'interdiction au *trustee* de s'enrichir par une violation du *trust*, puisqu'il est possible que dans certaines circonstances la soustraction de la réparation des obligations fiscales hypothétiques pourraient lui enrichir. Une autre raison nous la trouvons dans la procédure d'*account* (v. *supra*, note de page n° 1348). La manière dans laquelle le



patrimoine fiduciaire-*trust fund* une réparation qui excède le dommage <sup>1372</sup>. En effet, l'objectif est de réparer le dommage, non pas de punir le fiduciaire-*trustee* <sup>1373</sup>.

**869.-** Le fait que la victime ne puisse pas s'enrichir implique logiquement que le dommage ne peut être réparé plus d'une fois. Ainsi, par exemple si une assurance a couvert la perte, les bénéficiaires ne pourront pas exiger du fiduciaire-*trustee* qu'il répare le dommage déjà réparé par l'assureur <sup>1374</sup> ; et en cas de pluralités des fiduciaires-*trustees*, les bénéficiaires-*cestuis que trusts* ne pourront pas obtenir de chacun d'eux l'entière réparation de leur dommage <sup>1375</sup>.

**870.-** Même si « le principe de réparation intégrale s'exprime surtout lorsque le juge alloue des dommages-intérêts » <sup>1376</sup>, il domine aussi la réparation en nature. Cela a pour conséquence que, si une prestation en nature est insuffisante pour réparer tout le dommage, le juge devrait la combiner avec une autre prestation ou avec d'autres prestations (soit en nature [par exemple, quand le fiduciaire-*trustee* a vendu illégalement un bien et qu'avec la somme gagnée il en achète un autre qui n'est pas autorisé à rester dans le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, le fiduciaire-*trustee* pourrait être condamné à deux prestations distinctes : celle de vendre le bien acheté et celle d'acheter le bien vendu], soit une allocation des dommages-intérêts) jusqu'à ce que le dommage soit intégralement réparé.

---

*trustee* se libère de toute responsabilité ou au contraire est prouvé responsable pour une perte causée au *trust fund*, c'est par la procédure d'*account*. La procédure d'*account* n'autre chose que le formalisme par lequel le *trustee* rend compte de la gestion du *trust fund*. Le *trustee* va démontrer les déboursements et les perceptions, ce qui est une question objective. Ainsi, il n'est pas possible que le *trustee* soustrait des déboursements hypothétiques, dans notre cas des obligations fiscales hypothétiques.

<sup>1372</sup> En ce sens dans le droit anglais, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 838 ; dans le droit français, v. Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 déc. 1979 : *Bull. civ.* II, n° 286.

<sup>1373</sup> En ce sens, v. HANBURY et MARTIN, *Modern Equity*, *op. cit.*, p. 650.

<sup>1374</sup> En ce sens, v. P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge, rapport français », *op. cit.*, n° 12 ; v. aussi Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 déc. 1979 : *Bull. civ.* II, n° 286.

<sup>1375</sup> En principe, chaque fiduciaire-*trustee* sera responsable pour tout le dommage causé quand il existerait une pluralité de responsables à l'origine du dommage (v. P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge, rapport français », *op. cit.*, n° 12 ; HANBURY et MARTIN, *Modern Equity*, *op. cit.*, p. 660 et s.).

<sup>1376</sup> P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge, rapport français », *op. cit.*, n° 3.

**871.-** Dans le droit anglais, un autre principe régit l'évaluation du dommage : le dommage causé par la violation du *trust* ne peut pas être compensé avec un gain obtenu (en faveur du *trust fund*) par le *trustee* <sup>1377</sup>, même si le gain est l'effet d'une autre violation du *trust*, chaque violation du *trust* étant indépendante des autres <sup>1378</sup>. En revanche, si des gains et des pertes résultent d'une même opération, une compensation entre eux peut être faite <sup>1379</sup>. En droit français, il devrait en être de même, puisque les gains obtenus appartiennent au patrimoine fiduciaire et non au fiduciaire ; ainsi il ne devrait pas être en droit de les utiliser en sa faveur et donc de les compenser avec une perte causée par la violation d'une de ses obligations --sauf si le gain et la perte sont obtenus en vertu d'une même opération ou infraction <sup>1380</sup>.

**872.-** Comme nous l'avons déjà dit, le droit anglais ne sanctionne pas seulement le dommage causé au *trust fund* : le *trustee* serait aussi sanctionné s'il obtenait un profit sans autorisation ; dans ce cas, ces profits seraient en faveur du *trust fund*. En conséquence, le juge ne va plus évaluer le dommage causé au *trust fund*, mais il va évaluer le profit obtenu par le *trustee*.

**873.-** Si l'évaluation du dommage consiste à déterminer le montant du dommage, il faut aussi déterminer le moment de l'évaluation. Cette question est indépendante de la date de naissance de la créance de réparation <sup>1381</sup>, qui existe dès la réalisation du dommage <sup>1382</sup>.

---

<sup>1377</sup> Dans *Dimes v Scott* ([1828] 4 Russ. 195, 38 E.R. 778), les *trustees* avaient comme obligation de réaliser tout bien mis en *trust* et d'investir cet argent dans des titres gouvernementaux. Contrairement aux directions du *settlor*, une action n'a pas été réalisée et est restée dans le *trust fund* pour plusieurs années. Cet investissement donnait des intérêts à hauteur de 10 pour cent par an. En violation du *trust*, les *trustees* avait donné à un *cestui que trust* tout le revenu perçu par l'investissement, alors qu'ils auraient seulement dû donner 3 pour cent. Postérieurement, les *trustees* ont converti l'investissement non autorisé dans de titres gouvernementaux, qui avaient baissé de prix dès la date où les *trustees* auraient dû le faire ; en conséquence les *trustees* ont pu acheter plus de titres que s'ils l'avaient fait à la date correcte. Bien que la vente tardive d'une des investissements eût été profitable, les *trustees* ont été condamnés pour la perte soufferte par l'autre violation : ainsi ils ont dû indemniser le *trust fund* de l'excédent payé au *cestui que trust*.

<sup>1378</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 32.44.

<sup>1379</sup> En ce sens, v. HANBURY et MARTIN, *Modern Equity, op. cit.*, p. 659.

Dans *Bartlett v Barclays Bank Trust Co Ltd (Nos. 1 and 2)* ([1980] Ch. 515, spéc. p. 538) la compensation a été permise alors que la perte et le gain ne sont pas issus de la même opération ; en revanche, ils ont constitué un effet de la même politique d'investissement.

<sup>1380</sup> Si l'on n'admet pas la compensation dans cette dernière hypothèse, le patrimoine fiduciaire se serait enrichi sans cause (en ce sens, v. C. M. KIPER et S. V. LISOPRAWSKI, *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario, op. cit.*, p. 110).

<sup>1381</sup> En ce sens, v. F. DERRIDA, « L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation », *JCP* 1951, I, 918, spéc. n° 5.

Comme le dommage peut évoluer entre le moment où il se produit et celui où le fiduciaire-*trustee* est condamné à le réparer, se pose la question de savoir à quel moment le tribunal doit se placer pour évaluer le dommage.

**874.-** La règle dans les deux droits en étude est celle de l'évaluation du dommage au jour du jugement <sup>1383</sup>. En conséquence, même « si le droit, pour la victime d'un accident, d'obtenir la réparation du préjudice subi, existe dès que le dommage a été causé, l'évaluation de ce dommage doit être faite par le juge au moment où il statue » <sup>1384</sup>. Pour cette raison, le juge doit prendre en considération les variations subies par le dommage <sup>1385</sup>, non seulement son aggravation mais aussi sa diminution ; il devra aussi prendre en compte non seulement les variations de l'expression monétaire du dommage, mais encore les modifications des éléments constitutifs du dommage <sup>1386</sup>.

---

<sup>1382</sup> En droit français, v. Civ., 15 juillet 1943 : *JCP*, 1943, II, 2500 obs. G. HUBRECHT ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 11 janv. 1979 : *Bull. civ.* II, n° 18.

Dans le droit anglais Lord BROWNE-WILKINSON a statué que les *cestuis que trusts* ont une action contre le *trustee* dès qu'il y a une violation du *trust* (v. *Target Holdings Ltd v Redfems* [1996] AC 421, spéc. p. 437).

<sup>1383</sup> V. Civ., 15 juillet 1943 : *JCP*, 1943, II, 2500, obs. G. HUBRECHT.

Si bien il y a de jurisprudence en droit français qui fait penser à l'évaluation du dommage au jour de la réparation (v. Com., 16 février 1954 : *D.* 1954, p. 534, obs. RODIERE), méthode défendue par DERRIDA (in « L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation », *op. cit.*), il faut interpréter la jurisprudence comme présumant que la réparation se réaliserait immédiatement après la décision, donc le juge statue au jour de la réparation présumée (en ce sens, v. F. DERRIDA, « L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation », *op. cit.*, n° 8 ; dans un sens proche, v. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 466, p. 581) et de cette manière la date d'évaluation est le date du jugement et non pas le date de l'exécution du jugement.

Dans le droit anglais, v. *Target Holdings Ltd v Redfems* [1996] AC 421, spéc. p. 437 ; *contra*, v. *Jaffray v Marshall* ([1993] 1 WLR 1285) où la date d'évaluation n'a pas été celle du jour du jugement mais une date antérieure dont la propriété objet de la compensation pécuniaire valait le plus ; le raisonnement de la court était que comme le bien n'était plus dans le *trust fund* le *trustee* avait été privé de l'opportunité de le vendre au meilleure prix possible (*ibidem*, p. 1293 et 1293). Cette jurisprudence a été considérée dans *Target Holdings Ltd v Redfems* comme incorrectement décidée ([1996] AC 421, spéc. p. 440) ce qui fait que *Jaffray v Marshall* soit aujourd'hui dépassée (*ibidem*, p. 422).

<sup>1384</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 11 janvier 1979 : *Bull. civ.* II, n° 18, *D.* 1979, inf. rap. p. 346.

<sup>1385</sup> V. Paris (4<sup>ème</sup> Ch.), 11 février 1950 : *JCP* 1950, II, 5368.

<sup>1386</sup> En ce sens, v. G. HUBRECHT, *JCP* 1943, II, 2500 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 458 et s.

**875.-** L'évaluation du dommage au jour du jugement est un corollaire du principe de la réparation intégrale du dommage <sup>1387</sup> ; « pour que la réparation soit la plus exacte possible », il faut que le juge retienne la date « la plus tardive, la dernière chroniquement des dates entre lesquelles il a à choisir [...] Photographier la situation à une date antérieure obligerait à ignorer les faits survenant après la date retenue » <sup>1388</sup>. En effet « pour déterminer la perte, on n'arrête pas l'horloge » <sup>1389</sup> au jour où le dommage a été causé.

**876.-** Ainsi par exemple, dans le cas où le dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund* consiste en la perte d'un bien, la hausse du prix de ce bien, entre le jour du dommage et le jour du jugement, aurait profité au patrimoine fiduciaire-*trust fund* si cette universalité n'avait jamais souffert de la privation de ce bien ; en conséquence, pour réparer tout le préjudice, il apparaît nécessaire d'évaluer le dommage au jour du jugement et non au jour où le dommage a été réalisé. En effet, si « la victime [...] percev[ait] une somme inférieure à la valeur du préjudice au jour du jugement, [elle] subirait une perte, puisqu'elle ne pourrait pas obtenir la réparation totale de son préjudice » <sup>1390</sup> ; ainsi, si le bien valait 25,000 euros au jour de sa destruction, mais qu'il vaut 75,000 euros le jour du jugement, il est incontestable que l'allocation de dommages-intérêts à la hauteur de la première somme ne serait qu'une réparation partielle du dommage, puisque la victime ne serait pas en mesure d'acheter un tel bien.

**877.-** Le principe d'évaluation au jour du jugement est applicable quand la réparation est en nature, comme quand elle l'est par équivalent. En revanche, quand nous analysons la question du point de vue du débiteur, la conception change quand la réparation est en nature. En effet, le coût de l'exécution de la réparation en nature peut varier entre le jour du jugement et le jour de son exécution. En faisant reposer le coût de cette exécution sur le débiteur, d'un point de vue économique, ce serait pour lui comme si l'évaluation du dommage avait été vraiment faite le jour de son exécution. On sait bien que l'évaluation du montant du dommage ne se confond pas avec le coût de l'exécution de la réparation, mais économiquement, du point de vue du débiteur, cette différence disparaît.

---

<sup>1387</sup> V. R.-E. CHARLIER, « Les effets de la hausse des prix dans la responsabilité civile et administrative », *JCP* 1947, I, 650, spéc. n° 14 et s.

<sup>1388</sup> V. *ibidem*, n° 17.

<sup>1389</sup> « *In ascertaining the loss one does not stop the clock* » (Target Holdings Ltd v Redferns [1996] AC 421, spéc. p. 425).

En prenant par exemple l'obligation du *trustee* de restituer un bien déterminé : pour lui, le montant du dommage sera celui du prix payé pour le bien restitué, et non le prix de ce bien au jour du jugement <sup>1391</sup>.

**878.-** De cette façon, dans la réparation en nature, le coût de l'exécution de la prestation repose sur le fiduciaire-*trustee* et non sur le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. En conséquence, le dommage ne se serait pas aggravé quand le coût d'exécution de la prestation aurait augmenté, ce qui évite aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* de demander la révision de la réparation <sup>1392</sup>.

**879.-** Comme le principe d'évaluation du dommage au jour du jugement est un corollaire de la réparation intégrale du dommage, peut-on donc l'écarter si le patrimoine fiduciaire-*trust fund* n'est pas suffisamment dédommagé par une évaluation faite le jour du jugement ?

**880.-** Il en serait ainsi par exemple, si le dommage causé consistait en la perte d'un bien et qu'entre le jour du dommage et le jour du jugement la valeur du bien avait drastiquement baissé ; le patrimoine fiduciaire-*trust fund* serait-il assez indemnisé, si le dommage était évalué le jour du jugement ? La question trouve une réponse affirmative si, sans la violation de la fiducie-*trust*, le bien était resté dans le patrimoine fiduciaire-*trust fund* au jour du jugement. En revanche, si le bien devait sortir du patrimoine fiduciaire-*trust fund* avant le jour du jugement, il serait inadéquat que l'évaluation du dommage soit faite au jour du jugement, puisque, hypothétiquement à ce jour, le fiduciaire-*trustee* aurait

---

<sup>1390</sup> F. DERRIDA, *L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation*, op. cit., n° 1.

<sup>1391</sup> Ainsi dans *Re Dawson* (in D. J. HAYTON et O. R. MARSHALL, *Hayton and Marshall : commentary and cases on the law of trusts and equitable remedies*, op. cit., p. 787) il a été statué que : « Le mode du remède est formulé en termes suffisamment adéquates pour exiger du *trustee* défaillant de restituer à l'universalité les biens dont il l'a privés. Les augmentations de la valeur marchande entre la date de la violation et la date de la réparation sont à la charge du *trustee* » (« *The form of relief is couched in terms appropriate to require the defaulting trustee to restore to the estate the assets of which it deprived it. Increases in market values between the date of breach and the date of recoupment are for the trustee's account* »).

<sup>1392</sup> Pour un exemple d'allocation d'une somme supplémentaire à cause du retard du versement de l'indemnité, ce qui a eu pour conséquence que le montant versé était insuffisant pour réparer le dommage, v. Amiens (1<sup>ère</sup> Ch.), 9 novembre 1948 : *Gaz. Pal.* 1948, 2, 250.

déjà vendu le bien et qu'il devrait donc y avoir, dans le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, une somme supérieure à la valeur du bien au jour du jugement.

**881.-** Ainsi, dans le droit anglais, l'évaluation se fait à une date différente de celle du jour du jugement quand le *trustee* a une obligation expresse de vendre un bien déterminé à une date précise : c'est cette date qui déterminera le moment où le juge doit se poser pour évaluer le dommage, puisque c'est le prix du marché de cette date qu'il doit prendre comme référence pour l'évaluer. Ainsi, si le *trustee* avait vendu le bien à une date différente de celle prévue et qu'il en avait obtenu un prix inférieur, le dommage serait la différence entre le prix obtenu et le prix du jour où le bien aurait dû être vendu <sup>1393</sup>. Il devrait aussi en être ainsi pour la fiducie.

**882.-** Si, dans l'hypothèse précédente, on était en présence d'une obligation de vendre à une date précise, qu'en serait-il dans la situation dans laquelle le fiduciaire-*trustee* aurait une obligation de vendre mais sans une date précise ? Il en serait ainsi quand, à cause de la dévalorisation d'un bien, l'obligation de diligence imposerait au fiduciaire-*trustee* l'obligation de vendre un bien avant qu'il se dévalorise encore plus, pour éviter ainsi une perte majeure au patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Dans ce cas, il serait aussi inadéquat que l'évaluation du dommage soit faite au jour du jugement, puisque hypothétiquement à ce jour, le fiduciaire-*trustee* aurait dû vendre le bien, ce qui aurait eu pour effet que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* aurait reçu une somme supérieure à la valeur du bien au jour du jugement. Ainsi, une date antérieure au jour du jugement devrait être prise en compte pour évaluer le dommage <sup>1394</sup> ; mais quelle date ? <sup>1395</sup> Peut-être celle du jour du dommage, ou encore le jour où le bien perdu vaut le plus <sup>1396</sup> ou, au lieu de prendre un jour précis, tous les jours (du dommage au jour du jugement) pourront être pris en compte, pour avoir un prix moyen de la valeur du bien.

---

<sup>1393</sup> En ce sens, v. *Fry v Fry* (1859) 27 Beav. 144, 54 E.R. 56.

<sup>1394</sup> Des jurisprudences françaises en ce sens, v. Crim., 6 juin 1946 : *D.* 1947, p. 234, note J. SAVATIER ; Com., 6 janvier 1970 : *D.* 1970, p. 484, *RTD civ.* 1970, p. 786, obs. G. DURRY.

<sup>1395</sup> Dans un affaire qui a été jugé définitivement le 6 janvier 1970 par la chambre commerciale de la Cour de cassation (*D.* 1970, p. 484), la Cour d'appel a évalué le dommage au jour de la mise en demeure, DURRY pour justifier le précédent arguait que la mise en demeure d'une obligation de restitution laissait la chose aux risques du débiteur ; en conséquence, si le débiteur ne restituait pas la chose immédiatement, il devrait payer une somme équivalente, ainsi une baisse postérieure du prix de la chose ne pouvait pas être pris en compte (*RTD civ.* 1970, p. 786, spéc. p. 787).

<sup>1396</sup> En ce sens, v. J. SAVATIER, *D.* 1947, p. 234, spéc. p. 237 (note de l'arrêt Crim., 6 juin 1946).

**883.-** Dans *Jaffray v Marshall*<sup>1397</sup> pour évaluer le dommage, il a été pris en compte le jour où le bien perdu valait le plus, mais cette jurisprudence est aujourd'hui dépassée puisque, dans *Target Holdings Ltd v Redferns*, il a été statué qu'il a été mal jugé<sup>1398</sup>. En revanche, les faits de *Jaffray v Marshall* diffèrent de ceux de notre hypothèse puisque la question que nous nous sommes posée porte sur la situation où le *trustee* avait une obligation de vendre le bien mis en *trust*, alors que dans la jurisprudence qu'on commente les *trustees* n'avaient pas cette obligation, mais simplement un pouvoir de vendre le bien quand ils pensaient que cela était opportun pour le *trust fund*, ce qui n'est pas la même chose. Dans la première situation, il devrait y avoir dans le *trust fund* une somme d'argent supérieure à la valeur du bien perdu au jour du jugement, alors que dans la deuxième situation il aurait pu y en avoir une, c'est-à-dire qu'il y avait seulement une chance.

**884.-** Pour approfondir la question précédente, il est nécessaire de s'extraire de l'hypothèse selon laquelle la violation du *trust* a empêché le *trustee* de vendre un bien déterminé. Ainsi, si le *trustee* avait une obligation de vendre un bien à une date précise et qu'il ne le fait qu'à une date postérieure, il sera responsable pour la différence de prix entre la date où il aurait dû le vendre et le prix obtenu. En conséquence, la date de l'évaluation du dommage sera celle du jour où le bien aurait dû être vendu. Il en devrait de même quand le *trustee* n'aurait pu vendre un bien déterminé à cause de la violation d'une autre obligation; il en serait ainsi par exemple, si la vente du bien devient impossible à cause de la destruction fautive du bien, ou encore si le *trustee* donne ce bien sans autorisation. Ainsi, peu importe que la violation ait été volontaire ou qu'elle soit un effet de l'inexécution d'une autre obligation. Dans les deux cas, il aurait dû y avoir hypothétiquement une subrogation réelle entre le bien mis en *trust* et le prix qui aurait dû être payé. Ce qui n'arrive pas nécessairement dans la jurisprudence de *Jaffray v Marshall* où le *trustee* ayant, par sa violation, perdu l'opportunité de vendre le bien, il n'y a qu'une perte de chance ; le *trustee* pouvait, s'il l'avait voulu, rester avec le bien mis en *trust*. Pour cette raison nous considérons que le cas de *Jaffray v Marshall* diffère de notre hypothèse.

---

<sup>1397</sup> [1993] 1 WLR 1285.

<sup>1398</sup> [1996] AC 421, spéc. p. 422 et 440.

**885.-** En conséquence, il peut être pertinent de permettre des exceptions au principe de l'évaluation au jour du jugement, surtout quand le fiduciaire-*trustee* a une obligation de vendre le bien endommagé avant la date du jugement <sup>1399</sup>. En revanche, si le fiduciaire-*trustee* n'a pas cette obligation, mais plutôt un pouvoir discrétionnaire de vendre un bien, il serait préférable de traiter cette hypothèse comme une perte de chance.

**886.-** Enfin, l'appréciation du dommage en droit français doit être objective : cela implique que « l'appréciation ne doit être influencée ni par le comportement du responsable de l'inexécution, ni par la situation du créancier victime, ni par une comparaison de leurs situations respectives » <sup>1400</sup>. Cela a comme conséquence que l'évaluation du dommage doit s'abstraire de tout critère subjectif <sup>1401</sup>. En revanche, les juges anglais peuvent exonérer totalement ou partiellement le *trustee* de sa responsabilité, s'ils considèrent que le *trustee* a agi honnêtement, raisonnablement et qu'il serait équitable de l'excuser pour avoir violé le *trust* et omis d'obtenir des directives de la cour <sup>1402</sup>. La question de savoir si un *trustee* a agi honnêtement et raisonnablement, ne trouve de réponse que dans les circonstances propres à chaque cas <sup>1403</sup>. Ce pouvoir de la cour d'exonérer le *trustee* est destiné initialement à protéger des *trustees* non professionnels, qui ont pu être sanctionnés sévèrement <sup>1404</sup>.

---

<sup>1399</sup> Bien que dans les paragraphes précédents nous ne prévoyions que la possibilité d'écarter le principe quand l'évaluation au jour du jugement serait insuffisante pour réparer le dommage, il faut bien admettre la possibilité d'écarter ce principe quand l'évaluation au jour du dommage enrichirait le patrimoine fiduciaire (par exemple, si la victime a réparé le dommage avant la date du jugement, le responsable ne doit rembourser à la victime que le montant dépensé par elle [v. Trib. Com Lyon, 22 janvier 1947 : *D.* 1947, p. 231 ; Paris (5<sup>ème</sup> Ch.), 14 mai 1948 : *Gaz. Pal.* 1948, 2, 65] ; cela a pour conséquence que, même si au jour du jugement le prix de réparation est plus élevé, la victime du dommage n'a plus droit qu'au montant qu'elle a payé pour faire réparer le dommage [en ce sens, v. R.-E. CHARLIER, « Les effets de la hausse des prix dans la responsabilité civile et administrative », *op. cit.*, n° 24]).

<sup>1400</sup> P. JOURDAIN, « Le préjudice et la jurisprudence », *op. cit.*, n° 5.

<sup>1401</sup> *Ibidem*.

<sup>1402</sup> La condition qui consiste à ce que la cour doive considérer comme équitable d'excuser le *trustee* pour avoir omis d'obtenir des directions de la cour, provient du fait que le *trustee* peut demander à la cour et obtenir d'elle une modification du *trust*. Dans cette hypothèse la responsabilité du *trustee* ne pourrait plus être engagée, puisque son action ne serait plus une violation du *trust* ; en conséquence, il est nécessaire de considérer s'il est ou non justifiable que le *trustee* ne soit pas allé devant la cour avant d'avoir agi.

Sur le pouvoir de la cour d'exonérer le *trustee* de sa responsabilité, v. la section 61 du *Trustee Act* 1925 ; UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 881 et s.

<sup>1403</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 881.

<sup>1404</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 32.87.



**887.-** Jusqu'à ici nous n'avons analysé que les hypothèses où le fiduciaire-*trustee* n'avait aucune défense pour exclure ou limiter sa responsabilité, ce que nous allons envisager maintenant.

### C.- LES LIMITATIONS A LA RESPONSABILITÉ DU FIDUCIAIRE-*TRUSTEE*

**888.-** Le droit du patrimoine fiduciaire-*trust fund* à être réparé peut être limité ou exclu avant que ne survienne le dommage (1) mais aussi après (2). Ces exclusions et limitations vont être donc une défense pour le fiduciaire-*trustee* contre toute action tendant à engager sa responsabilité.

#### 1.- La responsabilité du fiduciaire-*trustee* limitée avant que survienne le dommage

**889.-** La responsabilité du fiduciaire-*trustee* peut être modifiée indirectement par la modification de ses obligations (a) ou directement par la modification du régime de la responsabilité civile et du *breach of trust* (b) <sup>1405</sup>.

##### a.- Les modifications des obligations du fiduciaire-*trustee*

**890.-** Bien que les modifications qui portent sur les obligations du fiduciaire-*trustee* n'aient pas comme objet sa responsabilité, on ne peut pas nier qu'elles ont une incidence sur elle. Nier cette affirmation est oublier que la responsabilité sanctionne le débiteur pour n'avoir pas accompli ses obligations <sup>1406</sup>. En effet, les modifications des obligations du fiduciaire-*trustee* ont un effet sur une des conditions de la responsabilité, celle de la violation d'une obligation.

---

<sup>1405</sup> Il est aussi possible de modifier le droit à la réparation, en changeant la mise en jeu de la responsabilité ; par exemple, il est possible que les parties modifient les causes d'exonération de la responsabilité. Il en serait ainsi quand les parties du contrat élargissent la notion de « force majeure ». En conséquence, la responsabilité du débiteur peut être libérée là où normalement elle ne pourrait pas l'être (en ce sens, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 181 [à partir de cette citation, nous ne citons que cette édition]).

<sup>1406</sup> En ce sens, v. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat*, 2<sup>ème</sup> Partie : Effets, *op. cit.*, n° 632.

**891.-** Ainsi, quand l'obligation du fiduciaire-*trustee* est alourdie, il trouve sa responsabilité engagée là où normalement elle ne devrait pas l'être <sup>1407</sup>. Inversement, si l'obligation du fiduciaire-*trustee* est atténuée ou exclue (clauses de non obligation), sa responsabilité ne sera pas engagée là où normalement elle devrait l'être <sup>1408</sup>. Ce même effet résulterait de toute clause ayant pour objet d'augmenter les « pouvoirs » du fiduciaire-*trustee* ; en effet, en agissant conformément aux « pouvoirs » élargis, il ne pourrait plus être considéré comme ayant dépassé ses « pouvoirs » là où normalement il le serait et donc sa responsabilité ne pourrait plus être engagée <sup>1409</sup>.

**892.-** En conséquence, ces deux hypothèses (allègement des obligations et augmentation des « pouvoirs » du fiduciaire-*trustee*) auront comme effet d'empêcher qu'une violation de la fiducie-*trust* soit commise et par voie de conséquence empêcherait que la responsabilité du fiduciaire-*trustee* soit engagée <sup>1410</sup>.

**893.-** Il est aussi possible de modifier la nature même de l'obligation, sans que cela implique l'exclusion d'une obligation ou l'augmentation d'un pouvoir ; il en serait ainsi par exemple lorsqu'une obligation de résultat est transformée en une obligation de moyens <sup>1411</sup>.

**894.-** La possibilité de modifier les obligations du fiduciaire est justifiée, en droit français, par le principe de la liberté contractuelle et par le même principe, en droit anglais ; mais comme le *trust* n'est pas de nature contractuelle, un auteur parle de la « liberté du *trust* » <sup>1412</sup>. Si les créateurs de la fiducie-*trust* ont la liberté de stipuler ce qu'ils croient être dans leur meilleur intérêt, en revanche, leur liberté n'est pas sans limites. Comme, en droit français, les restrictions apportées à la validité et à l'efficacité des clauses

---

<sup>1407</sup> Bien que l'alourdissement des obligations du fiduciaire-*trustee* ait un effet sur sa responsabilité, on se limitera aux obligations qui allègent sa responsabilité, puisque l'objectif de cette section est d'analyser les défenses dont dispose le fiduciaire-*trustee* à l'égard d'une action en responsabilité intentée contre lui. Il en sera aussi ainsi pour la section où l'on analyse les modifications du régime de la responsabilité : nous nous limiterons aux clauses qui excluent ou allègent la responsabilité du fiduciaire-*trustee*.

<sup>1408</sup> Sur ce sujet en droit anglais, v. *abridged duties of trustee* in LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 39-79.

<sup>1409</sup> V. *ibidem*, n° 39-78.

<sup>1410</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 39-81 ; D. J. HAYTON, « The irreducible core content of trusteeship », *op. cit.*, p. 57.

<sup>1411</sup> V. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 2<sup>ème</sup> Partie : Effets, op. cit.*, n° 634.

qui portent directement sur la responsabilité sont aussi étendues aux clauses analysées ici <sup>1413</sup>, on analysera ces restrictions dans une autre section <sup>1414</sup>; mais quelques mots méritent d'être dits sur les obligations essentielles de la fiducie-*trust*.

**895.-** La fiducie-*trust* présente certaines obligations qui sont considérées comme essentielles : ces obligations ne peuvent pas être supprimées sans la dénaturer. Si en droit français on parle d'obligations essentielles ou fondamentales du contrat, en droit anglais le terme utilisé est celui de « noyau irréductible » (« *irreducible core* ») du *trust* <sup>1415</sup>.

**896.-** Ainsi comme on ne peut pas imaginer un contrat de vente sans l'obligation de transférer la propriété ni sans l'obligation de payer le prix pour le bien vendu, de même certaines obligations sont-elles inhérentes à la fiducie-*trust* dont elles constituent l'essence-même et sans lesquelles l'on ne pourrait plus parler de fiducie-*trust*. D'où la question de savoir quelles sont les obligations fondamentales de l'institution de fiducie-*trust* que les parties ne peuvent pas supprimer.

**897.-** L'essence de la fiducie réside dans le fait que les droits du fiduciaire ne sont pas pour son propre avantage, mais au profit d'un tiers, le bénéficiaire de la fiducie. En conséquence, pendant toute la gestion de la fiducie, le fiduciaire devra toujours agir dans les intérêts de ces personnes ; à chaque décision, il va devoir prendre en considérations leurs intérêts <sup>1416</sup>. En conséquence, l'obligation d'agir dans l'intérêt des bénéficiaires est

<sup>1412</sup> J. E. PENNER, « Exemptions », *op. cit.*, p. 259.

<sup>1413</sup> En effet, les restrictions apportées aux clauses d'irresponsabilité sont transposées aux clauses analysées ici, parce que l'objectif est de protéger les victimes des effets de ce type de clauses ; donc si les clauses de non obligation produisent les mêmes effets, les victimes méritent aussi d'être protégées contre ces dernières (en ce sens, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 181-1).

<sup>1414</sup> V. *infra*, n° 916 et s.

<sup>1415</sup> V. D. J. HAYTON, « The irreducible core content of trusteeship », *op. cit.*

Dans le même sens, v. *Armitage v Nurse* [1998] Ch. 241, spéc. p. 253 (pour un commentaire sur cette jurisprudence, v. H. DELANY, « Trustee exemption clauses – proposals for regulation in Ireland », (2009) 23 *Tru. L. J.* 89).

<sup>1416</sup> Cela reste vrai même dans le cas de la fiducie garantie où le fiduciaire est le créancier du constituant. Dans ce cas, même si le fiduciaire peut prendre en considération ses intérêts (parce qu'il est bénéficiaire de la garantie fiduciaire), il va devoir aussi prendre en compte les intérêts du constituant, aussi considéré comme bénéficiaire potentiel de cette fiducie (v. *supra*, n° 28). Prenons l'exemple suivant : le constituant et le fiduciaire se sont mis d'accord que, en cas de non paiement de la créance, le fiduciaire procède à la vente du bien fiduciaire, dont le produit de la vente sera utilisé

une obligation essentielle à la fiducie que les parties ne peuvent pas supprimer <sup>1417</sup>. Une autre obligation essentielle de la fiducie, est que, pendant l'exécution de la fiducie ou à son extinction, le fiduciaire a l'obligation de transférer les biens fiduciaires aux bénéficiaires et/ou au constituant. Dans le cas de la fiducie-sûreté où le fiduciaire est le créancier cette obligation existe en germe <sup>1418</sup>.

**898.-** Ainsi, si les parties du contrat de fiducie suppriment l'obligation du fiduciaire d'agir dans l'intérêt des bénéficiaires ou celle de transférer les biens fiduciaires aux bénéficiaires ou au constituant, soit le contrat est requalifié en un autre qui correspond aux obligations souscrites par les parties, soit le contrat devra être annulé <sup>1419</sup>.

**899.-** En droit anglais, la notion de noyau irréductible du *trust* est créée autour de l'idée de la force obligatoire du *trust* ; si les *cestuis que trusts* ne peuvent pas exiger du *trustee* l'accomplissement du *trust*, aucun *trust* ne peut exister <sup>1420</sup>. Dans *Armitage v Nurse*, MILLET L.J. a statué que le minimum nécessaire pour que le *trust* puisse subsister est

---

pour payer la dette et dont tout surplus devra être transféré au constituant. Dans cette hypothèse, si le bien peut être vendu à un prix supérieur à la dette, le fiduciaire ne peut pas se contenter de vendre ce bien à la hauteur de la valeur de sa créance ; il va devoir vendre au meilleur prix possible, puisque le fiduciaire doit agir aussi dans l'intérêt du constituant.

<sup>1417</sup> En revanche, cela n'implique pas que le fiduciaire ne puisse pas être autorisé à poursuivre ses propres intérêts. Cela implique seulement que, quand il serait autorisé à agir ainsi, il devra prendre aussi en compte les intérêts des bénéficiaires. Ainsi par exemple, quand le fiduciaire serait autorisé à acheter un bien fiduciaire, avant qu'il décide de l'acheter, il va devoir se demander s'il est aussi dans l'intérêt des bénéficiaires que le bien soit vendu : si la réponse est affirmative, il devra ensuite se demander si le moment où le fiduciaire veut acheter le bien est le plus adéquat pour le faire ; enfin il va toujours devoir payer comme minimum le prix du marché. En conséquence, il ne pourra pas poursuivre ses intérêts personnels au détriment des bénéficiaires, même s'il était autorisé à poursuivre un intérêt personnel.

<sup>1418</sup> Pour de bibliographie sur ce thème, v. A. CERLES, « La fiducie, nouvelle reine des sûretés ? », *RD bancaire et fin.* 2007, étude 18 ; J.-F. ADELLE, « L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? », *RD bancaire et fin.* 2007, étude 5 ; S. PRIGENT, « Constitution d'une fiducie-sûreté [Analyses et formules] », *Defrénois* 2010, p. 1555 ; S. PRIGENT, « Rechargement d'une fiducie-sûreté [Analyse et formules] », *Defrénois* 2010, p. 1782 ; S. PRIGENT, « Extinction d'une fiducie-sûreté dont le constituant s'est acquitté de sa dette [Analyse et formules] », *Defrénois* 2011, p. 48.

<sup>1419</sup> V. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 2<sup>ème</sup> Partie : Effets, op. cit.*, n° 635.

<sup>1420</sup> V. *Armitage v Nurse* [1998] Ch. 241, spéc. p. 253 (sur un analyse de cette jurisprudence, v. J. E. PENNER, « Exemptions », *op. cit.*) ; LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 39-80.

l'obligation du *trustee* d'exécuter le *trust* honnêtement et de bonne foi, au bénéfice des *cestuis que trusts* <sup>1421</sup>.

**900.-** Le noyau irréductible du *trust* se situant autour de l'idée de la force obligatoire du *trust*, l'existence de certaines obligations ne suffit pas ; il est aussi nécessaire que les *cestuis que trusts* se trouvent capables d'exiger l'accomplissement de ces obligations. Pour cette raison M. HAYTON ajoute, comme obligation essentielle du *trust*, l'obligation du *trustee* de rendre compte et de divulguer aux *cestuis que trusts* certaines informations et certains documents relatifs au *trust* (par exemple, l'obligation du *trustee* d'informer les *cestuis que trusts* de leurs droits) ; sans ces éléments les *cestuis que trusts* ne seront pas en position d'obtenir l'exécution du *trust* <sup>1422</sup>. Ainsi, si le *settlor* a supprimé des obligations considérées comme essentielles, soit la validité du *trust* sera mise en question, soit les clauses seront réputées non écrites <sup>1423</sup>.

**901.-** A côté des modifications *ab initio*, il est aussi possible de le faire après la création de la fiducie-*trust*, mais toujours avant une violation de la part du fiduciaire-*trustee*. En droit français l'article 2029 du Code civil prévoit la possibilité que le contenu du contrat de fiducie soit modifié ; c'est aussi possible en droit anglais où il est même permis que les *cestuis que trusts* mettent fin au *trust* <sup>1424</sup>.

**902.-** En droit anglais, il est aussi permis aux *cestuis que trusts* d'autoriser les *trustees* à dévier de leurs obligations ; en conséquence, quand le *trustee* agit conformément à cette autorisation, il aura une défense contre les actions des *cestuis que trusts* <sup>1425</sup>. La même chose est possible en droit français grâce à l'article 2029 du Code civil qui prévoit la

---

<sup>1421</sup> V. [1998] Ch. 241, spéc. p. 253 et 254.

Pour HAYTON l'obligation d'agir de bonne foi ne peut pas être supprimée puisque l'effet serait alors que le *trustee* pourrait agir comme propriétaire absolu de biens mis en *trust* (in « The irreducible core content of trusteeship », *op. cit.*, p. 57 et 58). Cela implique nécessairement que l'obligation essentielle du *trust* est d'agir dans les intérêts de *cestuis que trusts*.

Dans un même sens, en droit américain, v. J. LANGBEIN, « Mandatory rules in the law of trusts », *op. cit.*, p. 1123 et s.

<sup>1422</sup> In « The irreducible core content of trusteeship », *op. cit.*, p. 47 et 62.

En ce sens aussi, mais en droit américain, v. J. LANGBEIN, « Mandatory rules in the law of trusts », *op. cit.*, p. 1125 et s.

<sup>1423</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 560.

<sup>1424</sup> V. *Saunders v Vautier* (1841) Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482.

<sup>1425</sup> V. *Re Pauling's Settlement Trusts* [1964] Ch. 303, spéc. p. 335 ; *Fletcher v Collis* [1905] 2 Ch. 24, spéc. p. 36 et s. ; *Brice v Stokes* (1805) 11 Ves.Jr. 319, spéc. p. 325 et 326.

possibilité de modifier le contrat de fiducie ; en effet, qui peut le plus, peut le moins. Dans cette hypothèse, nous ne sommes pas en présence d'une modification du contrat de fiducie, mais l'autorisation est seulement une permission donnée au fiduciaire de contourner ses obligations pour le cas ou les cas établis dans l'autorisation. Une fois que le fiduciaire aura réalisé les actes permis, il sera de nouveau tenu par les obligations qui ont été allégées par l'autorisation. En d'autres termes, les clauses du contrat de fiducie restent intactes, seule leur efficacité est touchée temporairement par l'autorisation donnée au fiduciaire. Il en est de même en droit anglais : les autorisations données par les *cestuis que trusts* n'apporte aucune modification définitive du *trust*.

**903.-** Ainsi, si le fiduciaire-*trustee* a obtenu une autorisation ou une modification de la fiducie-*trust*, il aura une défense pour stopper toute action engageant sa responsabilité<sup>1426</sup>. Il serait inéquitable de tenir pour responsable le fiduciaire-*trustee* pour avoir violé la fiducie-*trust*, quand il ne l'aurait pas fait sans l'autorisation correspondante<sup>1427</sup>.

**904.-** En revanche, pour que l'autorisation exonère complètement le fiduciaire-*trustee* de sa responsabilité, et pour que la fiducie-*trust* soit modifiée, il faut que le fiduciaire-*trustee* obtienne l'accord de tous les bénéficiaires-*cestuis que trusts*<sup>1428</sup> ; or la fiducie étant un contrat, il faudra aussi le consentement du constituant.

**905.-** En droit anglais, les tribunaux peuvent autoriser le *trustee* à agir différemment de ce qui a été prévu par le *settlor* ; dans ce cas, le *trustee* ne pourrait pas être tenu responsable pour les dommages causés au *trust fund*<sup>1429</sup>.

---

<sup>1426</sup> En droit anglais, v. *Re Pauling's Settlement Trusts* [1964] Ch. 303, spéc. p. 335 ; *Fletcher v Collis* [1905] 2 Ch. 24, spéc. p. 36 et s.

<sup>1427</sup> En ce sens, v. J. PAYNE, « Consent », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 297 et s., spéc. p. 299.

<sup>1428</sup> Le consentement devrait être donné par le biais d'un acte positif ; l'inaction ne devrait pas suffire (en ce sens, v. *ibidem*, p. 305).

Si le consentement de tous n'a pas été obtenu, aucune modification ne peut avoir lieu. Dans le cas où l'autorisation n'a pas été obtenue de tous les bénéficiaires-*cestuis que trusts*, seuls ceux qui ont donné leur accord pourront être empêchés d'agir contre le fiduciaire-*trustee*, alors que ceux qui n'ont pas donné leur consentement devront pouvoir agir en responsabilité contre lui (en ce sens, v. *ibidem*, p. 300).

<sup>1429</sup> Sur le sujet, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, op. cit., n° 24.05 et s. ; LEWIN, *Lewin on trust*, op. cit., n° 45-05 et s. ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., n° 545 et s.

**906.-** Les modifications à l'obligation du fiduciaire-*trustee* ne constituent pas l'unique moyen de limiter ou d'exclure sa responsabilité ; il est encore possible de modifier directement le régime même de sa responsabilité.

b.- Les modifications du régime de la responsabilité du fiduciaire-*trustee*

**907.-** Le fait que la fiducie-*trust* soit une création de volonté, implique que la volonté des créateurs est libre pour établir le régime qu'ils considèrent le plus approprié à leurs besoins <sup>1430</sup>. Ainsi, ils ont la liberté de modifier le régime de la responsabilité du fiduciaire-*trustee* ; donc s'ils le croient pertinent, ils peuvent l'exclure ou la limiter. En revanche, ces types de clauses vont diminuer le standard de diligence <sup>1431</sup> exigé du fiduciaire-*trustee*, ce qui bénéficiera à une attitude de négligence de sa part, au détriment à la bonne gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Pour cette raison les restrictions imposées à ce type de clauses sont admises. On commencera par analyser les types de clauses qui modifient le régime de la responsabilité (i), pour poursuivre notre étude avec ses restrictions (ii).

i.- Les clauses modificatrices du régime de la responsabilité du fiduciaire-*trustee*

**908.-** Ces types de clauses précèdent l'apparition du dommage, en conséquence elles portent sur une responsabilité éventuelle, d'où leur objectif de régler à l'avance les conséquences <sup>1432</sup>. Ainsi, les clauses, objet de notre étude, ont comme objectif de restreindre la responsabilité éventuelle du fiduciaire-*trustee* <sup>1433</sup>. Pour cette raison, ces

---

<sup>1430</sup> En droit français, ce principe est reconnu par le principe de la liberté contractuelle ; ainsi si aucune disposition légale n'interdit ce type de clauses, les parties peuvent l'insérer dans leurs contrats (v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 janvier 1982 : D. 1982, p. 457, note LARROUMET [contrat d'adhésion]).

<sup>1431</sup> En ce sens, v. Ph. DELEBECQUE, « Les clauses de responsabilité », in *Les Principales clauses des contrats conclus entre professionnels : colloque de l'Institut de Droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990*, PUAM, 1990, p. 177 et s., spéc. n° 6.

<sup>1432</sup> En ce sens, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 180-2.

En cas de pluralité de fiduciaire-*trustee*, les clauses ne devront profiter qu'à ceux qui y ont souscrit (en ce sens, v. *ibidem*, n° 220-1).

<sup>1433</sup> En droit anglo-américain, ces types de clause sont connus sous le nom d'*exemption clauses*, *indemnity clauses*, *immunity clauses*, *exculpatory clauses* ou encore *exoneration clauses*.

types de clauses diffèrent de celles de non obligation. Les clauses de non obligation ont pour effet d'autoriser des comportements normalement non autorisés : le fiduciaire-*trustee* ne sera pas en violation d'une obligation. Au contraire, les clauses restreignant la responsabilité n'enlèvent pas le fait que le fiduciaire-*trustee* est en violation d'une de ses obligations, mais elles limitent seulement sa responsabilité envers la victime <sup>1434</sup> ; cela a pour effet que des autres sanctions sont encore possibles : ainsi il sera toujours possible de le remplacer ou encore d'attaquer les actes réalisés en violation de la fiducie-*trust* <sup>1435</sup>.

**909.-** Une clause restreindra la responsabilité du fiduciaire-*trustee* non seulement si elle l'exclut (clause de non-responsabilité), mais aussi si elle restreint le montant de la réparation. Le premier type de clause supprime le droit à la réparation, alors que la deuxième ne supprime que le principe de la réparation intégrale, puisque cette dernière n'ont comme effet que de limiter le montant de la réparation <sup>1436</sup>.

**910.-** Les clauses de non responsabilité portent directement sur le droit de réparation de la victime du dommage, ce qui implique que la responsabilité du fiduciaire-*trustee* ne saurait être engagée. En conséquence, si le fiduciaire-*trustee* peut se prévaloir de

---

Dans le droit anglais, ce type de clauses ne s'étend pas aux profits obtenus sans autorisation par le *trustee* (v. *Armitage v Nurse* [1998] Ch. 241, spéc. p. 253 ; J. E. PENNER, « Exemptions », *op. cit.*, spéc. p. 244) ; pour que le *trustee* puisse conserver le profit obtenu, il faudra avoir une autorisation en ce sens ; dans le cas contraire, il devra retourner le profit.

Sur une analyse du rapport entre une clause de non responsabilité et des profits obtenus par le *trustee* en droit américain, v. Ch. B. BARON, « Self-dealing trustees and the exoneration clause : can trustees ever profit from transactions involving trust property ? », (1998) 72 *St. John's L. Rev.* 43.

<sup>1434</sup> En ce sens, v. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, T. III, Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 225.

<sup>1435</sup> En ce sens LEWIN a écrit que ce type de clauses « ne justifie pas les actes ou omissions du *trustee*, ni n'empêche le bénéficiaire d'éviter que les *trustees* agissent de manière non autorisée, ni de chercher le remplacement des *trustees* qui persistent à agir de manière non autorisée. Ce type de clauses ne confère pas non plus de bon titre à qui a reçu sans autorisation un bien mis en *trust* » (« *does not justify the acts or omissions of the trustees, nor prevent beneficiaries from seeking to prevent trustees from acting in an unauthorised manner or seeking the removal from office of trustees who persistently act in an unauthorised manner. Nor does such a clause have the effect of conferring a good equitable title on a person to whom an unauthorised distribution is made* » [in *Lewin on trusts, op. cit.*, n° 39-81]).

<sup>1436</sup> En ce sens, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 181-2.



ladite clause, il aura une défense contre toute action tendant à engager sa responsabilité et le dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund* restera sans réparation <sup>1437</sup>.

**911.-** Concernant les clauses qui limitent le montant de la réparation, le fiduciaire-*trustee* verra sa responsabilité engagée, mais seulement à la hauteur prévue dans les clauses mentionnées. En droit français, il existe notamment deux types de clauses qui limitent le montant de la réparation : 1) les clauses qui établissent une évaluation forfaitaire en cas de violation de l'obligation ; 2) les clauses qui limitent le montant de la réparation. Les premières sont connues sous le nom de « clauses pénales » <sup>1438</sup> et les deuxièmes sous le nom de « clauses limitatives de responsabilité ».

**912.-** Dans l'hypothèse de la clause pénale, le débiteur paie une somme au créancier pour n'avoir pas exécuté l'obligation objet de cette clause, indépendamment si un dommage est causé au créancier victime de l'inexécution, sauf intention contraire de parties <sup>1439</sup>. Pour que la clause pénale puisse être considérée comme restreignant la responsabilité du débiteur fautif, il faudra que le forfait qui devrait être payé en cas de violation d'une obligation soit inférieur au dommage causé, ce qui représenterait dans notre cas une défense pour le fiduciaire fautif et n'entraînerait pas la réparation intégrale du dommage subi par le patrimoine fiduciaire. De cette manière, les clauses pénales portent indirectement sur le régime de la responsabilité civile.

---

<sup>1437</sup> La mise en jeu de la responsabilité contractuelle étant un des effets du principe de la force obligatoire du contrat, on pourrait hésiter sur la validité desdites clauses (en effet, « autoriser les parties au contrat à stipuler que la responsabilité du débiteur ne sera pas engagée s'il n'exécute pas son obligation pourrait équivaloir indirectement à lui permettre de ne pas exécuter son obligation et donc de ne pas se sentir lié par le contrat » [Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 2<sup>ème</sup> Partie : Effets, op. cit.*, n° 639), mais le droit positif reconnaît leur validité (v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 janvier 1982 : *D.* 1982, p. 457 note Ch. LARROUMET)). Ces types de clauses sont aussi reconnus en droit anglais (v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 39-81 et s.).

<sup>1438</sup> Entre les différents types de clauses qui établissent un forfait en cas de violation du débiteur, certains auteurs prévoient que la clause pénale *stricto sensu* est celle qui permet de faire peser une menace sur le débiteur pour le contraindre à exécuter son obligation, et qu'à côté il existe d'autres clauses éloignées de toute idée de menace et de sanction ; leur objectif est d'éviter l'incertitude qui s'attache à l'évaluation judiciaire du dommage. Malgré cette différence, le terme « clause pénale » est aujourd'hui utilisé généralement pour décrire toute clause qui établit un forfait en cas de violation du débiteur de son obligation (en ce sens, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 180-2 et 229 et s.).

<sup>1439</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 239.

**913.-** En revanche, les clauses limitatives de responsabilité portent directement sur le régime de la responsabilité, ce qu'implique nécessairement qu'un dommage soit causé au créancier <sup>1440</sup>. L'objectif de ces clauses est simplement de circonscrire le montant de la réparation. Il est donc possible que, si le plafond établi dans la clause est supérieur au dommage, le débiteur fautif devra réparer intégralement le dommage causé ; pour que la clause restreigne vraiment la responsabilité du fiduciaire fautif, il faudra que le dommage soit supérieur au plafond prévu dans la clause. Dans cette hypothèse, le fiduciaire ne devra réparer qu'à hauteur du plafond, et le dommage ne sera pas intégralement réparé.

**914.-** Nous n'avons pas trouvé dans la doctrine anglaise du *trust* de commentaires sur des clauses qui pourraient être assimilées aux clauses pénales. Les auteurs ne mentionnent que l'exclusion des obligations du *trustee* et des clauses d'irresponsabilité <sup>1441</sup> (*exemption clauses* <sup>1442</sup>) ; cela n'implique pas qu'elles ne puissent pas être établies par le *settlor*. Le *settlor* a en principe la liberté de stipuler ce qu'il veut dans l'instrument du *trust* ; si le droit anglais du *trust* admet la validité des clauses de non responsabilité, on ne trouve aucune raison pour laquelle les clauses pénales seraient interdites.

**915.-** Comme les clauses en étude ont pour effet de déséquilibrer le rapport entre le créancier et le débiteur, il faut les limiter pour éviter qu'une inégalité excessive soit créée.

ii.- Les restrictions aux modifications du régime de la responsabilité du fiduciaire-  
*trustee*

**916.-** Si en principe les clauses qui restreignent la réparation (soit en l'excluant, soit en la limitant) sont valides, dans certains cas, leur validité sera mise en question <sup>1443</sup> ; et

---

<sup>1440</sup> En conséquence, seules les clauses de non responsabilité et les clauses limitatives de responsabilité portent directement sur le régime de la responsabilité civile contractuelle. Les auteurs, pour mentionner ces deux types de clauses, utilisent le terme de « clauses d'irresponsabilité », terme qu'on utilise aussi dans cette étude.

<sup>1441</sup> Sur cette notion, v. *supra*, note de page n° 1440.

<sup>1442</sup> Le terme est utilisé pour les clauses qui excluent la responsabilité du *trustee* mais aussi pour celles qui limitent sa responsabilité (en ce sens, v. E. REED, « Trustee exemption clauses : the Law Commission pronounces », [2007] *P.C.B.* 196, spéc. p 196).

<sup>1443</sup> Sur le régime de leur nullité, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 216 et s.

même lorsqu'elles soient valides, leur efficacité pourrait aussi être mise en question. En conséquence, des restrictions sont imposées à leur validité, mais aussi à leur efficacité.

**917.-** Si, en droit français, les restrictions ont été conçues plutôt en ce qui concerne les clauses d'irresponsabilité, elles se sont étendues aux autres clauses qui ont un effet similaire sur la victime de l'inexécution contractuelle. Ainsi, elles sont applicables non seulement aux clauses excluant ou allégeant les obligations du débiteur, mais encore aux clauses pénales <sup>1444</sup>.

**918.-** D'abord le principe de validité des clauses en étude sera limité par des interdictions légales ; il en est ainsi quand certaines clauses sont interdites. Ainsi, par exemple la section 33(1) de *Pensions Act* 1995 interdit que le *duty of care* relatif aux fonctions d'investissement du *trustee* soit l'objet d'une clause d'irresponsabilité <sup>1445</sup>.

**919.-** A côté de restrictions légales, on en trouve aussi des jurisprudentielles. Pour attaquer la validité des clauses qui restreignent la réparation, les tribunaux français ont eu recours notamment à la notion d'obligation essentielle ou fondamentale du contrat <sup>1446</sup> ; « on ne peut pas en même temps contracter et priver le contrat de sa substance, de son obligation fondamentale » <sup>1447</sup>. Bien que ce recours soit justifié à l'égard d'une clause qui exclut une obligation essentielle <sup>1448</sup>, il est critiquable à l'égard d'une clause qui limite la responsabilité civile, puisqu'en fait l'obligation essentielle existe bel et bien dans cette

---

<sup>1444</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 181-1 et 233.

<sup>1445</sup> Cette interdiction n'est imposée qu'aux *trustees* de *pension trusts*, il s'agit de *trusts* utilisés pour la retraite de travailleurs, où l'employeur et le salarié transfère au *trustee* d'argent pour les bénéficiaires de ces derniers (sur la responsabilité du *trustee* de ce type de *trusts*, v. H. MORRISON, « UK pension trustee's liability », (1995) 3 *Int. I. L. R.* 409).

Pour des autres exemples des interdictions légales en droit anglais, v. Law Com. No. 301 (c'est un rapport publié par le *Law Commission* sur *Trustee exemption clauses* [sur des articles sur ce rapport, v. E. REED, « Trustee exemption clauses : the Law Commission pronounces », *op. cit.* ; F. QUINT, « Trustee exemption clauses : the alternatives », (2011) *P.C.B.* 84).

<sup>1446</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 février 1994 : *Bull. civ. I*, n° 76, *RTD civ.* 1994, p. 616 obs. P. JOURDAIN ; Com., 22 octobre 1996 : *Bull. civ. IV*, n° 261.

<sup>1447</sup> L. AYNES, « Droit français », in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe : actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*, LGDJ, 1991, s. la dir. de J. GHESTIN, p. 7 et s., spéc. n° 9.

Pour l'utilisation des autres notions par les tribunaux pour annuler des clauses restreignant la responsabilité du débiteur, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 190 et s.

<sup>1448</sup> Sur ce qui est considéré comme obligation essentielle dans la fiducie-*trust*, v. *supra*, n° 895 et s.

hypothèse <sup>1449</sup>. De la même manière, la validité des clauses qui exonèrent le *trustee* de sa responsabilité sont mises en cause quand elles touchent ce qui est considéré par comme le noyau irréductible du *trust* <sup>1450</sup>.

**920.-** En droit français, la validité des clauses restreignant la responsabilité du fiduciaire trouve encore un autre obstacle du fait que le contrat de fiducie est un contrat de service fourni par un professionnel. Ainsi si le constituant est un consommateur <sup>1451</sup>, l'article 132-1 al. 1<sup>ère</sup> du Code de la consommation pourrait être appliqué à toute clause restreignant la responsabilité du fiduciaire. Ainsi, si la clause crée un déséquilibre significatif au détriment du constituant non professionnel, il devra être réputé non écrit. Bien que la version de l'article en vigueur ne fasse plus expressément référence aux clauses d'irresponsabilité <sup>1452</sup>, cela ne signifie pas pour autant qu'elles ne peuvent plus être considérées comme abusives.

**921.-** A côté des restrictions à la validité desdites clauses, existent aussi des limites à leur efficacité. Les clauses restreignant la responsabilité du fiduciaire perdront leur efficacité, si le fiduciaire agit avec dol <sup>1453</sup>, qui est défini dans l'exécution du contrat comme la « faute du débiteur qui se soustrait sciemment à ses obligations » <sup>1454</sup>. En droit anglais, une solution similaire est utilisée pour attaquer l'efficacité des clauses qui exclut les obligations du *trustee* ou qui le libère de sa responsabilité.

**922.-** Le droit anglais fait appel aux notions de « malhonnêteté » et de « mauvaise foi » ; le minimum requis de la part du *trustee* est d'agir honnêtement et de bonne foi, selon ce qu'il croit être le mieux pour les intérêts des *cestuis que trusts* <sup>1455</sup>. En revanche, le fait que le *trustee* se soustrait sciemment à ses obligations ne suffit pas, il faut encore

---

<sup>1449</sup> V. Ch. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D.* 1997, chron. p. 145

<sup>1450</sup> V. *supra*, n° 900.

<sup>1451</sup> Sur la protection des consommateurs, v. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, op. cit.*, n° 636 *bis* et *ter*.

<sup>1452</sup> La version en vigueur du 2 février 1995 au 25 août 2001 avait une rubrique qui prévoyait comme clauses abusives les « Clauses ayant pour objet ou pour effet [...] d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles ».

<sup>1453</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 1969 : *D.* 1969, p. 601, note J. MAZEAUD (inefficacité de la clause pénale).

<sup>1454</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° Dol, spéc. sens n° 2.

qu'il le fasse contrairement aux intérêts des *cestuis que trusts* ; en effet, il est possible de violer délibérément le *trust* de bonne foi <sup>1456</sup>. Il en est ainsi si le *trustee* fait une investissement non autorisée pensant que cette investissement serait plus profitable que les investissements autorisés ; dans cette hypothèse le *trustee* agit selon ce qu'il croit être le mieux pour les *cestuis que trusts* et il agit donc de bonne foi à l'égard de leurs intérêts, malgré avoir violé sciemment son obligation.

**923.-** En conséquence, pour que dans le droit anglais les clauses restreignant sa responsabilité ne soient plus efficaces, il faut qu'intentionnellement le *trustee* agisse contrairement aux intérêts des *cestuis que trusts* ou qu'il agisse sans souci de leurs intérêts <sup>1457</sup>. La question paraît donc tourner vers une enquête sur les intentions réelles du *trustee*, ce qui s'avère une tâche presque impossible. Ainsi, pour faire face à cette problématique dans *Walker v Stones* il a été imposé un standard objectif : si aux yeux d'un *trustee* raisonnable les actes ne peuvent pas être considérées comme réalisés au bénéfice des *cestuis que trusts*, on considèrera que le *trustee* a agi malhonnêtement et de mauvaise foi <sup>1458</sup>.

**924.-** Comme en droit français, la faute lourde est assimilée au dol, les clauses restreignant la responsabilité du fiduciaire se trouveront paralysées face à une faute non intentionnelle grave <sup>1459</sup>. En revanche, en droit anglais ce n'est pas le cas : seule la fraude du *trustee* met en échec ces types de clauses <sup>1460</sup>. Ce qui, vis-à-vis du *trust fund* est

<sup>1455</sup> V. *Armitage v Nurse* [1998] Ch. 241, spéc. p. 253 et 254.

<sup>1456</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 39-82 et s.

<sup>1457</sup> V. *Armitage v Nurse* [1998] Ch. 241, spéc. p. 251, mais analyser aussi les pp. 250-256.

Si le *trustee* s'appuie dans les clauses d'irresponsabilité pour violer le *trust*, le *trustee* sera considéré comme insouciant à l'égard des intérêts des *cestuis que trusts* et donc la clause perdra aussi son efficacité (*ibidem*, p. 254).

<sup>1458</sup> [2001] QB 902, spéc. p. 936 et s.

<sup>1459</sup> V. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 226.

Pour des jurisprudences en ce sens, v. Com., 12 juin 1950 : *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 195 ; Com. 7 juin 1952 : *D.* 1952, p. 651.

Sur ce qui est considéré comme une faute lourde, v. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 2<sup>ème</sup> Partie : Effets, op. cit.*, n° 625 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 226-2.

<sup>1460</sup> V. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 759.

En droit anglais, c'est avec la notion de *gross negligence* que se pose la question de savoir si cette négligence est ou non comparable à une fraude (v. L. AITKEN, « Limiting the trustee's liability – is

critiquable, puisque pour une meilleure protection il serait pertinent de sanctionner aussi un manque grave de diligence.

**925.-** En droit français, existent aussi des règles spéciales sur l'efficacité des clauses pénales prévues à l'article 1152 du Code civil. Les juges peuvent modérer ou augmenter le forfait prévu dans la clause quand elle est manifestement excessive ou dérisoire. Ainsi, quand le dommage est très supérieur au forfait, le juge pourra l'augmenter <sup>1461</sup>. Bien que cette règle porte spécifiquement sur la clause pénale, par analogie, elle pourrait aussi être transposée aux clauses limitatives de responsabilité <sup>1462</sup>.

## 2.- Les limitations à la responsabilité du fiduciaire-*trustee* après la survenance du dommage

**926.-** Après que la violation de la fiducie-*trust* a été commise, il est toujours possible que les bénéficiaires-*cestuis que trusts* renoncent (*release*) à leur droit de voir le patrimoine fiduciaire-*trust fund* réparé <sup>1463</sup> ; pour libérer le fiduciaire, il faudra que le constituant y renonce aussi. Une autre possibilité est que la responsabilité du fiduciaire soit aménagée à l'amiable <sup>1464</sup>, et l'on peut bien imaginer que c'est aussi possible en droit anglais.

**927.-** Puisque la renonciation et la transaction n'ont pour but que de limiter ou d'exclure la responsabilité du fiduciaire-*trustee*, elles n'ont pour effet de ratifier ou valider

'gross negligence' relevant ? », (2011) 127 *L.Q.R.* 503 ; K. C. F. LOI, « Gross negligence and trustee exemption clauses in the Privy Council : *Spread v Hutcheson* », [2011] *Conv.* 521).

<sup>1461</sup> Si le forfait stipulé dans une clause pénale est dérisoire par rapport au dommage, le constituant et les bénéficiaires peuvent choisir entre demander sa révision (fondée dans l'article 1152 du Code civil) ou sa nullité (fondée sur la doctrine des clauses abusives). En ce sens, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 235.

<sup>1462</sup> Les clauses limitatives qui mettent un plafond dérisoire doivent en principe être valides ; si la validité des clauses de non responsabilité est reconnue, comment ne pas reconnaître la validité de clauses limitatives de responsabilité avec un plafond dérisoire ?

<sup>1463</sup> En ce sens en droit anglais, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 32.84 ; LEWIN, *Lewin on trust*, *op. cit.*, n° 39-71 ; UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 896.

Sur la renonciation en droit français, v. C. BRENNER, *Rép. civ. Dalloz*, v° Acte, spéc. n° 233.

le comportement irrégulier du fiduciaire-*trustee* ; en conséquence, si en violation de la fiducie-*trust* un acte a été passé, les bénéficiaires-*cestuis trusts* devront pouvoir l'attaquer en cherchant sa nullité <sup>1465</sup> ; et si un tiers a participé à cette violation, sa responsabilité doit pouvoir être engagée <sup>1466</sup>. Nonobstant, en droit anglais, il est possible que les *cestuis que trusts* ratifient expressément (*confirmation*) <sup>1467</sup> ou tacitement (*acquiescence*) <sup>1468</sup> l'acte du *trustee* passé en violation du *trust*. Il devrait en être ainsi en droit français : le constituant et les bénéficiaires devraient pouvoir ratifier l'acte passé par le fiduciaire en violation de sa mission <sup>1469</sup>. Cette ratification aura pour effet, non seulement que l'acte passé par le fiduciaire-*trustee* ne pourra plus être attaqué, mais aussi que la responsabilité de ce dernier ne pourra plus être engagée.

**928.-** Enfin, les droits des bénéficiaires-*cestuis que trusts* d'exiger du fiduciaire-*trustee* la réparation du dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trustee*, seront anéantis par le jeu de la prescription de leur droit, s'ils ne l'exercent pas dans le délai légal préétabli.

---

<sup>1464</sup> Sur la transaction sur des dommages-intérêts, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 265 et s.

<sup>1465</sup> V. *infra*, n° 1089 et s.

Il faut prendre en considération que certaines violations du fiduciaire-*trustee* n'impliquent pas la réalisation d'un acte juridique.

<sup>1466</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust*, *op. cit.*, note de page n° 59 à la p. 1218.

<sup>1467</sup> En ce sens, v. *Cresswell v Dewell* (1863) 4 Giff. 460, spéc. p. 465.

<sup>1468</sup> En ce sens, v. *Griffiths v Porter* (1856) 25 Beav. 236, spéc. p. 241 ; *Holder v Holder* [1968] Ch. 353.

Un silence passif pour un temps déterminé peut suffire pour que les *cestuis que trusts* ne puissent plus engager la responsabilité du *trustee* (en ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust*, *op. cit.*, n° 39-62 et s.). En revanche, dans le droit français du mandat, le silence passif du mandant ne peut pas être interprété comme une ratification (en ce sens, v. Com., 13 juin 1995 : *Bull. civ.* IV, n° 173).

<sup>1469</sup> En ce sens en droit de la représentation, v. M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982, préf. D. Huet-Weiller, n° 234 et s. (selon cet auteur, nous serons en présence d'une ratification, si l'acte est frappé d'inopposabilité, alors que nous serons en présence d'une confirmation, face à un acte nul [in *ibidem*, n° 236]. Cette distinction ne paraît être que théorique, puisque certaines décisions sanctionnent l'acte du mandataire excédant ses pouvoirs, par la nullité de cet acte [en ce sens, v. LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ. Dalloz.*, v° Mandat, spéc. n° 367]).

Il existe une différence avec la ratification dans le droit du mandat (v. Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz.*, v° Mandat, spéc. n° 366 et s.), puisque la ratification du mandant a pour effet que l'acte passé par le mandataire produise des effets à son égard, alors que dans la fiducie la ratification va produire des effets à l'égard du fiduciaire lui-même et du patrimoine fiduciaire.

**929.-** Si nous avons déjà analysé la responsabilité du fiduciaire, il nous faut encore étudier la responsabilité du tiers vis-à-vis du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

## **SECTION II.- LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES TIERS ENVERS LE PATRIMOINE FIDUCIAIRE-*TRUST FUND***

**930.-** Si, par un comportement fautif, un tiers cause un dommage au fiduciaire-*trustee*, ce tiers devra réparer ce dommage. Pour que sa responsabilité soit engagée envers le fiduciaire-*trustee* ès qualités, il faut que le dommage soit causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund*. En conséquence, si un tiers cause un dommage aux biens qui appartiennent personnellement au fiduciaire-*trustee*, ou lui cause un dommage moral ou corporel, la créance de réparation ne s'inscrira pas dans le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, mais lui appartiendra personnellement.

**931.-** Quand la créance de réparation est inscrite dans le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, c'est au fiduciaire-*trustee* de poursuivre le tiers, puisqu'il est le titulaire de cette universalité<sup>1470</sup>. Il en serait ainsi par exemple, si un tiers qui avait passé un contrat avec le fiduciaire-*trustee*, l'avait inexécuté, ou encore si un tiers avait causé un dommage à un bien fiduciaire ; ces hypothèses n'ont rien de particulier par rapport à tout autre action en responsabilité hors fiduciaire-*trust*. En effet, en droit anglais, ces situations ne sont pas régies par le droit du *trust*, mais par le régime du *breach of contract* et *tort law*. C'est une des raisons pour lesquelles on ne va pas étudier ces hypothèses dans notre thèse ; on se limitera à analyser les hypothèses où la responsabilité du tiers est régie par le droit du *trust*. Ces hypothèses apparaissent quand la faute de tiers est accompagnée d'une violation du *trust*. En ce qui concerne le droit français, aucun régime particulier à la fiducie n'existe sur la responsabilité ; mais on se limitera aussi aux hypothèses où la faute de tiers est accompagnée d'une violation par le fiduciaire d'une de ses obligations. On procèdera ainsi puisque l'objectif de cette deuxième partie de la thèse est d'étudier les sanctions de la

---

<sup>1470</sup> En ce sens en droit anglais, v. *Hayim v Citibank N.A.* [1987] AC 730, spéc. p. 747 et 748 (ainsi les *cestuis que trusts* n'ont aucune action contre les tiers ; en revanche si le *trustee* refuse d'agir contre ces tiers, les *cestuis que trusts* pourront le poursuivre) ; *Sharpe v San Paulo Railways Co.* (1873) 8 Ch. 597, spéc. p. 609 et 610.



violation d'une obligation du fiduciaire-*trustee* comme l'un de moyens curatifs de protection.

**932.-** Si les cas où les tiers collaborent à la violation d'une obligation du fiduciaire-*trustee*, impliquent nécessairement que le fiduciaire-*trustee* ait violé une de ses obligations, en revanche cela n'implique pas nécessairement que la violation du fiduciaire-*trustee* soit délibérée. Il est possible qu'un tiers amène le fiduciaire-*trustee* à violer une de ses obligations, sans que le fiduciaire-*trustee* se rende compte de cette violation. Il en serait ainsi par exemple, si une personne non bénéficiaire recevait des avoirs fiduciaires, parce que, par de faux documents, elle aurait fait croire au fiduciaire-*trustee* qu'elle était un bénéficiaire-*cestui que trust*. Dans ce type d'hypothèses, le fiduciaire-*trustee* serait aussi victime du tiers ; en conséquence, ce devrait être à lui de poursuivre les tiers pour leur faire réparer le dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund*<sup>1471</sup>.

**933.-** En revanche, nous serons dans une toute autre hypothèse si l'on rencontre un concert frauduleux entre un tiers et le fiduciaire-*trustee* ; c'est-à-dire quand le tiers a agi en complicité avec le fiduciaire-*trustee* dans la violation d'une des obligations de ce dernier. Lors d'une pluralité de fiduciaires-*trustees*, dont certains ne sont pas fautifs (en d'autres termes lorsque la violation d'une obligation ne peut être imputé à certains d'entre eux), il devrait appartenir aux fiduciaires-*trustees* innocents d'intenter l'action non seulement contre le(s) fiduciaire(s)-*trustee(s)* fautif(s) mais aussi contre les tiers complices, puisque la créance de réparation est un actif du patrimoine fiduciaire-*trust fund* dont les fiduciaires-*trustees* innocents sont le titulaire.

**934.-** Cependant quand nous sommes en présence d'un fiduciaire-*trustee* unique ou quand tous ont délibérément violé leurs obligations en complicité avec un tiers, non seulement il y a peu de chances que le(s) fiduciaire(s)-*trustee(s)* va(vont) poursuivre en justice les tiers qui leur ont été utiles à la violation des obligations ; mais en plus, juridiquement il est possible que le(s) fiduciaire(s)-*trustee(s)* en soi(en)t empêché(s) : il serait en effet paradoxal de permettre au(x) fiduciaire(s)-*trustee(s)* de poursuivre les tiers

---

<sup>1471</sup> En ce sens, v. L. SMITH, « Unjust enrichment, property and the structure of trusts », (2000) 116 *L.Q.R.* 412, spéc. p. 431.

pour une violation délibérée d'une de ses(leurs) obligations <sup>1472</sup>. Pour que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* puisse être réparé, il faudra donc permettre aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* de poursuivre en justice les tiers. En effet, il en est ainsi en droit anglais <sup>1473</sup>, et en droit français cette possibilité devrait être ouverte aussi au constituant.

**935.-** Le fait de permettre aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* d'agir à l'encontre des tiers, pour réparer le dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund* <sup>1474</sup>, est donc en termes français une action oblique ; en effet, on ne peut pas dire que la créance s'inscrive dans le patrimoine des bénéficiaires-*cestuis que trusts* puisque l'objet de l'action n'est pas de faire réparer leur patrimoine, mais de faire réparer le patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

**936.-** Pour que les bénéficiaires-*cestuis que trusts* aient une action en réparation à l'encontre de tiers, il faut que les éléments de la responsabilité soient établis : il faut que les tiers aient commis une faute (§ 1), qu'un dommage soit causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund* (§ 2) et qu'il existe un lien de causalité entre ces deux éléments (§ 3).

## § 1.- LE FAIT GÉNÉRATEUR

**937.-** Pour que la responsabilité de tiers puisse être engagée, il faut d'abord que son comportement soit considéré comme fautif. Comme nous analysons l'hypothèse où les tiers se sont rendus complice de la violation d'une obligation du fiduciaire, nous pourrions croire que la faute du tiers consiste dans la faute du fiduciaire. En revanche, ce point de vue méconnaît le principe de la relativité des conventions énoncé par l'article 1165 du Code civil : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 du

---

<sup>1472</sup> Pour M. MITCHELL, le fait que le *trustee* ait frauduleusement concerté avec un tiers la violation du *trust* n'est pas en soi une raison pour lui interdire de poursuivre en justice ce tiers ; pour lui, comme la créance en réparation est un actif du *trust fund*, c'est au *trustee* de poursuivre le débiteur défaillant (in « Assistance », *op. cit.*, p. 152 et 153).

<sup>1473</sup> En ce sens, v. L. A. SHERIDAN, *The law of trusts, op. cit.*, p. 452.

<sup>1474</sup> Le droit des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, et du constituant, d'exiger des tiers la réparation du patrimoine fiduciaire-*trust fund* est indépendant de leur droit à poursuivre les mêmes tiers pour des dommages soufferts directement.

code civil ». En effet, les obligations du fiduciaire ne peuvent pas être transposées aux tiers, admettre le contraire porterait atteinte à leur liberté.

**938.-** Bien que le principe de relativité des conventions régisse les effets de celles-ci, cela ne signifie pas que les conventions ne soit pas opposables aux tiers <sup>1475</sup> ; le contrat est un fait social qui existe au-delà du cercle des contractants <sup>1476</sup>, « à ce titre, les tiers ne peuvent ignorer les conséquences qu'il crée ; il est opposable à tous » <sup>1477</sup>. En d'autres mots, « le principe de l'effet relatif se borne à limiter aux parties, et ceux qui leurs sont assimilés, l'effet obligatoire du contrat. Il signifie simplement que seules les parties peuvent devenir créancières ou débitrices par l'effet du contrat » <sup>1478</sup>, ainsi aucun obstacle n'existe pour que le contrat puisse être opposable aux tiers.

**939.-** En conséquence, l'opposabilité du contrat a pour effet d'imposer aux tiers une obligation de ne pas faire ; les tiers doivent s'abstenir « de faire obstacle aux effets proprement obligatoires du contrat » <sup>1479</sup>. En conséquence, le comportement des tiers serait fautif s'ils ne respectent pas le contrat, s'ils agissent comme si le contrat n'existait pas. La faute du tiers s'accompagne le plus souvent de la violation du contrat par un des cocontractants <sup>1480</sup> ; en revanche elle ne se limite pas à cette hypothèse. En effet, il est possible que des tiers méconnaissent un contrat sans que cela ait pour conséquence la violation par un des contractants d'une de ses obligations ; cela implique que la responsabilité des tiers peut être engagée sans qu'une faute d'un ou des cocontractants soit

---

<sup>1475</sup> Pour M. DUCLOS, cet effet n'est qu'indirect ; il le définit comme « le devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte » (in *L'opposabilité [Essai d'une théorie générale]*, LGDJ, 1984, préf. D. Martin, n° 2-3).

<sup>1476</sup> En ce sens, v. M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil, T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 77.

<sup>1477</sup> L. BOYER, *Rép. civ. Dalloz*, v° Contrats et Conventions, spéc. n° 282.

Cette opposabilité est même indispensable au contrat ; son accomplissement pourrait devenir impossible si les tiers n'étaient pas tenus de le respecter (en ce sens, v. J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 366 ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771, spéc. n° 53 [pour l'auteur l'opposabilité n'est une force obligatoire du contrat qu'à l'égard de tiers]).

<sup>1478</sup> J. GHESTIN, « Introduction (rapport français) », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, s. la dir. de M. FONTAINE et J. GHESTIN, LGDJ, 1992, p. 4 et s., n° 7.

<sup>1479</sup> *Ibidem*, n° 9, p. 17.

<sup>1480</sup> Par exemple, v. CA Paris (4<sup>ème</sup> Ch. A), 25 octobre 2000 : *D.* 2001, p. 1311, obs. Y. SERRA.

établie <sup>1481</sup>. En conséquence, la faute du tiers est indépendante de celle du cocontractant : il en est ainsi même quand sa faute s'accompagne d'une faute contractuelle.

**940.-** Le droit anglais est beaucoup plus compliqué que le droit français. Il y a deux régimes différents pour engager la responsabilité du tiers : le régime du *knowing assistance* d'une part, et le régime de *knowing receipt* d'autre part <sup>1482</sup>.

**941.-** Le régime de *knowing assistance* est déclenché par le fait qu'un tiers aide le *trustee* à violer une de ses obligations <sup>1483</sup>, alors que le régime de *knowing receipt* s'applique lorsque le tiers reçoit un bien du *trustee*, tout en sachant que cela constitue une violation du *trust* <sup>1484</sup>. Comme la réception d'un bien avec la connaissance que cela constitue une violation du *trust* est une forme d'assistance au *trustee* pour violer le *trust*, les *cestuis que trusts* devraient avoir en principe la liberté de choisir lequel des deux régimes utiliser pour poursuivre le tiers <sup>1485</sup>. Admettre le contraire négligerait la

---

<sup>1481</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2000 : *JCP G.* 2001, I, 338, p. 1427, obs. VINEY, *D.* 2001, p. 952, obs. M. BILLIAU et J. MOURY ; P. JOURDAIN, « Responsabilité délictuelle d'un tiers pour inexécution d'un contrat : la complicité n'est pas requise », *RTD civ.* 1999, p. 405.

<sup>1482</sup> Ces deux régimes ont leur genèse dans le cas *Barnes v Addy* (1874) 9 Ch.App. 244, spéc. p. 251 et 252 ; v. aussi *Karak Rubber Co. Ltd v Burden (No. 2)* [1972] 1 WLR 602, spéc. p. 632 et 633 ; *Agip (Africa) Ltd v Jackson* [1990] Ch. 265, spéc. pp. 291-294.

Sur une analyse de ce deux régimes, v. R. P. AUSTIN, « Constructive trusts », in *Essays in Equity*, s. la dir. de P. D. FINN, The Law Book Company Limited, 1985, p. 196 et s., spéc. p. 211 et s. ; P. D. FINN, « The liability of third parties for knowing receipt or assistance », in *Equity, Fiduciaries and Trusts*, s. la dir. de W. M. WATERS, Carswell, 1993, p. 195 et s. ; S. GARDNER, « Knowing assistance and knowing receipt : taking stock », (1996) 112 *L.Q.R.* 56.

Dans les deux régimes, la responsabilité des tiers est connue comme *liability to account as constructive trust* (Ch. MITCHELL, « Assistance », *op. cit.*, p. 146 et s.). Des auteurs critiquent cette appellation puisque la responsabilité personnelle des tiers est indépendante de tout *constructive trust* ; en effet dans le cas de *knowing assistance* aucun *constructive trust* n'est imposé (en ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 30.12 et s.). En revanche, comme nous le verrons (v. *infra*, n° 945 et s.), cette critique n'est pas applicable au *knowing receipt*, puisque quand les tiers reçoivent un bien en violation du *trust*, un *constructive trust* est imposé, et la responsabilité de tiers dérive alors de la violation de leurs obligations en tant que *constructive trustee* (en ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 802).

<sup>1483</sup> Sur ce régime, v. Ch. MITCHELL, « Assistance », *op. cit.*, p. 139 et s. ; P. RIDGE, « Justifying the remedies for dishonest assistance », (2008) 124 *L.Q.R.* 445.

<sup>1484</sup> Sur ce régime, v. P. BIRKS, « Receipt », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 213 et s. ; L. SMITH, « Unjust enrichment, property and the structure of trusts », *op. cit.*

Pour que le régime soit applicable à l'encontre du tiers, il faut qu'il ait reçu le bien pour son propre bénéfice (en ce sens v. *Agip [Africa] Ltd v Jackson* [1990] Ch. 265, spéc. p. 291 et 292).

<sup>1485</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, notes de page n° 29 à la p. 963 ; Ch. MITCHELL, « Assistance », *op. cit.*, spéc. p. 182. Pour de jurisprudences en ce sens, v. *Baden and others v Société Général pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France SA* [1993] 1 WLR 509, spéc. p. 572 et 573.

participation du tiers dans la violation du *trust* <sup>1486</sup>. Malgré le chevauchement des deux régimes, pour la protection du *trust fund*, il convient de maintenir les deux régimes ouverts aux *cestuis que trusts*, puisque, s'il s'avérait ardu de déclencher le régime de *knowing assistance*, les *cestuis que trusts* auraient la possibilité d'engager la responsabilité du tiers grâce au régime de *knowing receipt*, et vice versa <sup>1487</sup>.

**942.-** Bien que le droit anglais n'ait pas développé une théorie sur l'opposabilité <sup>1488</sup>, la notion d'opposabilité est quand même au centre de la question de la faute des tiers. En effet, cette notion est sous-jacente dans les décisions des tribunaux qui sanctionnent des tiers pour avoir aidé le *trustee* dans la violation d'une de ses obligations, soit sous la forme de *knowing assistance*, soit sous la forme de *knowing receipt*. Bien que la notion d'opposabilité soit présente dans les deux régimes, elle ne porte pas sur les mêmes choses.

**943.-** Dans *knowing assistance*, c'est le *trust* qui est l'objet de l'opposabilité ; en effet le *trust* est opposable aux tiers. Ainsi, dans *Royal Brunei Airlines v Tan*, il a été établi par Lord NICHOLLS que les « [b]énéficiaires [...] ont également le droit de s'attendre à [...] ce que ceux qui deviennent *trustees* aient la possibilité de remplir leurs obligations sans l'intervention délibérée de tiers. Ils sont en droit d'attendre que les tierces parties s'abstiennent de s'immiscer intentionnellement dans la relation *trustee*-bénéficiaire et qu'elles empêchent ainsi le bénéficiaire de recevoir ses avantages en conformité avec les termes du contrat du *trust* » <sup>1489</sup>.

**944.-** De cette jurisprudence, aucun doute n'existe sur l'opposabilité du *trust* aux tiers. En revanche, et à différence du droit français, la faute du tiers ne consiste pas en soi dans la méconnaissance du *trust* ; la faute du tiers n'est constatée que si le tiers aide à une

---

<sup>1486</sup> En ce sens, v. R. P. AUSTIN, « Constructive trusts », *op. cit.*, p. 230.

<sup>1487</sup> En ce sens, v. Ch. MITCHELL, « Assistance », *op. cit.*, spéc. p. 182 et 184.

<sup>1488</sup> Au moins, de mes lectures, je n'ai pas constaté l'existence d'une théorie sur cette notion.

<sup>1489</sup> « *Beneficiaries [...] are also entitled to expect [...] that those who become trustees will be permitted to fulfill their obligations without deliberate intervention from third parties. They are entitled to expect that third parties will refrain from intentionally intruding in the trustee-beneficiary relationship and thereby hindering a beneficiary from receiving his entitlement in accordance with the terms of the trust instrument* » ([1995] 2 AC 378, spéc. p. 387).

violation du *trust*<sup>1490</sup>. Ainsi, la faute du tiers n'est pas indépendante de la faute du *trustee*<sup>1491</sup>. C'est là un des effets de la carence d'une théorie sur la notion d'opposabilité, puisque si le *trust* est opposable aux tiers, le non respect de son existence devrait suffire pour engager la responsabilité de tiers indépendamment de toute violation par le *trustee* d'une de ses obligations<sup>1492</sup>.

**945.-** Dans *knowing receipt*, ce n'est plus le *trust* l'objet de l'opposabilité, mais la transmission du bien mis en *trust*. En effet, quand une transmission est effectuée en violation du *trust*, *Equity* la considère comme inefficace ; ainsi, les droits des *cestuis que trusts* subsistent à la transmission et le tiers acquéreur reçoit le bien avec ces droits attachés<sup>1493</sup> : de cette manière, la transmission est inopposable aux *cestuis que trusts*<sup>1494</sup>. C'est donc par l'inopposabilité de la transmission que commence le régime de *knowing receipt*. Nonobstant, pour que la transmission soit inopposable, il faut que la violation du *trust* consiste dans la transmission, donc si par exemple le *trustee* avait le droit de vendre un bien du *trust*, mais s'il l'a fait à un prix inférieur au marché, l'acte de la transmission n'étant pas la cause de la violation, serait donc opposable aux *cestuis que trusts*.

**946.-** L'inopposabilité de la transmission a pour conséquence que la division de la propriété se maintient : la propriété légale est transférée au tiers, alors que la propriété en

---

<sup>1490</sup> Dans *Baden and Others v Société Général pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France SA*, quatre ont été les conditions (l'existence du *trust*, la violation du *trust*, l'assistance à la violation du *trust* et la connaissance du tiers) pour engager la responsabilité du tiers conformément à la doctrine de la *knowing assistance* ([1993] 1 WLR 509, spéc. p. 573 et s.), parmi lesquelles se trouve la violation du *trust* (*ibidem*, pp. 573 D, 574 H et 575 A).

Ce qui est considéré comme une assistance à la commission de la violation du *trust*, est une question de fait que les juges vont apprécier cas par cas (en ce sens, v. par exemple dans *Brinks Ltd v Abu-Saleh* [1996] CLC 133, spéc. p. 146 et s., le fait que la femme ait accompagné son mari dans un voyage pour qu'il occulte des biens volés, n'est pas considéré comme une assistance à une violation du *trust*).

<sup>1491</sup> En ce sens, v. *Royal Brunei Airlines v Tan* [1995] 2 AC 378, spéc. p. 382.

<sup>1492</sup> En ce sens un auteur anglais doute de la nécessité que la violation du *trustee* soit une condition pour engager la responsabilité des tiers (v. S. GARDNER, « *Knowing assistance and knowing receipt : taking stock* », *op. cit.*, p. 68).

<sup>1493</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 782 et 783.

<sup>1494</sup> En ce sens, L. SMITH (in « *Transfers* », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 112 et s., spéc. p. 138) a écrit que « le *constructive trust* qui a lieu quand des biens sont transférés en violation du *trust*, n'est rien d'autre que le droit d'être libre de toute interférence dans la performance du *trust* » (« *the constructive trust which applies when property is transferred in breach of trust is nothing but a right to be free from interference with the performance of the trust* »).

*Equity* subsiste entre les mains des *cestuis que trusts*. En conséquence, un *constructive trust* est créé de plein droit, et le tiers va détenir le bien reçu en qualité de *constructive trustee* en faveur des *cestuis que trusts* <sup>1495</sup>.

**947.-** Comme la violation du *trust* est le fondement de l'inopposabilité de la transmission faite au tiers, cette violation est la genèse du régime de *knowing receipt* ; en revanche, cela ne suffit pas pour engager la responsabilité du tiers. Pour qu'elle soit engagée, il faut encore qu'il ait commis une faute. De cette manière, se pose la question de savoir quel comportement est considéré comme fautif.

**948.-** Sur ce qui peut constituer une faute des tiers, deux interprétations possibles ressortent. Dans la première on considère que la faute réside dans l'action du tiers de recevoir un bien, tout en sachant que cette transmission constitue une violation du *trust* <sup>1496</sup>. En conséquence, dès la réception du bien non seulement un *constructive trust* serait constitué, mais en plus la responsabilité du tiers serait engagée. Par conséquent, le tiers serait responsable en tant que tiers au *trust*.

**949.-** L'autre interprétation dérive du régime du *constructive trust* : la connaissance du tiers n'est pas en soi la faute du tiers, mais elle est la condition nécessaire pour l'imposition des obligations, dans sa qualité de *constructive trustee*, notamment de garder en état le bien reçu pour sa future retransmission <sup>1497</sup>. En conséquence, pour que la responsabilité du tiers soit engagée, il faudra qu'il viole une des obligations qui lui sont imposées en tant que *constructive trustee* ; ainsi, si le tiers restitue le bien reçu, aucune faute ne pourra lui être imputée <sup>1498</sup>. De cette manière, la responsabilité du tiers n'est pas

---

<sup>1495</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 369 ; *Hardoon v Bellios* [1901] AC 118, spéc. p. 123 (il a été établi que ce qui est nécessaire mais suffisant, pour créer une relation *trustee-cestui que trust*, c'est la division de la propriété entre ce deux) ; *contra*, v. *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* [1996] AC 669, spéc. p. 705 et 707 (selon cette jurisprudence pour qu'un *constructive trust* soit imposé la seule réception du bien ne suffit pas pour la création d'un *constructive trust*, il faut que le tiers récepteur du bien sache que le bien lui a été transmis en violation du *trust* puisqu'*Equity* n'agit que sur la conscience du propriétaire légal).

Sur le *constructive trusts*, v. *infra*, n° 1030 et s.

<sup>1496</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 42-20.

<sup>1497</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 801.

<sup>1498</sup> En ce sens MM. PEARCE et STEVENS (in *ibidem*, p. 801) ont écrit « *Equity* exige du tiers ayant reçu des biens du *trust* qu'il rétablisse la valeur équivalente au *trust fund* s'il l'a dissipée de façon

engagée par le seul fait d'avoir reçu un bien du *trust* en connaissance de cause. Ainsi, le tiers ne sera pas responsable en tant que tiers au *trust* originaire, mais en tant que *constructive trustee*. Pour cette raison, l'appellation *knowing receipt* serait un peu trompeuse, puisque la faute ne consiste pas dans la réception du bien avec connaissance de cause.

**950.-** La logique du régime de *knowing receipt* est en faveur de la deuxième interprétation. D'abord, le dommage n'est pas réparable à la hauteur du dommage causé au *trust fund*, mais seulement à la hauteur de la valeur du bien reçu par le tiers <sup>1499</sup>. Ce fait ne peut s'expliquer que par la deuxième interprétation. En effet, si la faute consiste en la réception du bien en connaissance de cause, quel serait le fondement de la limitation du dommage à la hauteur de la valeur du bien reçu, quand le dommage causé par cette réception peut être encore plus étendu que la valeur de ce bien <sup>1500</sup> ? En revanche, si la faute consiste dans la violation d'une obligation imposée au tiers en tant que *constructive trustee*, la limitation du dommage réparable à la hauteur de la valeur du bien reçu s'explique du fait que le *constructive trust fund* n'est composé que de ce bien ; donc le dommage au *constructive trust fund* ne peut pas être supérieure à sa valeur, conformément au principe de réparation intégrale du préjudice. Ceci implique nécessairement que le dommage réparable est le dommage causé au *constructive trust fund*, et non le dommage causé au *trust fund* d'où vient le bien reçu par le tiers. Mais cela n'est pas contraire à l'objectif central de la responsabilité du tiers, qui est de réparer le dommage causé au *trust fund* originaire, puisque les biens qui composent le *constructive trust fund* doivent y être retransmis.

**951.-** Une incohérence qui émergerait de ce que la faute consiste dans la réception du bien en connaissance de cause, est que le tiers pourrait, malgré tout, être fautif en tant que *constructive trustee* s'il viole une de ses obligations. Le tiers serait alors doublement responsable : d'une part pour la réception du bien en connaissance de cause, et d'autre part

---

incorrecte » (« *Equity requires a stranger who has received trust property to restore equivalent value to the trust fund if he has wrongfully dissipated it* »).

<sup>1499</sup> *Ibidem*.

<sup>1500</sup> Un exemple serait le transfert des actions aux tiers qui font perdre la participation majoritaire dans une entreprise : les autres actions retenues dans le *trust fund* perdraient alors de leur valeur.



pour le dommage causé au *constructive trust fund*. Ainsi, la responsabilité du tiers serait engagée deux fois pour deux fautes différentes, mais pour réparer « le même dommage » causé au *trust fund* originaire <sup>1501</sup>.

**952.-** Une autre raison pour laquelle la faute devrait être la violation d'une des obligations du *constructive trust*, est le régime applicable aux tiers qui, sans connaissance de cause, reçoivent un bien en violation du *trust* et qui n'ont pas reçu ce bien à titre onéreux. Dans ces hypothèses, la transmission en leur faveur sera quand même inopposable aux *cestuis que trusts*, et donc le *constructive trust* serait créé de plein droit <sup>1502</sup>. En revanche, comme les tiers ont reçu le bien sans connaissance de cause, aucune obligation ne peut leur être imposée <sup>1503</sup>. Comme le tiers n'a aucune obligation de conserver les biens reçus, s'il en dispose, sa responsabilité ne pourrait être engagée puisque cette disposition ne saurait être considéré comme fautive <sup>1504</sup>. Ainsi, si le tiers dilapide le bien reçu, non seulement les *cestuis que trusts* perdent leur remède réel, mais de plus la responsabilité du tiers ne saurait être engagée <sup>1505</sup>. En revanche, si un tiers reçoit de bonne foi un bien en violation du *trust*, mais qu'avant qu'il le dilapide il est mis au courant de la violation, des obligations en tant que *constructive trustee* lui seront imposées <sup>1506</sup>. Si ce tiers viole ces obligations, il sera alors responsable pour le dommage causé au *constructive trust fund*. En conséquence, si dans cette hypothèse la faute du tiers ne peut être que la violation du *constructive trust*, pourquoi ne pas faire de même quand les tiers savaient *ab*

---

<sup>1501</sup> Bien que techniquement ce ne serait pas le même dommage, ce le sera en pratique puisque l'objectif du *knowing receipt* est de réparer le dommage causé au *trust fund* auquel appartenait le bien reçu par le tiers.

<sup>1502</sup> En ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 369 et 370 ; *Hardoon v Belilios* [1901] AC 118, spéc. p. 123 (il a été établi que ce qui est nécessaire pour créer une relation *trustee-cestui que trust*, est la division de la propriété entre eux deux) ; rapp., v. *Lonhro Plc v Fayed (No 2)* [1992] 1 WLR 1, spéc. p. 12 (il est considéré comme une erreur de supposer que dans chaque hypothèse où se créerait un *constructive trust*, le propriétaire légal se verrait imposer toutes les obligations d'un *express trustee*) ; *contra*, v. *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* [1996] AC 669, spéc. p. 705 et 707 (selon cette jurisprudence pour qu'un *constructive trust* soit imposé, il faut que le tiers récepteur du bien sache que le bien lui a été transmis en violation du *trust* puisqu'*Equity* n'agit que sur la conscience du propriétaire légal).

<sup>1503</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 801.

<sup>1504</sup> V. *Re Montagu's Settlement Trusts* [1987] 1 Ch. 264 (le demandant n'a pas réussi à rendre responsable un *cestui que trust* pour avoir dilapidé des biens du *trust*, parce que, comme il ne savait pas que les biens reçus ne lui appartenaient absolument pas, aucune obligation en tant que *constructive trustee* n'a pu lui être imposée).

<sup>1505</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 30.61.

<sup>1506</sup> V. *Karak Rubber Co. Ltd v Burden (No. 2)* [1972] 1 WLR 602, spéc. p. 632.

*initio* que la transmission constituait une violation du *trust* ? Il vaut mieux harmoniser le régime de *knowing receipt* et accepter que la faute consiste dans la violation des obligations imposées aux tiers en tant que *constructive trustees*.

**953.-** Comme la responsabilité du tiers qui sans connaissance de cause dilapide le bien reçu ne pourra pas être engagée, puisqu'aucune faute ne pourra lui être imputée, ce tiers se sera enrichi au détriment du *trust fund* et des *cestuis que trusts*. Pour cette raison, une partie de la doctrine veut changer le régime de *knowing receipt*, fondé sur la faute du tiers, pour un régime fondé sur l'enrichissement sans cause<sup>1507</sup>. Ainsi, tout tiers qui reçoit un bien en violation du *trust* se verrait obligé de payer une compensation pécuniaire qui entrerait dans le *trust fund*, sans qu'aucune faute ne doive lui être imputée<sup>1508</sup>. De cette manière, le *trust fund* serait protégé à l'encontre de tiers de bonne foi qui recevraient des biens en violation du *trust*, quand le remède réel offert par le *constructive trust* n'est plus accessible aux *cestuis que trusts*.

**954.-** Nous concernant, nous ne considérons pas ce soit la solution la plus adéquate. En fondant le *knowing receipt* sur l'enrichissement sans cause, on sort du domaine de la responsabilité ; par conséquent, l'obligation des tiers ne consisterait plus à réparer un dommage, mais elle consisterait à payer une compensation financière pour l'enrichissement obtenu au détriment du *trust fund*<sup>1509</sup>. Ainsi imaginons, par exemple, que le *trustee* vende un bien inaliénable aux prix du marché à un tiers au courant de l'inaliénabilité du bien : le tiers serait exonéré de toute indemnisation financière, puisque, comme il a payé le prix du marché, il ne s'est pas enrichi, ni le *trust fund* appauvri<sup>1510</sup>.

---

<sup>1507</sup> En ce sens, v. P. BIRKS, « Receipt », *op. cit.*, p. 213 et s. Pour plus de bibliographie en ce sens, v. L. SMITH, « Unjust enrichment, property and the structure of trusts », *op. cit.*, note de p. n° 4 et 5 ; S. GARDNER, « Knowing assistance and knowing receipt : taking stock », *op. cit.*, note de p. n° 179. *Contra*, v. L. D. SMITH, « W(h)ither knowing receipt ? », (1998) 114 *L.Q.R.* 394 (pour l'auteur, l'action de *knowing receipt* n'est pas une action d'enrichissement sans cause, mais plutôt une version en *Equity* de *conversion* [*conversion* c'est l'interférence illégale du droit de propriété d'une autre personne]) ; L. SMITH, « Unjust enrichment, property and the structure of trusts », *op. cit.*, spéc. p. 428 et s.

<sup>1508</sup> En ce sens, v. *Re Diplock* [1948] Ch. 465 (bien que cette jurisprudence porte sur des exécuteurs testamentaires, la doctrine la cite comme une exception au régime actuel du *knowing receipt* ; mais elle reste isolée, et ne représente pas le droit positif anglais).

<sup>1509</sup> En ce sens, v. P. BIRKS, « Receipt », *op. cit.*, p. 229.

<sup>1510</sup> V. P. BIRKS, *Unjust enrichment*, Clarendon Law Series, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 49.

**955.-** Si, par l'introduction de la théorie d'enrichissement sans cause au domaine de *knowing receipt*, l'objectif de la doctrine est de protéger le *trust fund* à l'encontre de tiers de bonne foi, il serait paradoxal d'introduire des règles qui pourraient avoir comme conséquence d'exonérer des tiers de mauvaise foi. La critique qu'on pourrait faire à la proposition de fonder *knowing receipt* sur la théorie d'enrichissement sans cause, est que cette solution met sur un pied d'égalité des choses qui ne sont pas égales : on ne devrait pas mettre des tiers de mauvaise foi et des tiers de bonne foi sous un même régime. C'est cette même critique qu'on peut faire au régime actuel de *knowing receipt*.

**956.-** En conséquence, la solution la plus adéquate serait de mettre chaque catégorie de tiers dans un régime différent. Ainsi, les tiers qui sauraient que la réception du bien constituerait une violation au *trust* devrait suivre le régime actuel du *knowing receipt*, alors que les tiers qui le recevraient sans le savoir devraient être soumis au régime de l'enrichissement sans cause <sup>1511</sup>. De cette manière, l'obligation des tiers de payer une compensation au *trust fund*, aurait deux fondements : la faute du tiers d'une part, et l'enrichissement sans cause d'autre part <sup>1512</sup>. Ainsi, on protège le *trust fund* non seulement de tiers de mauvaise foi, mais aussi de ceux de bonne foi <sup>1513</sup>.

---

<sup>1511</sup> Un obstacle technique a été opposé à l'adoption de l'enrichissement sans cause : l'obligation du tiers de restituer l'enrichissement dépend de l'absence de volonté du cédant de céder un de ses droits ; ce qui n'est pas le cas dans les hypothèses de complicité avec le *trustee*, où il aurait volontairement transféré le bien au tiers (en ce sens, v. L. SMITH, « W(h)ither knowing receipt ? », *op. cit.*, p. 394 ; L. SMITH, « Unjust enrichment, property and the structure of trusts », *op. cit.*, pp. 428, 429, 432 et 433). En revanche, l'enrichissement des tiers ne consiste pas dans la réception de la propriété légale du *trustee*, mais dans leur disposition de la propriété en *Equity* des *cestuis que trusts*, droit qui n'a jamais été transféré aux tiers (pour cette raison, n'est pas recevable la critique à l'encontre de l'enrichissement sans cause, comme le fondement du *knowing receipt*, qui consiste à dire que, comme les tiers ne reçoivent que la propriété légale, ils ne se seraient pas enrichis au détriment des *cestuis que trusts*, puisque cette propriété n'a jamais appartenu aux *cestuis que trusts* [L. SMITH, « Unjust enrichment, property and the structure of trusts », *op. cit.*, p. 428 et 429]). En revanche, on ne peut pas nier que la conséquence de l'action en restitution des *cestuis que trusts* ait comme effet que le tiers doive passer la propriété légale au *trustee*.

De plus, même si cet obstacle technique avait lieu dans l'hypothèse en question, il causerait une injustice envers les *cestuis que trusts*, puisque les tiers se seraient enrichis à leur détriment, raison pour laquelle la technique juridique pourrait laisser la place à la politique juridique. Ainsi, il n'est pas invraisemblable que les juges soient prêts à sauter cet obstacle, afin de rendre justice.

<sup>1512</sup> V. P. BIRKS, « Receipt », *op. cit.*, p. 223 et s.

<sup>1513</sup> Un auteur est de l'avis qu'il serait injuste d'exiger du tiers de bonne foi de payer une compensation pécuniaire : le risque que ce tiers dilapide le bien reçu devrait retomber sur le *trustee* (P. D. FINN, « The liability of third parties for knowing receipt or assistance », *op. cit.*, p. 210 et 211). Cette critique n'est pas recevable, puisqu'il est plus injuste de permettre à un tiers de s'enrichir sans cause, au détriment d'un autre. De plus, si l'on admet l'enrichissement sans cause à l'encontre de tiers de bonne foi, ils auraient toujours pour se défendre le *change of position* (v. *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd* [1991] 2 AC 548, spéc. p. 579 et 580 [HL]). Sur le sujet, v. P. BIRKS, *Unjust enrichment*,

**957.-** Si l'on a déjà déchiffré la faute des tiers, il manque encore un élément essentiel pour que sa faute puisse être constatée. En effet, l'opposabilité de la fiducie est conditionnée à sa connaissance ; ainsi, pour que la méconnaissance de la fiducie puisse constituer une faute, il faut que le tiers en connaisse l'existence <sup>1514</sup>. Ce qui n'est pas toujours le cas, puisque, comme la fiducie est un acte privé entre le constituant et le fiduciaire, il est possible que les tiers ignorent son existence : on ne pourrait alors pas exiger d'eux de la respecter <sup>1515</sup>. Cela reste vrai bien que les articles 2019 et 2020 du Code civil prévoient un système de publicité du contrat de fiducie. En effet, de l'article 2023 du Code civil, on pourrait conclure que les tiers peuvent ignorer la véritable étendue des pouvoirs du fiduciaire, malgré l'existence d'un système de publicité de contrats de fiducies.

**958.-** La question qui se pose maintenant est de savoir quelle connaissance le tiers doit avoir pour que sa responsabilité soit engagée. Il ne suffit pas seulement d'avoir connaissance du contrat de fiducie ; il faut encore que le tiers sache que son comportement aura comme conséquence le non respect de ce contrat. C'est en ce sens aussi que l'article 2023 du Code civil est rédigé ; en effet, le fait que le tiers connaisse le contrat de fiducie <sup>1516</sup>, n'implique pas nécessairement qu'il sache que les actes accomplis avec le fiduciaire sont contraires aux clauses du contrat.

---

*op. cit.*, p. 207 et s.). En conséquence, exiger d'eux une indemnisation à la hauteur de leur enrichissement sans cause ne pourrait leur causer aucun préjudice et ne pourrait pas être considéré comme injuste. De plus, il est serait toujours possible de rendre responsable le *trustee* et, s'il répare le dommage, le tiers ne devrait plus être obligé de transférer leur enrichissement au *trust fund*.

<sup>1514</sup> V. Com., 12 mars 1963 : *D.* 1963, p. 367, note J. ROBERT (de cette jurisprudence, on peut déduire que la connaissance ne se présume pas) ; Com., 21 mars 1995 : *RJDA* 1995, n° 926 ; CA Versailles, 29 juin 2000 : *D.* 2001, p. 1234, obs. Y. PICOD (selon cette jurisprudence, le manque de connaissance n'exonère plus le tiers : il est tenu de s'informer de la situation réelle du débiteur d'une clause de non-concurrence).

Sur le sujet, v. G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité (Rapport français) », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, s. la dir. de M. FONTAINE et J. GHESTIN, LGDJ, 1992, p. 132 et s., n° 8 et 47.

<sup>1515</sup> En ce sens, v. G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité (Rapport français) », *op. cit.*, n° 8 ; J. DUCLOS *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, n° 9.

<sup>1516</sup> Les tiers auront connaissance de l'existence de la fiducie, chaque fois qu'ils passeront des actes juridiques avec le fiduciaire, puisque l'article 2021 du Code civil prévoit que le fiduciaire doit faire mention de sa qualité quand il traite avec eux.

**959.-** En droit anglais, la connaissance était aussi un élément essentiel de la faute des tiers <sup>1517</sup> ; mais cela a changé depuis le cas *Royal Brunei Airlines v Tan*, où la connaissance comme élément de la faute du tiers a laissé place à l'honnêteté des tiers <sup>1518</sup>. Bien que cette jurisprudence repose sur *knowing assistance*, dans *Twinssectra Ltd v Yardley*, POTTER LJ a plaidé pour sa transposition aux hypothèses de *knowing receipt* <sup>1519</sup>.

**960.-** Cela a pour effet que pour engager la responsabilité du tiers, aucune question ne se pose quant à la connaissance du tiers : il suffit que le comportement du tiers soit considéré comme malhonnête <sup>1520</sup>. C'est pourquoi, on se réfère alors à la notion de *dishonest assistance* au lieu de *knowing assistance* <sup>1521</sup>.

**961.-** Comme chaque personne a un standard différent sur l'honnêteté, il s'avère nécessaire d'apprécier le comportement des tiers par référence à un standard objectif <sup>1522</sup>. De cette façon, la responsabilité du tiers sera engagée pour les dommages causés au *trust*

---

<sup>1517</sup> Pour les différentes catégories de connaissances, v. *Baden and others v Société Général pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France SA* [1993] 1 WLR 509, spéc. p. 575 et s. ; *Re Montagu's Settlement Trusts* [1987] 1 Ch. 264, spéc. p. 285.

<sup>1518</sup> [1995] 2 AC 378, spéc. p. 387 et s.

<sup>1519</sup> In G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 30.70 et 30.71.

Comme nous l'avons déjà exposé, la connaissance ne participe pas à la faute d'un tiers qui recevrait un bien en violation du *trust*, mais elle constitue un élément nécessaire pour l'imposition des obligations au tiers, en tant que *constructive trustee*. Ainsi, si l'honnêteté du tiers entre dans le régime de *knowing receipt*, elle constituerait la condition nécessaire pour l'imposition des obligations aux tiers.

En revanche, si la connaissance n'a pas été encore remplacée par l'honnêteté du tiers, il faudra prouver que le tiers connaissait, ou avait délibérément fermé les yeux, ou n'avait pas fait les enquêtes qu'une personne raisonnable aurait faites (en se cens, v. *ibidem*, n° 30.60 et s.).

*Contra*, v. *Bank of Credit and Commerce International (Overseas) Ltd v Akindele* [2001] Ch. 437, spéc. p. 455 (cette jurisprudence établit que la connaissance du tiers est un élément de sa faute, mais seulement si elle s'avère suffisante pour rendre inadmissible que le tiers conserve les avantages du bien reçu).

En vertu des différences entre les jurisprudences concernant la condition de connaissance ou de malhonnêteté, il peut y avoir des doutes sur l'état actuel du droit anglais ; en revanche, une chose est sûre : le donataire de bonne foi d'un bien mis en *trust* ne verrait pas sa responsabilité engagée (en ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 809).

<sup>1520</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 30.21.

<sup>1521</sup> V. *Walker v Stones* [2001] QB 902, spéc. p. 947.

<sup>1522</sup> V. *Royal Brunei Airlines v Tan* [1995] 2 AC 378, spéc. p. 389 ; *Walker v Stones* [2001] QB 902, spéc. p. 939 ; *Grupo Torras Sa v Al-Sabah (No 5)* [2001] CLC 221, spéc. n° 102.

De cette manière, si le tiers est négligent, sa responsabilité ne sera pas engagée, sauf si cette négligence est d'une nature qui mettrait en question l'honnêteté du tiers (v. *Royal Brunei Airlines v Tan* [1995] 2 AC 378, spéc. p. 387).

*fund* chaque fois qu'une personne honnête aurait agi différemment, sans se demander si le tiers avait ou non connaissance d'aider à une violation du *trust* ; en revanche il faudra que le comportement du tiers soit toujours accompagné d'une violation du *trust*.

**962.-** Mais dans *Twinsectra Ltd v Yardley*, le standard a évolué vers un mélange des éléments objectifs et subjectifs ; Lord HUTTON a suggéré que les tiers ne seraient responsables que s'ils savaient que leur comportement était malhonnête, conformément aux standards d'un homme honnête et raisonnable <sup>1523</sup>. Par conséquent, si les tiers ne savaient pas que leur comportement aurait été considéré comme malhonnête par un homme raisonnable, ils seraient exonérés de toute responsabilité envers le *trust fund*. Si l'objectif des juges, dans *Royal Brunei Airlines v Tan* <sup>1524</sup>, était de s'éloigner de la connaissance comme élément de la faute du tiers, la jurisprudence *Twinsectra Ltd v Yardley* <sup>1525</sup> fait un pas en arrière puisqu'elle la réintroduit comme une condition pour engager la responsabilité du tiers. En revanche, il a été avancé que la suggestion du Lord HUTTON n'a pas eu l'appui majoritaire de la Chambre des Lords et qu'elle n'a pas été suivie par d'autres jurisprudences <sup>1526</sup>.

**963.-** Bien que la faute soit une condition nécessaire pour engager la responsabilité des tiers, elle ne suffit pas pour engager leur responsabilité ; il faut encore qu'un dommage soit causé.

## § 2.- LE DOMMAGE

**964.-** Pour que la responsabilité de tiers puisse être engagée, il faut que les bénéficiaires-*cestuis que trusts* démontrent qu'un dommage a été causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund* <sup>1527</sup>. Dans le cas de *knowing receipt*, deux interprétations sont possible : soit le dommage réparable constitue le dommage causé au *trust fund* d'où provient le bien reçu par le tiers ; soit le dommage réparable constitue le dommage causé au *constructive trust fund* composé par le bien transmis en violation du *trust*. Comme nous

---

<sup>1523</sup> [2002] 2 AC 164, spéc. n° 35.

<sup>1524</sup> [1995] 2 AC 378

<sup>1525</sup> [2002] 2 AC 164.

<sup>1526</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts, op. cit.*, n° 30.36.

l'avons déjà vu, puisque le dommage réparable n'est établi qu'à la hauteur de la valeur du bien reçu par le tiers <sup>1528</sup>, le dommage réparable ne peut être que celui causé au *constructive trust fund*, compte tenu de ce que le dommage ne peut pas être supérieur à la valeur du patrimoine endommagé. Comme la responsabilité du tiers est dans sa qualité de *constructive trustee*, les règles sur la responsabilité du *trustee* envisagées dans la section précédente sont applicables ici <sup>1529</sup>.

**965.-** Comme, dans le cas de *knowing assistance*, la faute du tiers consiste à aider le *trustee* à violer une de ses obligations, le dommage réparable constitue le dommage causé par la violation du *trust*. Ainsi, si le *trust fund* est endommagé par une violation du *trust* et que cette violation a été facilitée par un tiers, le dommage réparable par le tiers sera alors le dommage causé au *trust fund* <sup>1530</sup>. Bien sûr il est aussi possible que les *cestuis que trusts* souffrent un dommage personnel : ils devraient donc en principe avoir ainsi une action personnelle à l'encontre du tiers.

**966.-** En droit français, quand la méconnaissance du tiers cause un dommage au patrimoine fiduciaire, les tiers devraient réparer tout le dommage causé au patrimoine fiduciaire. A la différence de la responsabilité du fiduciaire, la nature de la responsabilité du tiers est de nature délictuelle <sup>1531</sup> ; en effet, les tiers n'ont aucune relation contractuelle ni avec le constituant, ni avec les bénéficiaires, ni sont liés contractuellement avec le patrimoine fiduciaire qui aurait souffert le dommage. En conséquence, la responsabilité du tiers sera plus étendue que celle du fiduciaire : puisque sa responsabilité ne se limite pas aux dommages prévisibles, il sera responsable aussi pour les dommages imprévisibles <sup>1532</sup>.

---

<sup>1527</sup> Sur une étude plus approfondie de cette condition, v. *supra*, n° 794 et s.

<sup>1528</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 42-57.

<sup>1529</sup> V. *supra*, n° 783 et s.

<sup>1530</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 789.

<sup>1531</sup> Sur la nature délictuelle de la responsabilité d'un tiers, v. CA Versailles, 12<sup>ème</sup> Ch., 14 octobre 1993 : *RJDA* 1994, n° 317 ; Com., 18 janvier 1994 : *Contrats, conc., consom.* 1994, n° 112, obs. L. LEVENEUR ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 janvier 1999 : *D.* 1999, inf. rap. p. 64, *D.* 1999, p. 263 note Ph. DELEBECQUE.

<sup>1532</sup> Il s'agit d'une des différences entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle (en ce sens, v. F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 870).

**967.-** Comme dans le cas de *knowing assistance*, la faute du tiers dépend de la faute du *trustee*, le dommage causé au *trust fund* par le tiers sera le même que celui causé par le *trustee*. Ainsi, les tiers sont solidairement responsables (*joint and several liability*) avec le *trustee* pour le dommage causé au *trust fund* <sup>1533</sup>. En conséquence les *cestuis que trusts* peuvent se tourner vers les tiers pour demander la réparation intégrale du dommage <sup>1534</sup>. De cette manière, les *cestuis que trusts* ont deux personnes différentes auxquelles ils peuvent demander l'indemnisation du *trust fund*, ce qui augmente les possibilités de voir la réparation se réaliser.

**968.-** En droit français, il devrait en être de même, quand il y a complicité entre le fiduciaire et les tiers, puisque même si la faute du tiers est différente et indépendante de la faute du fiduciaire, le dommage causé au patrimoine fiduciaire est la même. Dans cette hypothèse, le dommage est celui causé par la violation d'une de ses obligations par le fiduciaire. Ainsi, les bénéficiaires devraient pouvoir se tourner vers ce dernier pour demander la réparation intégrale du dommage causé au patrimoine fiduciaire dans le régime de la responsabilité contractuelle et demander la même chose aux tiers dans le régime de la responsabilité délictuelle <sup>1535</sup>.

**969.-** Bien que le dommage soit nécessaire pour engager la responsabilité du tiers, il faut encore un lien de causalité entre le dommage et la faute du tiers, ce que nous allons analyser.

### § 3.- LE LIEN DE CAUSALITÉ

**970.-** Dans le cas de *knowing receipt*, le lien de causalité diffère, si la faute du tiers consiste en la réception du bien en connaissance de cause ou si elle consiste dans la

---

<sup>1533</sup> En ce sens, v. Ch. MITCHELL, « Assistance », *op. cit.*, p. 157 ; P. RIDGE, « Justifying the remedies for dishonest assistance », *op. cit.*, p. 457 et s.

Il en serait de même dans le cas d'une pluralité de *trustees*, où plus de deux seraient fautifs (en ce sens, v. W. A. PRESTON, *Etude sur les trusts et trustees*, H. DARAGON, 1904, p. 86).

<sup>1534</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, *op. cit.*, n° 30-14.

<sup>1535</sup> « Lorsque les éléments d'un dommage sont, les un et les autres, les conséquences de faits, fautifs ou non, de plusieurs personnes, la victime peut, à sa guise, réclamer à l'une quelconque d'entre elles – en assignant ou non les autres – la réparation intégrale du dommage » (F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 864).



violation du *constructive trust*. Si la faute du tiers est la première, sa faute dépend alors aussi d'une faute du *trustee*, plus spécifiquement de la transmission illégale d'un bien mis en *trust*. En conséquence, il faudra constater un lien de causalité entre la faute du *trustee* et le dommage causé au *trust fund*<sup>1536</sup>, ce dommage étant constitué par la sortie d'un de ses biens ; de plus il faudra constater que le tiers a reçu le bien sorti en violation du *trust*. En revanche, si la faute consiste à violer une de ses obligations comme *constructive trustee* (thèse à laquelle nous adhérons), il faudra qu'il existe un lien de causalité entre cette violation et le dommage causé au *constructive trust fund*<sup>1537</sup>.

**971.-** Comme dans *knowing assistance*, la responsabilité du tiers n'est engagée que si le *trustee* a violé une de ses obligations, il faudra donc d'abord prouver un lien de causalité entre la violation du *trustee* et le dommage causé au *trust fund*. Il faudra ensuite démontrer que les actions ou omissions des tiers ont réellement aidé le *trustee*<sup>1538</sup>. Ainsi, il ne suffit pas de montrer que le tiers a assisté malhonnêtement à la violation du *trust*, il faut encore prouver que la violation du *trustee* a causé un *dommage* au *trust fund*<sup>1539</sup>.

**972.-** Avant la décision de *Royal Brunei Airlines v Tan*<sup>1540</sup>, il fallait encore démontrer que la violation du *trustee* était de mauvaise foi<sup>1541</sup> ; en conséquence si le *trustee* avait commis une violation du *trust* en pensant que c'était dans le meilleur intérêt des *cestuis que trusts* ou s'il l'avait commise sans se rendre compte que son comportement constituait une violation, le tiers qui aurait agi de mauvaise foi en assistant ou en induisant la violation du *trust* n'aurait pas pu être rendu responsable pour le dommage causé au *trust fund*. Malgré l'incohérence que cela représente, ce n'est qu'en 1995 avec la décision de

---

<sup>1536</sup> Sur une analyse plus approfondie de ce sujet en droit de *trusts*, v. *supra*, n° 817 et s.

<sup>1537</sup> Les règles du lien de causalité des *express trusts* seront applicables dans cette situation, v. *supra*, n° 817 et s.

<sup>1538</sup> En ce sens, v. Ch. MITCHELL, « Assistance », *op. cit.*, p. 172.

Cela implique nécessairement que les actions ou omissions soient antérieures ou simultanées à la violation du *trustee* (en ce sens, v. *ibidem*, p. 173).

<sup>1539</sup> En ce sens, v. *ibidem*, p. 158.

Dans l'hypothèse où aucun dommage ne serait causé au *trust fund*, mais que les tiers se seraient enrichis, on peut se poser la question si le tiers serait-il obligé à céder ce gain au *trust fund* ; question à laquelle MITCHELL réponds affirmativement (in *ibidem*, p. 158).

<sup>1540</sup> [1995] 2 AC 378.

<sup>1541</sup> V. *Barnes v Addy* (1874) 9 Ch.App. 244 ; *Belmont Finance Corporation Ltd v Williams Furniture Ltd* [1979] Ch. 250, spéc. pp. 267 (*per* BUCKLEY LJ), 273 et 274 (*per* Goff LJ).

Cette position avait été critiquée (v. P. D. FINN, « The liability of third parties for knowing receipt or assistance », *op. cit.*, p. 207 et s.) même avant son rejet (v. *Royal Brunei Airlines v Tan* [1995] 2 AC 378, spéc. p. 385).

*Royal Brunei Airlines v Tan* que les intentions du *trustee* sont mises de côté et que seul le comportement du tiers est pris en compte <sup>1542</sup>. Ainsi, si un tiers a de mauvaise foi assisté à la violation par le *trustee* d'une de ses obligations, il sera tenu responsable pour le dommage causé bien que le *trustee* soit de bonne foi.

**973.-** En droit français, quand la méconnaissance du tiers a pour conséquence que le fiduciaire viole une de ses obligations contractuelles et que cela cause un dommage au patrimoine fiduciaire, il faudra démontrer un lien de causalité entre cette violation et le dommage causé ; il faudra aussi démontrer que la violation par le fiduciaire d'une de ses obligations est la suite immédiate et directe de la faute du tiers <sup>1543</sup>. En revanche, quand la faute des tiers n'est pas accompagnée d'une faute du fiduciaire, il faut seulement démontrer le lien de causalité entre le non respect du contrat de fiducie et le dommage causé, dans notre cas, au patrimoine fiduciaire <sup>1544</sup>.

---

<sup>1542</sup> [1995] 2 AC 378, spéc. p. 385

<sup>1543</sup> Ainsi par exemple, si le tiers cause un accident de voiture, avec comme conséquence que le fiduciaire ne peut plus exécuter une de ses obligations, on ne pourra pas parler d'un lien de causalité entre la faute du tiers et le dommage causé au patrimoine fiduciaire (rapp., v. M. FABRE- MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, p. 453).

<sup>1544</sup> Sur le lien de causalité dans le régime de la responsabilité extracontractuelle, v. F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 858 et s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

974.- Pour protéger le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, il faut avoir les moyens de le faire réparer quand un dommage a été causé. Si le patrimoine fiduciaire-*trust fund* peut être endommagé par un tiers, il peut l'être aussi par le fiduciaire-*trustee* titulaire de cette universalité. Comme le patrimoine fiduciaire-*trust fund* est à faveur des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, et non en faveur du fiduciaire-*trustee*, il faut que les bénéficiaires-*cestuis que trusts* puissent obtenir la réparation du dommage causé à cette universalité, non seulement de tiers, mais aussi du fiduciaire-*trustee*. Il en est ainsi en droit anglais, et il devrait l'être aussi en droit français, bien que cela ait comme effet la création d'une obligation envers le fiduciaire lui-même. Sauf si le fiduciaire-*trustee* est protégé par une clause de non-obligation ou d'irresponsabilité, sa responsabilité sera engagée quand la violation d'une de ses obligations cause un dommage au patrimoine fiduciaire-*trust fund* et qu'il existe un lien de causalité entre les deux. En droit anglais, le principe s'appuie sur la réparation en nature ; en effet, le *trustee* doit restituer au *trust fund* le bien qui est sorti sans autorisation ou qui n'a pas pu entrer à cause d'une faute du *trustee*. Ce n'est que quand la restitution n'est possible que le *trustee* sera condamné à une compensation pécuniaire. Si en droit français, le principe repose sur la libre appréciation du juge, dont le remède privilégié est l'allocation de dommages-intérêts, on pourrait trouver une source d'inspiration dans le droit anglais pour que les juges donnent plus d'importance à la réparation en nature, puisque cela peut s'avérer essentiel pour protéger le patrimoine fiduciaire. Il en est ainsi puisque la composition du patrimoine fiduciaire est un élément indispensable pour l'accomplissement de la mission fiduciaire, alors que l'allocation des dommages-intérêts peut s'avérer un remède insuffisant. Enfin, vient la question de l'évaluation du dommage : l'objectif est de déterminer le montant du dommage, ce qui est régi par le principe de la réparation intégrale du préjudice. Quand la réparation est pécuniaire, il faut une « équivalence quantitative » ; quand la réparation est en nature, il faudra une « équivalence qualitative ». Pour connaître le montant du dommage, et donc de la réparation, il faut connaître le jour où l'évaluation aurait lieu. Le principe, dans les deux droits en étude, est de se fixer sur le jour du jugement ; en revanche, certaines circonstances obligent le juge à évaluer le dommage à partir d'un autre jour.

975.- En ce qui concerne la responsabilité de tiers, en droit français, elle diffère, dans sa nature, de celle du fiduciaire : la responsabilité de tiers est délictuelle, alors que celle du fiduciaire est contractuelle. Pour engager la responsabilité du tiers, il faut aussi la réunion de trois éléments de la responsabilité. La faute du tiers dans la fiducie consiste dans la méconnaissance de la fiducie qui lui est opposable. Le régime de la faute du tiers dans le droit des *trusts* dépend de savoir si le tiers a reçu un bien en violation du *trust* (*knowing receipt*) ou si, sans le recevoir, il a aidé le *trustee* dans la violation du *trust* (*knowing assistance*). Dans *knowing assistance*, la faute consisterait à assister, avec connaissance de cause, le *trustee* dans la violation d'une de ses obligations. Dans *knowing receipt*, la connaissance que le bien a été transmis en violation du *trust* impose des obligations au tiers en tant que *constructive trustee* : la faute de tiers consisterait donc dans la violation de ses obligations. Dans la fiducie, comme dans l'hypothèse de *knowing assistance*, le dommage réparable serait celui causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund*, alors que dans l'hypothèse de *knowing receipt* le dommage réparable serait celui causé au *constructive trust fund*. Pour engager la responsabilité du tiers, il faut en plus un lien de causalité entre la faute du tiers et le dommage causé.

## CONCLUSION DU TITRE I

**976.-** Comme la fiducie-*trust* a de la force obligatoire, la violation par le fiduciaire-*trustee* d'une de ses obligations ouvre des remèdes au constituant et aux bénéficiaires-*cestuis que trusts*. Entre ces remèdes, certains affectent personnellement le fiduciaire-*trustee* ; et parmi ce type de remèdes, se trouvent d'abord ceux qui ont pour objectif d'obtenir l'exécution de la fiducie-*trust*. Entre les remèdes visant l'exécution de la fiducie-*trust*, on trouve ceux qui obtiennent l'exécution forcée de l'obligation méconnue. Ainsi le fiduciaire-*trustee* peut être contraint d'exécuter la même obligation qu'il avait promis de faire ; bien sûr, il faut que cela soit encore possible et que cela ne porte pas atteinte pas à sa liberté individuelle. Si en droit français, l'exécution forcée en nature est un droit du constituant et des bénéficiaires, elle s'impose donc aux juges. En droit anglais, ce n'est pas le cas : les juges ont en principe la liberté de choisir le remède qu'ils considèrent le plus approprié. En revanche, dans le droit du *trust* les juges anglais ordonnent généralement l'exécution forcée en nature, sans prendre en compte qu'il existe certaines hypothèses où l'exécution en nature s'impose aux juges. Un autre remède visant l'exécution en nature de la fiducie-*trust* est le remplacement du fiduciaire-*trustee*. Révoquer le fiduciaire-*trustee* fautif ou qui ne peut pas assurer la bonne administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, et en désigner un autre pour le substituer, permet de mettre en place un nouveau fiduciaire-*trustee* disposé à exécuter la fiducie-*trust* et à accomplir la mission fiduciaire.

**977.-** A côté des remèdes visant l'exécution de la fiducie-*trust*, on trouve ceux qui visent la réparation du dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Cette réparation ne serait ni à faveur de constituant, ni des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, mais il le serait à faveur du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Ainsi, quand le fiduciaire-*trustee* ou un tiers cause un dommage à cette universalité, leur responsabilité serait engagée, et ils devront réparer les dommages, dès lors qu'il existe un lien de causalité entre le dommage et leurs fautes.



## **TITRE II**

# **LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- *TRUST FUND* PAR DES REMÈDES DITS « RÉELS »**







**978.-** Une de violations typiques du fiduciaire-*trustee* consiste en le transfert d'un bien qui devrait rester pour autant dans le patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Pour protéger le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, il est pertinent que les bénéficiaires-*cestuis que trusts* disposent de moyens de récupérer les biens ainsi transférés. Ceci peut s'avérer essentiel quand le bien transféré est fondamental pour l'accomplissement de la mission du fiduciaire-*trustee*. Ainsi la question qui se pose est de savoir quel remède est ouvert aux bénéficiaires-*cestuis que trusts*, dans cette hypothèse.

**979.-** C'est à ce stade que la nature des droits des bénéficiaires-*cestuis que trusts* prend de l'importance. En effet, la propriété en *Equity (equitable property)* des *cestuis que trusts* sur les biens qui composent le *trust fund*, est le fondement des remèdes réels offerts pour faire face à la transmission d'un bien mis en *trust*. De même, par ce droit de propriété, les *cestuis que trusts* et le *trust fund* sont protégés des violations du *trustee*, autres que l'aliénation d'un bien mis en *trust*.

**980.-** Contrairement au droit anglais, les droits des bénéficiaires de la fiducie sont de nature personnelle <sup>1545</sup> ; en revanche, cela ne signifie pas qu'ils seraient démunis contre le transfert d'un bien fiduciaire. En effet, bien que les bénéficiaires n'aient pas un remède de nature réelle pour récupérer le bien transmis, le droit français offre des remèdes avec des effets similaires à ceux du droit anglais. Ainsi, même si les remèdes du droit français ne sont pas *conceptuellement* rattachés à la technique réelle, ils le sont au moins *fonctionnellement*, en ce sens qu'ils produisent un résultat *quasi* identique.

**981.-** En conséquence, nous analyserons dans un premier temps les vrais remèdes réels que le droit anglais offre aux *cestuis que trusts* (chapitre I), pour analyser ensuite les remèdes équivalents du droit français qu'on appelle faux remèdes réels (chapitre II).

---

<sup>1545</sup> En ce sens, v. C. DERGATCHEFF, « Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg », *JCP E* 2007, 2060, spéc. n° 4.



## CHAPITRE I

### LES VRAIS REMÈDES RÉELS

**982.-** Les *cestuis que trusts* se voient reconnaître un droit de propriété en *Equity* sur les biens mis en *trust*, ce qui explique les remèdes réels dont ils disposent pour faire face à certaines violations du *trust*. Les remèdes réels offerts aux *cestuis que trusts* consistent en la reconnaissance, ou en l'octroi d'un droit réel sur un bien déterminé. En conséquence, avant d'analyser les typologies des remèdes réels (section II), il convient d'étudier les processus permettant de localiser des biens sur lesquels un droit réel est reconnu ou donné aux *cestuis que trusts* (section I).

#### SECTION I.- LE PROCESSUS D'IDENTIFICATION DES BIENS OBJETS DES REMÈDES RÉELS

**983.-** Pour pouvoir imposer des remèdes de nature réelle, il faut d'abord pouvoir identifier les biens sur lesquels ces remèdes vont être exercés <sup>1546</sup>. Ainsi, quand un bien mis en *trust* est transmis en violation du *trust*, avant que les *cestuis que trusts* puissent se faire octroyer un remède réel, il faut qu'ils identifient non seulement le bien qui fera l'objet de ce remède, mais aussi la personne qui le détient. Pour faire face aux problèmes d'identification, le droit anglais a deux processus différents : le premier est connu sous le nom de *following* (§ 1), alors que le deuxième s'appelle *tracing* (§ 2).

##### § 1.- LE PROCESSUS DE *FOLLOWING*

---

<sup>1546</sup> Le processus d'identification n'est pas spécifique aux remèdes réels ; en revanche, on les analysera ici puisque les processus d'identification ont plus d'importance dans les cas des remèdes réels (dans un sens proche, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 41-06).

**984.-** En principe, quand le *trustee* transfère un bien en violation du *trust*, le droit de propriété en *Equity* des *cestuis que trusts* sur ce bien continue d'exister <sup>1547</sup> ; par voie de conséquence, ils vont pouvoir suivre ce bien entre les mains du nouvel acquéreur. L'action qui consiste à suivre un bien entre les mains des acquéreurs successifs est connue, en droit anglais, sous le nom de *following* <sup>1548</sup>.

**985.-** En suivant un bien entre les mains des acquéreurs successifs, on va pouvoir non seulement identifier la personne qui détient le bien (objet du litige), mais aussi identifier tous les acquéreurs successifs. Cela va permettre aux *cestuis que trusts* d'exercer les actions réelles contre le possesseur actuel, mais aussi d'engager la responsabilité des autres possesseurs qui auraient reçu le bien fautivement <sup>1549</sup>. Ainsi, le processus de *following* n'est pas seulement un préalable aux actions réelles, mais est aussi bien nécessaire dans certaines actions personnelles.

**986.-** Instinctivement on pense à notre droit de suite, mais dans le droit français le droit de suite est analysé comme une prérogative attachée à tout droit réel permettant « au titulaire de celui-ci de saisir le bien grevé du droit en quelque main qu'il se trouve » <sup>1550</sup>. En revanche *following* n'est analysé que comme un processus par lequel on localise un bien déterminé <sup>1551</sup> et par lequel on identifie aussi les personnes qui auraient détenu, à un moment donné, ce bien.

**987.-** L'objectif principal de localiser le bien, qui serait sorti en violation du *trust*, est de permettre aux *cestuis que trusts* d'obtenir des remèdes réels pour faire face à cette violation ; comme cela dépend de leur droit de propriété en *Equity* sur le bien transféré illégalement, on peut bien imaginer que le processus de *following* dépend de ce que ce droit continue à subsister. De ce fait, le processus de *following* serait juridiquement inutile, si les *cestuis que trusts* perdaient leur droit de propriété sur le bien qu'ils suivent (par

---

<sup>1547</sup> Bien que le bien soit transféré en violation du *trust*, il existe des cas où les *cestuis que trusts* perdent leur droit de propriété en *Equity* sur ce bien, v. *infra*, note de page n° 1627.

<sup>1548</sup> En ce sens, v. *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102, spéc. p. 127.

<sup>1549</sup> Ainsi, par exemple si le *trustee* avait transféré en violation du *trust* un bien à B (qui était de mauvaise foi), et que ce dernier avait transféré à son tour ce même bien à C (de mauvaise foi lui aussi), les *cestuis que trusts*, grâce au processus de *following* vont pouvoir identifier B et C comme des acquéreurs successifs du bien du *trust*, et donc exercer des actions réelles à l'encontre de C, et si nécessaire engager la responsabilité de B pour le dommage causé.

<sup>1550</sup> G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, op. cit., v° Suite.

exemple si le bien transféré avait été acquis à titre onéreux par une personne de bonne foi qui n'aurait pas eu connaissance de violer le *trust* par ce transfert ; il en serait ainsi puisque ce tiers aurait aussi acquis la propriété en *Equity* du bien transféré <sup>1552</sup>).

**988.-** Si la perte du droit de propriété en *Equity* des *cestuis que trusts* est un obstacle juridique au processus de *following* <sup>1553</sup>, des obstacles matériels au processus de *following* se rencontrent. En effet, chaque fois qu'il serait impossible de localiser le bien objet du litige, le processus de *following* serait dans une impasse, et ne pourrait plus continuer.

**989.-** En revanche, dans certaines circonstances, le processus de *tracing* vient à l'aide des *cestuis que trusts* pour faire face aux obstacles juridiques ou matériels qui ont mis fin au processus de *following*.

## § 2.- LE PROCESSUS DE *TRACING*

**990.-** Comme juridiquement il est possible de considérer qu'un bien prenne la place d'un autre, il faut un processus pour identifier le bien, ou les biens, qui représente(nt) le bien remplacé ; c'est là l'objectif du processus de *tracing*. Ainsi, quand le bien acquis par le *trustee* (ou transmis au tiers en violation du *trust*) est considéré comme étant juridiquement remplacé par un nouveau bien, le processus de *tracing* va permettre aux *cestuis que trusts* d'identifier quel bien (ou biens) représente(nt) le bien originellement mis en *trust* <sup>1554</sup> ; par voie de conséquence, les personnes qui ont reçu le bien sont aussi identifiées <sup>1555</sup>. Pour que les *cestuis que trusts* puissent suivre la piste de leur droit de

---

<sup>1551</sup> En ce sens, v. *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102, spéc. p. 127.

<sup>1552</sup> V. *infra*, note de page n° 1620.

<sup>1553</sup> Comme *following* n'est qu'un processus d'identification, cela implique que même si nous n'avions aucun droit réel sur un bien, il serait possible de le suivre pour découvrir le possesseur de ce bien ; en revanche, pour le faire juridiquement, il faudra démontrer avoir un intérêt juridique sur ce bien, pour que le pouvoir judiciaire offre son assistance.

<sup>1554</sup> En ce sens, v. *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102, spéc. p. 127.

*Tracing* est un processus qui appartient à la *Common law* comme à *Equity* ; mais comme la propriété des *cestuis que trusts* n'est reconnue qu'en *Equity*, seules les règles d'*Equity* sont applicables. Ainsi on n'analysera pas les règles de *tracing* dans la *Common law* (sur le sujet, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, op. cit., p. 828 et s.).

<sup>1555</sup> En ce sens, v. *Boscawen v Bajwa* [1996] 1 WLR 328, spéc. p. 334.

propriété sur un bien nouveau, *tracing* a tout un arsenal de règles qui permet d'identifier quand le bien originairement mis en *trust* est susceptible d'être considéré comme substitué par un autre.

**991.-** De cette manière, la différence entre *tracing* et *following* réside dans le fait que *tracing* s'intéresse au remplacement successif de biens entre les mains d'une même personne, alors que *following* s'intéresse au même bien qui passe entre les mains de personnes successives<sup>1556</sup>. Malgré cette différence, les deux processus peuvent être utilisés dans un même cas.

**992.-** Puisque *tracing* n'est qu'un processus d'identification, ses règles ne déterminent pas les droits des *cestuis que trusts* sur les biens identifiés<sup>1557</sup> ; en revanche il faut admettre que l'objet principal de ce processus est d'affirmer un droit de propriété sur les nouveaux biens<sup>1558</sup>. En effet, une fois identifié le bien qui représente le bien originairement mis en *trust*, les *cestuis que trusts* vont pouvoir faire valoir leur droit de propriété en *Equity* sur ce nouveau bien, et exercer les actions réelles correspondantes. En revanche, on ne peut pas nier que le processus de *tracing* soit aussi nécessaire pour engager la responsabilité de la personne qui aurait reçu le bien appartenant en *Equity* aux *cestuis que trusts*<sup>1559</sup>. Il en va ainsi puisque c'est grâce à ce processus que les personnes qui détiennent le bien ou qui, à un moment, l'auraient détenu sont identifiées : donc si cette détention avait été fautive, leur responsabilité pourrait être engagée.

---

<sup>1556</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 41-05.

<sup>1557</sup> En ce sens, v. *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102, spéc. p. 128 ; *Boscawen v Bajwa* [1996] 1 WLR 328, spéc. p. 334 ; *Jones & Sons (Trustee) v Jones* [1997] Ch. 159, spéc. p. 169 et 170.

Pour cette raison, il faut faire attention quand on lit le chapitre consacré au *tracing* du livre de G. THOMAS et A. HUDSON (in *The law of trusts, op. cit.*, 33.01 et s.) puisqu'ils utilisent *tracing* comme s'il s'agissait d'une action, ou d'un remède (cette erreur a été bien vue dans un compte rendu de leur livre, v. L. CHAN HO, [2005] 64 *Cam. L.J.* 752, spéc. p. 753).

<sup>1558</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 823 et 826.

<sup>1559</sup> En ce sens, v. P. BIRKS, « 8. Trusts in the recovery of misapplied assets: tracing, trusts, and restitution », in *Commercial aspects of trusts and fiduciary obligations*, s. la dir. de E. MCKENDRICK, Clarendon Press, 1992, p. 149 et s., spéc. p. 158.

**993.-** Pour déclencher les règles de *tracing*, certaines jurisprudences anglaises prennent comme pré-condition l'existence d'une *fiduciary relationship*<sup>1560</sup> ; en réalité la pré-condition est le droit de propriété en *Equity* des *cestuis que trusts* du bien originairement mis en *trust*<sup>1561</sup>. En effet, le fait qu'il existe une *fiduciary relationship* entre le *trustee* et les *cestuis que trusts* ne suffit pas à lui seul pour déclencher les règles du *tracing*. Ainsi par exemple, si le *trustee* vend un bien qui lui appartient personnellement, malgré la *fiduciary relationship* avec les *cestuis que trusts* les règles de *tracing* ne seraient pas déclenchées, puisque ces derniers n'ont aucun droit de propriété sur ce bien. En revanche, puisque les *fiduciary relationships* sont une source de création des droits de propriétés en équité, on comprend d'où peut venir l'opinion de considérer qu'elle soit une pré-condition aux règles des *tracing*<sup>1562</sup>.

**994.-** On pourrait être tenté de considérer que la violation du *trust*<sup>1563</sup> est aussi une pré-condition du processus de *tracing*. Pourtant, ce n'est pas le cas, puisque comme les règles de *tracing* ont comme seul objectif d'identifier le bien nouveau sur lequel le droit de propriété des *cestuis que trusts* va être conservé, ces règles peuvent avoir lieu en dehors de toute violation du *trust*. En effet, *tracing* est nécessaire pour savoir la composition actuelle du *trust fund* : pour cela il faudrait identifier quels sont les biens nouveaux qui ont remplacé les biens originairement placés par le *settlor*<sup>1564</sup>. En revanche, le domaine de prédilection du *tracing* est l'hypothèse où un bien mis en *trust* serait sorti en violation du *trust* (soit que le *trustee* s'approprie illégalement un bien, soit que le *trustee* ait transféré un des biens à un tiers sans autorisation).

**995.-** La transposition du droit de propriété des *cestuis que trusts*, du bien ancien au droit nouveau, implique nécessairement que la disparition du bien ancien soit la cause de

---

<sup>1560</sup> V. *Boscawen v Bajwa* [1996] 1 WLR 328, spéc. p. 335 ; *Agip (Africa) Ltd v Jackson* [1990] Ch. 265, spéc. p. 290. En ce sens aussi, v. S. EVANS, « Constructive trusts and tracing », (1994) 2 J.F.C. 222, spéc. p. 230.

<sup>1561</sup> En ce sens, v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, 2<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, n° 33.31 et 33.36 (l'auteur n'utilise pas le terme de propriété, mais celui d'*equitable interest* qui est considéré comme un droit de propriété) ; R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 843.

<sup>1562</sup> Pour un exemple de l'étroite relation entre la notion de propriété et de la notion de *fiduciary relationship*, il suffit de lire un des paragraphes de la jurisprudence de *Sinclair v Broughman* [1914] AC 398, spéc. p. 404.

<sup>1563</sup> Pour la définition de violation du *trust*, v. *supra*, n° 785.

<sup>1564</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust*, *op. cit.*, n° 41-12.

l'apparition du bien nouveau <sup>1565</sup> ; un auteur français parle alors de « rapport de provenance » <sup>1566</sup>. Dans *Re Hallett's Estate* <sup>1567</sup> une distinction est faite selon que la provenance du bien nouveau est totalement due au bien ancien, ou qu'une autre source est aussi la cause du bien nouveau. Dans la première hypothèse, nous serions dans ce que les anglais appellent *clean substitutions* <sup>1568</sup> ; il en serait ainsi par exemple si un œuvre d'art était échangée contre une maison. En revanche, dans la deuxième hypothèse, quand la provenance n'est que partielle, c'est-à-dire que la valeur totale du bien nouveau ne peut pas être attribuable entièrement à la valeur du bien ancien, et donc qu'une autre source aurait contribué aussi à la valeur totale du bien nouveau <sup>1569</sup>, nous serions dans ce que les anglais appellent *mixed substitution*. Il en serait ainsi par exemple si le *trustee* achetait un bien avec son propre argent et avec de l'argent mis en *trust*. Malgré la distinction entre ces deux hypothèses, l'objectif des règles de *tracing* est le même : identifier le nouveau bien sur lequel serait reporté le droit de propriété des *cestuis que trusts*.

**996.-** Dans l'hypothèse d'une *clean substitution*, les règles de *tracing* vont permettre aux *cestuis que trusts* d'identifier quel est le bien qui aurait remplacé le bien ancien, et donc de leur permettre de conserver leur droit de propriété en *Equity* sur la totalité de ce nouveau bien et d'exercer sur ce bien les remèdes réels qu'ils considèrent être les plus appropriés.

**997.-** Dans le cas d'une *mixed substitution*, un premier principe peut être formulé : quand le bien appartenant aux *cestuis que trusts* ne peut plus être individuellement identifié, sa propriété est conservée sur la quote-part de la propriété du bien (remplaçant), en conformité à leur contribution.

**998.-** Il en est ainsi dans le cas où le bien mis en *trust* serait une chose de genre et serait confondu avec d'autres biens du même genre qui ne font pas partie du *trust fund*. Dans cette hypothèse, comme il n'est plus possible d'identifier quel bien faisait partie du *trust fund*, la propriété sur ce bien est perdue ; donc pour faire face à cette situation, *Equity*

---

<sup>1565</sup> En ce sens sur la subrogation réelle, v. E. SAVAUX, *Rép. civ. Dalloz*, v° Subrogation réelle, spéc. n° 45.

<sup>1566</sup> RANOUIL, in *ibidem*.

<sup>1567</sup> (1879) 13 Ch.D. 696, spéc. p. 709 (le bien en cause était de l'argent).

<sup>1568</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 41-07.

<sup>1569</sup> En ce sens, v. *ibidem*.



reporte le droit de propriété, que les *cestuis que trusts* avaient sur l'ancien bien, sur l'agglomération des biens dont font partie les biens mis en *trust* en proportion à leur contribution <sup>1570</sup>. En conséquence, il suffirait d'identifier l'agglomération dont fait partie le bien « du » *trust*.

**999.-** Un autre exemple s'observe quand un bien est payé avec de l'argent provenant de diverses sources. Puisque le prix payé est considéré comme la substitution du bien payé, si l'argent mis en *trust* a été utilisé, alors les *cestuis que trusts* vont pouvoir conserver leur droit de propriété sur ce bien nouveau, en proportion à leur contribution <sup>1571</sup>. En guise d'exemple de cette situation, il suffit d'analyser le cas de *Foskett v McKeown* où un *trustee* contracte personnellement une assurance-vie ; les trois premiers paiements ont été effectués avec l'argent personnel du *trustee*, mais les deux derniers avec de l'argent mis en *trust*. Le *trustee* est décédé et les primes ont été payées aux bénéficiaires de l'assurance-vie. Les *cestuis que trusts* ont demandé que leur droit de propriété en *Equity* soit conservé proportionnellement sur les primes payées. Si la cour d'appel n'a pas été favorable à leur demande <sup>1572</sup>, la *House of Lords* a renversé leur décision et favorisé les *cestuis que trusts* <sup>1573</sup>.

**1000.-** A côté de ce principe, *tracing* présente des règles spéciales pour l'hypothèse où un compte bancaire recevrait des dépôts de diverses sources. Il en serait ainsi par exemple si dans la compte bancaire « du » *trust A*, le *trustee* avait déposé de l'argent qui lui appartient personnellement ou qui « appartiendrait » à un autre *trust* ; ou encore si le

---

<sup>1570</sup> V. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, op. cit., p. 848.

En droit Français quand des choses de genre d'A se mélange avec des choses du même genre de B et ne peuvent plus être identifiable, ce dernier devient propriétaire des biens qui appartenait à A. En conséquence, A n'aurait qu'un droit personnel à l'encontre de B. Il suffit d'analyser le dépôt irrégulier pour comprendre cette situation (v. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n° 33501 et s.).

<sup>1571</sup> V. *Re Oatway* [1903] 2 Ch. 356, spéc. p. 359 et 360.

<sup>1572</sup> *Foskett v McKeown* [1998] Ch. 265 (pour des commentaires sur cette jurisprudence, v. J. STEVENS, « Equitable tracing into the proceeds of a life insurance policy partially funded with misappropriated trust money », [1998] *Conv.* 406 ; G. McCORMACK, « The proceeds of tracing », (1998) 19 *Comp. Law* 80 ; L. D. SMITH, « Tracing into life insurance proceeds », (1997) 113 *L.Q.R.* 552).

<sup>1573</sup> *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102 (pour des commentaires sur cette jurisprudence, v. C. ROTHERHAM, « Trust property and unjust enrichment : tracing into the proceeds of life insurance policies », (2000) 59 *Cam. L.J.* 440 ; J. STEVENS, « Vindicating the proprietary nature of tracing », [2001] *Conv.* 94).

*trustee* avait déposé de l'argent qui « appartient » à un *trust* déterminé dans un compte bancaire qui n'« appartient » pas à ce *trust* <sup>1574</sup>.

**1001-** Tout d'abord il faut savoir quel est le bien considéré comme la substitution de l'argent déposé. Quand une personne fait un dépôt dans un compte bancaire, la banque devient le propriétaire absolu de l'argent déposé : en conséquence les *cestuis que trusts* perdent leur droit de propriété sur cet argent ; en revanche, une créance est née au profit du titulaire du compte bancaire à la hauteur du solde <sup>1575</sup>. C'est cette créance qui est considérée comme la substitution de l'argent déposé et sur laquelle est conservé le droit de propriété en *Equity* des *cestuis que trusts* <sup>1576</sup>.

**1002.-** Le point de départ est le principe formulé dans les paragraphes précédents : le droit de propriété en *Equity* des *cestuis que trusts* sur l'argent déposé serait reporté sur le solde du compte bancaire en proportion de leur contribution <sup>1577</sup>. En revanche, d'autres règles s'appliquent quand le titulaire du compte fait des retraits, ou achète des biens avec les fonds de ce compte. En effet, *tracing* a créé des règles spéciales pour déterminer si dans ces hypothèses le solde du compte bancaire, ou le bien acheté avec les fonds de ce compte, représente ou non le bien originellement mis en *trust*.

**1003.-** Les règles applicables, dans le cas où le *trustee* aurait déposé fautivement dans son compte bancaire de l'argent « appartenant » au *trust*, diffèrent des règles applicables dans le cas où l'argent « du » *trust* serait confondu avec l'argent d'un tiers

---

<sup>1574</sup> Puisque l'objectif est d'identifier le bien nouveau qui aurait remplacé le bien qui appartenait en *Equity* aux *cestuis que trusts*, nous n'analyserons que l'hypothèse où les dépôts se font dans un compte bancaire qui n'« appartient » pas au *trust* ; dans le cas contraire, si le compte bancaire « relevait » du *trust* et que les dépôts étaient faits d'argent appartenant au *trustee* ou à un tiers, se serait leur droit de propriété qui serait reporté sur la créance (« appartenant » au *trust*) à l'encontre du bancaire.

<sup>1575</sup> En ce sens, v. *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102, spéc. p. 110.

<sup>1576</sup> Comme c'est la créance à l'encontre du banquier qui est considérée comme la substitution de l'argent « du » *trust*, alors, si avant le dépôt de l'argent « du » *trust* le solde du compte était en débit, il n'y aurait aucune créance pour le montant déposé, qui serait à la hauteur du débit à faveur du banquier ; il arriverait la même chose si les fonds du compte étaient épuisés ultérieurement (v. *Bishopsgate Investment Management Ltd (in liquidation) v Homan* [1995] Ch. 211 [sur des commentaires de cette jurisprudence, v. J. BRESLIN, « Tracing into an overdrawn bank account : when does money cease to exist ? », (1995) 16 *Comp. Law* 307 ; A. JONES, « Identification of improperly appropriated trust money – mixing and Maxwell », [1996] *Conv.* 129]).

Dans les hypothèses où le droit de propriété des *cestuis que trusts* est perdu, ils auraient quand même la possibilité d'engager la responsabilité du *trustee* (en ce sens, v. A. W. SCOTT, « The right to follow the money wrongfully mingled with other money », (1913) 27 *Harv. L. Rev.* 125, spéc. p. 127).

<sup>1577</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 41-50.

innocent dans un même compte bancaire (par exemple quand le *trustee* aurait mis dans un même compte bancaire de l'argent faisant partie de deux *trust funds* différents) <sup>1578</sup>.

**1004.-** Si le *trustee* a déposé de l'argent mis en *trust* dans son compte bancaire personnel et qu'ensuite il ait dissipé une partie des fonds de son compte, la question qui se pose est de savoir si les *cestuis que trusts* ont, à la hauteur de leur contribution, un droit de propriété sur la créance du solde restant, ou s'il sera diminué par les retraits faits par le *trustee*. Comme exemple du problème, imaginons que dans le compte bancaire du *trustee* il y ait £ 50 avant qu'il dépose £ 50 « appartenant » au *trust*. Ainsi, sur la créance de £100 à l'encontre du banquier, cinquante pourcent appartient aux *cestuis que trusts*. Si le *trustee* ait dissipé £ 40, il reste un solde de £ 60 : sur la créance sur ce solde, le droit de propriété des *cestuis que trusts* serait-il à la hauteur de £50, ou seulement en proportion de leur contribution qui est de cinquante pourcent, donc £ 30 ?

**1005.-** La réponse à cette question nous la trouvons dans le cas de *Re Hallett's Estate* <sup>1579</sup>. Les faits sont les suivants : une personne était le *trustee* de son propre contrat de mariage et faisait des inversions pour un client ; il a déposé de l'argent du *trust* et de son client, dans son propre compte bancaire ; plus tard, il a réalisé des retraits de son compte bancaire, et à sa mort, il y avait assez pour satisfaire les demandes des *cestuis que trusts* et du client, mais non pas ceux de ses créanciers. La question qui s'est alors posée à la cour était de savoir si les *cestuis que trusts* et le client pouvaient affirmer un droit de propriété en *Equity* de la créance de restitution du solde du compte bancaire sur la totalité de leurs contributions. Pour décider en faveur des *cestuis que trusts* et du client, la cour a créé une présomption légale selon laquelle le *trustee* avait dépensé son argent d'abord et avait préservé l'argent du *trust* ; plus précisément, le *trustee* ne pouvait pas dire qu'il avait utilisé les fonds « du » *trust* quand il avait la possibilité d'utiliser les siens <sup>1580</sup>.

---

<sup>1578</sup> Pour un exemple de l'application des règles de *tracing* quand les deux parties sont innocentes, v. *Re Diplock* [1948] Ch. 465.

<sup>1579</sup> (1880) 13 Ch.D. 696.

<sup>1580</sup> *Ibidem*, spéc. p. 726 et s.

En ce sens aussi, v. *James Roscoe (Bolton) Ltd v Winder* [1915] 1 Ch. 62, spéc. p. 67 ; *Boscawen v Bajwa* [1996] 1 WLR 328, spéc. p. 336 ; *El Ajou v Dollar Land Holdings plc & Anor* [1994] B.C.C. 143 (dans ce cas des investisseurs ont été fraudés, et une part de l'argent obtenu de la fraude a été transféré à Panama. Le demandeur arguait que l'argent transféré représentait son argent. L'argent pouvait représenter de l'argent d'autres victimes des fraudes, en revanche la cour n'a pas permis que cet argument puisse être utilisé comme une défense des fraudeurs à l'encontre des actions du demandeur victime de la fraude [spéc. p. 155]).

**1006.-** De cette manière, pour protéger les *cestuis que trusts*, il est présumé que le *trustee* a dissipé son propre argent, non pas celui « des » *cestuis que trusts* ; en conséquence, ces derniers vont pouvoir conserver leur droit de propriété en *Equity* sur la créance de restitution du solde restant à la hauteur de leur contribution <sup>1581</sup>, et non pas proportionnellement à leur contribution.

**1007.-** En revanche, quand les fonds du compte bancaire ont été dissipés au-dessous de la contribution de l'argent « du » *trust* et que d'autres dépôts ont été faits, les *cestuis que trusts* ne peuvent pas affirmer leur droit de propriété sur la créance de restitution de ces nouveaux dépôts <sup>1582</sup> (sauf si les nouveaux dépôts ont été réalisés avec l'intention de restaurer les fonds « appartenant » aux *cestuis que trusts* <sup>1583</sup>), et donc leur droit de propriété sur la créance de restitution n'est plus à la hauteur de leur contribution, mais à la hauteur du solde intermédiaire.

**1008.-** Ainsi par exemple si le solde du compte bancaire du *trustee* est de £500, avant qu'il ait déposé £100 « appartenant » au *trust*, et qu'ensuite il ait fait un retrait de £550, cela aurait comme effet de laisser le solde du compte à £50. Donc si le *trustee* fait un nouveau dépôt de £200, les *cestuis que trusts* ne pourraient réclamer que £50, même si leur contribution initiale a été de £100. Cela s'explique par le fait que la présomption que le *trustee* aurait dissipé son argent n'est plus applicable, puisque dans cette hypothèse aucun doute n'existe que le *trustee* ait aussi dissipé de l'argent qui « appartenait » originellement au *trust* <sup>1584</sup>.

**1009.-** La règle établie dans *Re Hallet's Estate* n'est pas absolue. En effet elle ne s'applique pas dans l'hypothèse où le *trustee* aurait acheté des biens avec les fonds de son compte bancaire et que le solde de ce compte serait épuisé. Au contraire, le droit de propriété en *Equity* de *cestuis que trusts* s'évanouirait ; pour les protéger, et conserver leur

---

<sup>1581</sup> Si en droit français on ne parle pas d'un droit de propriété sur l'obligation de restitution du bancaire, en droit anglais du *trust*, les auteurs utilisent librement la notion de propriété dans cette hypothèse.

<sup>1582</sup> En ce sens, v. *James Roscoe (Bolton) Ltd v Winder* [1915] 1 Ch. 62, spéc. p. 68 ; *Bishopsgate Investment Management Ltd (in liquidation) v Homan* [1995] Ch. 211.

<sup>1583</sup> En ce sens, v. A. W. SCOTT, « The right to follow the money wrongfully mingled with other money », *op. cit.*, p. 133.

<sup>1584</sup> V. *James Roscoe (Bolton) Ltd v Winder* [1915] 1 Ch. 62, spéc. p. 68.

droit de propriété, une autre présomption légale est créée : il serait présumé que le *trustee* aurait acheté le bien avec l'argent du *trust*, non pas avec son propre argent. Donc le droit de propriété de *cestuis que trusts* survivrait dans le bien acheté par le *trustee* <sup>1585</sup>.

**1010.-** Cela a comme avantage pour les *cestuis que trusts*, que l'augmentation de la valeur du bien serait au profit des *cestuis que trusts*, ainsi que tout revenu que le bien produirait. Il paraîtrait que si le bien avait été acheté non seulement avec les fonds considérés comme appartenant aux *cestuis que trusts*, mais aussi avec ceux appartenant au *trustee*, ils seraient copropriétaires du bien en conformité à leurs contributions.

**1011.-** De cette façon le droit de propriété en *Equity* des *cestuis que trusts* est protégé grâce à deux présomptions légales : la première est que les fonds dissipés « appartiennent » au *trustee*, donc le solde restant du compte bancaire « appartient » en *Equity* aux *cestuis que trusts* ; la deuxième, c'est que, lorsque les fonds du compte bancaire personnel du *trustee* sont dissipés et que des biens ont été achetés avec ces fonds, cet achat aurait été fait avec l'argent « appartenant » aux *cestuis que trusts*. En réalité ces deux présomptions font partie d'un principe plus général qui consiste en ce que, lorsqu'une personne a la possibilité d'agir de bonne foi, elle ne pourrait pas être considérée comme ayant agi de mauvaise foi ; en conséquence, le *trustee* est présumé toujours agir d'une manière qui préserve l'argent du *trust* <sup>1586</sup>, donc le *trustee* n'a pas le droit de dire qu'il a agi à l'encontre du *trust* <sup>1587</sup>.

**1012.-** Une hypothèse qui mérite notre attention serait celle où, bien que le *trustee* ait acheté des biens avec l'argent du compte bancaire, le solde du compte suffirait pour satisfaire les *cestuis que trusts*. Dans cette hypothèse, se pose la question de savoir si le droit de propriété de *cestuis que trusts* se reporte sur le solde du compte bancaire ou sur le

---

<sup>1585</sup> V. *Re Oatway* [1903] 2 Ch. 356, spéc. p. 360 et 361.

<sup>1586</sup> En ce sens, v. *Re Hallett's Estate* (1880) 13 Ch.D. 696, spéc. p. 727 ; R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 850 et 851.

<sup>1587</sup> Ainsi dans *Re Hallett's Estate* ([1880] 13 Ch.D. 696, spéc. 727) il a été statué que « quand un individu fait un acte qui peut être effectué correctement [...] il n'est autorisé à rien dire contre la personne qui a droit à la propriété ou contre le droit qu'il a effectué cet acte de façon incorrecte » (« *when a man does an act which may be rightfully performed [...] he is not allowed to say against the person entitled to the property or the right that he has done it wrongfully* »).

bien acheté par le *trustee*. Cette question n'est pas sans importance, surtout quand la valeur du bien acheté a augmenté <sup>1588</sup>, ou encore quand la banque devient insolvable.

**1013.-** Dans *Re Tilley's Will Trust*, il est établi que si le *trustee* avait utilisé de l'argent « appartenant » au *trust* pour payer le prix du bien acheté, les *cestuis que trusts* auraient eu un droit réel sur ce bien <sup>1589</sup>. En revanche, prouver cela serait très difficile dans l'hypothèse d'un compte bancaire <sup>1590</sup>, ce qui laisse la question encore sans réponse.

**1014.-** La réponse à cette question peut être déchiffrée grâce à la technique de la subrogation réelle, puisque le fait que *tracing* est un processus d'identification, implique nécessairement que c'est par la voie d'une autre technique que le droit de propriété des *cestuis que trusts* passe d'un bien à un autre. Bien que les auteurs anglais ne fassent pas mention de la technique usée pour arriver à ce résultat, on pense naturellement à la subrogation réelle. En effet, l'objectif du droit anglais ressemble à celui de la subrogation réelle, qui consiste dans « la conservation d'un droit dont l'existence est menacée par la disparition du bien sur lequel il porte [...] par le report de ce droit sur un nouveau bien » <sup>1591</sup>.

**1015.-** Donc, si c'est par la technique de la subrogation réelle que le droit de propriété des *cestuis que trusts* est conservé, la réponse devrait être que les *cestuis que trusts* ne peuvent maintenir leur droit de propriété que sur la créance de restitution du solde du compte bancaire, puisque ce droit n'ayant pas disparu, la subrogation réelle n'a pas besoin de jouer. Si dans *Re Tilley's Will Trust* <sup>1592</sup>, les juges sont arrivés à cette même solution, en revanche, ils n'ont pas raisonné autour de la notion de subrogation réelle. Les juges se sont limités à dire qu'il n'y avait aucune preuve que le *trustee* ait eu l'intention d'user l'argent « du » *trust*, et qu'en plus le *trustee* avait des fonds suffisant pour le faire

---

<sup>1588</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 852.

<sup>1589</sup> [1967] Ch. 1179, spéc. p. 1189.

<sup>1590</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 852.

Dans l'hypothèse où le *trustee* aurait une obligation de faire un investissement déterminé et qu'il le ferait avec les fonds de son compte bancaire, on pourrait faire la présomption qu'il a usé les fonds « du » *trust*.

<sup>1591</sup> E. SAVAUX, *Rép. civ. Dalloz*, v° Subrogation réelle, spéc. n° 1.

En ce sens un auteur a écrit que le processus de *tracing* implique la préservation d'un droit de propriété (v. J. STEVENS, « Vindicating the proprietary nature of tracing », *op. cit.*, p. 101).

puisqu'il avait déjà réalisé plusieurs opérations avant même d'avoir mélangé dans son compte personnel l'argent « du » *trust* ; ils ont aussi considéré que la proportion de l'argent « du » *trust* était minime en comparaison de l'argent du *trustee* <sup>1593</sup>.

**1016.-** Quant à l'hypothèse où un compte bancaire aurait reçu des dépôts d'argent mis en *trust* et d'argent d'une autre partie innocente, les règles de *tracing* ont comme objectif d'être impartiales entre eux puisque les deux (par exemple les *cestuis que trusts* et le tiers) sont de personnes qui n'ont commis aucune faute. Ainsi, dans le cas où le titulaire du compte bancaire aurait fait des retraits, la question qui se pose est de savoir si les *cestuis que trusts* ont, à la hauteur de leur contribution, un droit de propriété sur la créance du solde restant, ou s'il sera diminué par les retraits effectués par le titulaire du compte.

**1017.-** Dans l'hypothèse où le compte bancaire n'est pas un compte courant, les retraits sont déduits proportionnellement des contributions faites avec l'argent « du » *trust* ; en d'autres termes, les innocents contributeurs aux fonds du compte bancaire seront traités de manière égale <sup>1594</sup>. Quant aux comptes courants, le point de départ dans cette hypothèse est la règle établie dans *Clayton's Case* <sup>1595</sup> : elle consiste dans la présomption que l'argent déposé premièrement, serait dépensé premièrement <sup>1596</sup>. De cette manière, il y a une protection des dépôts réalisés plus tard, puisque plus le dépôt aura été effectué tard, plus grandes sont les possibilités que ce dépôt soit représenté dans le solde du compte bancaire.

**1018.-** En revanche, l'application de cette règle peut avoir comme conséquence de produire des effets injustes, puisqu'une des parties innocentes va souffrir une perte en faveur de l'autre, sans qu'on puisse dire que le fait d'être premier en temps soit une raison suffisante pour lui imposer cette perte <sup>1597</sup>. En réalité bien que la règle de *Clayton's Case* soit considérée comme le principe, en réalité elle est devenue l'exception dans des

---

<sup>1592</sup> [1967] Ch. 1179.

<sup>1593</sup> *Ibidem*, spéc. p. 1190 et s.

<sup>1594</sup> En ce sens, v. *Re Diplock* [1948] Ch. 465, spéc. p. 524 ; M. PAWLOWSKI, « The demise of the rule in Clayton's case », [2003] *Conv.* 339, spéc. p. 342

<sup>1595</sup> (1816) 1 Mer. 572.

<sup>1596</sup> *Ibidem*, spéc. p. 608

<sup>1597</sup> Dans un sens proche, v. G. McCORMACK, « The eye of equity : identification principles and equitable tracing », (1996) *J.B.L.* 225, spéc. p. 231.

hypothèses entre *cestuis que trusts* <sup>1598</sup>. Les juges ont exclu la règle : quand il existe une intention contraire des parties intéressées, il s'avère difficile de l'appliquer, ou encore quand l'appliquer produirait des injustices <sup>1599</sup>. Ainsi dans *Barlow Clowes International Ltd v Vaughan* <sup>1600</sup>, la règle de *Clayton's Case* n'a pas été appliquée puisque cela aurait amené les derniers investisseurs à tout récupérer, alors que les premiers auraient injustement tout perdu ; les juges ont décidé que les investisseurs devaient partager *pari passu* ce qui avait été récupéré <sup>1601</sup>.

**1019.-** Comme les règles de *tracing* ont pour objectif d'identifier le bien sur lequel le droit de propriété des *cestuis que trusts* est reporté, cela implique nécessairement que ce droit continue d'exister. En conséquence, quand le droit de propriété des *cestuis que trusts* s'éteint, les règles de *tracing* ne peuvent plus jouer <sup>1602</sup>.

**1020.-** Il en est ainsi lorsque, bien que la transmission du *trustee* soit faite en violation du *trust*, le tiers est un acquéreur à titre onéreux et ignorant de bonne foi que la transmission était une violation du *trust* <sup>1603</sup>. Dans cette hypothèse les *cestuis que trusts* ne peuvent pas suivre leur droit de propriété dans les mains de ce tiers, puisque cet acquéreur prend le bien dénué de leur droit de propriété ; et par voie de conséquence, les règles de *tracing* ne peuvent non plus être déclenchées si cet acquéreur a à son tour transmis ce bien. En revanche, le droit de propriété que les *cestuis que trusts* avaient sur le bien transmis serait reportée sur le prix payé ou sur le bien échangé.

**1021.-** Une autre hypothèse où les règles de *tracing* n'ont plus lieu se rencontre dans le cas où le bien, sur lequel les *cestuis que trusts* ont un droit de propriété, a été

---

<sup>1598</sup> Dans un sens proche, v. *Russel-Cooke Trust Co. v. Prentis (No. 1)* 2002 WL 31442476, spéc. n° 55.

<sup>1599</sup> En ce sens, v. *ibidem*, n° 54 et s. ; M. CONAGLEN, « Contests between rival trust beneficiaries », (2005) 64 *Cam. L. J.* 45, spéc. p. 46.

Sur la disparition de la règle de *Clayton's Case*, v. M. PAWLOWSKI, « The demise of the rule in *Clayton's case* », *op. cit.*

<sup>1600</sup> 1992 WL 893788.

<sup>1601</sup> V. *ibidem*, p. 19 (le numéro de page correspond à la page du document PDF téléchargé de la banque de données Westlaw) ; *Sinclair v Broughman* [1914] AC 398, spéc. p. 442.

<sup>1602</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 826.

C'est en conformité à la technique de la subrogation réelle qui suppose nécessairement que les *cestuis que trusts* aient un droit de propriété sur le bien subrogé, et que ce droit soit éteint par la disparition matérielle ou juridique du bien sur lequel porte le droit des *cestuis que trusts* (en ce sens, v. E. SAVAUX, *Rép. civ. Dalloz*, v° Subrogation réelle, spéc. n° 42 et 43).



dissipé ; il en serait ainsi par exemple si le *trustee* avait dépensé l'argent « du » *trust* dans un voyage, ou dans un restaurant <sup>1604</sup>. Dans cette hypothèse, comme le bien a été dissipé, aucun bien nouveau ne remplacera le bien ancien : donc les *cestuis que trusts* perdraient leur droit de propriété.

**1022.-** A côté de cet obstacle juridique, existe aussi un obstacle matériel : l'impossibilité de pouvoir identifier le bien qui remplacerait le bien ancien. En effet, « une caractéristique fondamentale de la doctrine de *tracing* est que la propriété objet du processus du *tracing* puisse être identifiée à chaque étape de son voyage » <sup>1605</sup>.

**1023.-** Nous avons donc envisagé le processus par lequel on identifie les biens ; il nous reste à étudier les différents types de remèdes exercés sur ces biens pour permettre aux *cestuis que trusts* de faire face à la sortie illégale du *trust fund*.

## SECTION II.- LA TYPOLOGIE DES REMÈDES RÉELS

**1024.-** Une fois que, par le processus de *following* et de *tracing*, le bien (sur lequel les *cestuis que trusts* ont un droit de propriété en *Equity*) a été identifié, les *cestuis que trusts* vont pouvoir exercer les actions réelles correspondantes <sup>1606</sup>.

**1025.-** Ces actions vont être disponibles non seulement lorsqu'un bien est transmis illégalement aux tiers <sup>1607</sup>, mais encore lorsque le *trustee* obtient un profit interdit <sup>1608</sup>.

---

<sup>1603</sup> En ce sens, v. *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102, spéc. p. 127.

<sup>1604</sup> En ce sens, v. *Re Diplock* [1948] Ch. 465, spéc. p. 521.

<sup>1605</sup> « *it is a fundamental feature of the doctrine of tracing that the property to be traced can be identified at every stage of its journey* » (*Borden [UK] Ltd v Scottish Timber Products* [1981] Ch. 24, spéc. p. 46).

<sup>1606</sup> Si les *cestuis que trusts* perdent leur droit de propriété sur le bien transmis par le *trustee*, ou sur tout bien qui le représente, ils n'auraient donc aucune action réelle à exercer. En revanche, cela ne signifie pas pour autant que les *cestuis que trusts* restent sans aucun remède ; en effet ils pourraient engager la responsabilité du *trustee* ou du tiers (qui aurait assisté à la violation du *trust* ou aurait reçu le bien en connaissant les limites du *trustee*).

<sup>1607</sup> Il est possible aussi que le *trustee* transfère un bien mis en *trust* à son « patrimoine personnel » ; sur les remèdes, v. *infra*, n° 1089 et s.

<sup>1608</sup> Sur l'interdiction faite au *trustee* d'obtenir un profit économique, v. *supra*, n° 154 et s. ; *infra*, n° 1053 et s.

**1026.-** Pour faire face aux deux violations décrites dans le paragraphe précédent, les *cestuis que trusts* ont le pouvoir de choisir entre deux remèdes réels différents <sup>1609</sup> ; pour cette raison, on peut parler de remèdes alternatifs.

**1027.-** Le premier remède consiste en ce que le bien identifié soit transféré au *trust fund* ; cela s'obtient grâce à l'imposition d'un *constructive trust fund*. Le deuxième consiste dans le fait que la responsabilité du *trustee*, ou du tiers, détenteur du bien identifié peut être engagée, ainsi le bien identifié peut servir de garantie à cette responsabilité ; en conséquence, si les *cestuis que trusts* ne sont pas intéressés par le retour du bien identifié et préfèrent une compensation pécuniaire, une sûreté nommée *equitable lien*, destinée à garantir la responsabilité du *trustee*, ou du tiers, sera créée sur le bien détenu par ce dernier. De cette manière, le *trust fund* est protégé de certaines violations du *trustee*

**1028.-** Normalement les *cestuis que trusts* vont choisir le premier remède, le *constructive trust*, quand il existe un intérêt à récupérer spécifiquement le bien qui leur appartient en *Equity* ; il en serait ainsi lorsqu'il s'agit d'un bien qui engendre des revenus, ou encore lorsque sa valeur a augmenté. Il en va ainsi puisque la création d'un *constructive trust* implique la création d'une universalité juridique (le *constructive trust fund*) ; en conséquence, tout produit que ce bien aurait créé, ainsi que toute augmentation de valeur, va aussi faire partie de cette universalité <sup>1610</sup> et donc appartenir en *Equity* aux *cestuis que trusts*. Les *cestuis que trusts* vont aussi choisir le remède du *constructive trust* quand la valeur du bien est supérieure à la compensation due par le *trustee*, ou le tiers, fautif. En revanche, ils choisiront l'*equitable lien* quand la compensation due est supérieure à la valeur du bien.

**1029.-** Nous analyserons d'abord le *constructive trust* (§1), pour étudier ensuite l'*equitable lien*, sûreté créée sur les biens appartenant aux *cestuis que trusts* en *Equity* (§2).

## § 1.- LES CONSTRUCTIVE TRUSTS

---

<sup>1609</sup> En ce sens, v. *Re Hallett's Estate* (1880) 13 Ch.D. 696, spéc. p. 709 ; *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102, spéc. p. 130 et s. ; LEWIN, *Lewin on trusts, op. cit.*, n° 41-22.

L'exercice de ses remèdes n'est pas conditionnée par une demande préalable au *trustee* (en ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees, op. cit.*, p. 929).

<sup>1610</sup> En ce sens, v. *Swain v Law Society* 1981 WL 186681, spéc. p. 14 (le numéro de page correspond à la page du document PDF téléchargé de la banque de données de Westlaw).

**1030.-** Pour savoir la place des *constructive trusts* dans la catégorisation des *trusts*, il faut d'abord commencer par la *summa divisio*. Les *trusts* sont d'abord catégorisés par la forme de leur création ; ainsi selon cet élément de discrimination, on trouve deux grandes catégories de *trusts* : ceux créés par la volonté des parties intéressées (*express trust*), d'une part ; et ceux créés par l'effet de la loi, d'autre part.

**1031.-** La deuxième catégorie, celle des *trusts* « légaux », va être constituée de plein droit quand les circonstances prévues par la loi sont accomplies<sup>1611</sup> ; mais ce n'est pas seulement l'existence du *trust* qui est déterminée par la loi, les termes dans lesquels il va se dérouler le sont aussi<sup>1612</sup>.

**1032.-** Dans la catégorie des *trusts* « légaux », on trouve le *constructive trust*<sup>1613</sup>. Ainsi, le *constructive trust* est constitué de plein droit dès l'occurrence de certains faits, et indépendamment de tout jugement de la cour ; en effet les juges n'ont aucune discrétion sur leur création, ils ne peuvent que constater leur existence, si les faits de leurs créations se sont produits ; c'est pour cette raison que les juristes anglais classent le *constructive trust* comme une institution, et non comme un remède<sup>1614</sup>.

**1033.-** Cette affirmation est en contradiction avec notre exposé, puisque nous analysons le *constructive trust* comme un remède. En réalité, le fait que le *constructive trust* soit créé par le seul effet de la loi, n'empêche pas pour autant qu'il ait les effets d'un remède et qu'il fonctionne comme une sanction. En effet, la cause du *constructive trust* est la violation par le *trustee* de certaines de ses obligations ; ainsi il est imposé pour sanctionner le *trustee* fautif, et les tiers qui auraient participé (avec ou sans conscience) à

---

<sup>1611</sup> Sur une exposition des *trusts* « légaux », v. G. THOMAS et A. HUDSON, *The law of trusts*, 2<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, p. 699 et s.

<sup>1612</sup> En ce sens, v. HANBURY et MARTIN, *Modern Equity*, *op. cit.*, p. 299.

<sup>1613</sup> Sur le sujet, v. HANBURY et MAUDSLEY, *Modern Equity*, Sweet & Maxwell, 12<sup>ème</sup> éd., 1985, par J. E. MARTIN, p. 301 et s. ; HANBURY et MARTIN, *Modern Equity*, *op. cit.*, p. 297 et s. ; R. P. AUSTIN, « Ch. 11 Constructive trusts », *op. cit.* ; UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 345 et s. ; R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 263 et s.

<sup>1614</sup> En ce sens, v. *Re Sharpe* [1980] 1 WLR 219, spéc. p. 225 ; *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* [1996] AC 669, spéc. p. 714 et s. ; P. RIDGE, « Justifying the remedies for dishonest assistance », *op. cit.*, p. 463 et 464.

Sur le sujet, v. HANBURY et MAUDSLEY, *Modern Equity*, *op. cit.*, p. 305 et s. ; R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 263 et s.

ces violations. Mais en plus de servir de moyen de sanction, le *constructive trust* a des effets de remède : grâce à cette « institution », le mal causé aux *cestuis que trusts* et au *trust fund* va être soigné ; non seulement la propriété en *Equity* des *cestuis que trust* va être préservée <sup>1615</sup>, mais elle va aussi pouvoir être transférée au *trust fund*.

**1034.-** Il reste encore à savoir quels sont les circonstances qui donnent naissance aux *constructive trusts*. En termes généraux, un *constructive trust* surviendrait lorsque les circonstances sont telles qu'il serait déraisonnable pour le propriétaire d'un bien d'en avoir aussi la propriété en *Equity*) <sup>1616</sup>.

**1035.-** Bien que cette affirmation ne soit pas fausse, elle est trop générale pour être utile. En effet, il ne faut pas oublier que le *constructive trust* a été développé pragmatiquement, cas par cas ; en conséquence, ce principe général n'est qu'une synthèse de toutes les hypothèses individuelles où un *constructive trust* serait créé <sup>1617</sup>. Cette manière de procéder ne permet pas d'avoir une vraie définition globale du *constructive trust* <sup>1618</sup>, d'autant plus qu'il y a plusieurs hypothèses qui diffèrent les unes des autres <sup>1619</sup>. En effet, comment mettre dans une même définition un *constructive trust* qui serait créé sur la propriété d'un bien obtenu par un meurtre <sup>1620</sup>, avec un *constructive trust* créé sur la propriété d'un bien vendu, dont le vendeur devient *constructive trustee* et l'acheteur *cestuis que trust* <sup>1621</sup> (la création de cette *constructive trust* a pour but de combler le fait que le transfert de propriété dans le droit anglais n'est pas *solo consensu* ; comme *Equity* considère fait, ce qui doit être fait <sup>1622</sup>, au lieu d'attendre que tous les formalités de la transmission de la propriété soient réalisés, *Equity* transfère donc à l'acquéreur la propriété).

---

<sup>1615</sup> En ce sens, v. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, *op. cit.*, p. 266.

<sup>1616</sup> En ce sens, v. *Paragon Finance v D B Thakerar & Co.* in A. HUDSON, *Equity and trusts*, Routledge-Cavendish, 6<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 500 ; *Binions v Evans* [1972] Ch. 359, spéc. p. 368.

<sup>1617</sup> Les systèmes de la *Common law*, contrairement aux systèmes *civilistes*, créent des principes généraux à partir des cas concrets ; en d'autres mots, ils avancent du bas vers le haut. Dans les systèmes *civilistes*, la démarche est inverse : ils procèdent de haut en bas, ils commencent par un principe général et l'appliquent aux cas concrets.

<sup>1618</sup> *V. Carl Zeiss Stiftung v Herbert Smith & Co. and Another (No. 2)* [1969] 2 Ch. 276, spéc. p. 300.

<sup>1619</sup> Sur les multiples hypothèses des *constructive trusts*, v. R. P. AUSTIN, « Ch. 11 Constructive trusts », *op. cit.*, p. 196 ; HANBURY et MAUDSLEY, *Modern Equity*, *op. cit.*, p. 301 et s.

<sup>1620</sup> *V. HANBURY et MAUDSLEY, Modern Equity, op. cit.*, p. 326.

<sup>1621</sup> *V. ibidem*, p. 323.

**1036.-** Puisque nous nous intéressons aux hypothèses où un *constructive trust* serait créé pour faire face aux violations du *trustee*, nous n'analyserons que les *constructive trusts* qui surviendraient quand le *trustee* transfère un bien sans autorisation à un tiers (A), et quand il obtient un gain économique non autorisé (B).

#### A.- LES *CONSTRUCTIVE TRUSTS* ET LES TRANSFERTS AUX TIERS NON AUTORISÉS

**1037.-** Pour mieux comprendre la création des *constructive trusts*, dans le cas où le *trustee* aurait transmis un bien en violation du *trust*, il faut d'abord comprendre le mécanisme de la transmission d'un bien mis en *trust* conformément aux pouvoirs du *trustee*.

**1038.-** En ce qui concerne la conformité aux pouvoirs conférés au *trustee*, lorsqu'un bien mis en *trust* est transféré, l'acquéreur reçoit le bien dénué de la propriété en *Equity* de *cestuis que trusts*<sup>1623</sup> ; c'est-à-dire que l'acquéreur reçoit non seulement la propriété légale du *trustee*, mais il reçoit aussi la propriété en *Equity* de *cestuis que trusts* (sans qu'il y ait besoin que ces derniers donnent leur consentement)<sup>1624</sup>. En d'autres mots, quand la transmission réalisée est autorisée, elle est opposable aux *cestuis que trusts* ; en conséquence, ils perdent leur droit de propriété sur le bien transmis<sup>1625</sup>.

**1039.-** La question qui se pose maintenant est de savoir quels sont les effets d'une transmission non autorisée<sup>1626</sup>, c'est-à-dire quand le *trustee* aliène un bien qui ne devrait

<sup>1622</sup> Sur ce principe, v. G. WATT, *Equity stirring, The story of justice beyond law*, Hart Publishing, 2012 (réimp.), p. 96 et s.

<sup>1623</sup> En ce sens, v. D. FOX, « Overreaching », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 95 et s., spéc. p. 95.

<sup>1624</sup> De cette manière l'adage *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (v. H. CAPITANT, *Adages de droit français, Extrait du vocabulaire juridique*, PUF, 1936, spéc. p. 14) ne s'applique pas quand la transmission est conforme aux pouvoirs du *trustee*.

Le mécanisme par lequel le *trustee* peut transférer un bien mis en *trust* sans le droit de *cestuis que trusts* attaché s'appelle *overreaching* (sur le sujet, v. D. FOX, « Overreaching », *op. cit.*).

<sup>1625</sup> En revanche, si le transfert est fait à titre onéreux, leur droit de propriété en *Equity* sera reporté sur le prix payé, ou sur le bien échangé.

<sup>1626</sup> Sur le sujet, v. L. SMITH, « Transfers », *op. cit.*, p. 112 et s.

pas l'être (soit parce qu'il est affecté d'une clause d'inaliénabilité, soit parce que ce n'était pas le moment de le faire).

**1040.-** Quand le *trustee* réalise une transmission non autorisée, *Equity* considère cette transmission comme inefficace (en termes français, cette transmission serait inopposable aux *cestuis que trusts*)<sup>1627</sup>. Cela implique deux choses : d'une part, pour la *Common law* la transmission prend effet, donc la propriété légale est transmise du *trustee* au tiers acquéreur ; d'autre part, comme la transmission n'a pas d'effets en *Equity*, la propriété des *cestuis que trusts* n'est pas transmise à l'acquéreur (cette propriété reste entre leurs mains)<sup>1628</sup>. Expliqué d'une autre manière, l'acquéreur reçoit la propriété légale, sans la propriété en *Equity*.

**1041.-** La survivance de la propriété en *Equity* des *cestuis que trusts* a pour effet que la propriété du bien transmis reste divisée : en effet, l'acquéreur aurait la propriété légale, alors que les *cestuis que trusts* auraient la propriété en *Equity*. Cette division de la propriété a pour conséquence qu'un *constructive trust* doit être créé de plein droit<sup>1629</sup>.

---

<sup>1627</sup> Il y a certaines hypothèses où, bien que la transmission soit en violation du *trust*, la propriété en *Equity* est transférée à l'acquéreur. Il en serait ainsi lorsque le bien est acquis à titre onéreux par un tiers de bonne foi et sans connaissance de cause (v. *Pilcher v Rawlins* (1872) 7 Ch.App. 259, spéc. p. 268 et 269 ; *Re Stapleford Colliery Co.* (1880) 14 Ch.D. 432, spéc. p. 444 et 445) ; ou encore si le tiers est protégé par la doctrine de *change of position* (qui consiste en ceci : si les circonstances changent et qu'il devient inéquitable d'obliger les tiers à restituer le bien acquis, les tiers acquéreur n'est pas tenu de le faire ; cette doctrine n'est disponible qu'aux tiers de bonne foi [en ce sens, v. HANBURY et MARTIN, *Modern Equity*, op. cit., p. 701 et s.] ; par exemple que le tiers, ayant reçu un bien du *trustee*, pense y avoir droit et effectue des dépenses qu'en d'autres circonstances il ne les aurait pas réalisés [v. *Re Diplock* [1948] Ch. 465, spéc. pp. 546-548]) ; pour des autres hypothèses où la propriété en *Equity* serait considérée comme étant transmise (v. *Law of Property Act* 1925, sections 2 ; *Sale of Goods Act* 1979 ; *Land Registration Act* 1925, sections 5, 9, 20 [1]).

Dans ces hypothèses, comme le droit de propriété en *Equity* est transmis aux tiers, les acquéreurs successifs vont aussi acquérir le bien, libre de tout droit des *cestuis que trusts* ; et cela, même si ces acquéreurs savaient que l'acquisition originaire était en violation du *trust*. En revanche, si l'acquéreur successif est le *trustee*, les droits des *cestuis que trusts* vont être restaurés et le *trustee* acquerra le bien avec leurs droits attachés (en ce sens, v. *Re Stapleford Colliery Co.* (1880) 14 Ch.D. 432, spéc. p. 444 et 445).

Aussi, si les *cestuis que trusts* adoptent la transmission illégale, la propriété en *Equity* sera transmise au tiers acquéreur (en ce sens, v. D. FOX, « Overreaching », op. cit., p. 106 et s.).

<sup>1628</sup> V. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations*, op. cit., p. 797.

<sup>1629</sup> En ce sens, v. *Hardoon v Belilios* [1901] AC 118, spéc. p. 123 (il a été établi que ce qui est nécessaire mais suffisant, pour créer une relation *trustee-cestui que trust*, est la division de la propriété entre ces deux-là) ; *contra*, v. *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* [1996] AC 669, spéc. p. 705 et 707 (selon cette jurisprudence, pour qu'un

**1042.-** De cette manière, le déclenchement de la création du *constructive trust* est l'inopposabilité de la transmission, à son tour déclenchée par la transmission non autorisée du bien mis en *trust*, sauf si le tiers est un acquéreur à titre onéreux, de bonne foi et sans connaissance de cause <sup>1630</sup>. De cette manière, si l'acquéreur est un donataire, il n'y a aucune incidence qu'il sache ou non que la transmission était en violation du *trust* ; il recevra toujours le bien avec les droits des *cestuis que trusts* attachés <sup>1631</sup>.

**1043.-** Si la circonstance qui donne naissance au *constructive trust* est la transmission illégale d'un bien mis en *trust*, en conséquence, les *cestuis que trusts* doivent prouver que le transfert est une violation du *trust*, et il ne suffirait donc pas de prouver que le *trustee* l'a réalisée fautivement (par exemple que le bien soit vendu au-dessous de sa valeur). Ainsi, lorsque la transmission est autorisée mais réalisée fautivement, elle serait opposable aux *cestuis que trusts*, mais la responsabilité du *trustee* pourrait être engagée.

**1044.-** En revanche, pour que le *constructive trust* soit créé, il n'est pas nécessaire que la transmission soit de nature à engager la responsabilité du *trustee*. En effet, il existe des exemples où la transmission serait considérée comme une violation du *trust*, sans que pour autant la responsabilité du *trustee* puisse être engagée. Il en serait ainsi lors de l'existence de clauses de non responsabilité <sup>1632</sup> ; ou encore dans le cas où le *trustee* ne sachant pas qui sont tous les *cestuis que trusts*, il publiait en conformité à la section 27 du *Trustee Act 1925*, que la distribution des biens mis en *trust* a lieu : sa responsabilité pourrait alors ne pas être engagée ; par contre, les *cestuis que trusts* qui n'ont pas assisté à la distribution peuvent disposer d'un remède réel.

**1045.-** Le fait que le *constructive trust* soit créé de plein droit dès la transmission non autorisée ne signifie pas pour autant que dans tous les cas les mêmes effets seront produits ; cela dépendra de la qualité de l'acquéreur.

---

*constructive trust* soit imposé, il faut que le tiers récepteur du bien sache que le bien lui a été transmis en violation du *trust*, puisqu'*Equity* n'agit que sur la conscience du propriétaire légal).

<sup>1630</sup> *V. Pilcher v Rawlins* (1872) 7 Ch.App. 259, spéc. p. 268 et 269 ; *Re Stapleford Colliery Co.* (1880) 14 Ch.D. 432, spéc. p. 444 et 445.

<sup>1631</sup> En ce sens, v. *Mansell v Mansell* (1732) 2 P.Wms. 678, 25 E.R. 763, spéc. p. 766 et 767.

<sup>1632</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 41-16.

**1046.-** Dans le cas où l'acquéreur est un tiers <sup>1633</sup>, nous serons dans l'hypothèse de *knowing receipt* <sup>1634</sup> dont le régime fait la distinction entre des tiers qui savent que la transmission réalisée en leur faveur est en violation du *trust* (soit dès la transmission, soit après la transmission mais avant d'avoir dissipé le bien transmis <sup>1635</sup>), et des tiers qui n'ont pas cette connaissance.

**1047.-** Dans l'hypothèse où le tiers avait connaissance des limites des pouvoirs du *trustee* (l'acquéreur pourrait être à titre onéreux <sup>1636</sup> comme à titre gratuit) on pourrait dire que nous sommes en présence d'un *constructive trust* actif puisque le tiers acquéreur, par sa connaissance se voit imposer des obligations, notamment de prendre soin du bien reçu, ou de tout bien qui l'aurait subrogé, et de le transmettre <sup>1637</sup>.

**1048.-** Dans l'hypothèse où le tiers est sans connaissance de cause, l'acquéreur ne peut l'être qu'à titre gratuit <sup>1638</sup> : on pourrait dire que le *constructive trust* est passif. Il en va ainsi puisque le tiers acquéreur ne se voit imposer aucune obligation ; en revanche, cela ne veut pas dire que les *cestuis que trusts* n'ont aucun remède réel pour récupérer le bien transmis illégalement <sup>1639</sup>. Cela signifie tout simplement que si ce tiers dissipe le bien reçu, sa responsabilité ne peut pas être engagée puisqu'aucune obligation n'a été violée <sup>1640</sup>.

Sur de clauses de non-responsabilité, v. *supra*, n° 909 et s.

<sup>1633</sup> Sur l'hypothèse quand le *trustee* acquiert pour lui-même un bien mis en *trust*, v. *infra*, n° 1089 et s.

<sup>1634</sup> V. *supra*, n° 940 et s.

<sup>1635</sup> V. *Karak Rubber Co. Ltd. v Burden (No. 2)* [1972] 1 WLR 602, spéc. p. 632.

<sup>1636</sup> V. Dans cette hypothèse (pendant que le remède réel s'exécute), où le tiers aurait payé un prix, ou aurait échangé un bien, le prix payé ou le bien échangé entrerait dans le *trust fund* et appartiendrait aux *cestuis que trusts* en *Equity* (en ce sens, v. UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 850 ; *Cave v Cave* [1880] 15 Ch.D. 639, spéc. pp. 647-649 ; *Re Strachan* [1876-77] 4 Ch.D. 123, spéc. p. 128 ; *contra*, v. D. FOX, « Overreaching », *op. cit.*, pp. 102, 106 et s. [pour l'auteur les *cestuis que trusts* n'ont pas un droit entièrement acquis sur le nouveau bien ; ils ont un sorte de droit éventuel, qui ne serait entièrement acquis que si les *cestuis que trusts* adoptaient la transmission illégale). En revanche, une fois que le remède réel aura été réalisé avec succès, le tiers acquéreur doit avoir le droit de se faire restituer le prix qu'il aurait payé ou le bien qu'il aurait échangé.

<sup>1637</sup> En ce sens, v. *supra*, n° 949.

<sup>1638</sup> Il en est ainsi puisque si le tiers acquéreur l'est à titre onéreux, il obtiendrait le bien libre des droits des *cestuis que trusts* (v. *supra*, n° 1020).

<sup>1639</sup> Dans un sens proche, v. *Nelson v Larholt* [1948] 1 K.B. 339, spéc. p. 342 et 343.

En effet, le tiers de bonne foi qui aurait acquis à titre gratuit un bien sans savoir que la transmission était une violation du *trust*, l'obtient avec le droit des *cestuis que trusts* attachés (v. HANBURY et MARTIN, *Modern Equity*, *op. cit.*, p. 699 ; UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, *op. cit.*, p. 926).



**1049.-** En réalité, malgré cette différence de régime, quand les *cestuis que trusts* exerceront une action réelle pour récupérer tout bien qui est entre les mains d'un tiers acquéreur sans connaissance de cause (avant qu'il ne le dissipe, bien sûr), nous rentrons dans le régime de la première hypothèse, puisque ce tiers apprendra, avec l'exercice de cette action, que la transmission à laquelle il a participé, était en violation du *trust*. En conséquence, l'obligation de retourner le bien (et d'en prendre soin) lui sera imposée à ce moment.

**1050.-** Dans le cas où le tiers acquéreur, en sa qualité de *constructive trustee*, transfère volontairement le bien objet du *constructive trust* au *trust fund* originaire, les *cestuis que trusts* n'ont plus besoin d'exercer une action pour récupérer ce bien ; dans le cas contraire, les *cestuis que trusts* vont pouvoir forcer le tiers à le faire. C'est en ce sens qu'on pourrait parler d'une action en revendication du droit français, puisque cette action peut être définie comme « celle qu'exerce le propriétaire [dans notre cas le *cestuis que trust*], en cette qualité, contre le tiers [dans notre cas le *constructive trustee*] qui détient indûment son bien et refuse de le restituer en contestant son droit »<sup>1641</sup>. Nous sommes en face d'une exécution forcée en nature de l'obligation du *constructive trustee* de transmettre la propriété et la possession d'un bien déterminé ; mais cette obligation reposant sur la propriété en *Equity* des *cestuis que trusts*, on doit l'analyser comme un remède réel.

**1051.-** Si le *constructive trustee* a une obligation de transmission, en revanche elle ne consiste pas à transmettre la propriété et la possession aux *cestuis que trusts*, car cela aurait pour conséquence de les rendre des propriétaires « absolus » du bien transféré. L'obligation du *constructive trustee* consiste à remettre ce bien au *trust fund* ; pour cela, la transmission doit s'effectuer en faveur du *trustee* de l'*express trust*. C'est pourquoi, un auteur déclare que le *constructive trust* est en faveur des *trustees*<sup>1642</sup>, non en faveur des *cestuis que trusts*.

**1052.-** Si nous avons vu l'hypothèse de la création d'un *constructive trust* quand le *trustee* a transmis un bien sans autorisation à un tiers, il faut nous tourner maintenant vers

---

<sup>1640</sup> V. *supra*, n° 952.

<sup>1641</sup> F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 520.

<sup>1642</sup> V. L. SMITH, « Transfers », *op. cit.*, p. 136.

la création des *constructive trusts* sur les profits économiques obtenus par le *trustee*, privé d'autorisation de les obtenir.

## B.- LES *CONSTRUCTIVE TRUSTS* ET LES PROFITS ÉCONOMIQUES NON AUTORISÉS

**1053.-** Le *duty of loyalty* oblige les *trustees* d'agir dans le seul intérêt des *cestuis que trusts*, et, par conséquent, dans la gestion du *trust fund*, ils ne peuvent pas agir dans leur intérêt personnel<sup>1643</sup>. Dans cette logique, naît un corollaire du *duty of loyalty* : il est interdit au *trustee* d'obtenir à titre personnel un profit économique de sa position de *trustee*, sauf s'il est autorisé à en obtenir un ; cette interdiction est connue en droit anglais comme la *no profit rule*<sup>1644</sup>.

**1054.-** En conséquence, si le *trustee* obtient un profit économique, il est en violation de la *no profit rule*, et donc une sanction lui sera imposée, qui sera logiquement le remède des *cestuis que trusts*.

**1055.-** Le *duty of loyalty* est une règle prophylactique<sup>1645</sup> : l'objectif est d'éviter autant que possible que le *trustee* agisse dans un autre intérêt que celui des *cestuis que trusts* ; cela pour éviter que leurs intérêts et le *trust fund* soient sacrifiés en faveur des intérêts du *trustee*, ou d'un tiers.

**1056.-** Une règle est plus prophylactique si elle est plus persuasive ; d'où la logique de la sanction de la *no profit rule*. En effet, plus sévère est la sanction, plus, en théorie, le *trustee* sera persuadé de ne pas violer cette règle.

**1057.-** En conséquence, si l'objectif du *trustee* était d'obtenir un profit économique, la sanction la plus sévère (économiquement parlant) serait de lui faire restituer l'avantage obtenu. En suivant cette logique, la violation de la *no profit rule* a pour conséquence que les gains économiques seront au bénéfice des *cestuis que trusts* et non pas en faveur du

---

<sup>1643</sup> V. *supra*, n° 49.

<sup>1644</sup> V. *supra*, n° 154 et s.

<sup>1645</sup> V. *supra*, n° 187.

*trustee*<sup>1646</sup> ; ainsi, un *constructive trust* sur la totalité du profit obtenu par le *trustee* sera créé en faveur des *cestuis que trusts*<sup>1647</sup>. De cette manière, le *trustee* voit disparaître tout le profit économique obtenu et sera plus persuadé de ne pas poursuivre un intérêt économique propre.

**1058.-** Un autre fondement qui pourrait être donné pour la création d'un *constructive trust* sur l'obtention d'un profit économique non autorisé est le fait qu'*Equity* considère comme fait ce qui doit être fait ; donc, si le *trustee* a une obligation personnelle de transférer l'avantage obtenu (ce qui serait un remède personnel), au lieu d'attendre que le *trustee* le transfère, *Equity* le considère comme déjà transféré, dès la date où cette obligation sera due, c'est-à-dire dès le jour de l'obtention de l'avantage économique<sup>1648</sup> ; un *constructive trust* sera donc créé sur le profit économique obtenu, puisque la propriété légale de ce profit reste entre les mains du *trustee*, alors que celle d'*Equity* est entre les mains des *cestuis que trusts*.

**1059.-** La sanction de la *no profit rule* est d'application stricte, dans le sens où elle s'applique indépendamment, que le *trust fund* ait ou non été endommagé, même s'il aurait pu bénéficier de l'opération par laquelle le *trustee* a obtenu son bénéfice économique, même si le *trustee* a agi de bonne foi<sup>1649</sup>. En revanche, les juges peuvent ordonner qu'une compensation soit payée aux *trustees* pour leurs efforts<sup>1650</sup>.

**1060.-** Quand un *constructive trust* est créé sur l'avantage obtenu, cela implique nécessairement que le *trustee* devienne donc *constructive trustee* de l'avantage. Le *constructive trust* est considéré comme créé dès le moment où le *trustee* aura acquis l'avantage économique ; de cette manière, il sera obligé de rendre le profit au *trust fund* dès qu'il obtient le profit<sup>1651</sup> ; mais dans le cas où il n'est plus *trustee*, il aura

---

<sup>1646</sup> Sur l'impossibilité de cette sanction dans le droit français, v. *supra*, n° 854.

<sup>1647</sup> V. *Keech v Sandford* (1726) Ca.t.King 61, 25 E.R. 223 ; *Aberdeen Town Council v Aberdeen University* (1877) 2 App. Cas. 544 ; *Re Biss* [1903] 2 Ch. 40, spéc. p. 61 ; *Williams v Barton* [1927] 2 Ch. 9, spéc. p. 11 ; *Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 67 ; *Attorney General of Hong Kong v Reid* [1994] 1 AC 324.

Sur l'hypothèse où un *fiduciary*, autre qu'un *trustee*, aurait reçu un pourboire, v. A. J. OAKLEY, « The bribed fiduciary as a constructive trustee », (1994) 53 *Cam. L.J.* 31.

<sup>1648</sup> V. R. A. PEARCE et J. STEVENS, *The law of trusts and equitable obligations, op. cit.*, p. 774.

<sup>1649</sup> V. *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1967] 2 AC 134, spéc. p. 144 et 145 ; *Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 67, spéc. p. 117.

<sup>1650</sup> V. *Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 67, spéc. p. 104 et 112.

<sup>1651</sup> En ce sens, v. *Attorney General of Hong Kong v Reid* [1994] 1 AC 324, spéc. p. 331.

l'obligation de transférer l'avantage obtenu aux *trustees* actuels. S'il ne le fait pas volontairement, les *cestuis que trusts* devraient pouvoir l'y forcer judiciairement.

**1061.-** Si un *constructive trust* est créé de plein droit sur le bien qui aura été transféré illégalement par le *trustee*, il faut faire la différence entre cette hypothèse et celle qu'on analyse dans cette section. En effet, dans l'hypothèse où le *constructive trust* est imposé à cause d'une transmission illégale du *trustee*, les *cestuis que trusts* ont toujours un droit sur le bien objet du *constructive trust* ; le *constructive trust* n'est qu'un effet de l'inopposabilité de la transmission. En revanche, dans le cas d'un *constructive trust* créé à cause de la violation de la *no profit rule*, les *cestuis que trusts* se sont donnés la propriété en *Equity* sur un bien qui ne leur a jamais appartenu ; ainsi le *constructive trust* a un effet créateur.

**1062.-** De cette manière, si le *constructive trust* imposé sur les profits obtenus par le *trustee* est, du point de vue de la *no profit rule*, une sanction, un remède qui guérit la violation réalisée par le *trustee* ; du point de vue du *trust fund*, et donc des *cestuis que trusts*, il ne constitue pas une réparation, parce que cette sanction ne dépend pas de ce que le *trust fund* est ou non endommagé ; en réalité, cette universalité va se voir transférer des biens que ne lui a jamais appartenu.

**1063.-** Comme nous avons vu les *constructive trusts* comme un remède réel qui sanctionne la violation par le *trustee* de certaines de ses obligations, nous allons continuer avec la garantie réelle créée sur les biens identifiés par le processus de *following* ou de *tracing*.

## § 2.- L'EQUITABLE LIEN

**1064.-** Une fois que, grâce au processus de *following* et de *tracing*, les *cestuis que trusts* se voient reconnaître par *Equity* un intérêt sur des biens déterminés et si la responsabilité du détenteur du bien peut être engagée, les *cestuis que trusts* peuvent choisir d'être compensés pécuniairement au lieu d'obliger le tiers ou le *trustee* à restituer le bien objet du litige.

**1065.-** Si les *cestuis que trusts* choisissent cette voie, ils vont pouvoir utiliser les biens détenus par le tiers ou *trustee* pour garantir l'indemnisation qui leur est due ; il en va ainsi, puisqu'*Equity* reconnaît, aux *cestuis que trusts*, un droit sur ces biens. Bien évidemment, pour que la sûreté puisse être créée, la responsabilité qui est l'objet de la garantie doit pouvoir être engagée ; dans le cas contraire, aucune compensation pécuniaire n'est due. Il en est ainsi par exemple s'il existe une clause de non-responsabilité en faveur du *trustee* <sup>1652</sup>.

**1066.-** Dans le langage de certaines juges ainsi que de certains auteurs, la notion de *lien* ou *charge* est utilisée pour désigner le type de sûreté créée en faveur des *cestuis que trusts* <sup>1653</sup>. Malgré l'utilisation de cette terminologie, les biens sont affectés de la sûreté nommée *equitable lien* <sup>1654</sup>, dont l'adjectif *equitable* décrit l'origine de cette sûreté. En effet les *cestuis que trusts* se voient reconnaître un intérêt (un droit) en *Equity* sur certains biens ; ce droit constitue-t-il la garantie ? Cette garantie en termes français doit être considérée comme une sûreté réelle puisqu'elle donne à son titulaire un droit de suite (sauf si le bien entre dans les mains du tiers acquéreur à titre onéreux, de bonne foi et sans connaissance de cause) et un droit de préférence.

**1067.-** L'*equitable lien* confère aux *cestuis que trusts* un droit sur des biens déterminés jusqu'au paiement de la créance garantie. Si le débiteur (dans notre cas le tiers, ou le *trustee*) n'exécute pas son obligation, les *cestuis que trusts* ont deux manières de faire jouer leur garantie : soit ils demandent en justice la désignation d'un administrateur judiciaire (*receiver*) ; soit ils demandent la vente judiciaire des biens affectés à la garantie <sup>1655</sup>. La sûreté va donner une priorité aux *cestuis que trusts* sur tous les autres

---

<sup>1652</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 41-29.

<sup>1653</sup> Par exemple, v. *Re Hallett's Estate* (1880) 13 Ch.D. 696, spéc. p. 696 (dans les mots clés, le terme *lien* est utilisé) et p. 709 (le terme *charge* est utilisé) ; *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102, spéc. pp. 119, 130, 131 (le juge utilise indistinctement les deux termes) ; R. CHAMBERS, « Liability », *op. cit.*, p. 30 et s. (utilise le terme *lien* au lieu d'*equitable lien* [pour la différence, v. *infra*, n° 1070]).

<sup>1654</sup> Sur le sujet, v. F. R. BURNS, « The equitable lien rediscovered : a remedy for the 21st century », (2002) 25 *U.N.S.W. Law J.* 1 ; R. CHAMBERS, « Liability », *op. cit.*, p. 30 et s. ; B. E. COTTON, « The equitable lien : new life in an old remedy ? », [http://www.bottomlineresearch.ca/articles/articles/pdf/equitable\\_lien.pdf](http://www.bottomlineresearch.ca/articles/articles/pdf/equitable_lien.pdf).

<sup>1655</sup> En ce sens, v. *Munns v Isle of Wight Railway Co.* (1870) 5 Ch.App. 414, spéc. pp. 414, 419 et 420 ; B. E. COTTON, « The equitable lien : new life in an old remedy ? », *op. cit.*, p. 11.

créanciers de leur débiteur <sup>1656</sup>. En revanche, si la dette est payée, les *cestuis que trusts* n'auront plus aucun droit sur le bien objet de la sûreté <sup>1657</sup>.

**1068.-** C'est pour cette raison que dans la jurisprudence comme dans la doctrine, on voit que le terme de *charge* est utilisé comme un synonyme du *lien*. Puisque la *charge* est un droit créé sur un bien déterminé pour garantir le paiement d'une dette, dans le cas où le débiteur ne paie pas cette dette, le créancier peut aussi demander en justice qu'il soit vendu pour se faire payer avec le prix du vente, ou encore qu'un administrateur judiciaire soit nommé <sup>1658</sup>. La différence que la doctrine met en relief entre ces deux types de sûretés réside dans leur mode de création : tandis que la *charge* est créée par la volonté du créancier et du débiteur, l'*equitable lien* est créé par effet de la loi <sup>1659</sup> ; il n'est même pas nécessaire qu'une relation contractuelle existe entre les parties <sup>1660</sup>. Il en va ainsi en effet dans notre hypothèse : les *cestuis que trusts* n'ont aucune relation contractuelle, ni avec le tiers, ni avec le *trustee*.

**1069.-** En revanche, dans le droit des *trusts*, on pourrait douter de l'exactitude de l'affirmation selon laquelle l'*equitable lien* est une création légale, puisque l'*equitable lien* est un remède alternatif qui dépend du choix des *cestuis que trusts* et donc de leur volonté. Mais en réalité, c'est tout à fait exact, puisque l'affirmation portant sur sa création légale suit l'idée que la volonté du propriétaire du bien n'est pas requise pour sa création <sup>1661</sup>. De cette manière, si *stricto sensu* la notion de *charge* n'est pas un synonyme d'*equitable lien*, on pourrait dire que l'*equitable lien* est un type de *charge*, une *charge* non consensuelle ; donc il est compréhensible que le terme d'*equitable lien* puisse être remplacé par celui de *charge*.

---

<sup>1656</sup> En ce sens, v. B. E. COTTON, « The equitable lien : new life in an old remedy ? », *op. cit.*, p. 22.

<sup>1657</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 41-27.

<sup>1658</sup> En ce sens, v. *Swiss Bank Corp. v Lloyds Bank Ltd* [1982] AC 584, spéc. p. 595 ; S. DEANE, « Security in Hong Kong : Part 1 », (1994) 9 *J.I.B.L.* 6, spéc. p. 9.

<sup>1659</sup> En ce sens, v. B. E. COTTON, « The equitable lien: new life in an old remedy ? », *op. cit.*, p. 2 ; A. McKNIGHT, « The reform of English law concerning secured transactions: Part 1 », (2006) 21 *J.I.B.L.R.* 497, spéc. note de page n° 58 ; pour un sens proche dans la jurisprudence, v. *Whitbread & Co. Ltd. v Watt* [1902] 1 Ch. 835, spéc. p. 838.

<sup>1660</sup> En ce sens, v. W. M. C., « Names and equitable liens », (1993) 109 *L.Q.R.* 159, spéc. p. 162.

<sup>1661</sup> En ce sens, v. S. DEANE, « Security in Hong Kong : Part 2 », (1994) 9 *J.I.B.L.* 52, spéc. p. 54.

**1070.-** Enfin, il ne faut pas confondre *l'équitable lien* avec le *lien* de la *Common law*. En effet, ce dernier se base sur la possession, alors que *l'équitable lien* non <sup>1662</sup> (en effet les *cestuis que trusts* n'ont pas la possession des biens affectés par la garantie en étude). Ainsi, le *lien* de la *Common law* est défini comme le droit du créancier de retenir un bien appartenant à son débiteur, dont il a légalement la possession, jusqu'au paiement de la créance <sup>1663</sup> ; en d'autres mots et en termes français, le *lien* de la *Common law* est un droit de rétention. En conséquence, le créancier n'a ni un droit de suite ni un droit de préférence, ce qui est contraire à *l'équitable lien*. Donc, si le créancier perd la possession, il perd sa sûreté <sup>1664</sup> ; et si le débiteur ne paie pas la somme due, il n'aura pas le droit de demander la vente judiciaire du bien retenu <sup>1665</sup>.

---

<sup>1662</sup> V. *Ibidem*, p. 55 et 56.

<sup>1663</sup> V. *Ibidem*, p. 54 ; B. E. COTTON, « The equitable lien : new life in an old remedy ? », *op. cit.*, p. 3.

<sup>1664</sup> En ce sens, v. S. DEANE, « Security in Hong Kong : Part 2 », *op. cit.*, p. 55.

<sup>1665</sup> *Ibidem*.





## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**1071.-** Comme les *cestuis que trusts* ont un droit de propriété (*equitable property*) sur les biens mis en *trust*, ils ont des remèdes réels pour faire face à certaines violations du *trustee*. Puisque les remèdes réels offerts aux *cestuis que trusts* consistent dans la reconnaissance, ou dans l'octroi, d'un droit de propriété sur certains bien, avant de pouvoir exercer ces remèdes, il faut d'abord identifier les biens objets de ces remèdes, ainsi que la personne qui les détient.

**1072.-** Le droit anglais a deux processus d'identification : le processus de *following* et le processus de *tracing*. *Following* consiste à suivre un bien entre les mains des acquéreurs successifs, alors que *tracing* intervient quand un bien est substitué à un autre ; en conséquence, c'est le processus par lequel on identifie quel est le bien qui a remplacé un autre (ainsi si une personne reçoit illicitement un bien mis en *trust* et le vend pour acheter un tableau, par le processus de *tracing* les *cestuis que trusts* vont pouvoir identifier le tableau comme étant subrogé au bien venant du *trust*, et pourront éventuellement exercer les actions correspondantes sur ce tableau). Ce dernier processus d'identification existe puisque les *cestuis que trusts* peuvent se voir reconnaître un droit de propriété sur le bien subrogé.

**1073.-** Une fois que le processus de *following* ou de *tracing* a identifié les biens qui peuvent faire l'objet des remèdes réels offerts aux *cestuis que trusts*, ces derniers vont pouvoir choisir entre deux types de remèdes. D'abord, ils ont accès aux *constructive trusts* : ce type de *trust* est créé de plein droit quand le *trustee* a transmis sans autorisation un bien à un tiers de mauvaise foi (c'est-à-dire qu'il connaissait les limites du *trustee*), ou à un tiers de bonne foi s'il avait reçu le bien en donation ; le *constructive trust* est aussi créé de plein droit quand le *trustee* a obtenu un profit économique non autorisé. Dans la première hypothèse, le *constructive trust* ne fait que reconnaître que les *cestuis que trusts* continuent à être les propriétaires en *Equity* des biens objets du *constructive trust* ; en revanche, dans la deuxième hypothèse, les *cestuis que trusts* se voient octroyer une propriété en *Equity* qu'ils n'avaient pas avant.

**1074.-** Le *constructive trust* est créé sur les biens identifiés par les processus de *following* et de *tracing*, et la personne qui les détient est le *constructive trustee* de ces biens. L'obligation du *constructive trustee* est de prendre soin du bien et de transférer la propriété légale des biens au *trustee* du premier *trust* et de le faire entrer ainsi dans le *trust fund* originaire.

**1075.-** Quand le *trustee* transfère sans autorisation un bien mis en *trust* et qu'il obtient un gain économique non autorisé, il est en violation de ses obligations ; en conséquence, sa responsabilité, et celle du tiers acquéreur, pourraient être engagées, donc être condamné à payer une compensation pécuniaire. S'il en est ainsi, alors les biens identifiés par le processus de *following* et du *tracing* peuvent faire l'objet d'un *equitable lien*, ce qui constitue l'autre remède réel ouvert aux *cestuis que trusts*. L'*equitable lien* est une sûreté réelle, créée sur les biens identifiés par le processus de *following* et *tracing* pour garantir le paiement du *trustee*. Donc si les *cestuis que trusts* n'ont pas intérêt à ce que ces biens retournent au *trust fund*, mais qu'ils sont plus intéressés à ce que le *trustee* ou le tiers paie une compensation pécuniaire, ils vont choisir l'*equitable lien* comme remède.

**1076.-** Si nous avons analysé les remèdes réels du droit anglais, il nous faut encore analyser des remèdes qui, sans être de nature réelle, produisent des effets analogues, ce qui permet de les analyser fonctionnellement comme des équivalents.

## CHAPITRE II

### LES FAUX REMÈDES RÉELS

**1077.-** Comme les remèdes réels ont pour objectif de protéger un droit réel, et puisque ni les bénéficiaires ni le constituant de la fiducie n'ont aucun droit réel sur les biens fiduciaires<sup>1666</sup>, ils n'ont en conséquence pas de remèdes réels pour faire face aux transferts non autorisés du fiduciaire<sup>1667</sup>. Pour autant, cela ne signifie pas que les bénéficiaires restent sans moyens de défense ; mais la question qui se pose est de savoir si ces moyens peuvent être comparables aux remèdes réels du droit anglais.

**1078.-** Pour répondre affirmativement à cette question, il faut constater que les remèdes du droit français produisent des effets analogues à ceux du droit anglais. Si le *constructive trust* a pour effet que le bien aliéné sans autorisation (ou un autre bien qui l'aurait subrogé) soit retourné au *trust fund*, il faut donc que les remèdes français permettent que les biens transmis sans autorisation fassent retour au patrimoine fiduciaire. S'il en est ainsi, il faut donc conclure que même si les remèdes du droit français ne sont pas *stricto sensu* des remèdes réels, ces remèdes peuvent dans une certaine mesure être considérés comme comparables aux remèdes réels. Pour cette raison, on pourrait parler de faux remèdes réels.

**1079.-** Pour que les biens transmis sans autorisation fassent retour au patrimoine fiduciaire, il suffirait de neutraliser l'acte par lequel ce bien a été transmis. Naturellement, on pense aux techniques de la nullité et de l'opposabilité.

---

<sup>1666</sup> Sur la nature personnelle des droits des bénéficiaires, et du constituant, v. *supra*, n° 419 et s.

<sup>1667</sup> En ce sens, v. C. LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *op. cit.*, n° 38 et s. ; F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, n° 626 et s. ; *contra*, v. Ph. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007, act. 121, p. 5, spéc. p. 7 ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *op. cit.*, n° 58.

**1080.-** Par la nullité, l'acte sera rétroactivement privé d'effet ; en conséquence le bien objet de la transmission sera censé n'être jamais sorti du patrimoine fiduciaire <sup>1668</sup>. Par l'inopposabilité, la transmission, sera inefficace à l'égard de certaines personnes, dans notre cas les bénéficiaires et le constituant (l'inopposabilité n'est effectuée qu'en faveur des personnes qui l'auraient demandé) ; en conséquence, pour eux, la transmission sera censée n'avoir jamais eu lieu <sup>1669</sup>.

**1081.-** En conséquence, la différence entre ce deux types de sanctions réside dans l'étendue de leurs effets : la nullité est *erga omnes*, alors que l'inopposabilité ne prive d'effet l'acte qu'à l'égard de certaines personnes, ce qui a pour conséquence qu'elles peuvent ignorer que la transmission a eu lieu <sup>1670</sup>.

**1082.-** Cette nuance fait toute la différence dans notre sujet. En effet, puisque l'objectif de notre thèse est la protection du patrimoine fiduciaire, il ne suffit pas que la transmission soit inopposable à certaines personnes ; il faut qu'elle soit anéantie *erga omnes*, que le bien fasse réellement partie du patrimoine fiduciaire. En effet, il ne suffit pas que l'acte modifiant le patrimoine fiduciaire soit inopposable à l'égard de certaines personnes, il faut que le patrimoine fiduciaire retrouve sa composition, parce que non seulement les avantages des bénéficiaires peuvent en dépendre, mais aussi parce qu'il est possible que l'accomplissement de la mission du fiduciaire dépende aussi de cette composition.

**1083.-** Pour cette raison, l'inopposabilité du transfert non autorisé ne peut pas être considérée comme un moyen de protection du patrimoine fiduciaire, mais seulement comme un moyen de protection des intérêts de certaines personnes <sup>1671</sup> ; ainsi, le sujet de l'inopposabilité sera exclu de notre étude <sup>1672</sup>.

---

<sup>1668</sup> En ce sens un auteur écrit sur l'inaliénabilité conventionnelle qu'avec la nullité de l'acte « les choses sont remises dans l'état où elles étaient avant que l'aliénation ait été accomplie » (H. CORVEST, « L'inaliénabilité conventionnelle », *Defrénois* 1979, art. 32162, spéc. n° 19, p. 1406).  
V. aussi J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP G* 1998, I, 3397, spéc. n° 4 et 5.

<sup>1669</sup> V. F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 82 et 1182 ; B. ROMAN, « La nature juridique de l'action paulienne », *Defrénois* 2005, art. 38146, spéc. n° 30.

<sup>1670</sup> V. F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1182 ; B. ROMAN, « La nature juridique de l'action paulienne », *op. cit.*, n° 28 et 30.

<sup>1671</sup> Contrairement à cette logique BARRIERE maintient l'inopposabilité comme un remède pour faire face aux transmissions non autorisées ; mais pour faire face à l'obstacle décrit dans le paragraphe ici

**1084.-** Si, des paragraphes précédents, on peut conclure que la nullité est une sanction adéquate pour protéger le patrimoine fiduciaire à l'encontre de transmissions non autorisées, il faut encore nous demander si elle constitue une sanction envisageable.

**1085.-** La réponse nous la trouvons dans le droit de l'inaliénabilité conventionnelle <sup>1673</sup> ; en effet la fiducie française entraîne une inaliénabilité <sup>1674</sup>. En conséquence, les règles applicables à la clause d'inaliénabilité le sont aussi à la fiducie ; cela implique donc que l'aliénation non autorisée réalisée par le fiduciaire sera sanctionnée par sa nullité <sup>1675</sup>.

**1086.-** Bien que les règles de l'inaliénabilité conventionnelle soient applicables à l'hypothèse où le fiduciaire aurait transmis le bien à un tiers, une autre règle s'applique au cas où le fiduciaire se transfère à lui-même un bien fiduciaire : c'est l'article 1596 du Code

commenté, l'auteur propose une modification aux effets de l'inopposabilité. En effet il propose que l'inopposabilité de l'acte bénéficie au patrimoine fiduciaire, et non pas à la personne qui aurait demandé l'inopposabilité (in *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.*, n° 644). Cette proposition est critiquable puisqu'elle aurait comme conséquence que l'inopposabilité produit des effets à l'égard de tous les créanciers du patrimoine fiduciaire, ce qui serait complètement contraire à l'objet de cette technique.

<sup>1672</sup> Puisque la fraude paulienne est sanctionnée aussi par l'inopposabilité (en ce sens, v. B. ROMAN, « La nature juridique de l'action paulienne », *op. cit.*, n° 20 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1157 et 1182), elle sort aussi du champ de notre étude (sur le sujet, v. B. ROMAN, « La nature juridique de l'action paulienne », *op. cit.* ; P.-Y. GAUTIER et F. PASQUALINI, *Rép. civ. Dalloz*, v° Action paulienne ; L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, LGDJ, 2008, préf. G. Wicker ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 817 et s.).

De plus, puisque la richesse des biens fiduciaires n'appartient pas au fiduciaire, il n'obtiendrait aucun bénéfice à rendre insolvable le patrimoine fiduciaire ; au contraire, il verrait sa responsabilité civile engagée (il pourrait être intéressé à s'approprier des biens fiduciaires ; mais c'est une question complètement distincte de la fraude paulienne). Une autre raison pour laquelle la fraude paulienne ne peut pas être applicable aux transmissions non autorisées, est que même les transmissions qui n'auraient pas pour effet de rendre insolvable le patrimoine fiduciaire doivent pouvoir y être attaqués. Il en serait ainsi par exemple dans le cas où le fiduciaire vendrait à un tiers au prix du marché : si ce tiers avait connaissance des limites du patrimoine fiduciaire, la transmission devrait pouvoir être attaquée par les bénéficiaires (v. *infra*, n° 1089 et s.).

<sup>1673</sup> Sur le sujet, v. A. CHERON, « La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique – ses limites », *RTD civ.* 1906, p. 339 ; A. WAGNER, « La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs », *RTD civ.* 1907, p. 311 ; Ph. SIMLER, « Les clauses d'inaliénabilité (Code civil, art. 900-1 nouveau) », *D.* 1971, comm. lég. p. 416-1 ; H. CORVEST, « L'inaliénabilité conventionnelle », *op. cit.* ; R.-N. SCHÜTZ, *Rép. civ. Dalloz*, v° Inaliénabilité, spéc. n° 65 et s.

<sup>1674</sup> V. *infra*, n° 1103 et s.

<sup>1675</sup> En ce sens, v. C. KUHN, « La mission du fiduciaire », *op. cit.*, p. 55.

civil qui s'applique à cette hypothèse <sup>1676</sup>, dont la sanction prévue est aussi la nullité de la transmission.

**1087.-** En conséquence, la nullité est le moyen par lequel le patrimoine fiduciaire est protégé des transmissions réalisées par le fiduciaire en violation de l'inaliénabilité fiduciaire. Si dans le droit anglais, c'est principalement par des remèdes réels que le *trust fund* est protégé, il existe quand même une hypothèse où le transfert réalisé par le *trustee* pourrait être laissé sans effet ; c'est l'hypothèse où le *trustee* achète pour lui-même un bien mis en *trust fund*.

**1088.-** Puisque l'anéantissement de la transmission réalisée en faveur du fiduciaire-*trustee* lui-même (section I) s'analyse différemment de celle réalisée en faveur d'un tiers (section II), nous les étudierons séparément.

## SECTION I.-L'ANÉANTISSEMENT DES TRANSMISSIONS AU FIDUCIAIRE-*TRUSTEE*

**1089.-** Puisque le devoir de loyauté-*duty of loyalty* oblige le fiduciaire-*trustee* à agir dans le seul intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts* <sup>1677</sup>, il ne peut pas poursuivre un intérêt propre dans l'exécution de sa mission. Ce serait le cas si le fiduciaire-*trustee* se transférait (par la réalisation d'une vente, d'un échange ou d'une donation) à lui-même un bien fiduciaire.

**1090.-** De plus, le devoir de loyauté-*duty of loyalty* a comme corollaire l'interdiction des conflits d'intérêts <sup>1678</sup>, ce qui peut se définir comme la situation où le fiduciaire-*trustee* poursuivrait au moins deux intérêts contradictoires <sup>1679</sup>. En conséquence, il serait interdit au fiduciaire-*trustee* d'opposer des intérêts personnels à ceux des bénéficiaires-*cestuis que trusts* ; ses intérêts ne peuvent donc pas entrer en contradiction avec les obligations dues aux bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

---

<sup>1676</sup> Sur l'interdiction du fiduciaire de contracter avec lui-même, v. *supra*, n° 91 et s.

<sup>1677</sup> V. *supra*, n° 49.

<sup>1678</sup> V. *supra*, n° 57 et s.

**1091.-** Il en serait ainsi dans les hypothèses où le fiduciaire-*trustee* contracte avec lui-même <sup>1680</sup>, puisqu'en contractant avec lui-même le fiduciaire-*trustee* poursuivrait un intérêt personnel, et en même temps il devrait réaliser le contrat (dans sa qualité de fiduciaire-*trustee*) dans le meilleur intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts*. De cette manière, les intérêts personnels du fiduciaire-*trustee* entrent en conflit avec ses obligations.

**1092.-** Puisque le transfert de propriété d'un bien fiduciaire au fiduciaire-*trustee* implique nécessairement un contrat avec soi-même, et donc la création d'un conflit d'intérêt (d'une part le fiduciaire-*trustee* aurait intérêt de se faire transférer le bien dans les meilleures conditions possibles, et d'autre part il aurait l'obligation de le transférer dans les conditions les plus convenables pour la fiducie-*trust*), il est interdit au fiduciaire-*trustee* de le faire (sauf si le fiduciaire-*trustee* a une autorisation en ce sens <sup>1681</sup>).

**1093.-** Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que l'acte par lequel un bien fiduciaire a été transféré personnellement au fiduciaire-*trustee* puisse être anéanti. Il en serait de même de l'acte translatif de propriété réalisé à faveur d'un tiers, mais qui *de facto* pourrait être considéré comme l'*alter ego* du fiduciaire-*trustee* <sup>1682</sup>; l'article 1596 du Code civil le prévoit ainsi.

**1094.-** Conformément aux idées précédentes, le droit du *trust* prévoit que, si le *trustee* achète un bien mis en *trust*, les *cestuis que trusts* peuvent demander l'anéantissement de cette vente <sup>1683</sup>. En demandant l'anéantissement de la vente, les *cestuis que trusts* peuvent poursuivre deux buts différents : soit pour que le bien soit vendu dans de meilleures conditions <sup>1684</sup>, soit pour qu'ils puissent récupérer le bien, qui puisse ainsi retourner au *trust fund* <sup>1685</sup>.

---

<sup>1679</sup> V. *supra*, n° 59 et s.

<sup>1680</sup> Sur l'interdiction du fiduciaire-*trustee* de réaliser des contrats avec lui-même, v. *supra*, n° 91 et s.

<sup>1681</sup> V. *supra*, n° 164.

<sup>1682</sup> V. *supra*, n° 107.

<sup>1683</sup> En ce sens, v. *Re Bulmer* [1937] Ch. 499, spéc. p. 508 et 509 ; *Tito v Waddel (No 2)* [1977] Ch. 106, spéc. p. 241 ; *Holder v Holder* [1968] Ch. 353, spéc. p. 398.

<sup>1684</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-97.

**1095.-** Pour bien comprendre la possibilité d'anéantir la vente avec l'objectif de vendre le bien objet du litige, il faut prendre en compte que le fait que le *trustee* ne puisse pas se transférer à lui-même un bien mis en *trust*, ne signifie pas pour autant que le bien soit inaliénable ; en effet, il est possible que le *trustee* ait le droit de vendre ce même bien, mais qu'il lui soit interdit en même temps de se porter acquéreur.

**1096.-** Il doit en être de même en droit français : imaginons que le fiduciaire ait une obligation de vendre un bien déterminé à une date déterminée et qu'il lui est, en même temps, interdit de l'acheter pour lui-même. Si le fiduciaire achète le bien, il sera nécessaire pour exécuter en nature son obligation de vendre ce bien, d'annuler d'abord le contrat par lequel il l'a acheté. En revanche, le droit des bénéficiaires de demander la vente du bien ne doit pas être ouvert dans toutes les hypothèses où le fiduciaire a acheté le bien pour lui-même, mais seulement dans les cas où le fiduciaire a aussi une obligation de le vendre.

**1097.-** Dans le cas où le bien est mis en vente, le droit anglais prévoit un prix de réserve qui est le prix payé par le *trustee*<sup>1686</sup> ; si le prix n'est pas obtenu, la vente en faveur du *trustee* est réinstaurée<sup>1687</sup>. En d'autres mots, le contrat qui venait d'être anéanti est ressuscité. Cette hypothèse ne paraît pas possible en droit français, à cause de l'article 1596 du Code civil.

**1098.-** Cette disposition en effet prévoit l'interdiction au fiduciaire de se rendre adjudicataire, sous peine de nullité, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire ; nonobstant l'article 1596 du Code civil ne se limite pas aux seules ventes aux enchères et

En revanche, de la lecture de la jurisprudence *Holder v Holder*, il paraît qu'au lieu d'anéantir la vente, le *trustee* serait obligé de revendre le bien et que le prix payé au-dessus du prix payé par lui appartiendrait au *trust* ([1968] Ch. 353, spéc. p. 370 et 371).

<sup>1685</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-100.

La condition est que tous les *cestuis que trusts* soient d'accord. Le raisonnement de cette condition réside dans le fait que si le bien ne peut pas être vendu à un meilleur prix que celui payé par le *trustee*, ce serait pire pour eux (en ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-101 ; *Holder v Holder* [1968] Ch. 353, spéc. p. 370 et 371). Bien que cette condition puisse être pertinente dans l'hypothèse où le *trustee* a une obligation de vendre le bien objet du litige, elle n'est pas nécessaire quand aucune obligation de vendre n'existe, notamment quand le *trustee* a l'interdiction de le vendre.

<sup>1686</sup> V. *Holder v Holder* [1968] Ch. 353, spéc. p. 371 ; LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-99.

<sup>1687</sup> En ce sens, v. LEWIN, *Lewin on trust, op. cit.*, n° 20-99.



doit s'étendre à toute opération où le fiduciaire contracte avec lui-même <sup>1688</sup>. En conséquence, les bénéficiaires et le constituant vont pouvoir demander l'annulation de tout acte par lequel le fiduciaire se ferait, sans autorisation, transférer un bien fiduciaire.

**1099.-** L'acte assurant le transfert de propriété au fiduciaire-*trustee* devrait pouvoir être anéanti même s'il a été réalisé dans des conditions favorables pour les bénéficiaires-*cestuis que trusts* (par exemple que le bien est vendu au-dessus du prix du marché), et même s'il a été réalisé de bonne foi (par exemple qu'aucune personne n'a voulu acheter le bien, et que donc le fiduciaire-*trustee* l'achète avec l'intention de réaliser la vente avant que le bien perde de la valeur) <sup>1689</sup>.

**1100.-** En annulant la transmission, le prix payé ou le bien échangé par le fiduciaire-*trustee* doit lui être restitué ; en revanche, si le bien a été endommagé ou que tout autre dommage a été causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund*, il devra verser une compensation pécuniaire pour réparer ce dommage.

**1101.-** Si nous avons analysé l'hypothèse où le fiduciaire-*trustee* a transféré, sans autorisation, à sa faveur un bien fiduciaire ; pour continuer, nous verrons l'hypothèse où l'acquéreur du bien est un tiers.

## SECTION II.- L'ANÉANTISSEMENT DE LA TRANSMISSION AUX TIERS

**1102.-** La situation générée par la transmission d'un bien fiduciaire à un tiers diffère de la précédente, parce que le fondement de la nullité dans l'hypothèse ici analysée est l'inaliénabilité du bien, alors que dans la situation où le fiduciaire-*trustee* se transfère un bien fiduciaire à lui-même, le fondement est la violation du devoir de loyauté-*duty of loyalty*. Puisque le transfert de propriété aux tiers est corrigé en droit anglais par de vrais remèdes réels, cette section se limite au droit français.

---

<sup>1688</sup> V. *supra*, n° 68.

<sup>1689</sup> Dans un sens proche dans le droit anglais, v. G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, 5<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 344 ; *Ex parte James* (1803) 8 Ves.Jr. 337, 32 E.R. 385, spéc. p. 389.

**1103.-** Le fiduciaire ne pourra réaliser un acte de disposition sur les biens fiduciaires que s'il y a une autorisation expresse ou tacite en ce sens ; il en est ainsi parce qu'à l'extinction de la fiducie, s'il reste encore des actifs, les biens fiduciaires doivent être transférés soit au bénéficiaire, soit au constituant <sup>1690</sup>. En conséquence, si aucune autorisation de disposer n'est donnée au fiduciaire, la fiducie entraînerait une indisponibilité conventionnelle <sup>1691</sup> ; en revanche, si seule une autorisation d'aliéner un bien fiduciaire faisait défaut, la fiducie entraînerait seulement une inaliénabilité conventionnelle <sup>1692</sup>. La différence, entre l'indisponibilité et l'inaliénabilité tient au domaine d'application. L'indisponibilité a un domaine d'application plus large que l'inaliénabilité <sup>1693</sup>. La première interdit toute acte de disposition, alors que la deuxième n'interdit que les aliénations. Cependant, l'indisponibilité entraîne aussi une inaliénabilité.

**1104.-** En conséquence, le droit applicable à l'indisponibilité et à l'inaliénabilité conventionnelle est applicable à la fiducie. Ainsi, puisque l'acte translatif de propriété réalisé en violation d'une inaliénabilité conventionnelle est sanctionné par la nullité de cet acte <sup>1694</sup>, il n'existe donc aucun doute que dans la fiducie le transfert non autorisé serait sanctionné aussi par la nullité dudit acte.

**1105.-** Cependant, un problème se pose quant à la justesse de cette sanction puisque, comme nous l'avons démontré dans la première partie de cette étude, la propriété

---

<sup>1690</sup> En ce sens, v. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Economica, *op. cit.*, n° 299.

<sup>1691</sup> En ce sens, v. R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens (1<sup>re</sup> partie) », *PA* 21 novembre 2000, n° 232, p. 4, spéc. n° 8 et s.

Sur le sujet de l'indisponibilité conventionnelle, v. *ibidem* ; R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens (suite et fin) », *PA* 22 novembre 2000, n° 233, p. 8 ; B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, LGDJ, 2003, préf. Y. Chaput, n° 16 et s. (sur une revue de cette thèse, v. Ph. BONFILS, *RTD civ.* 2004, p. 391).

<sup>1692</sup> Pour certains auteurs la fiducie entraîne de plein droit une inaliénabilité (v. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 176 ; C. KUHN, « La mission du fiduciaire », *op. cit.*, p. 55 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2000, n° 85). L'inaliénabilité fiduciaire est licite puisque non seulement elle revêt un caractère temporaire (en effet, la fiducie ne peut durer plus de 99 ans [v. l'article 2018 du Code civil], mais encore il existe un intérêt sérieux et légitime qui est l'accomplissement de la mission fiduciaire. Pour les éléments de validité de l'inaliénabilité conventionnelle, v. Ph. SIMLER, « Les clauses d'inaliénabilité (Code civil, art. 900-1 nouveau) », *op. cit.*, n° 5 et s. ; H. CORVEST, « L'inaliénabilité conventionnelle », *op. cit.*, n° 3 et s.

<sup>1693</sup> En ce sens, v. R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 2.

<sup>1694</sup> V. CA Angers, 29 juin 1842 : S. 1842, 2, p. 400 ; Req., 11 juillet 1877 : S. 1877, 1, p. 443 ; Toulouse, 16 janvier 1907 : S. 1908, 2, p. 133.

Sur la validité de ce types de clauses, v. Civ., 20 avril 1858 : H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. I*, *op. cit.*, n° 73 ; Req., 27 novembre 1893 : S. 1894, 1, p. 349 ; Rouen, 5 avril 1905 : S. 1906, 2, p. 225, note A. TISSIER ; Req., 16 janvier 1923 : *DP* 1923, 1, p. 177, note G.R.

du fiduciaire est limitée par des obligations qui lui sont imposées <sup>1695</sup> ; en conséquence, l'indisponibilité fiduciaire s'explique par une interdiction de disposer, par une obligation de ne pas faire <sup>1696</sup>. Pour la même raison que le fiduciaire est propriétaire des biens fiduciaires, il a toutes les prérogatives que la propriété peut donner à un propriétaire ; ses prérogatives ne sont limitées que par l'imposition d'obligations personnelles <sup>1697</sup>. Ainsi, la nullité des actes réalisés en violation de ses obligations ne peut pas être fondée sur le dépassement des pouvoirs du fiduciaire, comme c'est le cas dans le droit de la représentation légale ; en effet, pour toutes ces raisons, le dépassement de pouvoir s'applique mal au fiduciaire <sup>1698</sup>, qui est véritablement propriétaire des biens.

**1106.-** De cette manière, conformément à la nature personnelle de l'indisponibilité fiduciaire, la nullité de l'acte translatif pourrait apparaître comme une sanction techniquement inadéquate, puisqu'aucune condition essentielle pour la validité de l'acte translatif de propriété réalisé entre le fiduciaire et le tiers acquéreur ne fait défaut <sup>1699</sup>.

**1107.-** Néanmoins, la nullité de la transmission reste adéquate en termes de politique juridique : puisque la mission fiduciaire et les avantages prévus pour les bénéficiaires peuvent dépendre du bien transmis, il faut que le bien aliéné illicitement puisse être retourné au patrimoine fiduciaire ; la nullité apparaît, pour cela, un instrument de choix.

---

<sup>1695</sup> Sur la propriété du fiduciaire, v. *supra*, n° 412 et s.

En ce sens J. CARBONNIER a écrit que la propriété du fiduciaire « c'est une propriété limitée, affectée, repétrie par une série d'obligations » (in *Droit civil, T. III, Les biens*, PUF, 19<sup>ème</sup> éd. refondue, 2000, n° 89).

<sup>1696</sup> Sur une exposition approfondie des différentes théories sur la nature de l'inaliénabilité, v. S. MILLEVILLE, *Les restrictions au droit de disposer*, th. dactyl., Paris II, 2008, spéc. n° 6 et s. (l'auteur expose les deux théories sur la nature de l'inaliénabilité [réelle et personnelle] et expose sa propre théorie).

Sur des auteurs à faveur de la nature réelle de l'inaliénabilité, v. F. NEGRO, in P. VOIRIN, *RTD civ.* 1951, p. 239 ; F. NEGRO, in R. BERAUD, « L'indisponibilité juridique », *D.* 1952, chron. p. 187, spéc. n° 3 et s. ; F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 135.

Sur des auteurs à faveur de la nature personnelle de l'inaliénabilité, v. R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens (suite et fin) », *op. cit.*, n° 12 et s. ; B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 16 et s. ; Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. II, Les biens, Droit réels principaux*, *op. cit.*, n° 350.

<sup>1697</sup> En ce sens, v. X. BOUTIRON, « La fiducie, technique de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur ? », *Dr. et patrimoine* mars 2010, p. 60, spéc. p. 60.

<sup>1698</sup> *Contra*, v. B. KAN-BALIVET, « Les clés du contrat de fiducie-gestion », *op. cit.*, p. 78.

<sup>1699</sup> En ce sens mais sur l'inaliénabilité, v. Ch. LARROUMET, *Droit civil, T. II, Les biens, Droit réels principaux*, *op. cit.*, n° 350 ; S. MILLEVILLE, *Les restrictions au droit de disposer*, *op. cit.*, n° 55 et s. ; sur l'indisponibilité, v. R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens (suite et fin) », *op. cit.*, n° 17 ; B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 289.

**1108.-** En revanche l'incompatibilité entre la nullité de la transmission non autorisée d'un bien fiduciaire et la nature personnelle de l'indisponibilité fiduciaire ne se pose que sur la nullité en tant que moyen de contrôle des conditions de formation des conventions, c'est-à-dire comme sanction aux actes irrégulièrement formés ; cependant, et c'est un point fondamental, il apparaît que la technique de la nullité ne se limite pas à cette seule fonction de contrôle de l'existence des conditions de formation des conventions. En effet, notamment, la responsabilité civile fait usage de la nullité comme un moyen de réparer en nature le dommage causé fautivement. Ce qui a comme conséquence, que la nullité en tant que mode de réparation (et non pas en tant que sanction de l'inexistence des conditions de formation d'une convention) est compatible avec la nature personnelle de l'indisponibilité fiduciaire <sup>1700</sup>.

**1109.-** Puisqu'il est traditionnellement – unanimement, oserions-nous même – enseigné que la nullité est une technique qui sanctionne les actes juridiques irrégulièrement formés, il faudra d'abord montrer qu'elle est aussi utilisée par la responsabilité civile en dehors de cette fonction classique originaire (§ 1). Cette démonstration aurait en plus l'avantage de pouvoir servir aux juges pour permettre de justifier la nullité dans le domaine de l'inaliénabilité conventionnelle, où il semble que « les tribunaux s'en soient le plus souvent tenus à une attitude prudente et n'aient pas cherché à justifier en droit la solution retenue par eux, se contentant, de la manière la plus laconique, de prononcer l'annulation de l'engagement pris en contravention de l'indisponibilité contractuelle » <sup>1701</sup>.

**1110.-** Une fois que cette nouvelle utilisation de la nullité sera mise en relief, suivra l'analyse de la nullité de l'acte translatif de propriété réalisé par le fiduciaire sans autorisation (§ 2).

## § 1.- LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET LA TECHNIQUE DE LA NULLITÉ

---

<sup>1700</sup> En ce sens mais sur l'indisponibilité conventionnelle, v. R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens (suite et fin) », *op. cit.*, n° 18 ; B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 305.

<sup>1701</sup> B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 282.

V. CA Angers, 29 juin 1842 : S. 1842, 2, p. 400 ; Req., 11 juillet 1877 : S. 1877, 1, p. 443 ; Toulouse, 16 janvier 1907 : S. 1908, 2, p. 133.

**1111.-** L'article 1165 du Code civil prévoit le principe de l'effet relatif des contrats ; cependant, ce principe n'empêche pas qu'une convention ne puisse pas avoir un retentissement à l'égard de tiers <sup>1702</sup> : le contrat est évidemment opposable aux tiers, le principe de l'effet relatif signifiant simplement qu'il ne peut créer d'obligations à la charge des tiers. En effet, une convention est un fait juridique opposable aux tiers, ce qui a comme conséquence que les tiers sont censés la respecter <sup>1703</sup>, et donc ne rien faire qui entraverait son exécution. Si un tiers ne respecte pas une convention valablement formée, il commet une faute et sa responsabilité pourrait être engagée <sup>1704</sup> ; mais puisque le tiers est une personne étrangère au contrat, la nature de sa responsabilité serait évidemment délictuelle <sup>1705</sup>.

**1112.-** Il arrive que la faute du tiers consiste en la réalisation d'un acte juridique incompatible avec un contrat déjà existant. La question qui se pose est alors de savoir si le deuxième contrat, conclu par le tiers et l'une des parties au premier contrat, peut être anéanti à titre de réparation, en dépit du fait qu'aucune condition de validité (capacité, cause, objet, consentement) ne manque à ce deuxième contrat <sup>1706</sup>.

**1113.-** Cette question reçoit, en droit positif, une réponse affirmative : « il arrive que les tribunaux prononcent la nullité d'un acte juridique à titre de réparation en nature pour sanctionner une responsabilité » <sup>1707</sup>. Il est ainsi dans la promesse unilatérale de vente et dans le pacte de préférence, où la nullité est utilisée en tant que moyen de réparation en

---

<sup>1702</sup> V. *supra*, n° 937 et s.

<sup>1703</sup> Sur le sujet, v. R. DALLANT, « Le respect des contrats par les tiers », *JCP G* 1939, I, 86 ; B. STARCK, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP G* 1954, I, 1180 ; S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers, émergence du délit civil de fraude*, LGDJ, 1963 ; S. GINOSSAR, « La fraude au droit d'autrui est-elle licite ? », *extrait des Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant-Sirey, 1963 ; *JCI Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 130-10 : Droit à réparation, 2008 [par P. JOURDAIN], spéc. n° 56 et s.

<sup>1704</sup> En ce sens, v. R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525, spéc. n° 24 et s.

<sup>1705</sup> V. F. BETRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, th. dactyl., Paris, 1979, n° 146 et s.

<sup>1706</sup> Il ne faut pas confondre cette hypothèse, avec celle où un créancier peut agir en nullité des actes accomplis par son débiteur quand ces actes sont entachés des vices de formation (sur le sujet, v. J.-L. AUBERT, « Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur [un aspect particulier de la théorie générale des nullités] », *RTD civ.* 1969, p. 692).

<sup>1707</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, 3<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, n° 29-3.

nature <sup>1708</sup>. Comme nous le verrons l'application de la nullité dans ces deux hypothèses (A) s'explique par sa compatibilité avec l'institution de la responsabilité civile (B).

#### A.- EXEMPLE : LA NULLITÉ COMME SANCTION DE LA VIOLATION DES PROMESSES DE VENTE ET DES PACTES DE PRÉFÉRENCE

**1114.-** La promesse unilatérale de vente est le contrat par lequel une personne (le promettant) s'engage envers une autre (le bénéficiaire) à vendre une chose déterminée ; si le promettant est définitivement engagé, le bénéficiaire reste libre d'acquérir ou de renoncer à la vente <sup>1709</sup> ; en d'autres mots, une option de conclure ou non le contrat est donnée au bénéficiaire. Si le bénéficiaire décide d'acheter (lever l'option), la promesse se transforme instantanément en vente <sup>1710</sup>. De cette promesse, le bénéficiaire n'obtient qu'un droit personnel à l'encontre du promettant ; en effet, aucun droit réel sur le bien objet de la promesse n'est transféré au bénéficiaire <sup>1711</sup>.

**1115.-** En conséquence, pendant la durée de l'option, le promettant s'interdit de vendre à autrui le bien objet de la promesse ; en effet, au contraire, si le bien était vendu à un tiers, et le bénéficiaire voulait ensuite lever l'option, la vente qu'il voudrait réaliser et lui a été promise deviendrait impossible pour manque d'objet <sup>1712</sup>.

**1116.-** Si le promettant vend la chose à un tiers, non seulement il viole son obligation, mais en plus, un conflit est créé entre le droit personnel du bénéficiaire de la promesse et le droit réel du tiers acquéreur <sup>1713</sup>. D'où la question qui se pose alors des remèdes offerts au bénéficiaire victime.

---

<sup>1708</sup> Sur une analyse des sanctions aux promesses de vente et aux pactes de préférence, v. M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Economica, 1989, n° 168 et s. ; R. WINGTEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard de tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 250 et s.

<sup>1709</sup> En ce sens, v. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 110.

<sup>1710</sup> *Ibidem*.

<sup>1711</sup> V. Req., 28 août 1940 : S. 1940, I, p. 103.

<sup>1712</sup> En ce sens, v. L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avants contrats », *RTD civ.* 1948, p. 1, spéc. n° 29.

<sup>1713</sup> *Ibidem*, n° 30.

**1117.-** Puisque le promettant viole une obligation, il n'existe aucun doute sur le fait que sa responsabilité est engagée vis-à-vis du bénéficiaire ; mais qu'en est-il du tiers acquéreur ? Lequel de deux droits (celui du bénéficiaire et celui du tiers) a priorité ? En faveur de qui le droit trancherait ce conflit, et par quel moyen ?

**1118.-** Cette question trouve une réponse en deux temps : si le tiers acquéreur est de bonne foi, c'est-à-dire qu'au moment de la vente il n'avait pas connaissance de l'existence de la promesse en faveur du bénéficiaire, il gardera la propriété du bien et aucune action n'aboutira à son encontre ; le bénéficiaire devra se contenter de dommages-intérêts de la part du promettant <sup>1714</sup>. En revanche, si le tiers acquéreur a acheté le bien en connaissant l'existence de la promesse, le bénéficiaire peut demander la nullité de la vente <sup>1715</sup>. Il faudra bien sûr que le bénéficiaire ait eu l'intention de lever l'option ; dans le cas contraire, il n'aurait aucun intérêt en agir en nullité de la vente <sup>1716</sup>.

**1119.-** Cependant, cette nullité n'est fondée ni sur l'article 6 ni sur les articles 1108 et s. du Code civil ; c'est-à-dire sur les articles relatifs aux conditions essentielles pour la validité des conventions. Ce sont les articles 1167 et 1382 du Code civil qui sont visés par les juges <sup>1717</sup>, mais depuis une décision de 1948 <sup>1718</sup> c'est surtout sur l'article 1382 que les juges fondent la nullité de la vente réalisée en faveur du tiers de mauvaise foi <sup>1719</sup>.

**1120.-** La préférence des tribunaux pour la responsabilité civile extracontractuelle comme fondement de la nullité doit être approuvée, puisque la fraude paulienne, visée par

---

<sup>1714</sup> *Ibidem*.

<sup>1715</sup> V. Civ., 13 novembre 1929 : *DP* 1929, I, p. 131 ; Civ., 10 avril 1948 : *D.* 1948, p. 421, note R. LENOAN, *JCP G* 1948, II, 4403, note E. BECQUE ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 1960 : *Bull. civ.* I, n° 15 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juillet 1975 : *Bull. civ.* III, n° 249, *Gaz. Pal.* 1975, 2, p. 781, note A. PLANCQUEEL.

<sup>1716</sup> En ce sens, v. Y. PACLOT et E. MOREAU, « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente.- "Comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations" », *JCP G* 2011, I, 736, spéc. n° 21.

<sup>1717</sup> V. par exemple, Civ., 13 novembre 1929 : *DP* 1929, I, p. 131 ; Req., 28 août 1940 : *S.* 1940, I, p. 103.

<sup>1718</sup> Civ., 10 avril 1948 : *D.* 1948, p. 421, note R. LENOAN, *JCP G* 1948, II, 4403, note E. BECQUE ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 octobre 1957 : *D.* 1957, jurisp. p. 729, *RTD civ.* 1958, p. 74, obs. H. et L. MAZEAUD (la décision de la cour d'appel est cassée puisque l'annulation du bail a été seulement fondée sur l'article 1167 du Code civil, donc il fallait le faire aussi sur l'article 1382 du Code civil) ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juillet 1975 : *Bull. civ.* III, n° 249, *Gaz. Pal.* 1975, II, p. 781, note A. PLANCQUEEL.

<sup>1719</sup> En ce sens M. ATIAS écrit que « la fraude du tiers acquéreur n'est plus requise [...] Le visa de l'article 1382 du Code civil a pris le relais de l'ancienne justification fournie par l'analogie avec la fraude paulienne et fonde toutes les décisions d'annulation » (in « La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi [Réexamen d'une jurisprudence constante] », *JCP N* 1978, I, 291, spéc. n° 2).

l'article 1167 précité, suppose en principe l'insolvabilité du débiteur <sup>1720</sup>, et est sanctionnée par l'inopposabilité. Or, il est douteux que la seule connaissance de l'existence de la promesse (qui est nécessaire et suffisante pour annuler la vente) puisse être considérée comme une fraude <sup>1721</sup>.

**1121.-** Ainsi, le fait que la nullité de la vente soit fondée sur l'article 1382 du Code civil implique nécessairement qu'elle est considérée par les juges comme un mode de réparation <sup>1722</sup>, spécifiquement comme une réparation en nature <sup>1723</sup>, et non pas comme un mode de contrôle de formation des actes juridiques <sup>1724</sup>; en effet, la vente ne souffre d'aucun vice de formation <sup>1725</sup>. Ce qui explique donc la différence de régime entre un tiers acquéreur de bonne foi et un de mauvaise foi (en effet, puisque la nullité est fondée sur la responsabilité civile, pour engager la responsabilité du tiers acquéreur, il faut une faute de la part de ce dernier; comme le tiers acquéreur de bonne foi n'aurait commis aucune faute, sa responsabilité ne pourrait pas être engagée et donc la nullité ne pourrait pas être prononcée).

**1122.-** La distinction entre tiers de bonne foi et tiers de mauvaise foi s'explique par la relation intime entre l'opposabilité de la promesse et la faute du tiers acquéreur <sup>1726</sup>: la promesse unilatérale de vente est un acte occulte que les tiers peuvent ignorer; en conséquence, elle n'est opposable aux tiers que s'ils ont connaissance de son existence. Ainsi, si le tiers acquéreur ignorait l'existence d'une promesse de vente qui avait comme

---

<sup>1720</sup> En ce sens, v. Civ., 13 novembre 1929 : *DP* 1929, I, p. 131, spéc. p. 132 (auteur anonyme).

En revanche il y a de jurisprudence qui prévoit que « L'action paulienne étant [...] recevable même si le débiteur n'est pas insolvable, dès lors que l'acte frauduleux a eu pour effet de rendre impossible l'exercice du droit spécial dont disposait le créancier sur la chose aliénée » (Civ 1<sup>ère</sup>, 10 décembre 1974 : *Gaz. Pal.* 1975, 1, p. 363, note A. PLANCQUEEL).

<sup>1721</sup> En ce sens, LENOAN à écrit que « cette connaissance ne suffise pas pour qu'il y ait fraude pour qu'il y ait "concert frauduleux" » (in *D.* 1948, p. 421, spéc. p. 422).

<sup>1722</sup> V. Ch. ATIAS, « La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi (Réexamen d'une jurisprudence constante) », *op. cit.*, n° 9 et s.

<sup>1723</sup> En ce sens, v. *DP* 1929, I, p. 131, spéc. p. 133 (commentaire d'un auteur anonyme de l'arrêt : Civ., 13 novembre 1929).

<sup>1724</sup> Pour cette raison un auteur décrit la nullité de la vente réalisée en violation d'une promesse de vente comme une nullité non véritable, en tant que la nullité comme sanction à la faute des éléments de validité, l'auteur le décrit comme une nullité véritable (*ibidem*, spéc. p. 132).

<sup>1725</sup> *Contra*, v. L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avants contrats », *op. cit.*, n° 32 (pour l'auteur, la nullité s'explique parce que le promettant n'a plus le pouvoir de consentir une vente à un tiers); en ce même sens, v. Y. PACLOT et E. MOREAU, « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente.- "Comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations" », *op. cit.*, n° 23.

<sup>1726</sup> En ce sens, v. *JCI Civil Code*, Art. 1146 à 1155, fasc. 16-20, 2005 [par M. ESPAGNON], spéc. n° 43.



objet le bien qu'il vient d'acheter, son comportement ne peut pas être considéré comme fautif, puisque la promesse ne lui est pas opposable. Cela implique aussi que la nullité de la vente au tiers de mauvaise foi ne puisse pas être déclarée s'il a, à son tour, vendu le bien à un sous-acquéreur de bonne foi <sup>1727</sup> ; comme ce sous-acquéreur n'a commis aucune faute, sa responsabilité ne peut pas être engagée et donc la vente ne peut pas être anéantie <sup>1728</sup>.

**1123.-** En revanche, si le tiers avait connaissance de la promesse, elle lui est opposable et donc ce tiers a l'obligation de la respecter ; et si malgré cette opposabilité, le tiers achète le bien, son comportement est fautif ; et sa responsabilité délictuelle peut être engagée si un préjudice est causé au bénéficiaire de la promesse – le préjudice consistant notamment dans l'impossibilité d'acquérir le bien objet de la promesse de vente <sup>1729</sup>.

**1124.-** Depuis un arrêt du 15 décembre 1993, la troisième Chambre civile <sup>1730</sup> considère que la rétraction empêche que la vente puisse être formée, et que son exécution en nature ne peut plus être exigée : en d'autres termes, le bénéficiaire ne peut obtenir que de dommages-intérêts. De ce fait, on peut se demander si la nullité de la vente serait encore une réparation adéquate, puisque si la nullité a comme effet de réparer le dommage, et le dommage consiste dans l'impossibilité du bénéficiaire d'acheter le bien, on peut donc se demander à quoi servirait la nullité si la vente ne peut pas être exigée du promettant, en prenant en compte que « [l]a vente du bien à un tiers constitue nécessairement une rétraction - tacite - de la proposition » <sup>1731</sup>. En revanche, cela ne contredit pas le fait que la nullité ait été utilisée comme une mode de réparation en nature, et qu'elle peut donc être utilisée ainsi dans d'autres domaines du droit.

---

<sup>1727</sup> V. Civ., 13 novembre 1929 : *DP* 1929, I, p. 131 ; *contra*, v. Civ., 10 mai 1949 : *JCP G* 1949, II, 4972 note E. BECQUE (en revanche, la nullité de la vente au sous-acquéreur de bonne foi s'explique du fait que son vendeur une société immobilière avait été annulée, en conséquence la société est censée n'avoir jamais existée donc n'avoir jamais acquis le bien en violation de la promesse de vente objet du litige).

<sup>1728</sup> En revanche, si la nullité serait fondée sur le manque d'un élément de validité, la vente au tiers de mauvaise foi serait anéantie, et aurait comme conséquence aussi la nullité de la vente réalisée à faveur d'un sous-acquéreur de bonne foi (en ce sens, v. *DP* 1929, I, p. 131, spéc. p. 132 [commentaire d'un auteur anonyme de l'arrêt : Civ., 13 novembre 1929]).

<sup>1729</sup> V. Ch. ATIAS, « La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi (Réexamen d'une jurisprudence constante) », *op. cit.*, n° 10.

<sup>1730</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993 : *Bull. civ.* III, n° 174, *D.* 1994, p. 507, note F. BENAC-SCHMIDT.

Avant cette jurisprudence, les tribunaux ordonnaient l'exécution en nature des promesses de vente (v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 1952 : *Bull. civ.* I, n° 289).

<sup>1731</sup> R.-N. SCHÜTZ, « L'exécution des promesses de vente », *Defrénois* 1999, p. 833, spéc. n° 13.

**1125.-** Quant au pacte de préférence, il se définit comme la convention par laquelle le propriétaire d'une chose s'engage envers une personne à lui proposer d'abord la chose s'il décide de la vendre <sup>1732</sup> ; ainsi, « le promettant ne s'est pas encore engagé à vendre, mais seulement, pour le cas où se décide à vendre, à donner la préférence au bénéficiaire si celui-ci accepte de payer le prix offert par le tiers qui veut acheter » <sup>1733</sup>.

**1126.-** De ce fait, le bénéficiaire d'un pacte de préférence ne se fait octroyer qu'un droit personnel <sup>1734</sup>, il devient créancier d'une obligation de faire <sup>1735</sup>. Cela a comme corollaire l'interdiction d'offrir, et donc de vendre la chose visée dans le pacte à un tiers avant de l'avoir proposée (dans les mêmes conditions) au bénéficiaire du pacte <sup>1736</sup> ; en revanche, cette interdiction n'est pas propulsée au rang d'obligation de ne pas faire <sup>1737</sup>.

**1127.-** En conséquence, si le promettant viole son obligation et vend la chose à un tiers sans l'avoir préalablement proposée dans les mêmes conditions au bénéficiaire du pacte, il y a (comme dans la promesse de vente) un conflit entre le droit personnel du bénéficiaire et le droit réel du tiers acquéreur. La question que se pose à nouveau est de savoir en faveur de qui le conflit va être tranché, et la manière dont il le sera.

---

En ce sens, v. R. WINGTEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard de tiers en droit français et allemand*, *op. cit.*, n° 260.

<sup>1732</sup> Dans un sens proche, v. *JCI Contrats-Distribution*, fasc. 250 : Vente commerciale.- Formation, 2009 [par E. LAMAZEROLLES], spéc. n° 18 ; T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférences », *RTD civ.* 2009, p. 433, spéc. n° 2.

<sup>1733</sup> R.-N. SCHÜTZ, « L'exécution des promesses de vente », *op. cit.*, n° 3.

En ce sens aussi, v. *JCI Civil Code*, Art. 1589, fasc. 30, 2008 [par M. MIGNOT], spéc. n° 39.

<sup>1734</sup> V. Req., 15 avril 1902 : S. 1902, I, p. 316 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999 : *Defrénois* 1999, p. 751 obs. Ph. DELEBECQUE.

Sur les droits du bénéficiaire, v. T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférences », *op. cit.*, n° 10.

<sup>1735</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 2002 : *Bull. civ.* I, n° 192, D. 2002, p. 2515, *RTD civ.* 2003, 107, obs. P.-Y. GAUTIER.

<sup>1736</sup> Pour cette raison, certains auteurs voient que l'obligation du promettant est une obligation de ne pas faire (v. D. MAZEAUD, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », *Gaz. Pal.* 1994, 1, doct. p. 210, spéc. n° 2 ; *JCI Civil Code*, Art. 1136 à 1145, fasc. 10, 2007 [par Ph. SIMLER], spéc. n° 127 [il analyse la nullité de la vente sous le titre « Anéantissement des actes juridiques passés en violation d'une obligation de ne pas faire »]).

Sur les obligations nées du pacte de préférence, v. D. MAINGUY, « La violation du pacte de préférence », in dossier *Pacte de préférence : liberté ou contrainte ?*, *Dr. et patrimoine* janvier 2006, p. 72, spéc. p. 73 et s. ; T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférences », *op. cit.*, n° 6 et s.

<sup>1737</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 2002 : *Bull. civ.* I, n° 192, D. 2002, p. 2515, *RTD civ.* 2003, p. 107, obs. P.-Y. GAUTIER.

**1128.-** Un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation <sup>1738</sup> répond à cette question en décidant que « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ». Cette décision a réalisé un demi-revirement de jurisprudence, puisqu'avant elle, la nullité était conditionnée aussi à cette double connaissance <sup>1739</sup>, mais quand des juges osaient à prononcer la substitution ils voyaient leurs décisions renversées par la Cour de cassation <sup>1740</sup>.

**1129.-** Ainsi, le conflit entre le bénéficiaire du pacte et le tiers acquéreur peut être tranché en faveur du bénéficiaire si le tiers avait connaissance, au jour de la vente <sup>1741</sup>, non seulement de l'existence du pacte mais aussi de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir <sup>1742</sup>. En conséquence, si le tiers acquéreur n'avait pas cette double connaissance, le conflit serait tranché en faveur de celui-ci.

---

<sup>1738</sup> Ch. mixte, 26 mai 2006 : *Defrénois* 2006, p. 1206, obs. E. SAVAUX, *D.* 2006, p. 1861, obs. P.-Y. GAUTIER, *Contrats, conc., consom.* 2006, n° 153, obs. L. LEVENEUR, *JCP E* 2006, 2378 note Ph. DELEBECQUE.

Sur les suites de cet arrêt, v. Civ. 3<sup>ème</sup>, 31 janvier 2007 : *D.* 2007, p. 1698, note D. MAINGUY, *Dr. et patrimoine* mars 2008, p. 91, obs. B. MALLET-BRICOUT ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 14 février 2007 : *D.* 2007, p. 2444, note PH. THERON, *Dr. et patrimoine* mars 2008, p. 91, obs. B. MALLET-BRICOUT ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 novembre 2011 : *Contrats, conc., consom.* 2012, n° 60.

<sup>1739</sup> V. Req., 15 avril 1902 : *S.* 1902, I, p. 316 ; Aix, 20 février 1950 : *JCP G* 1950, II, 5501 note E. BECQUE ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 1965 : *D.* 1966, jurisp. p. 246 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 novembre 1972 : *Bull. civ.* III, n° 616 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 octobre 1982 : *Bull. civ.* III, n° 208, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 661, note E.-S. de LA MARNIERRE ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 février 1999 : *Bull. civ.* III, n° 37, *JCP G* 1999, II, 10191, obs. Y. DAGORNE-LABBE, *RD imm.* 1999, p. 316, note F. COLLART-DUTILLEUL, *RD imm.* 1999, p. 276, note J.-C. GROSLIERE.

<sup>1740</sup> V. Com., 7 mars 1989 : *RTD civ.* 1990, p. 70, obs. J. MESTRE ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 avril 1997 : *Bull. civ.* III, n° 96, *JCP G* 1997, II, 22963 note B. THULLIER, *RTD civ.* 1997, p. 685, obs. P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 1997, p. 673 obs. P. JOURDAIN.

Sur le sujet, v. Ch. ATIAS, « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », *D.* 1998, p. 203.

<sup>1741</sup> V. Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 2009 : *D.* 2009, p. 1019, obs. G. FOREST, *RTD civ.* 2009, p. 524, obs. B. FAGES.

<sup>1742</sup> Cette double connaissance est critiquable du fait non seulement de la difficulté de la prouver, mais encore qu'elle puisse exister au jour de la vente (sur des critiques, v. Ph. BRUN, « Conditions de l'annulation d'une vente conclue en violation d'un pacte de préférence : les exigences démusérées de la Cour de cassation », *D.* 2000, p. 278 ; P.-Y. GAUTIER, « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », *D.* 2006, p. 1861).

Malgré la difficulté de la double preuve, il y a eu dans la pratique la substitution du bénéficiaire ; pour le premier cas, v. Civ. 3<sup>ème</sup>, 14 février 2007 : *JCP E* 2007, 1615, note H. LECUYER, *JCP G* 2007, II, 10143, note D. BERT.

**1130.-** Si la double connaissance est vérifiée, le bénéficiaire est en droit d'exiger l'annulation de la vente et sa substitution à l'acquéreur <sup>1743</sup>. Cette double sanction a comme objectif l'exécution forcée en nature du pacte de préférence, puisqu'en substituant le bénéficiaire du pacte au tiers acquéreur, on oblige le promettant à proposer prioritairement la chose objet du pacte au bénéficiaire, et donc à la lui vendre ; en d'autres termes, les deux sanctions (l'annulation et la substitution) visent la vente forcée <sup>1744</sup>. Il en est ainsi, puisqu'en réalité aucune substitution n'a lieu : elle est impossible à cause de l'annulation de la vente <sup>1745</sup>. Donc, par substitution, il faut comprendre seulement que la vente en faveur du bénéficiaire va devoir se réaliser dans les mêmes conditions que la vente qui vient d'être anéantie <sup>1746</sup>.

**1131.-** Puisque l'annulation et la substitution ont comme objectif l'exécution en nature du pacte, cela peut expliquer qu'aucun article sur la responsabilité civile n'est visé, et que les soient seulement ceux relatifs aux effets des obligations <sup>1747</sup>.

**1132.-** Toutefois, l'annulation de la vente réalisée entre le promettant et le tiers ne peut pas être considérée comme une exécution en nature des obligations du promettant ; anéantir un acte auquel un tiers aurait participé sous le seul fondement de l'exécution en nature d'un autre contrat auquel le tiers n'est pas partie serait contraire à l'effet relatif des contrats prévu à l'article 1165 du Code civil. En revanche, on ne peut pas nier que l'annulation va permettre aux juges de condamner le promettant à la vente forcée ; en

---

<sup>1743</sup> V. D. MAINGUY, « Annulation et substitution : les deux mamelles de la préférence ? », *D.* 2006, 1861 ; J. THERON, « Nullité et substitution en cas de violation d'un pacte de préférence », *D.* 2007, p. 2444. Certains auteurs considèrent que la nullité n'est pas la sanction la plus adéquate, et qu'il serait mieux l'inopposabilité comme une sanction (v. D. MAZEAUD « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », *op. cit.*, n° 16 ; Ch. PAULIN, « Promesse et préférence », *RTD com.* 1998, p. 511, spéc. p. 517).

<sup>1744</sup> En ce sens, la Cour de cassation prévoit que la « substitution constitue la seule exécution entière et adéquate du contrat, laquelle ne se heurte à aucune impossibilité » (Ch. mixte, 26 mai 2006 : *Defrénois* 2006, p. 1206, obs. E. SAVAUX, *D.* 2006, p. 1861, obs. P.-Y. GAUTIER, *Contrats, conc., consomm.* 2006, n° 153, obs. L. LEVENEUR, *JCP E* 2006, 2378 note Ph. DELEBECQUE).

En ce sens aussi, v. Ph. DELEBECQUE, « Sanction de la violation d'un pacte de préférence », *JCP E* 2006, 2378, spéc. p. 1585.

Pour une critique à l'exécution forcée du pacte de préférence, v. D. MAINGUY, « Réflexions à contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence », *D.* 2007, p. 1698.

<sup>1745</sup> Dans un sens proche, v. D. MAINGUY, « Réflexions à contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence », *op. cit.*, n° 5 ; B. MALLET-BRICOUT, *Dr. et patrimoine* mars 2008, p. 91, spéc. p. 92.

<sup>1746</sup> En ce sens, T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférences », *op. cit.*, n° 22.

<sup>1747</sup> Ainsi par exemple dans la décision de la Ch. mixte du 26 mai 2006 ce sont les articles 1134, 1138 et 1147 du Code civil qui sont visés.

d'autres termes, pour que cette exécution forcée soit possible, il faut donc d'abord annuler la vente réalisée avec le tiers <sup>1748</sup>. Cependant, on ne peut pas conclure que cette annulation puisse être considérée comme une forme d'exécution en nature.

**1133.-** La question qui se pose donc est de connaître le fondement de la nullité. Une chose certaine est qu'à la vente réalisée entre le promettant et le tiers, ne manque aucun élément de validité <sup>1749</sup> – d'ailleurs, le contraire n'est allégué nulle part, ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine.

**1134.-** Deux autres fondements de la nullité sont proposés par la doctrine : soit la nullité serait fondée sur la fraude <sup>1750</sup>, soit elle serait fondée sur la responsabilité civile <sup>1751</sup>. Le second fondement aura notre préférence, non seulement parce que la sanction de la fraude est plutôt l'inopposabilité que la nullité <sup>1752</sup>, mais encore parce que les trois conditions pour engager la responsabilité extracontractuelle du tiers acquéreur et promettant sont réunies (en effet, il y a d'abord la faute du tiers acquéreur ainsi que celle du promettant, ensuite le dommage est vérifié par l'impossibilité du bénéficiaire du pacte d'acheter lui-même le bien, enfin le lien de causalité entre la faute et le dommage se vérifie puisque la vente réalisée au tiers acquéreur empêche le bénéficiaire du pacte d'acheter ce même bien). La nullité de la vente paraît donc être fondée sur la responsabilité civile. Une autre raison en faveur de la responsabilité civile comme fondement de la nullité est que si

---

<sup>1748</sup> En ce sens, v. L. LEVENEUR, « Violation du pacte : la substitution se profile, en théorie... », *Contrats, conc., consom.* 2006, n° 153, spéc. p. 23.

<sup>1749</sup> En ce sens, v. *ibidem* ; D. MAINGUY, « La violation du pacte de préférence », *op. cit.* p. 77 ; B. THULLIER, « Les effets de la violation d'un pacte de préférence », *JCP G* 1997, II, 22963, spéc. n° 11.

En plus, les contrats conclus en méconnaissance de droits d'autrui ne peuvent pas être considérés comme avant une cause illicite ou immorale (en ce sens, v. R. WINGTEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard de tiers en droit français et allemand, op. cit.*, n° 185).

<sup>1750</sup> En ce sens, v. L. LEVENEUR, « Violation du pacte : la substitution se profile, en théorie... », *op. cit.*, p. 23 ; B. THULLIER, « Les effets de la violation d'un pacte de préférence », *op. cit.*, n° 13 et s.

Il y a même de jurisprudence en ce sens : Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 avril 1976 : *Bull. civ.* III, n° 165 (le fondement a été ce du concert frauduleux) ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 octobre 1982 : *Bull. civ.* III, n° 208, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 661, note E.-S. de LA MARNIERRE).

Bien que certains arrêts fondent la nullité sur la notion de concert frauduleux, celle-ci ne peut être le fondement systématique de toutes les nullités ; il devrait être possible d'annuler la vente réalisée en violation du pacte, même si aucun concert frauduleux n'existe entre le promettant et le tiers acquéreur. En effet, il est concevable que le promettant vende le bien en pensant de bonne foi n'être plus obligé par le pacte ; en ce cas, si le tiers acquéreur a connaissance du pacte et de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir, la vente doit quand même pouvoir être anéantie.

<sup>1751</sup> En ce sens, v. D. MAZEAUD « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », *op. cit.*, n° 15 ; T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférences », *op. cit.*, n° 20.

le bien était à son tour vendu à un tiers de bonne foi, la vente ne pourrait pas être anéantie (dans la mesure où, comme le tiers n'aurait pas commis de faute, sa responsabilité ne pourrait pas être engagée, et donc la nullité comme mode de réparation ne pourrait pas être utilisée)<sup>1753</sup>.

**1135.-** C'est certainement en ce sens que M. MAZEAUD a écrit que « [l]a violation du pacte de préférence qui cause un préjudice au bénéficiaire permet à celui-ci d'agir en responsabilité [...] A titre de réparation, le bénéficiaire victime du préjudice causé [...] peut, outre des dommages-intérêts, demander au juge de prononcer la nullité du contrat conclu en violation du pacte de préférence »<sup>1754</sup>. Un autre auteur écrit que « cette nullité ne sanctionne pas véritablement un défaut dans la formation du contrat conclu entre le promettant et le tiers ; elle n'est que la forme particulière prise par la responsabilité délictuelle du tiers contractant qui s'est rendu coupable de la violation du pacte de préférence »<sup>1755</sup>.

**1136.-** Cependant, quel que soit le fondement de la nullité de la vente réalisée en violation du pacte de préférence, aucune doute n'existe quant au fait qu'elle est utilisée comme un mode de réparation en nature, et donc en dehors de sa fonction originale.

**1137.-** En effet, la nullité comme mode de réparation en nature à la violation du pacte de préférence a été reconnue par la Cour de cassation, lorsqu'elle a décidé que « les juges du fond, appelés à statuer sur la violation d'un tel pacte, ont la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat au dommage subi et qu'en l'absence de texte l'édicte, l'annulation de la vente critiquée n'est pour eux qu'une faculté et non une obligation »<sup>1756</sup>.

**1138.-** En revanche, depuis la décision précitée de la chambre mixte de la Cour de cassation du 26 mai 2006, le bénéficiaire est en droit d'exiger l'annulation de la vente :

<sup>1752</sup> En ce sens, v. J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 827 ; B. MALLET-BRICOUT, *Dr. et patrimoine* mars 2008, p. 91, spéc. p. 92.

<sup>1753</sup> V. T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférences », *op. cit.*, n° 20.

<sup>1754</sup> In « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », *op. cit.*, n° 15.

<sup>1755</sup> T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférences », *op. cit.*, n° 20.

<sup>1756</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 1954 : *D.* 1954, jurisp. p. 588, *JCP G* 1954, II, 8225.

cela signifie donc que, lorsque la double connaissance est vérifiée, le juge n'a pas le droit de refuser la sanction <sup>1757</sup>. L'obligation de prononcer la nullité est en contradiction avec le principe de la libre d'appréciation des juges qui leur permet de prononcer le mode de réparation qu'ils considèrent le plus approprié <sup>1758</sup> ; en conséquence, on pourrait penser que la nullité, comme sanction à la violation d'un pacte de préférence, pourrait ne plus être fondée sur la responsabilité civile. Cependant, cette affirmation ne tient pas, puisqu'il existe en droit français des hypothèses où le mode de réparation est imposé aux juges <sup>1759</sup> ; en conséquence, le fait que la nullité de la vente soit imposée aux juges n'est pas une raison suffisante pour ne pas considérer la nullité comme fondée sur la responsabilité civile.

**1139.-** Si l'annulation de la vente s'impose aux juges, c'est parce qu'elle fait partie d'une sanction encore plus étendue qui est l'exécution en nature du pacte de préférence, laquelle ne peut pas avoir lieu sans l'annulation de la vente antérieure. Ainsi, l'exécution forcée en nature du pacte va se dérouler en deux temps : d'une part, une réparation en nature qui consiste dans l'annulation de la vente réalisée en faveur du tiers ; d'autre part, la substitution qui constitue une vente forcée entre le promettant et le bénéficiaire du pacte <sup>1760</sup>.

**1140.-** Le fait que l'annulation soit ici utilisée comme un mode de réparation en nature explique que le tiers acquéreur et le sous-acquéreur devront avoir agi d'une manière telle qu'ils ne méritent pas d'être protégés ; d'où l'exigence que le tiers acquéreur, et le sous-acquéreur, aient eu connaissance du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

**1141.-** De cette manière, dans les promesses unilatérales de vente ainsi que dans le pacte de préférence, la nullité sort de sa fonction originale qui consiste dans le contrôle de

---

<sup>1757</sup> En ce sens, v. E. SAVAUX, *Defrénois* 2006, p. 1206, spéc. p. 1208 (commentaire d'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 26 mai 2006).

<sup>1758</sup> V. Com., 5 décembre 1989 : *Bull. civ.* IV, n° 307.

<sup>1759</sup> V. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile, op. cit.*, n° 383 et s. Des jurisprudences en ce sens : a) en matière contractuelle, v. Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 juin 1975 : *Bull. civ.* III, n° 208 ; Soc., 24 janvier 1979 : *D.* 1979, p. 619, note Y. SERRA ; b) en matière délictuelle, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1962 : *Bull. civ.* I, n° 359 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 avril 1996 : *Bull. civ.* III, n° 91 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 septembre 1998 : *Bull. civ.* III, n° 185.

<sup>1760</sup> En ce sens, v. T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférences », *op. cit.*, n° 18.

la formation d'actes, et prend une autre fonction qui consiste en un mode de réparation en nature fondé sur la responsabilité civile. Pour cette raison il reste à nous interroger sur la compatibilité entre la nullité et la responsabilité civile.

## B.- GÉNÉRALISATION DE L'EXEMPLE : LA NULLITÉ COMME RÉPARATION EN NATURE

**1142.-** Dans la subdivision précédente, nous avons vu qu'« il arrive que les tribunaux prononcent la nullité d'un acte juridique à titre de réparation en nature pour sanctionner une responsabilité »<sup>1761</sup>. Celui-ci peut s'expliquer par le fait que la nullité est une technique juridique compatible avec non seulement la fonction indemnitaire de la responsabilité civile, mais encore avec sa fonction normative<sup>1762</sup>.

**1143.-** La fonction indemnitaire de la responsabilité civile est le cœur de l'institution<sup>1763</sup>, et consiste dans l'obligation de réparer le dommage ; en effet, l'auteur d'un dommage causé à autrui a l'obligation de le réparer. La responsabilité civile a donc comme objectif d'effacer tant que possible le dommage, de replacer la victime dans la même situation que si le dommage ne s'était pas produit<sup>1764</sup>, de faire un retour au *statu quo ante*<sup>1765</sup>.

---

<sup>1761</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, 3<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, n° 29-3.

<sup>1762</sup> Sur le rôle normatif de la responsabilité, v. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 16, 39 et s. Cette fonction perd sa force si le fiduciaire est assuré pour les fautes qu'il commet dans l'exécution de sa mission (*ibidem*, n° 40 ; l'auteur remercie vivement le Professeur Sarah BROS de l'avoir instruit sur le sujet) ; en effet, « le jeu de la responsabilité civile est dans la plupart des cas neutralisé par l'assurance » (A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Recueil d'études en hommage à M. ANCEL*, T. I, A. PEDONE, 1975, p. 407 et s., spéc. p. 414). Il serait ainsi pour tout avocat exerçant comme fiduciaire, puisqu'ils sont obligés de souscrire une assurance (v. « Exercice de la fiducie par les avocats », *JCP E* 2010, act. 5 ; B. RAJOT, « L'exercice de la fiducie ouverte aux avocats », *Resp. civ. et assur.* 2010, alerte 3). Un auteur voit dans la nullité une autre fonction, celle de la suppression de l'illicite (v. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008, préf. R. Bout, spéc. n° 4-2).

<sup>1763</sup> Sur cette fonction, v. M. BACACHE-GIBEILLI, *Droit civil, T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 3 et s.

<sup>1764</sup> En ce sens, v. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile*, *op. cit.*, note de page n° 14, p. 475.

<sup>1765</sup> Pour TUNC la *restitutio in integrum* ne serait pas toujours possible (in « La fonction d'indemnisation de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 146).



**1144.-** C'est pour cette raison que la nullité d'une convention remplit parfaitement la fonction indemnitaire de la responsabilité civile <sup>1766</sup>, puisque comme le dommage causé à la victime est créé par les effets de la convention, en l'annulant « le juge provoque un anéantissement juridique du contrat », donc « le contrat annulé est censé n'avoir jamais été conclu » <sup>1767</sup>; en conséquence le dommage est censé ne jamais s'être produit, ce qui est encore mieux que lorsque la réparation a comme effet de faire en sorte que le dommage ne se soit pas réalisé.

**1145.-** De cette manière la victime est placée dans une situation égale à celle qui existait avant le fait dommageable, et par voie de conséquence la nullité serait un mode de réparation adéquate. Pour cette raison, « lorsque c'est par la conclusion d'une convention ou d'une acte juridique quelconque que le tiers a réalisé la violation des droits résultant d'un contrat antérieur, il semble que le meilleur moyen de remettre les choses en l'état soit de tenir en échec l'acte conclu au mépris des droits acquis auparavant » <sup>1768</sup>.

**1146.-** Il en est ainsi dans les hypothèses des promesses unilatérales de vente et des pactes de préférence <sup>1769</sup>. En effet, puisque la vente réalisée par le promettant à un tiers a comme conséquence que le bénéficiaire se trouve dans l'impossibilité d'acheter le bien objet de la promesse et du pacte (c'est ce en quoi consiste leur dommage), en annulant cette vente, l'impossibilité du bénéficiaire d'acheter le bien est effacée. Il y a un retour au *statu quo ante*, le dommage vient d'être ainsi anéanti, et le bénéficiaire se trouve dans la même situation dans laquelle il était avant la violation de la promesse et du pacte <sup>1770</sup>. Pour cette raison, pour pouvoir exécuter en nature le pacte de préférence, il faut d'abord annuler la vente réalisée au profit du tiers acquéreur.

---

<sup>1766</sup> Sur la fonction réparatrice des nullités dans les relations de travail, v. J. DJOUDI, « Les nullités dans les relations individuelles de travail », *D.* 1995, p. 192, spéc. n° 14 et s.

<sup>1767</sup> J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *op. cit.*, n° 4 et 5.

Sur les effets de la nullité, v. aussi Y. PICOD, *Rép. civ. Dalloz*, v° Nullité, spéc. n° 78 et s.

<sup>1768</sup> G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 208.

Dans le même sens un auteur a écrit : « le juge apprécie souverainement la forme la plus adéquate à donner à la réparation d'un acte illicite, afin d'effacer pour ainsi dire le délit : et ici le meilleur mode de réparation est de considérer l'aliénation de la constitution de droit réel comme non avenue vis-à-vis du bénéficiaire de la promesse de vente » (E. BECQUE, *JCP G* 1948, II, 4403 [commentaire à l'arrêt : Civ. 10 avril 1948]).

<sup>1769</sup> V. *supra*, n° 1114 et s.

<sup>1770</sup> Ainsi un auteur écrit : « L'acquéreur ayant, par hypothèse, agi en connaissance de cause, s'est rendu coupable d'un délit civil. Le meilleur mode réparation est considérer la vente comme non avenue à son

**1147.-** De cette manière la nullité comme mode de réparation remplit la fonction indemnitaire de la responsabilité civile, puisqu'elle va permettre l'anéantissement du dommage, mais aussi puisqu'en prononçant la nullité les juges évitent d'évaluer le dommage, évaluation qui parfois peut s'avérer difficile, voire impossible, et donc ils évitent ainsi de prononcer une condamnation aléatoire ou arbitraire.

**1148.-** Et quant à la fonction normative de la responsabilité civile <sup>1771</sup>, elle a comme objectif « de sanctionner le comportement répréhensible de l'auteur du dommage » <sup>1772</sup>. Ainsi, cette fonction se concentre sur le responsable du dommage, et non pas sur la victime – dont se préoccupe la fonction indemnitaire. Cela explique, que la fonction normative n'existe qu'à l'égard de la responsabilité civile fondée sur la faute.

**1149.-** Puisque la réparation du dommage a comme corollaire l'imposition d'une sanction au responsable, tous les types de réparation impliquent en eux-mêmes une sanction. En revanche, les différents types de réparation en tant que sanction n'ont pas les mêmes effets sur le responsable ; certains types de réparation sont plus sévères à son égard que des autres.

**1150.-** Ainsi, il peut arriver dans certain cas que la nullité d'un acte juridique comme sanction du comportement fautif puisse être plus sévère que d'autres formes de réparation, et donc pourrait mieux remplir la fonction normative de la responsabilité civile que les autres sanctions ; il en serait ainsi surtout quand la faute consiste en la réalisation d'un acte juridique.

**1151.-** Imaginons l'exemple suivant : une convention où une clause de non-acquisition est insérée avec l'objectif qui ni A ni B, qui sont des actionnaires majoritaires et à parts égales, ne puissent acheter plus d'actions de la société Z aux actionnaires minoritaires. Cette clause est insérée avec l'intention d'interdire à l'un comme à l'autre de

---

égard » (R. L. MOREL, « La violation d'une promesse de vente, Etude de jurisprudence », in *Etudes de droit civil à la mémoire de H. CAPITANT*, Dalloz, 1939, p. 541 et s., spéc. p. 544).

<sup>1771</sup> Sur cette fonction, v. M. BACACHE-GIBEILLI, *Droit civil, T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 2<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, n° 22 et s.

devenir l'actionnaire majoritaire de la société Z. Si B achète des actions à C (qui avait connaissance de la clause de non-acquisition), et devient ainsi l'actionnaire majoritaire, on ne peut pas dire qu'à l'égard de B la condamnation aux dommages-intérêts est une sanction équivalente à celle de la nullité de la cession des actions. En effet, malgré la condamnation aux dommages-intérêts, non seulement B resterait encore actionnaire majoritaire de la société, mais encore, il aurait très probablement obtenu et conservé un profit économique de l'obtention de cette majorité (par exemple, les dommages-intérêts ont été évalués à mille euros, mais le fait d'avoir la majorité des actions de la société Z lui crée un profit économique de dix mille euros). En revanche, si les juges prononcent la nullité de la vente, B perdrait sa majorité et aussi le possible profit économique obtenu de cette opération. En conséquence, vis-à-vis de B, la nullité de la vente serait une sanction plus sévère que la condamnation à des dommages-intérêts.

**1152.-** Puisque la responsabilité civile implique une sanction du responsable du dommage, en principe cette sanction va jouer un rôle dissuasif <sup>1773</sup>. Et plus sévère est la sanction, plus grande est la possibilité d'être sanctionné, moins il est probable qu'une personne réaliserait un comportement fautif : c'est l'effet prophylactique de la sanction. Bien sûr, ce syllogisme est moins valable pour les comportements fautifs non intentionnels <sup>1774</sup> ; mais il l'est pleinement dans l'hypothèse où une personne réalise un acte juridique en sachant qu'il est contraire à des droits préexistants.

**1153.-** En conséquence, la nullité comme sanction liée à la responsabilité civile pourrait aider mieux à prévenir certains comportements antisociaux que d'autres modes de réparation. Il en serait ainsi surtout quand le comportement fautif consisterait en la conclusion d'un acte juridique, spécifiquement un contrat, en contravention à un autre préexistant. En effet, s'il est probable que cet acte sera anéanti, à quoi servirait-il de le réaliser ? Par son effet prophylactique, la nullité apparaît comme une sanction intelligente. Au contraire, si la réalisation fautive d'un contrat n'était sanctionnée que par des dommages-intérêts, il pourrait arriver que les parties au contrat concluent quand même

---

<sup>1772</sup> *Ibidem*, n° 6.

<sup>1773</sup> Sur une analyse critique entre la relation de la responsabilité civile et la dissuasion, v. A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *op. cit.*

<sup>1774</sup> V. A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *op. cit.*, n° 8 et s.

l'acte car cela leur conviendrait malgré la condamnation pécuniaire : elles n'auraient qu'à mettre en balance les avantages liés à la conclusion du contrat et les coûts liés à la condamnation pécuniaire et, au cas où les avantages seraient plus nombreux, elles décideraient de conclure le contrat en risquant la condamnation pécuniaire. Or, ce bilan avantages-coûts ne fonctionne pas si la nullité est retenue comme sanction. Ainsi, si les actes juridiques, créés dans la connaissance qu'ils sont en contravention aux droits d'autrui, étaient sanctionnés par leur nullité, de fait, moins de personnes réaliseraient ce type d'acte.

**1154.-** Toutefois, pour que la nullité puisse être une mode de sanction plus dissuasif que les autres modes de réparation dans ces hypothèses, il faudra que le responsable du dommage sache que la nullité serait la sanction, ou aurait de grandes chances de l'être. Cela serait possible si, pour certaines hypothèses, la nullité était la sanction systématique ou quasi-systématique du comportement fautif. Tel est le cas de la promesse unilatérale de vente, et tel est le cas du pacte de préférence<sup>1775</sup> ; et on espère qu'il en sera également ainsi pour la fiducie.

**1155.-** De cette manière, la nullité comme mode de réparation est non seulement compatible avec la responsabilité civile, mais encore peut être, dans certaines hypothèses - comme celle qui nous concerne, à savoir l'acte conclu par le fiduciaire en violation des droits des bénéficiaires -, le mode de réparation le plus approprié<sup>1776</sup> et la meilleure forme de sanction du responsable du dommage. En conséquence, il serait plus qu'opportun que les juges, dans l'exercice de leur pouvoir de choisir le mode de réparation, aient recours à la nullité.

**1156.-** Si la nullité peut être utilisée comme moyen de réparer un dommage, en conséquence, elle pourrait être utilisée ainsi dans la fiducie, où elle servirait pour réparer le dommage causé au patrimoine fiduciaire par la transmission prohibée d'un de ses actifs.

---

<sup>1775</sup> V. *supra*, n° 1114 et s.

<sup>1776</sup> M. ATIAS considère même que dans l'hypothèse d'une vente réalisée en violation d'une promesse unilatérale de vente, la nullité de ladite vente c'est le minimum de satisfaction qui puisse être donné au bénéficiaire (in « La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi [Réexamen d'une jurisprudence constante] », *op. cit.*, n° 9).

## § 2.- LA NULLITÉ DE LA TRANSMISSION NON AUTORISÉE D'UN BIEN FIDUCIÉ

**1157.-** Puisque la transmission non autorisée n'est autre chose qu'un acte juridique contraire aux obligations du fiduciaire, en conséquence ce que nous dirons dans les paragraphes suivants pourrait être applicable à tout acte juridique réalisé par le fiduciaire en violation de ses obligations. Il en va ainsi, même si l'acte n'est pas translatif de propriété. En effet, la nullité comme mode de réparation ne devrait pas se limiter aux seuls actes translatifs de propriété. En d'autres termes, tout acte juridique non autorisé pourrait en principe être annulable si les conditions de la responsabilité civile sont remplies. En revanche, notre étude se limitera aux actes translatifs de propriété réalisés sans autorisation ; il en sera ainsi puisque l'objectif de cette section est d'analyser la nullité comme un remède équivalent aux remèdes réels du droit anglais et donc un moyen de ramener dans le patrimoine fiduciaire des biens sortis illégalement de cette universalité <sup>1777</sup>.

**1158.-** Quand la nullité des actes juridiques est utilisée comme un outil de la responsabilité civile, la nature personnelle de l'inaliénabilité fiduciaire est sans incidence ; donc aucune incompatibilité n'existe entre la nature personnelle de l'inaliénabilité

---

<sup>1777</sup> Pour cette même raison, nous n'analyserons pas quels sont les actes interdits par l'inaliénabilité fiduciaire ; on se limitera aux hypothèses concernant ceux qui entraînent un transfert de propriété.

En revanche, dans le droit de l'inaliénabilité conventionnelle, l'inaliénabilité inclut l'interdiction de disposer à titre onéreux - vente, échange, apport - comme à titre gratuit - donation - (sur l'interdiction d'une donation, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1985 : Bull. civ. I, n° 313, RTD civ. 1986, p. 620, obs. J. PATARIN), l'interdiction des actes pouvant entraîner une éventuelle transmission de propriété comme dans le cas d'une hypothèque (v. Rouen, 5 avril 1905 : S. 1906, 2, p. 225, note A. TISSIER ) ou d'un gage (v. Req., 16 janvier 1923 : DP 1923, 1, p. 177, note G.R.), sauf stipulation contraire (v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1964 : Bull. civ. I, n° 163). Un auteur même prévoit que l'inaliénabilité interdit la création de droits réels -- l'usufruit, les droits d'usage et d'habitation, et les servitudes foncières-- puisque « les uns et les autres diminuent nécessairement la valeur de l'immeuble et l'importance de ses revenus. Ce qui ne peut être que contraire à la volonté du disposant » (H. CORVEST, « L'inaliénabilité conventionnelle », *op. cit.*, n° 15 ; sur un sens proche mais sur l'indisponibilité conventionnelle, v. R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens (suite et fin) », *op. cit.*, n° 15 ; B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 225). Ainsi, un auteur écrit que « l'indisponibilité contractuelle a vocation à englober, sauf si les parties en ont décidé autrement, tout acte susceptible d'entraîner la disparition, totale ou partielle, actuelle ou potentielle du bien » (B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 233).

En conséquence, l'inaliénabilité fiduciaire pourrait entraîner, en plus d'une interdiction d'aliéner la propriété, une interdiction de créer sur le bien fiduciaire inaliénable des droits réels principaux et accessoires ; cela dépendrait non seulement de l'intention exprès du constituant, mais aussi de son intention tacite qui découlera principalement de la mission fiduciaire. Ainsi, ces actes pourraient aussi être sanctionnés par leur nullité (en ce sens, v. H. CORVEST, « L'inaliénabilité conventionnelle », *op. cit.*, n° 19).

fiduciaire et la nullité des aliénations interdites. Il en va ainsi puisque, pour prononcer la nullité de la transmission non autorisée d'un bien fiduciaire, il faut seulement que les juges vérifient que les conditions de la responsabilité civile soient remplies.

**1159.-** Bien que les juges aient en principe la liberté de choisir le mode de réparation qu'ils considèrent le plus adéquat, il n'existe aucun doute que la nullité serait la sanction privilégiée des juges, puisqu'elle l'est déjà ainsi dans le droit de l'inaliénabilité conventionnelle <sup>1778</sup>. De plus, il existe des hypothèses où le mode de réparation est imposé aux juges <sup>1779</sup>.

**1160.-** Puisque le patrimoine fiduciaire est constitué en faveur des bénéficiaires, l'inaliénabilité fiduciaire est constituée dans leurs intérêts ; pour cette raison, seuls les bénéficiaires peuvent demander la nullité de l'acte translatif de propriété <sup>1780</sup>. En revanche, l'inaliénabilité peut aussi être constituée dans l'intérêt du constituant : il en serait ainsi lorsque le bien fiduciaire inaliénable serait transféré au constituant à la fin de la fiducie ; dans ce cas, il pourrait aussi exiger la nullité de la transmission.

**1161.-** Comme la nullité de l'acte translatif est prononcée comme un mode de réparation, en conséquence elle ne peut être prononcée que si cette transmission est fautive (A), que si un préjudice est causé par ce transfert de propriété (B), et que s'il existe un lien de causalité entre la transmission fautive et le préjudice causé par elle (C).

## A.- LE FAIT GÉNÉRATEUR

**1162.-** Pour que les juges puissent prononcer la nullité de la transmission du bien fiduciaire inaliénable, il faut qu'elle soit réalisée fautivement. Puisque la transmission est le produit de la volonté du fiduciaire et du tiers acquéreur, sa nullité implique une sanction pour eux deux ; en conséquence, il faudra que la responsabilité des deux soit engagée

---

<sup>1778</sup> Sur la nullité comme sanction à la violation de l'inaliénabilité conventionnelle, v. H. CORVEST, « L'inaliénabilité conventionnelle », *op. cit.*, n° 19 ; R.-N. SCHÜTZ, *Rép. civ. Dalloz*, v° Inaliénabilité, n° 87 et s. ; S. MILLEVILLE, *Les restrictions au droit de disposer*, *op. cit.*, n° 401 et s. ; pour de jurisprudence, v. CA Angers, 29 juin 1842 : S. 1842, 2, p. 400 ; Req., 11 juillet 1877 : S. 1877, 1, p. 443 ; Toulouse, 16 janvier 1907 : S. 1908, 2, p. 133.

<sup>1779</sup> V. *supra*, n° 846.

(d'une part la responsabilité contractuelle du fiduciaire et d'autre part la responsabilité extracontractuelle du tiers acquéreur). Pour cette raison, les juges, pour pouvoir prononcer la nullité, vont devoir vérifier que le fiduciaire (1) et le tiers acquéreur (2) ont agi fautivement dans la réalisation de l'acte translatif de propriété.

### 1.- La faute du fiduciaire

**1163.-** Pour que l'aliénation du bien fiduciaire soit fautive à l'égard du fiduciaire, il faut qu'elle soit réalisée en violation d'une de ses obligations. En revanche, toutes les aliénations fautives ne doivent pas faire l'objet d'une annulation ; pour qu'il en soit ainsi la faute du fiduciaire doit consister en la transmission du bien fiduciaire. En d'autres termes, pour que la transmission fautive mérite d'être sanctionnée par sa nullité, il faut que l'aliénation soit la faute et que l'acte ne soit pas postérieurement confirmé *a posteriori* par le constituant et les bénéficiaires <sup>1781</sup>.

**1164.-** Ainsi, une aliénation peut être autorisée mais réalisée fautivement par le fiduciaire. Il s'agirait par exemple d'un cas où le fiduciaire aurait vendu le bien, en violation de son devoir de diligence, à un prix au-dessous du prix du marché. Dans cette hypothèse, puisque la vente est autorisée, elle ne peut pas être mise en échec et les bénéficiaires et le constituant devraient donc se contenter de condamner le fiduciaire à payer des dommages-intérêts.

**1165.-** Dans l'inaliénabilité fiduciaire, il existe une gamme de degrés très divers, changeant non seulement d'une fiducie à l'autre, mais aussi, dans le cadre d'une même fiducie, d'un bien à l'autre. En effet, l'inaliénabilité fiduciaire peut toucher la totalité du patrimoine fiduciaire ou peut n'être limité qu'à certains biens ; elle peut durer pendant toute la validité de la fiducie ou elle peut se limiter pour une période plus restreinte.

**1166.-** A côté des inaliénabilités proprement dites, on relève aussi de simples restrictions au pouvoir de disposition du fiduciaire. Il en serait ainsi par exemple lorsqu'un

---

<sup>1780</sup> Dans l'inaliénabilité conventionnelle la nullité est ouverte seule à la personne en faveur de qui l'inaliénabilité a été stipulée (v. Req., 23 mars 1903 : DP 1903, 1, p. 337, note M. PLANIOL).

bien déterminé ne peut être aliéné qu'à certaines personnes ; ou encore, lorsqu'une « clause pourrait n'interdire que certains actes d'aliénation »<sup>1782</sup> (par exemple la donation). Bien que les restrictions de ce type ne puissent pas être considérées comme de vraies inaliénabilités<sup>1783</sup>, il faut quand même admettre que les aliénations contraires à ces restrictions puissent être anéanties. Il doit en être ainsi, puisqu'il peut advenir que ces restrictions soient essentielles à l'accomplissement de la mission fiduciaire ; d'autre part comme la nullité est fondée sur la responsabilité civile, il ne devrait y avoir aucune impossibilité de le faire, si les conditions de la responsabilité sont remplies.

**1167.-** Dans l'état actuel, l'inaliénabilité fiduciaire est imposée au fiduciaire de plein droit chaque fois qu'aucune intention contraire (expresse ou tacite) du constituant n'existe ; il en va ainsi, puisque, si à la fin de la fiducie il reste encore des biens dans le patrimoine fiduciaire, le fiduciaire aura l'obligation de les transférer aux bénéficiaires ou au constituant<sup>1784</sup>.

**1168.-** En revanche, il peut arriver qu'un jour le fiduciaire soit autorisé légalement à disposer des biens fiduciaires. Il en est ainsi en le droit anglais : dans ces circonstances, l'interdiction d'aliéner va devoir être imposée expressément par le constituant, ou être déduite tacitement de la mission fiduciaire, ou des autres obligations du fiduciaire.

**1169.-** La différence de degrés de l'inaliénabilité fiduciaire d'une fiducie à un autre, entre les différents biens formant partie d'un même patrimoine fiduciaire, les différentes degrés d'inaliénabilité qui peuvent toucher un même bien, et le fait que l'interdiction dépende du manque d'intention contraire du constituant, impliquent que les juges doivent analyser chaque cas concret pour savoir si le bien fiduciaire était ou non inaliénable, et donc pour savoir si le fiduciaire a ou non commis une faute.

---

<sup>1781</sup> Sur la ratification comme un moyen de défense du fiduciaire, v. *supra*, n° 927.

<sup>1782</sup> M. GRIMALDI, *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1222.

<sup>1783</sup> En ce sens, v. R.-N. SCHÜTZ, *Rép. civ. Dalloz*, v° Inaliénabilité, n°s 12, 13 et 65.

<sup>1784</sup> En ce sens, v. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Economica, *op. cit.*, n° 299.



**1170.-** Puisque l'inaliénabilité porte atteinte à la fluidité du commerce juridique et au crédit <sup>1785</sup>, donc à la gestion du patrimoine fiduciaire, il faudra que le constituant fasse attention au moment de la constitution de la fiducie et n'impose pas des restrictions qui pourraient avoir comme effet l'impossibilité de gérer le patrimoine fiduciaire, et avoir pour effet l'échec de la mission fiduciaire. Pour cette même raison, il pourrait être pertinent de permettre aux juges de lever l'inaliénabilité, si le constituant, le fiduciaire et les bénéficiaires n'ont pas réussi à se mettre d'accord en ce sens, quand c'est vital pour l'accomplissement de la mission fiduciaire et que l'intérêt de l'inaliénabilité aura disparu. En effet, l'article 900-1 du Code civil prévoit que « le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige » <sup>1786</sup>.

**1171.-** Alors qu'en dehors de l'hypothèse où le fiduciaire transfère un bien fiduciaire à lui-même, la violation de l'inaliénabilité fiduciaire se réalise avec le concours d'un tiers, en revanche, pour que la transmission soit annulable, il faudra aussi un comportement fautif du tiers acquéreur.

## 2.- La faute du tiers acquéreur

**1172.-** Comme la sanction est la nullité de la transmission, elle aussi doit être considérée comme fautive à l'égard du tiers acquéreur. La question qui se pose donc est de savoir en quoi consisterait la faute du tiers.

**1173.-** La réponse nous la trouvons dans la technique de l'opposabilité : si la fiducie est opposable aux tiers, ils devront tenir compte de son existence, et donc s'abstenir d'y porter atteinte <sup>1787</sup>.

**1174.-** Puisque les articles 2019 et 2020 du Code civil prévoient un système de publication pour les contrats de fiducie, et pour les droits sur certains biens fiduciaires, on

---

<sup>1785</sup> En ce sens, v. H. CORVEST, « L'inaliénabilité conventionnelle », *op. cit.*, spéc. n° 1 à la p. 1380.

<sup>1786</sup> Sur le sujet, v. R.-N. SCHÜTZ, *Rép. civ. Dalloz*, v° Inaliénabilité, n° 92 et s. ; H. CORVEST, « L'inaliénabilité conventionnelle », *op. cit.*, spéc. n° 8 et s.

<sup>1787</sup> En ce sens, v. J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, n° 2-3.

pourrait croire qu'avec cette publicité légale les tiers sont réputés avoir connaissance de la fiducie, et qu'ils ne leur est donc pas possible de se plaindre de l'ignorer <sup>1788</sup>.

**1175.-** Cependant, ce système de publicité prévu pour la fiducie ne relève pas de la technique de l'opposabilité. En effet, la publication du contrat de fiducie ne suffit pas pour qu'il soit opposable aux tiers <sup>1789</sup>. Il en va ainsi puisque l'article 2023 du Code civil prévoit : « [d]ans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs ».

**1176.-** Cette disposition crée une présomption en faveur des tiers qui traitent avec le fiduciaire ; grâce à elle, les tiers peuvent réaliser des opérations juridiques sans la crainte de les voir plus tard mis en échec, ou encore de voir leur responsabilité civile engagée. Ainsi, cette présomption est constituée pour protéger des tiers à la fiducie, en raison des principes de sécurité juridique <sup>1790</sup>.

**1177.-** L'article 2023 du Code civil joue aussi un autre rôle : cette disposition aide à rendre plus faciles les opérations juridiques avec le fiduciaire. Il en est ainsi puisque la présomption élimine l'obligation des tiers de consulter les registres légaux et s'informer sur les obligations du fiduciaire <sup>1791</sup>. Si les tiers ont l'obligation de s'informer, il peut y avoir des tiers qui ne voudraient pas traiter avec le fiduciaire, ce qui paralyserait le commerce juridique, au détriment de la gestion du patrimoine fiduciaire.

**1178.-** S'il existe une présomption légale en faveur des tiers, en revanche, elle n'est pas irréfragable ; en effet la lettre même de l'article 2023 du Code civil le prévoit. L'opposabilité de la fiducie aux tiers dépend de la connaissance effective de la fiducie ; en revanche, la seule connaissance de la fiducie ne suffit pas pour que les obligations du

---

<sup>1788</sup> En ce sens sur les effets de la publicité, v. *ibidem*, n° 259.

<sup>1789</sup> Pour un sens proche, v. Ph. DUPICHOT, « Opération fiduciaire sur le sol français », *JCP G* 2007, act. 121, p. 5, spéc. p. 7.

<sup>1790</sup> En ce sens, v. *ibidem*.

<sup>1791</sup> Sans la présomption prévue par l'article 2023 du Code civil, les tiers auraient l'obligation de s'informer (v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 1960 : *Bull. civ. I*, n° 15), et puisqu'il existe un système de publicité, s'ils ne connaissent pas les limites du fiduciaire, ils auraient dû les connaître : telle serait leur faute (en ce sens, v. B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 334).

fiduciaire soient opposables aux tiers : il faudra en plus que les tiers connaissent les obligations du fiduciaire <sup>1792</sup>.

**1179.-** Ainsi, pour que l'inaliénabilité du bien fiduciaire soit opposable au tiers, il faut qu'au moment de contracter avec le fiduciaire, il ait connaissance de cette inaliénabilité et des restrictions faites au pouvoir de disposition du fiduciaire. Cette connaissance va imposer aux tiers une obligation de ne pas se faire transférer le bien inaliénable ; en conséquence, s'il se fait transmettre ce bien, son comportement sera considéré comme fautif. Comme l'obligation du fiduciaire de ne pas aliéner un bien relève du droit des bénéficiaires de ne pas voir ce bien transféré, alors, si le tiers, en connaissance de cause, se porte acquéreur du bien inaliénable, « [l]a faute sera établie dans la tentative délibérée de violation des droits d'autrui » <sup>1793</sup>.

**1180.-** Si la seule connaissance de l'interdiction du fiduciaire caractérise la mauvaise foi et la faute du tiers, elle devrait suffire aussi pour que les bénéficiaires et le constituant puissent exiger l'annulation de la transmission <sup>1794</sup>. Il en va ainsi puisque la connaissance par les tiers de l'inaliénabilité suffit pour savoir que le bien devrait rester dans le patrimoine fiduciaire, et donc qu'en contractant avec le fiduciaire, le tiers sait aussi que le fiduciaire violerait son obligation contractuelle et que le bien inaliénable sortirait du patrimoine fiduciaire. En conséquence, le tiers contracte avec le fiduciaire en sachant qu'un dommage serait causé au patrimoine fiduciaire <sup>1795</sup>. Pour cette raison, contrairement au pacte de préférence <sup>1796</sup>, aucune autre connaissance supplémentaire ne devrait être requise pour que les juges puissent prononcer la nullité de l'acte translatif de propriété.

---

<sup>1792</sup> En ce sens M. DUCLOS écrit : « A cet égard, la connaissance par les tiers des éléments juridiques représente indubitablement la clef de voûte de la mise en œuvre de l'opposabilité aux tiers [...] comme les tiers, par définition, se situent en dehors des événements juridiques opposables, ils risquent d'ignorer leur existence au moment d'agir. Aussi, conçoit-on aisément que la mise en œuvre de l'opposabilité soit généralement subordonnée au moins à leur connaissance possible par les tiers » (in *L'opposabilité [Essai d'une théorie générale]*, *op. cit.*, n° 9).

<sup>1793</sup> F. BERTRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, *op. cit.*, n° 147.

<sup>1794</sup> En ce sens sur la promesse de vente, v. *supra*, n° 1118 ; sur l'indisponibilité conventionnelle, v. B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 318 et s.

<sup>1795</sup> V. *ibidem*, n° 322.

<sup>1796</sup> Dans le pacte de préférence, en plus de la connaissance du pacte, il est requis que le tiers acquéreur soit au courant de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir de l'offre (v. *supra*, n° 1128). Cette exigence peut s'expliquer du fait que la seule connaissance du pacte ne suffit pas pour savoir qu'un dommage est causé au bénéficiaire ; car en effet il est possible que le bénéficiaire ne veuille pas acheter le bien et que donc, dans ce cas, aucun dommage ne lui soit causé. En revanche, il

**1181.-** De cette manière, si le tiers a acquis le bien sans connaissance de cause, il est censé être de bonne foi et aucune faute ne pourra lui être imputée, ce qui a pour effet que sa responsabilité civile ne peut pas être engagée et donc que l'aliénation en sa faveur ne pourra pas être anéantie <sup>1797</sup>. Il en est ainsi puisque « [l]e tiers, par définition, est étranger à l'élément qu'on prétend lui opposer ; il risque de subir les conséquences néfastes d'un événement occulte, dont la révélation en temps opportun l'aurait peut être conduit à adopter une attitude différente » <sup>1798</sup>.

**1182.-** Il adviendrait la même chose en présence d'un sous-acquéreur de bonne foi, bien que l'acquéreur soit de mauvaise foi ; cela s'explique du fait que la nullité est fondée sur la responsabilité civile, donc si le sous-acquéreur est sans faute, la nullité ne devrait pas être prononcée à son égard <sup>1799</sup>. Au contraire si le sous-acquéreur est aussi au courant des limites du fiduciaire, l'acte translatif de propriété à l'égard du premier acquéreur serait anéanti, et donc aussi celui du sous-acquéreur.

**1183.-** Le fait que l'inaliénabilité fiduciaire ne soit sanctionnée par la nullité que si l'acquéreur et le sous-acquéreur sont de mauvaise foi, est une preuve de plus de la fonction réparatrice de la nullité. En ce sens, un auteur écrit sur l'inaliénabilité conventionnelle que « [s]i l'annulation ne peut être prononcée que contre les acquéreurs ou sous-acquéreurs de mauvaise foi, il ne s'agit plus d'une véritable action en nullité, mais d'une action en dommages-intérêts, formée contre une personne qui a commis une faute » <sup>1800</sup>.

**1184.-** Le fait que la transmission non autorisée soit effective si l'acquéreur ou sous-acquéreur est de bonne foi, implique que la nullité ne puisse pas être fondée sur l'incapacité du fiduciaire à agir ; dans le cas contraire, la bonne foi des tiers serait sans

---

devrait suffire que le tiers acquéreur sache que l'offre n'avait pas été faite au bénéficiaire du pacte, car en achetant le bien avec cette connaissance, il sait que le promettant a violé son obligation.

<sup>1797</sup> En ce sens, v. B. KAN-BALIVET, « Les clés du contrat de fiducie-gestion », *op. cit.*, p. 78.

Ainsi, M. MARTY écrit : « la bataille pour l'anéantissement de l'acte d'aliénation est donc réduite à l'hypothèse de mauvaise foi des tiers » (in « De l'indisponibilité conventionnelle des biens [suite et fin] », *op. cit.*, n° 17).

<sup>1798</sup> J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, n° 245.

<sup>1799</sup> En ce sens, sur la promesse unilatérale de vente, v. *supra*, n° 1122.

incidence et l'acte translatif de propriété pourrait être anéanti pour manque de capacité du fiduciaire à contracter conformément à l'article 1108 du Code civil <sup>1801</sup>.

**1185.-** Si la faute du tiers acquéreur est requise pour que les juges puissent annuler l'acte translatif de propriété, on peut se demander si une exception ne pourrait pas être faite dans l'hypothèse d'une donation. En d'autres mots, une donation réalisée, en violation des obligations du fiduciaire, à un tiers de bonne foi peut-elle être anéantie ? Puisque le tiers donataire ne lutte que pour conserver un gain, alors que les bénéficiaires et le constituant luttent pour éviter un préjudice au patrimoine fiduciaire <sup>1802</sup>, il serait convenable que la donation puisse être anéantie bien qu'aucune faute ne puisse être imputée au tiers donataire <sup>1803</sup>. En revanche, s'il en était ainsi, la responsabilité civile ne pourrait plus être le fondement de cette nullité.

**1186.-** En plus de la coexistence de la faute du fiduciaire et de celle du tiers acquéreur, il faut un préjudice, ce qu'il faut encore vérifier pour que la responsabilité du fiduciaire et du tiers puisse être engagée et ainsi la nullité de la transmission prononcée.

## B.- LE DOMMAGE

**1187.-** La réparation dont il est ici question est celle du patrimoine fiduciaire et par voie de conséquence, le préjudice causé à cette universalité. Ainsi, il ne suffit pas de constater que la conclusion de l'acte translatif de propriété a comme effet la violation par

<sup>1800</sup> A. WAHL, S. 1912, I, p. 385, spéc. p. 386 (commentaire de l'arrêt : Req., 30 octobre 1911 [sur l'inaliénabilité]).

<sup>1801</sup> En ce sens un arrêt de la Cour de Paris prévoyait que la vente réalisée en violation d'une clause d'inaliénabilité était nulle par suite de l'incapacité du vendeur (in A. WAGNER, « La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs », *op. cit.*, spéc. n° 55). En revanche, cette opinion ne peut pas être approuvée, puisque seule la loi peut limiter la capacité des personnes.

<sup>1802</sup> En ce sens, v. R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens (suite et fin) », *op. cit.*, n° 18.

<sup>1803</sup> Dans un sens proche, dans le domaine de la fraude paulienne, l'intention frauduleuse n'est pas requise quand le tiers a participé à un acte à titre gratuit (v. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, *op. cit.*, n° 490 et s.).

Dans le droit anglais, si le tiers acquéreur est un donataire, les *cestuis que trusts* ont un remède réel pour récupérer le bien mis en *trust*, bien que le tiers soit de bonne foi.

le fiduciaire d'une de ses obligations<sup>1804</sup>, il faut encore démontrer que le patrimoine fiduciaire ait subi un dommage.

**1188.-** L'objectif de l'inaliénabilité fiduciaire est que les biens restent dans le patrimoine fiduciaire pendant la durée de cette inaliénabilité<sup>1805</sup>. En conséquence, le préjudice existe du seul fait que le bien inaliénable sort du patrimoine fiduciaire. Pour cette raison, même si la transmission du bien fiduciaire a été réalisée au-dessus du prix du marché, l'aliénation est considérée comme ayant causé un dommage au patrimoine fiduciaire. Ainsi, la seule modification non autorisée du patrimoine fiduciaire est en soi un dommage causé au patrimoine fiduciaire<sup>1806</sup>.

**1189.-** Les juges doivent prendre la modification non autorisée du patrimoine fiduciaire comme une préjudice en soi, puisque les biens fiduciaires sont affectés à une finalité précise ; donc quand le bien sort du patrimoine fiduciaire, l'affectation du bien fiduciaire n'est plus respectée. En plus, certains biens peuvent être essentiels à la mission fiduciaire et leur transfert illégal affecterait alors la mission du fiduciaire.

**1190.-** Pour cette raison, l'intention des tiers de nuire n'est pas exigée, puisque le patrimoine fiduciaire peut être modifié sans cette volonté du tiers acquéreur. Un exemple serait le cas mentionné où la transmission faite en sa faveur l'aurait été à titre onéreux, et au prix du marché.

**1191.-** Malgré l'existence d'une faute et d'un dommage, pour pouvoir engager la responsabilité civile de quelqu'un et donc prononcer la nullité comme mode de réparation, il faut encore qu'il existe un lien de causalité entre eux.

## C.- LE LIEN DE CAUSALITÉ

---

<sup>1804</sup> En ce sens BERTRAND écrit que « [l]e préjudice consiste pour le demandeur en une impossibilité ou plus grande difficulté d'exécution de l'obligation dont il était créancier » (in *L'opposabilité du contrat aux tiers*, *op. cit.*, n° 148).

<sup>1805</sup> En ce sens, v. B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 218.

<sup>1806</sup> V. *supra*, n° 804 et s.

**1192.-** Comme la faute du fiduciaire consiste en la réalisation de l'acte translatif de propriété d'un bien fiduciaire inaliénable et que la faute du tiers acquéreur consiste en la réalisation du même acte en connaissance de cause, et puisque cet acte a pour effet que le bien fiduciaire sorte du patrimoine fiduciaire (le dommage), aucun doute n'existe sur le lien de causalité entre les fautes et le dommage. En effet, sans ce contrat, non seulement aucune faute ne serait commise, mais en plus aucun dommage ne serait causé au patrimoine fiduciaire.





## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**1193.-** La nature personnelle des droits des bénéficiaires et du constituant les empêche d'avoir de remèdes réels pour faire face à la transmission non autorisées des biens fiduciaires. En revanche, le droit français a des remèdes qui offrent de résultats quasi identiques aux remèdes réels. En effet, avec la nullité de la transmission non autorisée, le bien fiduciaire est censé n'avoir jamais été transmis ; donc, comme les remèdes réels du droit anglais, le bien transmis ferait retour au patrimoine fiduciaire.

**1194.-** Le fondement de l'anéantissement de la transmission non autorisée dépend de la personne à qui le bien serait transféré ; en effet, nous ne sommes pas dans la même hypothèse si le fiduciaire se transfère à lui-même un bien fiduciaire que s'il le transfère à un tiers.

**1195.-** Dans l'hypothèse où le fiduciaire se transfère à lui-même un bien fiduciaire, la nullité de cette transmission serait fondée sur l'article 1596 du Code civil. Malgré que cette disposition ne prévoit que la vente par adjudication, la jurisprudence sur le droit du mandat a étendue le champ d'application de cette interdiction aux ventes amiables, raison pour laquelle il serait de même dans le droit de la fiducie. Cette extension s'explique par le fondement de cette disposition qui est le devoir de loyauté. Comme en droit français, quand le *trustee* se transfère à lui-même un bien mis en *trust* cette transmission sera anéantie ; cela est possible grâce au *duty of loyalty* imposé aux *trustees*. Une fois la transmission anéantie, les *cestuis que trusts* ont le droit de choisir soit que le bien fasse retour au *trust fund*, soit que le bien soit vendu. Dans le cas où *cestuis que trusts* choisissent la deuxième option, le bien ne peut pas être vendu au-dessous du prix payé par le *trustee* ; si ce prix n'est pas obtenu la vente que le *trustee* avait fait avec lui-même serait réinstauré.

**1196.-** En quant à l'hypothèse où le fiduciaire transfère un bien fiduciaire à un tiers, il n'existe aucune doute que le transfert peut être sanctionnée par sa nullité. Il est ainsi puisque la fiducie entraîne en principe une inaliénabilité, et comme la sanction prévue pour

la violation d'une inaliénabilité conventionnelle c'est la nullité, il devrait être de même pour la fiducie.

**1197.-** L'inaliénabilité fiduciaire n'est pas de nature réelle, mais elle est de nature personnelle ; elle n'est que l'interdiction du fiduciaire de ne pas aliéner un bien déterminé, et donc une obligation de ne pas faire. En conséquence, la nullité de la transmission ne peut pas être fondée sur les articles 1108 et s. du Code civil ; aucun élément de validité ne fait pas défaut au contrat entre le fiduciaire et le tiers acquéreur.

**1198.-** En revanche, cela n'empêche pas les juges de prononcer la nullité de la transmission non autorisée. Il est ainsi puisque la nullité ne se limite pas à contrôler la formation des conventions, elle peut être utilisée aussi comme outil de la responsabilité civile, comme un mode de réparation en nature. Bien que cette assertion puisse surprendre, car cela n'est ni le rôle originaire, ni le rôle normal de la nullité, cette « nouvelle » fonction existe bel et bien en droit français. Il suffit de regarder ainsi surtout dans les domaines de la promesse unilatérale de vente et du pacte de préférence, où leur violation est sanctionnée par la nullité fondée sur la responsabilité civile. Le fait que les juges utilisent la nullité comme un moyen de réparation, s'explique parce qu'elle est complètement compatible avec la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. En effet, quand la faute se réalise par la création d'un acte juridique, en anéantissant cet acte non seulement on efface le dommage causé par cet acte, mais aussi les parties qui ont constitué fautivement l'acte sont sanctionnées.

**1199.-** En conséquence, pour que la nullité de la transmission d'un bien fiduciaire inaliénable puisse être prononcée par les juges, les conditions de la responsabilité civile doivent être remplies (la faute, le dommage, et le lien de causalité). La faute va devoir être double ; il faut une faute du fiduciaire, et une autre du tiers acquéreur. La faute du fiduciaire consisterait dans le transfert du bien inaliénable, alors que la celle du tiers acquéreur consisterait dans l'acquisition du bien en connaissant qu'il était inaliénable. Quant au dommage, il consisterait dans la sorti du bien fiduciaire du patrimoine fiduciaire, il est ainsi puisque l'inaliénabilité fiduciaire a comme objectif que le bien y reste. Enfin, le lien de causalité se vérifierait dans la réalisation fautive de la transmission du bien fiduciaire, puisqu'elle aurait comme effet la sortie du bien du patrimoine fiduciaire.

## CONCLUSION DU TITRE II

**1200.-** Il peut arriver que le fiduciaire-*trustee* ait une interdiction d'aliéner un bien déterminé, et qu'en violation de cette obligation il va le transférer. Cette violation va avoir comme conséquence qu'un bien fiduciaire sort du patrimoine fiduciaire-*trust fund* malgré le fait que ce bien devait y rester. En conséquence, pour réparer la perte de ce bien il serait pertinent d'offrir des remèdes qui permettront que le bien fasse retour au patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Il en est ainsi surtout quand le bien est essentiel à l'accomplissement de la mission du fiduciaire-*trustee*, et à l'obtention des avantages de certains bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

**1201.-** Le droit anglais et français arrivent à de résultats équivalents mais par de moyens complètement différents. Quand le *trustee* transfère un bien à un tiers acquéreur, et ce tiers acquéreur est de mauvaise foi, ou est un donataire, seulement la propriété du *trustee* (la propriété reconnue par la *Common law*) lui est transférée. En conséquence, les *cestuis que trusts* vont conserver leur droit de propriété reconnu en *Equity* sur le bien transféré. Cela a pour effet qu'un *constructive trust* est créé sur le bien transféré acquis par les tiers. Le tiers acquéreur devient ainsi *constructive trustee* du bien avec l'obligation de le transférer au *trustee* du *trust fund* d'où venait le bien objet du litige. De cette façon les biens transmis sans autorisation vont faire retour au *trust fund*.

**1202.-** Bien que les bénéficiaires n'aient aucun droit réel sur les biens fiduciaires pour pouvoir les suivre entre les mains de tiers acquéreur, en revanche par le jeu de la nullité de la transmission non autorisée, ils arrivent que le bien fiduciaire fasse retour au patrimoine fiduciaire. En effet, comme la fiducie entraîne une inaliénabilité, sa violation est sanctionnée par la nullité de l'acte translatif de propriété. Puisque l'inaliénabilité fiduciaire est de nature personnelle, c'est-à-dire elle n'a autre chose qu'une obligation de ne pas faire, la nullité ne peut être fondée que sur la responsabilité civile. Il existe dans le droit positif français des hypothèses où la nullité est utilisée comme un moyen de réparation en nature (par exemple la promesse unilatérale de vente et le pacte de préférence). Aussi la nullité comme mode de réparation en nature est complètement compatible avec la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. Pour ces raisons il n'existe aucun doute que la nullité peut être utilisée dans la fiducie pour faire obstacle aux transmissions non autorisées

du fiduciaire. Pour annuler la transmission non autorisée il faudra que les conditions de la responsabilité civile soient réunies. Ainsi il faudra que la transmission au tiers soit fautive ; il en est ainsi si le fiduciaire avait une obligation de ne pas aliéner et que le tiers ont eu connaissance de cette interdiction. Cette transmission est en soi le dommage causé au patrimoine fiduciaire, puisque l'objectif de l'inaliénabilité fiduciaire c'est que le bien y reste. Quant au lien de causalité, son existence est plus qu'évidente puisque la transmission fautive cause le dommage.

**1203.-** Il existe une autre hypothèse en droit français où la nullité est le remède à une transmission non autorisée du fiduciaire ; c'est le cas où le fiduciaire se transfère à lui-même un bien fiduciaire. En revanche, cette nullité n'est pas fondée sur la responsabilité civile, elle est une nullité légale fondée sur l'article 1596 du Code civil ; cette disposition s'explique par le devoir de loyauté du fiduciaire. Il est ainsi aussi en droit anglais lorsque le *trustee* transfère à son profit un bien mis en *trust* ; les *cestuis que trusts* peuvent demander l'anéantissement de la transmission grâce au *duty of loyalty*.

**1204.-** Le droit anglais prévoit une autre hypothèse où les *cestuis que trusts* se voient octroyer des remèdes réels ; c'est le cas de la violation par le *trustee* de la *no profit rule*, c'est-à-dire quand il obtient un profit économique non autorisé. Dans cette hypothèse un *constructive trustee* serait constitué sur le profit obtenu par le *trustee* ; et de cette façon le *trustee* se verrait obligé de transférer ce profit au *trust fund* originaire.

**1205.-** A côté du *constructive trust* les *cestuis que trusts* ont un autre remède réel. Quand le *trustee* transmet sans autorisation un bien mis en *trust* ou obtient sans autorisation un gain économique, il engage sa responsabilité. La responsabilité du tiers acquéreur pourrait être aussi engagée. En conséquence, le *trustee* et le tiers acquéreur peuvent être condamnés à payer une compensation pécuniaire. Si les *cestuis que trusts* préfèrent engager la responsabilité du *trustee*, ou celle du tiers, en vue d'obtenir la création d'un *constructive trust*, les biens qui auraient été l'objet du *constructive trust* vont être utilisés comme des sûretés réelles pour garantir le paiement du *trustee* ; ce garantie est connue comme *equitable lien*.

**1206.-** Si en droit anglais, les *cestuis que trusts* se voient offrir des remèdes réels, il faut d'abord identifier les biens qui aient l'objet de ces remèdes. Ainsi, le droit anglais a

créé deux processus pour les identifier. D'une part, il y a le processus de *following* qui consiste à suivre un bien déterminé entre les mains des acquéreurs successifs ; d'autre part, il y a le processus de *tracing* qui ne joue que quand il y a une subrogation réelle, ainsi le processus consiste à identifier le bien qui aurait substitué le bien originaire. Ce processus est nécessaire puisque les *cestuis que trusts* se voient reconnaître un droit de propriété sur le bien subrogé, pour pouvoir l'identifier.



## CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

**1207.-** Si la situation optimale est que le fiduciaire-*trustee* exécute sa mission sans faute, on sait qu'il y a des cas où il viole ses obligations. Pour protéger le patrimoine fiduciaire-*trust fund* de la violation par le fiduciaire-*trustee* d'une de ses obligations, il faut offrir au constituant et aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* des remèdes pour corriger les fautes du fiduciaire-*trustee*.

**1208.-** Parmi les différents remèdes offerts, il y a d'abord ceux de nature personnelle. Certains remèdes sont qualifiés de nature personnelle puisqu'ils n'affectent que le fiduciaire-*trustee* ou les tiers. Ainsi, certains remèdes visent l'exécution de la fiduciaire-*trust* : c'est le cas de l'exécution forcée en nature de l'obligation méconnue par le fiduciaire-*trustee*, et le remplacement du fiduciaire-*trustee*. D'autres remèdes personnels visent la réparation du dommage causé au patrimoine fiduciaire-*trust fund*. En effet, des violations du fiduciaire-*trustee* causeraient à cette universalité des préjudices qui doivent être réparés ; ainsi la créance de réparation s'inscrirait dans ce patrimoine. Non seulement la responsabilité du fiduciaire-*trustee* serait engagée quand il viole une de ses obligations, mais la responsabilité de tiers l'est aussi s'ils ont participé à cette violation.

**1209.-** Pour protéger le patrimoine fiduciaire-*trust fund* des violations par le fiduciaire-*trustee* de ses obligations, les remèdes ne se limitent pas à ceux de nature personnelle : d'autres sont aussi de nature réelle. Parmi les remèdes de nature réelle, on relève ceux du droit anglais qui reconnaissent ou donnent un droit réel sur un bien déterminé aux *cestuis que trusts*. Ce type de remède est offert aux *cestuis que trusts* pour faire face à deux différents types de violation par le *trustee* : d'une part, quand le *trustee* a transmis sans autorisation un bien mis en *trust* ; et d'autre part, quand il a obtenu un gain économique non autorisé. Dans ces deux hypothèses, un *constructive trust* peut être créé sur le bien transféré au tiers acquéreur et sur le gain économique obtenu par le *trustee* ; cela aura pour effet le transfert de ces biens au *trust fund* originaire. Le droit anglais protège aussi le *trust fund* par un autre remède réel : en effet, puisque les deux violations peuvent engager la responsabilité du *trustee* et du tiers acquéreur, les *cestuis que trusts* peuvent donc préférer poursuivre cette voie au lieu de faire constituer un *constructive*

*trust* ; dans ce cas, le *trustee* sera condamné à payer une compensation économique. Pour garantir ce paiement, une sûreté réelle est créée sur le bien transféré sans autorisation ou sur le gain économique non autorisé : cette sûreté est appelée *equitable lien*. En droit français, le constituant et les bénéficiaires n'ont aucun droit réel sur les biens fiduciaires, ce qui explique qu'ils n'ont pas de remèdes réels pour faire face aux transmissions non autorisées du fiduciaire. En revanche, avec la nullité de la transmission, les biens sont censés n'être jamais sortis du patrimoine fiduciaire et le droit français offre donc un remède fonctionnellement équivalent aux remèdes réels du droit anglais. Quand le fiduciaire se transfère à lui-même un bien fiduciaire, la nullité est fondée sur le devoir de loyauté prévu dans l'article 1596 du Code civil ; cette hypothèse est sanctionnée de la même manière en droit anglais. En revanche, quand le fiduciaire transfère à un tiers un bien fiduciaire, la nullité est fondée sur la responsabilité civile.

**1210.-** Ainsi, par des remèdes personnels et réels, le patrimoine fiduciaire-*trust fund* est protégé de la violation par le fiduciaire-*trustee* de certaines de ses obligations, puisque, ces remèdes sanctionnent les violations.



# CONCLUSION GÉNÉRALE





**1211.-** L'histoire de la *fiducia* romaine et celle du *trust* nous montrent l'importance de protéger les intérêts des acteurs principaux de ces institutions, notamment ceux des bénéficiaires. Cette protection est vitale pour l'épanouissement de la fiducie française, qui n'existe que depuis la loi du 19 février 2007.

**1212.-** Les intérêts des bénéficiaires de la fiducie française sont tout entiers tournés vers la perspective de l'obtention des avantages prévus pour eux dans le contrat de fiducie. Comme les bénéficiaires obtiennent leurs avantages directement du patrimoine fiduciaire, la protection de leurs intérêts commence par la protection de cette universalité. Il en est de même dans le droit anglais du *trust*. En effet, les avantages prévus pour les *cestuis que trusts* sont tirés du *trust fund* ; par conséquent, pour protéger leurs intérêts, il faut aussi protéger cette universalité.

**1213.- I.** Pour bien protéger le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, la meilleure des solutions est d'éviter que cette universalité soit endommagée : c'est le régime préventif. Ce régime préventif commence par protéger le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, du fiduciaire-*trustee* lui-même. En raison de la position dans laquelle il se trouve vis-à-vis de cette universalité, deux dangers sont à neutraliser : il faut, d'une part, éviter que le fiduciaire-*trustee* puisse agir dans un intérêt autre que celui des bénéficiaires-*cestuis que trusts* ; et il faut, d'autre part, empêcher qu'il soit négligent dans l'exécution de sa mission, dans la conservation et la gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Dans ce but, deux obligations sont imposées au fiduciaire-*trustee* : le devoir de loyauté-*duty of loyalty*, et le devoir de diligence-*duty of care*.

**1214.-** Le devoir de loyauté-*duty of loyalty* consiste dans l'obligation du fiduciaire-*trustee* d'agir dans le seul intérêt des bénéficiaires-*cestuis que trusts*. Ainsi, dans l'exécution de sa mission, dans la conservation et la gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, il est interdit au fiduciaire-*trustee* de prendre en considération son intérêt personnel ou l'intérêt des tiers. Par l'imposition de cette obligation, le patrimoine fiduciaire-*trust fund* doit être, en principe, mieux protégé, parce que cette obligation évite l'existence d'un conflit d'intérêt qui risquerait de pousser le fiduciaire-*trustee* à agir contre les intérêts des

bénéficiaires-*cestuis que trusts*. Aussi, si le fiduciaire-*trustee* (dans une même fiducie-*trust*) n'a en tête que les intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts*, il donnera son attention exclusive à la bonne exécution de sa mission et à la bonne conservation et gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

**1215.-** Puisqu'une administration négligente augmente les possibilités que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit endommagé, un devoir de diligence-*duty of care* est également imposé au fiduciaire-*trustee*. Ce devoir signifie qu'il doit agir avec soin et compétence, dans l'exécution de sa mission et dans la conservation et gestion du patrimoine fiduciaire-*trust fund*. Il est certain que cette universalité est mieux protégée lorsque le fiduciaire-*trustee* lui apporte une attention suffisante, puisque les risques inhérents à une gestion négligente sont ainsi réduits, ce qui favorise la prospérité du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

**1216.-** A côté de la possibilité que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* puisse être endommagé par le fiduciaire-*trustee*, il faut encore empêcher que des tiers (le constituant-*settlor* et les bénéficiaires-*cestuis que trusts* étant ici inclus dans cette catégorie) puissent l'endommager.

**1217.-** L'octroi au fiduciaire-*trustee* de la titularité des droits mis en fiducie-*trust*, notamment ceux de la propriété, fait qu'il bénéficiera non seulement des prérogatives attachées à ces droits, mais qu'en plus il sera l'unique personne à pouvoir les exercer en son nom. Cette titularité non seulement va permettre au fiduciaire-*trustee* de retirer les utilités des biens fiduciaires, dont la bonne administration du patrimoine fiduciaire-*trust fund* a besoin ; mais encore, puisque la titularité des droits fiduciaires donne l'exclusivité au fiduciaire-*trustee*, il aura le monopole de l'exploitation des droits fiduciaires, ce qui lui permettra d'exclure les tiers, donc d'empêcher qu'ils interfèrent avec les droits dont il est le titulaire, et d'ainsi éviter que des tiers endommagent le patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

**1218.-** Si la titularité des droits mis en fiducie-*trust* est un moyen préventif de protection à l'encontre de tiers, ce mécanisme peut également constituer un grand danger de ce point de vue. En effet, si aucun mécanisme ne le prévoit autrement, la titularité du fiduciaire-*trustee* pourrait avoir comme effet que les biens fiduciaires entrent dans le patrimoine personnel du fiduciaire-*trustee*. En conséquence, les biens fiduciaires seraient à la

portée de certains tiers (par exemple, des créanciers personnels du fiduciaire-*trustee*). Or, s'il en était ainsi, les droits mis en fiducie-*trust* pourraient disparaître au profit de ces tiers, et donc au détriment des intérêts des bénéficiaires-*cestuis que trusts*. Pour que les biens fiduciaires ne fassent pas partie du patrimoine personnel du fiduciaire-*trustee*, il faut juridiquement que les biens fiduciaires forment une masse indépendante.

**1219.-** A travers les siècles, le droit anglais a réussi à séparer les biens mis en *trust* des biens appartenant personnellement au *trustee* ; il l'a fait, arrêt après arrêt, en rendant plus large le domaine d'opposabilité des droits des *cestuis que trusts*. En effet, les droits des *cestuis que trusts* sont opposables à tous, sauf au tiers acquéreur à titre onéreux de bonne foi. Puisque le droit des *cestuis que trusts* est opposable aux tiers, ces derniers n'ont plus accès aux biens mis en *trust*, et si, pour quelque raison, un tiers parvient à avoir la propriété d'un de ces biens, ce tiers l'acquiert avec les droits des *cestuis que trusts* attachés. Le droit français arrive à séparer les biens fiduciaires des biens personnels du fiduciaire, en créant pour chaque fiducie un patrimoine d'affectation ; en d'autres mots, chaque fiducie a son propre patrimoine. Ainsi, les biens transférés en fiducie vont faire partie d'un nouveau patrimoine créé pour l'occasion et ne feront pas partie du patrimoine personnel du fiduciaire ; en conséquence, les biens fiduciaires restent hors de la portée des personnes qui ont accès au patrimoine personnel du fiduciaire.

**1220.- II.** Bien que les moyens préventifs soient indispensables dans un régime adéquat de protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund*, ces moyens ne sont pas infaillibles et il peut arriver que cette universalité soit affectée. Pour cette raison, à côté des moyens préventifs, il est nécessaire que soient en place des moyens curatifs. En d'autres termes, une fois que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* a subi un dommage, il est nécessaire que les bénéficiaires-*cestuis que trusts* disposent de remèdes pour réparer ce dommage. Ceci est indispensable pour avoir un régime efficace de protection du patrimoine fiduciaire-*trust fund*.

**1221.-** Parmi les remèdes offerts au constituant et aux bénéficiaires-*cestuis que trusts*, peuvent d'abord être relevés ceux qui sont de nature personnelle. Dans les remèdes de nature personnelle, certains visent l'exécution de la fiducie-*trust*. Il en est ainsi dans la mesure où, comme la bonne exécution de la fiducie-*trust* a en principe un effet positif sur le patrimoine fiduciaire-*trust fund* (et donc, sa mauvaise exécution, ou son inexécution, a

des effets négatifs sur cette universalité), il faut que le constituant et les bénéficiaires-*cestuis que trusts* puissent exiger son exécution conformément aux clauses stipulées dans l'acte créant le mécanisme fiduciaire. Ainsi, le constituant et les bénéficiaires-*cestuis que trusts* vont non seulement pouvoir exiger judiciairement l'exécution forcée en nature d'une obligation méconnue, mais ils pourront encore obtenir le remplacement du fiduciaire-*trustee* par une autre personne manifestant la volonté de bien exécuter le contrat de la fiducie-*trust*.

**1222.-** Un autre remède de nature personnelle consiste à faire peser, sur l'auteur d'un dommage, l'obligation de le réparer. En effet, le fiduciaire-*trustee* comme les tiers peuvent causer un dommage au patrimoine fiduciaire-*trust fund* ; dans ce cas, il faut que leur responsabilité puisse être engagée : il est donc nécessaire de permettre au constituant et aux bénéficiaires-*cestuis que trusts* d'exiger que le patrimoine fiduciaire-*trust fund* soit remis dans son état antérieur au dommage. Dans le cas contraire, le patrimoine fiduciaire-*trust fund* ne se verrait donc pas guéri de la violation subie ; la conséquence en serait alors la diminution du patrimoine fiduciaire-*trust fund* au détriment des intérêts du constituant et des bénéficiaires-*cestuis que trusts*.

**1223.-** Pour mieux protéger le patrimoine fiduciaire-*trust fund*, il apparaît préférable de sanctionner certaines violations du fiduciaire-*trustee* par des remèdes de nature réelle, plutôt que par des remèdes personnels. C'est ainsi que le droit anglais offre aux *cestuis que trusts* des remèdes réels lorsque le *trustee* aliène sans autorisation un bien mis en *trust*, ou encore lorsqu'il obtient sans autorisation un profit économique. Les remèdes réels offerts aux *cestuis que trusts* sont au nombre de deux : le *constructive trust* permet le transfert au *trust fund* du bien qui a été transmis par le *trustee* sans autorisation, ou du gain économique non autorisé obtenu par le *trustee* ; et l'*equitable lien* a pour objet de garantir l'indemnisation pécuniaire due par le *trustee* pour avoir, sans autorisation, transféré un bien ou obtenu un gain économique.

**1224.-** Bien que le droit français n'offre aucun remède qui puisse conceptuellement être rattaché à la technique réelle, il offre en revanche au constituant et aux bénéficiaires un remède équivalent dans ses fonctions. **En effet, il produit un résultat comparable aux remèdes réels, ce qui peut amener à le qualifier de « faux remède réel »** : lorsque le fiduciaire aliène un bien sans autorisation, les bénéficiaires peuvent demander la nullité de

cette transmission ; ainsi, le bien sera censé n'avoir jamais quitté le patrimoine fiduciaire. Si le fiduciaire se transfère un bien à lui-même, la nullité sera fondée sur l'article 1596 du Code civil ; si le fiduciaire le transmet à un tiers, la nullité sera alors une sanction de la responsabilité civile, et sera fondée sur elle.

**1225.-** Ainsi, pour que le droit français dispose d'une réglementation qui permette le succès de la fiducie, il doit reposer sur un régime qui protège le patrimoine fiduciaire de manière adéquate. Ce régime doit prévoir des règles empêchant que le patrimoine fiduciaire soit endommagé et, si ces règles n'atteignent pas leur objectif et que cette universalité est tout de même endommagée, il est tout aussi nécessaire de disposer de règles organisant des remèdes au mal causé. Prévenir et guérir le patrimoine fiduciaire, telles semblent donc être deux des principales clefs de l'attractivité de la fiducie française.





## **Bibliographie**

### I.- Traités, manuels et ouvrages généraux

- A. Droit français
- B. Droit anglo-américain
- C. Droit comparé
- D. Droit romain
- E. Divers

### II.- Thèse, monographies et ouvrages spéciaux

- A. Droit français
- B. Droit anglo-américain
- C. Droit comparé
- D. Droit romain
- E. Divers

### III.- Articles, chroniques et études

- A. Droit français
- B. Droit anglo-américain
- C. Droit comparé
- D. Droit romain
- E. Divers

### IV. Jurisprudence

- A. Droit français
- B. Droit anglo-américain
- C. Divers (jurisprudence mexicaine)

## I.- Traités, manuels et ouvrages généraux

### A. Droit français

- ATIAS (Ch.), *Les biens*, Litec, 10<sup>ème</sup> éd., 2010.
- AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey-Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2010.
- AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français d'après la méthodologie de Zachariae, T. VI*, 4<sup>ème</sup> éd., 1873.
- AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2003.
- BACACHE-GIBEILI (M.), *Droit civil, T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 1<sup>ère</sup> éd., 2007.
- BACACHE-GIBEILI (M.), *Droit civil, T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2<sup>ème</sup> éd., 2012.
- BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 2008.
- BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> éd., 2005.
- BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.), *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2000.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, T. II*, PUF, coll. "Quadrige", 2004.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, T. III, Les biens*, PUF, 19<sup>ème</sup> éd. refondue, 2000.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, T. IV, Les obligations*, PUF, 22<sup>ème</sup> éd. refondue, 2000.
- COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2007.
- CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 1997.
- DAGOINET (F.), *Philosophie de la propriété : l'avoir*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 1992.
- DIDIER (P.), *Droit commercial, T. II, L'entreprise en société*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd. refondue, 1997.
- FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2004.
- FAGES (B.), *Droits des obligations*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2011.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, T. I, L'acte juridique*, Armand Collin, 11<sup>ème</sup> éd., 2004.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, T. II, Le fait juridique*, Armand Collin, 11<sup>ème</sup> éd., 2005.

- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, T. III, Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004.
- FRANÇOIS (J.), *Droit civil, T. IV, Les obligations, Régime général*, Economica, 1<sup>ère</sup> éd., 2000.
- FRANÇOIS (J.), *Droit civil, T. IV, Les obligations, Régime général*, Economica, 2<sup>ème</sup> éd., 2011.
- GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Dalloz, reprod. en fac-sim, 2004.
- GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1993.
- GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 1994.
- GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005.
- GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2001.
- GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1994.
- GOUTHIERE (B.), LOPATER (C.) et BLANDIN (A.-L.), *La fiducie : mode d'emploi : régime juridique, fiscal et comptable, aspects internationaux, intègre l'extension aux personnes physiques*, Francis Lefebvre, 2<sup>ème</sup> éd., 2009.
- GRIMALDI (M.), *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000.
- HUET (J.), *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2001.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.) et LEVENEUR (L.), *Droit d'assurances*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2005.
- LARROUMET (Ch.), *Droit Civil, T. I, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 4<sup>ème</sup> éd., 2004.
- LARROUMET (Ch.), *Droit civil, T. I, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2006.
- LARROUMET (Ch.), *Droit civil, T. II, Les biens, Droit réels principaux*, Economica, 4<sup>ème</sup> éd., 2004.
- LARROUMET (Ch.), *Droit civil, T. II, Les biens, Droit réels principaux*, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2006.
- LARROUMET (Ch.), *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat*, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2003.
- LARROUMET (Ch.), *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 1<sup>re</sup> partie : Conditions de formation*, Economica, 6<sup>ème</sup> éd., 2007.

- LARROUMET (Ch.), *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, 2<sup>ème</sup> Partie : Effets*, Economica, 6<sup>ème</sup> éd., 2007.
- LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2007.
- MALAURIE (Ph.), *Les successions, Les libéralités*, Defrénois, 4<sup>ème</sup> éd., 2010.
- MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les biens*, Defrénois, 4<sup>ème</sup> éd., 2010.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.
- MALINVAUD (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 9<sup>ème</sup> éd., 2002.
- POTHIER, (R.-J.), *Traité du droit de domaine de propriété*, in *Œuvres, T. XIV*, Chez Thomine et Fortic, rééd. 1821.
- RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial, T. II*, LGDJ, 15<sup>ème</sup> éd., 1996, par GERMAIN (M.) et DELEBECQUE (Ph.).
- SALEILLES (R.), *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire Allemand*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1925.
- SERIAUX (A.), *Droit des obligations*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1998.
- SERIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2006.
- SIMLER (Ph.), *Les biens*, PUG, 2<sup>ème</sup> éd. [augm.], 2001.
- SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé, T. I, Introduction*, Sirey, 1961.
- STORCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil, Les obligations, T. III, Régime général*, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 1999.
- STRICKLER (Y.), *Les biens*, PUF, 2006.
- TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2006.
- TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2010.
- TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1997.
- TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2005.
- VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2008.
- VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2006.
- VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et GHESTIN (J.), *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2001.
- VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et GHESTIN (J.), *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2011.
- ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2008.

## B. Droit anglo-américain

- BAKER (J. H.), *An introduction to english legal history*, Buttersworth, 3<sup>ème</sup> éd. 1990.
- BOGERT (G. G.) et BOGERT (G. T.), *The law of trusts and trustees, Sections 1 to 46*, West Publishing Co., 2<sup>ème</sup> éd. révisée, 1984.
- BOGERT (G. G.) et BOGERT (G. T.), *The law of trusts and trustees, Sections 861 to 960*, West Publishing Co., 2<sup>ème</sup> éd. révisé, 1984.
- BRIDGE (M.), *Personal property law*, Oxford University Press, 3<sup>ème</sup> éd., 2002.
- BURROWS (A.), MCKENDRICK (E.) et EDELMAN (J.), *Cases and materials on the law of restitution*, Oxford University Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2006.
- GOODEVE , *Goodeve's Modern law of personal property*, Sweet & Maxwell, 9<sup>ème</sup> éd., 1949, par R. H. KERSLEY.
- HALSBURY, *Laws of England, Vol. XIV*, Butterworth , 2<sup>ème</sup> éd., 1931, par HAILSHAM.
- HANBURY et MARTIN, *Modern Equity*, Sweet & Maxwell, 16<sup>ème</sup> éd., 2001, par J. E. MARTIN.
- HANBURY et MAUDSLEY, *Modern Equity*, Sweet & Maxwell, 12<sup>ème</sup> éd., 1985, par MARTIN (J. E.).
- HOLDSWORTH (W. S.), *A history of English law, Vol. I*, Methuen & Co., 2<sup>ème</sup> éd., 1914.
- HOLDSWORTH (W. S.), *A history of English law, Vol. III*, Methuen & Co., 2<sup>ème</sup> éd., 1914.
- HOLDSWORTH (W. S.), *A history of English law, Vol. VII*, Methuen & Co.
- HUDSON (A.), *Equity & trusts*, Cavendish, 4<sup>ème</sup> éd., 2005.
- HUDSON (A.), *Equity and trusts*, Routledge-Cavendish, 6<sup>ème</sup> éd., 2010.
- KANDA ROVATI (V.), *Succession : the law of wills and estates*, Old Bailey Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2000.
- LEWIN, *Lewin on trust*, Sweet & Maxwell, 17<sup>ème</sup> éd., 2000, par MOWBRAY (J.), TUCKER (L.) et LE POIDEVIN (N.).
- LEWIN (T.), *A practical treatise in the law of trusts*, Sweet & Maxwell, 11<sup>ème</sup> éd., 1904, par DALE (C. C. M.).
- MCFARLANE (B.), *The structure of property law*, Hart publishing, 2008.
- MEAGHER (R. P.), GUMMOW (W. M. C.) et LEHANE (J. R. F.), *Equity, doctrines and remedies*, Buttersworths, 3<sup>ème</sup> éd., 1992.
- MEGARRY et WADE, *The Law of real property*, Sweet & Maxwell, 2000, 6<sup>ème</sup> éd., par HARPUM (Ch.), GRANT (M.) et BRIDGE (S.).

- MOFFAT (G.), CHESTERMAN (M.) et DEWAR (J.), *Trusts law : text and materials*, Weidenfeld and Nicolson, 2<sup>ème</sup> éd., 1994.
- MOLINA PASQUEL (R.), *Ensayo sobre la propiedad en el trust*, Jus, México, 1951.
- NOYES (C. R.), *The institution of property: a study of the development, substance and arrangement of the system of property in modern Anglo-American law*, Longmans Green and Co., 1936.
- NOYES (C. R.), *The institution of property: a study of the development, substance and arrangement of the system of property in modern Anglo-American law*, Longmans Green and Co., 1936 (réimp. par Lawbook Exchange, 2007).
- PARKER (D. B.) et MELLOWS (A. R.), *The modern law of trusts*, Sweet & Maxwell, 5<sup>ème</sup> éd., 1983.
- PEARCE (R. A.) et STEVENS (J.), *The law of trusts and equitable obligations*, LexisNexis-Buttersworth-Tolley, 3<sup>ème</sup> éd., 2002.
- SCOTT (A. W.), *Abridgement of the law of trusts*, Little, Brown and Co., 1960.
- SHERIDAN (L.A.), *The law of trusts Law*, 12<sup>ème</sup> éd., Barry Rose Law Publishers Ltd., 1993.
- SMITH (R. J.), *Property law*, Longman, 4<sup>ème</sup> éd., 2003.
- SNELL, *Snell's equity*, Sweet & Maxwell, 29<sup>ème</sup> éd., 1990, par BAKER (P. V.) et LANGAN (P. St. J.).
- THOMAS (G.) et HUDSON (A.), *The law of trusts*, Oxford University Press, 2004.
- THOMAS (G.) et HUDSON (A.), *The law of trusts*, Oxford University Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2010.
- UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, Buttersworth, 15<sup>ème</sup> éd., 1995, par HAYTON (D. J.).
- UNDERHILL et HAYTON, *Law relating to trusts and trustees*, LexisNexis, 18<sup>ème</sup> éd., 2010, par HAYTON (D. J.), MATHEWS (P.) et MITCHELL (Ch.).
- WATT (G.), *Trusts & Equity*, Oxford, 5<sup>ème</sup> éd., 2012.
- WINFIELD et JOLOWICZ, *Winfield & Jolowicz on tort*, Thomson-Reuters, 18<sup>ème</sup> éd., 2010, par ROGERS (W. V. H.).
- WORTHINGTON (S.), *Personal Property Law, text, cases and materials*, Hart publishing, 2000.

### **C. Droit comparé**

- CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé, T.I, Introduction au droit comparé*, LGDJ, 1972.

CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé, T. II, La méthode comparative*, LGDJ, 1974.

DAVID (R.) et JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2002.

LAITHIER (Y.-M.), *Droit comparé*, Dalloz, 2009.

#### **D. Droit romain**

DUNAND (J. Ph.), SCHMIDLIN (B.) et WINIGER (B.), *Droit privé romain, T. II, Obligations*, Université de Genève, Faculté de droit, Université de Neuchâtel, Faculté de droit, Bruylant, Schulthess, 2010.

GARCIA GARRIDO (M. J.), *Derecho Privado Romano, Casos, Acciones, Instituciones*, Dykinson, 7<sup>ème</sup> éd., 1998.

GAUDEMET (J.), *Droit privé romain*, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2000.

GIRARD (P. F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présenté par LEVY (J.-P.), Dalloz, 2003.

MONIER (R.), *Manuel de droit romain, Les obligations*, Domat, 5<sup>ème</sup> éd., 1954.

#### **E. Divers**

MORINEAU (O.), *El estudio del derecho*, Porrúa, México, 1953.

ROJINA VILLEGAS (R.), *Derecho civil mexicano, T. V, Obligaciones, T. I*, Porrúa, México, 3<sup>ème</sup> éd., 1976.

## **II.- Thèse, monographies et ouvrages spéciaux**

### **A. Droit français**

BALIVET (B.), *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, th. dactyl. Jean Moulin-Lyon 3, 2004.

BELLIVIER (F.), *Le patrimoine génétique humain : étude juridique*, th. dactyl. Paris I, 1997.

BERTRAND (F.), *L'opposabilité du contrat aux tiers*, th. dactyl., Paris II, 1979.

BLOCH (C.), *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008, préf. R. Bout.

BOFFA (R.), *La destination de la chose*, Defrénois, 2008, péf. M.-L. Mathieu-Izorche.

BONFILS (S.), *Les droits des obligations dans l'intermédiation financière*, th. dactyl. Paris II, 2004.

BONFILS (S.), *Les droits des obligations dans l'intermédiation financière*, LGDJ, 2005, préf. M.-A. Frison-Roche.

- BONNEAU (T.) et DRUMMOND (F.), *Droit de marchés financiers*, Economica, 3<sup>ème</sup> éd., 2010.
- BOUTEILLE (M.), *Les propriétés conditionnelles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, préf. F. Pérochon.
- BOUYSSOU (M.), *Les libéralités avec charges en droit civil français*, Recueil Sirey, 1947, préf. G. Marty.
- CAPITANT (H.), *Adages de droit français, Extrait du vocabulaire juridique*, PUF, 1936.
- CHARTIER (Y.), *La réparation du préjudice : dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983.
- COMPARATO (F. K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1964.
- CORNU (G.), *Vocabulaire Juridique*, PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 2005.
- CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, préf. M. Gobert.
- DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.
- DANOS (F.), *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, 2007, préf. L. Aynès.
- DEJEAN DE LA BATIE (N.), *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965, préf. H. Mazeaud.
- DE RICHEMONT (H.), *Rapport Sénat sur la proposition de loi (n° 3385) instituant la fiducie*, 2006-2007 n° 11.
- DE ROUX (X.), *Rapport sur la proposition de loi (n° 3385), adoptée par le Sénat, instituant la fiducie*, 12<sup>ème</sup> législature, n° 3655.
- DIDIER (Ph.), *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, préf. Y. Lequette.
- DION (N.), *Les obligations fiduciaires des dirigeants des sociétés commerciales : droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français*, th. dactyl. Orléans, 1994.
- DO (V. D.), *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, préf. J. Mestre.
- DUCLOS (J.), *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, LGDJ, 1984, préf. D. Martin.
- DUMOULIN (T.), *Essai sur la notion des intérêts des capitaux*, th. dactyl. Toulon, 2006.
- FAMILY (R.), *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, th. dactyl. Paris II, 2000.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) *Sociologie juridique du patrimoine, La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine, dans la perspective de la fiducie*, Laboratoire de sociologie juridique Paris II, 1995.



- FROMION-HEBRARD (B.), *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. dactyl. Paris II, 1998.
- GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.
- GINOSSAR (S.), *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers, émergence du délit civil de fraude*, LGDJ, 1963.
- GUINCHARD (S.), *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, préf. R. Nerson.
- HIEZ (D.), *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, 2003, préf. Ph. Jestaz.
- KUHN (C.), *Le patrimoine fiduciaire, Contribution à l'étude de l'universalité*, th. dactyl. Paris I, 2003.
- LARROUMET (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968.
- LEPAGE (H.), *Pourquoi la propriété*, Hachette, 1985.
- LE TOURNEAU (Ph.), *Responsabilité civile professionnelle*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.
- LEVIS (M.), *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Economica, 1989.
- LUCAS (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières - pour une fiducie de valeurs mobilières*, LGDJ, 1997, préf. L. Lorvellec.
- MARINI (Ph.), *Proposition de loi (n° 3385) instituant la fiducie*, 2004-2005.
- MILLEVILLE (S.), *Les restrictions au droit de disposer*, th. dactyl., Paris II, 2008.
- MESSAI (S.), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, th. dactyl. Paris I, 2005.
- OGIER (C.), *Le conflit d'intérêts*, th. dactyl. Saint-Etienne, 2008.
- PATAULT (A.-M.), *Droit civil, Introduction historique au droit de biens*, PUF, 1989.
- PETEL (Ph.), *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, préf. M. Cabrillac.
- PETEL (Ph.), *Le contrat de mandat*, Dalloz, 1994.
- PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, préf. G. Couturier.
- POURQUIER (C.), *Propriété et perpétuité*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, préf. Ch. Atias.
- PROVOST (M.), *La notion d'intérêt d'assurance*, LGDJ, 2009, préf. F. Leduc.
- RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.), *Le raisonnable en droit des contrats*, LGDJ, 2009, préf. J. Beauchard et M. Ramarolanto-Ratiaray.

- RAVENNE (S.), *Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, th. dactyl. Paris-Dauphine, 2007.
- RAYNAUD (B.), *La stipulation d'indisponibilité*, LGDJ, 2003, préf. Y. Chaput.
- ROUJOU De BOUBBEE (M.-E.), *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974.
- SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne*, LGDJ, 2008, préf. G. Wicker.
- SAVARY (L.-J.), SAVARY DES BRULONS (J.) et SAVARY (Ph.-L.), *Le parfait négociant ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des pays étrangers, T. II*, Frères Estienne, 1770.
- SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly, 2004.
- SCHOLASTIQUE (E.), *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés : droits français et anglais*, LGDJ, 1998, préf. A. Tunc.
- SEYRAT (S.), *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, th. dactyl. Paris II, 1985.
- STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982, préf. D. Huet-Weiller.
- THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois, 2007, préf. D. Tomasin.
- WITZ (C.), *Fiducie en droit privé français*, th. dactyl. Strasbourg 3, 1979.
- WITZ (C.), *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981, préf. D. Schmidt.
- XIFARAS (M.), *La propriété, étude de philosophie du droit*, PUF, 2004.

## **B. Droit anglo-américain**

- Black's law dictionary*, Thomson West, 3<sup>ème</sup> Pocket éd., 2006.
- Black's law dictionary*, Thomson West, 8<sup>ème</sup> éd., 2004.
- Black's law dictionary*, Thomson Reuters, 9<sup>ème</sup> éd., 2009.
- The guide to American law*, West Publishing Co., 1984.
- AMES (J. B.), *Lecture on legal history and miscellaneous legal essays*, Harvard University Press, 1913.
- BADRE (M. A.), *Le développement historique des « uses » jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*, Rousseau, 1932.
- BIRKS (P.), *Unjust enrichment*, Clarendon Law Series, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.
- BURROWS (A.), *Understanding the law of obligations, Essays on contract, tort and restitution*, Hart Publishing, 1998.
- CONAGLEN (M.), *Fiduciary loyalty : protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart publishing, 2011 (réimp.).
- EDWARDS (K.), *Australian essential Equity & trusts*, Routledge, 2000.

- GLOVER (J.), *Commercial equity : fiduciary relationship*, Buttersworth, 1995.
- GORDLEY (J.), *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford University Press, 2006.
- HAYTON (D. J.) et MARSHALL (O. R.), *Hayton and Marshall : commentary and cases on the law of trusts and equitable remedies*, Sweet & Maxwell, 10<sup>ème</sup> éd.
- HOLDEN (A.), *Trust protectors*, Jordan, 2011.
- HOLLANDER (C.) et SALZEDO (S.), *Conflict of interest and Chinese walls*, Sweet & Maxwell, 2<sup>ème</sup> éd., 2004.
- JAFFEY (P.), *Private law and property claims*, Hart publishing, 2007.
- LAWSON (F. H.), *Remedies of English law*, Penguin Books, 1972.
- LEPAULLE (P.), *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Rousseau, 1932.
- LUPOI (M.), *Trusts a comparative study*, Cambridge University Press, 2000.
- MAITLAND (F. W.), *Equity: a course of lectures*, University Press, 1949, 2<sup>ème</sup> éd. révisée, préf. A. H. Chaytor et W. J. Whittaker.
- MAITLAND (F. W.), *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lecture*, Cambridge University Press, 1932 (réimp.), préf. A. H. Chaytor et W. J. Whittaker.
- MAITLAND (F. W.), *State, trust and corporation*, Cambridge University Press, 2003, préf. D. Runciman et M. Ryan.
- MCKENDRICK (E.), *Commercial aspects of trusts and fiduciary obligations*, Clarendon Press-Oxford University Press, 1992.
- PAPANDREOU-DETERVILLE (M.-F.), *Le droit anglais des biens*, LGDJ, 2004, préf. G. Samuel.
- PETIT (Ph. H.), *Equity and the law of trusts*, Buttersworth, 8<sup>ème</sup> éd., 1997.
- POLLOCK (F.) et MAITLAND (F. W.), *The History of English Law Before the time of Edward I, Vol. II*, Cambridge University Press, 2<sup>ème</sup> éd. (réimp.), 1968.
- POLLOCK (F.) et MAITLAND (F. W.), *The history of English law before the time of Edward I, Vol. II*, Liberty fund, 2009.
- POTTER (H.), *An introduction to the history of equity and its courts*, Sweet & Maxwell, 1931.
- PRESTON (W. A.), *Etude sur les trusts et trustees*, H. DARAGON, 1904.
- SIMPSON (A. W. B.), *A history of the land law*, Clarendon Press, 2<sup>ème</sup> éd., 1986.
- SPRY (I. C. F.), *The principles of equitable remedies*, Sweet & Maxwell, 3<sup>ème</sup> éd., 1984.
- THOMAS (G.), *Thomas on powers*, Oxford University Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2012.

WATT (G.), *Equity stirring, The story of justice beyond law*, Hart Publishing, reimpr. 2012.

WOOLF (H. K.), WOOLF (J.) et CLYDE (J. J.), *The declaratory judgment*, Sweet & Maxwell, 2<sup>ème</sup> éd., 1993.

### **C. Droit comparé**

ABDALLAH (A.), *La sécurisation de la gestion fiduciaire : pratiques conventionnelles et islamiques*, Bruylant-Delta-LGDJ, 2006, préf. Ph. Merle.

BARRIERE (F.), *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004, préf. M. Grimaldi.

BERAUDO (J.-P.) et TIRARD (J. M.), *Les trusts anglo-saxons et le pays de droit civil. Approche juridique et fiscal*, Academy & Finance, 2006.

CLARET Y MARTI (P.), *De la fiducia y del trust. Estudio de derecho comparado*, Bosch, 1946.

EROLI (E.), *Common and civil law : a comparison exemplified in trusts*, dactyl.

FUENZALIDA (S.), *El trust o fideicomiso angloamericano y sus adaptaciones latinoamericanas*, Prensas de la escuela de derecho de Valparaiso, 1963.

GOLDSCHMIDT (R.), *El fideicomiso en los países de América latina*, Sucre, 1961.

LUPOI (M.), *Trusts : a comparative study*, trad. S. DIX, Cambridge University Press, 2000.

SACCO (R.), *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991.

STEMPEL PARIS (A.), *Trust y fideicomiso*, Facultad de derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1955.

WINGTEN (R.), *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard de tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin.

### **D. Droit romain**

GENY (F.), *Etude sur la fiducie*, th. Nancy, 1885.

JACQUELIN (R.), *De la fiducie*, Girard, 1891.

JOHNSTON (D.), *The roman law of trusts*, Oxford, 2001 (réimp.).

### **E. Divers**

*Grand Larousse Universel*, 1994.

*Le petit Robert*, 2000.

*Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa-UNAM, 1998.

*The Encyclopædia Britannica, a dictionary of arts, sciences, literature and general information, Vol. IX et Vol. X*, Cambridge University Press, 1910.

- Webster's new international dictionary of the English language, unabridged*, G. & C. Merriam Co., 1964.
- CREPAU (P.-A.), *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Yvon Blais Inc., Québec, 1989
- DOMINGUEZ MARTINEZ (J. A.), *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano-Acto unilateral y propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario*, Porrúa, México, 3<sup>ème</sup> éd., 2000.
- DOMINGUEZ MARTINEZ (J. A.), *El fideicomiso*, Porrúa, México, 11<sup>ème</sup> éd., 2006.
- GERARD (Ph.), OST (F.), et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt, volume I : Approche interdisciplinaire*, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990.
- GUERRIN (B.), *Dictionnaire d'analyse économique, La découverte*, 3<sup>ème</sup> éd., 2002.
- JORDANO BAREA (J. B.), *El negocio fiduciario*, Bosch, 1959.
- KIPER (C. M.) et LISOPRAWSKI (S. V.), *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- PINTADO RIVERO (J.), *Derechos y obligaciones del fiduciario*, UNAM, 1952.
- ROLAND (H.), *Lexique juridique, Expressions latines*, Litec, 3<sup>ème</sup> éd., 2004.
- URRETS ZAVALIA (P.), *Responsabilidad civil del fiduciario*, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- WERY (P.), *Droit de contrats, le mandat*, Larcier, Belgique, 2000.

### **III.- Articles, chroniques et études**

#### **A. Droit français**

- « Adoption de la proposition de loi Marini sur la fiducie », *JCP G* 2006, act. 500.
- « Dispositions consolidées au titre de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie », *JCP E* 2007, 2061.
- « Exercice de la fiducie par les avocats », *JCP E* 2010, act. 5.
- « Exercice de la fiducie par les avocats », *JCP G* 2010, 7.
- « Fiducie », *JCP G*, 1992, act. 100114.
- « Fiducie : fin d'un mythe mais début des incertitudes », *Rev. Lamy dr. civil*, avril 2007, n° 37, p. 34.
- « Fiducie. Proposition de loi de Philippe Marini instituant la fiducie », *Dr. Sociétés* 2005, alerte 24.
- « La fiducie Exposé des motifs du projet de loi », *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 380.
- « La proposition de la loi instituant la fiducie », *Dr. Sociétés* 2006, alerte 49.
- « Ordonnance relative à la fiducie », *Dr. Sociétés* 2009, alerte 13.

- « Précisions sur l'ouverture de la qualité de fiduciaire aux avocats », *JCP G* 2009, act. 86.
- « Projet de loi relatif à la fiducie », *JCP G* 1992, act. 100123
- ADELLE (J.-F.), « L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? », *RD bancaire et fin.* 2007, étude 5.
- ALBIGES (Ch.), « La constitution de la fiducie », *Dr. et patrimoine* juin 2008, p. 46.
- ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.
- ANCEL (P.), « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, s. la dir. de F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON, 2007, p. 103 et s.
- ATIAS (Ch.), « La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi [Réexamen d'une jurisprudence constante] », *JCP N* 1978, I, 291.
- ATIAS (Ch.), « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », *D.* 1998, p. 203.
- AUBERT (J.-L.), « Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur (un aspect particulier de la théorie générale des nullités) », *RTD civ.* 1969, p. 692.
- AYNES (L.), « A propos de la force obligatoire du contrat », *RDC* 2003, p. 323.
- AYNES (L.), « Droit français », in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe : actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*, LGDJ, 1991, s. la dir. de J. GHESTIN, p. 7 et s.
- AYNES (L.), « L'introduction de la fiducie en droit français », *Rev. Lamy dr. civ.* mai 2009, n° 60, p. 63.
- AYNES (L.), « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. dr.* 2000, p. 195.
- AYNES (L.), « Rapport introductif », *RDC* 2005, p. 9.
- BARRIERE (F.), « Commentaire de la loi no 2007-211 19 février 2007 (deuxième partie) », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 556.
- BARRIERE (F.), « Commentaire de la loi no 2007-211 19 février 2007 (première partie) », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 440.
- BARRIERE (F.), « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E* 2007, 2053.
- BARRIERE (F.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Fiducie.
- BARRIERE (F.) et ELINEAU (R.), « L'EIRL ou l'échec du droit des sociétés ? », *Dr. de sociétés* 2011, étude 8.

- BELLIVIER (F.) et SEFTON-GREEN (R.), « 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 XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 91 et s.
- BENABENT (A.), « La fiducie (Analyse d'un projet de loi lacunaire) », *JCP N* 1993, p. 275.
- BERAUD (R.), « L'indisponibilité juridique », *D.* 1952, chron. p. 187.
- BERGEL (J.-L.), « Avant-Propos », in *Colloque : Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988-4, p. 805 et s.
- BERGER (P.), « Commission Règles et Usages, Fiducie », Conseil National des Barreaux, Assemblée Générale des 13 et 14 mars 2009.
- BERGER (P.), « La responsabilité de l'avocat fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états : Journées nationales, T. XV, Paris-Est Créteil, le 15 avril 2010*, Dalloz, 2011, p. 9 et s.
- BERTRAN de BALANDA (J.) et SORENSEN (A.), « La fiducie : un enfer pavé de bonnes intentions. Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue de sûretés », *Rev. Lamy dr. aff.* juin 2007, n° 17, p. 35
- BERTRAN de BALANDA (J.) et SORENSEN (A.), « La fiducie : un enfer pavé de bonnes intentions. Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue de sûretés », *Rev. Lamy dr. civ.* juin 2007, n° 39, p. 53.
- BLAEVOET (Ch.), « La place du normal et de l'anormal dans le droit », *Gaz Pal.* 1966, 1, doctrine, p. 65.
- BLANLUET (G.) et LE GALL (J.-P.), « La fiducie, une œuvre inachevée (2<sup>e</sup> partie : une réforme nécessaire) », *Dr. Sociétés* 2007, étude 10.
- BLANLUET (G.) et LE GALL (J.-P.), « La fiducie, une œuvre inachevée (1<sup>re</sup> partie) », *Dr. Sociétés* 2007, étude 9.
- BLANLUET (G.) et LE GALL (J.-P.), « La fiducie, une œuvre inachevée.- Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007 », *JCP G* 2007, I, 169.
- BLOCH (C.), « Qualifications de l'inexécution contractuelle » in LE TOURNEAU (Ph.), BLOCH (C.), GUETTIER (Ch.), GIUDICELLI (A.), JULIEN (J.), KRAJESKI (D.) et POUMAREDE (M.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, s. la dir. de LE TOURNEAU (Ph.), Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2010.
- BOCCARA (V.), « La fiducie fait son entrée dans le droit français », *PA* 15 mars 2007, n° 54, p. 3.

- BONFILS (Ph.), « Revue de la thèse : B. RAYNAUD, La stipulation d'indisponibilité, préf. Y. Chaput, Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand-LGDJ, 2003, 361 pages », *RTD civ.* 2004, p. 391.
- BORGA (N.), « L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles », *Bull. Joly entreprises en difficulté* 2011, p. 76.
- BORGA (N.), « Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code Civil) », *Rev. Lamy dr. aff.* mars 2010, n° 47, p. 83.
- BOSSIN (J.-M.) et LAMBILLY (G. de), « Le mandat de gestion de portefeuille individuel et la responsabilité des intermédiaires », *Banque et droit* 1998, n° 59, p. 3.
- BOUTEILLE (M.), « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *Rev. Lamy dr. civ.* septembre 2010, n° 74, p. 63.
- BOUTIRON (X.), « La fiducie, technique de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur ? », *Dr. et patrimoine* mars 2010, p. 60.
- BOYER (L.), « Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avants contrats », *RTD civ.* 1948, p. 1.
- BOYER (L.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Contrats et Conventions.
- BRAIVE (G.), « L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt, Aspects critiques et sémantiques », in *Droit et intérêt, Vol. I : Approche interdisciplinaire*, s. la dir. de GERARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 25 et s.
- BRENNER (C.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Acte.
- BRUN (Ph.), « Conditions de l'annulation d'une vente conclue en violation d'un pacte de préférence : les exigences démusées de la Cour de cassation », *D.* 2000, p. 278.
- BURGARD (M.), « La fiducie après la loi du 4 août 2008 l'ordonnance du 30 janvier 2009 et la loi du 12 mai 2009 », *PA* 24 août 2009, n° 168, p. 3.
- CABRILLAC (S.), « EIRL et sûretés personnelles : faut de grives, on mange de merles », *CDE* 2011, dossier 16.
- CAHEN (B.), « L'avocat face aux conflits d'intérêts », *Dr. et patrimoine* février 1994, p. 84.
- CANTIN-CUMYN (M.), « L'avant projet de loi relatif à la fiducie, du point de vue civiliste d'outre-atlantique », *D.* 1992, p. 117.
- CANTIN-CUMYN (M.), « La propriété fiduciaire : mythe ou réalité », (1984-1985) 15 *R.D.U.S.* 7.
- CAPITANT (H.), « Sur la nature des droits réels », in *Mélanges juridiques dédiés à M. le professeur Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 29 et s.



- CARBONNIER (J.), « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger », extrait de *Verzekeringen von Vriendschap*, Kluwer, 1974.
- CASSON (Ph.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Dommages et intérêts.
- CERLES (A.), « Constituant personne physique », *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 60
- CERLES (A.), « La fiducie, nouvelle reine des sûretés ? », *RD bancaire et fin.* 2007, étude 18.
- CERLES (A.), « La fiducie, nouvelle reine des sûretés », *JCP E* 2007, 2054.
- CERLES (A.), « Simplification du régime de la fiducie à titre de sûreté », *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 124.
- CHABAS, (F.), *D.* 1982, p. 365 (commentaire d'arrêt).
- CHAMBAZ (L.), « L'avocat et la fiducie », *Rev. Lamy dr. civ.* janvier 2009, n° 56, p. 27.
- CHAMBAZ (L.), « La France est-elle en passe d'adopter le concept de relations fiduciaires sans limites ? La réponse est non, mais... », *Rev. Lamy dr. civ.* mai 2007, n° 38, p. 29.
- CHAMPAUD (C.), « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », *RTD com.* 1979, p. 579.
- CHARLIER (R.-E.), « Les effets de la hausse des prix dans la responsabilité civile et administrative », *JCP* 1947, I, 650.
- CHARVILLAT-CARREZ (A.-N.), « Introduction de la fiducie à la française », *Rev. Lamy dr. aff.* avril 2007, n° 15, p. 31.
- CHERON (A.), « La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique – ses limites », *RTD civ.* 1906, p. 339.
- COHET-CORDEY (F.), « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ.* 1996, p. 819.
- COQUELET (M.-L.), « EIRL versus EURL », *Dr. sociétés.* 2010, repère 5.
- COQUELET (M.-L.), « Fiducie-sûreté : fin de feuilleton », *Dr. Sociétés* 2009, repère 7.
- CORNESSE (I.), « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *RRJ* 2203-4, p. 2422.
- CORVEST (H.), « L'inaliénabilité conventionnelle », *Deffrénois* 1979, art. 32162.
- CROCQ (P.), « Le cœur du dispositif fiduciaire », *Rev. Lamy dr. civ.* juillet 2007, n° 40, p. 61.
- CROCQ (P.), « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *La fiducie dans tous ses états : Journées nationales, T. XV, Paris-Est Créteil, le 15 avril 2010*, Dalloz, 2011, p. 9 et s.

- CUIF (P.-F.), « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe en droit privé », *RTD com.* 2005, p. 1
- DAGORNE-LABBE (Y.), « La nature de l'obligation du médecin à l'égard de ses patients », *D.* 1990, p. 413.
- DAIGRE (J.-J.), « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Petites Affiches-Montchrestien, 2002, p. 79 et s.
- DALLANT (R.), « Le respect des contrats par les tiers », *JCP G* 1939, I, 86.
- DARGENT (L.), « Réforme de la fiducie par la LME », *D.* 2008, p. 2133.
- DARMAISIN (S.), « A la recherche du bon père de famille », in *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz 2008, p. 297 et s.
- DECHEIX (P.), « La fiducie ou du sens des mots », *D.* 1997, p. 35.
- DELEBECQUE (Ph.), « Mandat. Représentation du vendeur et de l'acquéreur. Double mandat. Possibilité (oui) », *Deffrénois* 1999, p. 366.
- DELEBECQUE (Ph.), « La responsabilité du fiduciaire », *Dr. et patrimoine* novembre 2009, p. 42.
- DELEBECQUE (Ph.), « La responsabilité du fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états : Journées nationales, T. XV, Paris-Est Créteil, le 15 avril 2010*, Dalloz, 2011, p. 9 et s.
- DELEBECQUE (Ph.), « Les clauses de responsabilité », in *Les Principales clauses des contrats conclus entre professionnels : colloque de l'Institut de Droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990*, PUAM, 1990, p. 177 et s.
- DELEBECQUE (Ph.), « Sanction de la violation d'un pacte de préférence », *JCP E* 2006, 2378.
- DELFOSSÉ (A.) et PENIGUEL (J.-F.), « Premières vues sur la fiducie », *Deffrénois* 2007, art. 38571.
- DERGATCHEFF (C.), « Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg », *JCP E* 2007, 2060.
- DERRIDA (F.), « L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation », *JCP* 1951, I, 918.
- DINH (E.), « L'EIRL, un hybride en droit français », *JCP E* 2010, 1979.
- DJOURDI (J.), « Les nullités dans les relations individuelles de travail », *D.* 1995, p. 192.
- DOM (J.-Ph.), « La fiducie-gestion et le contrat de société », *Rev. sociétés* 2007, p. 481.
- DUBUISSON (E.), « Projet de loi relatif à l'EIRL.- Comprendre la technique et les enjeux », *JCP N* 2010, 1115.

- DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Le dénouement de l'opération de fiducie », *Dr. et patrimoine* juin 2008, p. 63.
- DUPICHOT (Ph.), « L'unicité du patrimoine aujourd'hui.- Observations introductives », *JCP N* 2009, 1356.
- DUPICHOT (Ph.), « La fiducie-sûreté en plein lumière.- A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G* 2009, I, 132.
- DUPICHOT (Ph.), « Opération fiducie sur le sol français », *JCP E* 2007, act. 134, p. 3.
- DUPICHOT (Ph.), « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007, act. 121, p. 5.
- DUPICHOT (Ph.), « Rapport de synthèse », in *La fiducie dans tous ses états : Journées nationales, T. XV, Paris-Est Créteil, le 15 avril 2010*, Dalloz, 2011, p. 89 et s.
- ELHOUEISS (J.-L.), « L'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail », *D.* 2002, jur. p. 2288.
- EMERICH (Y.), « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droits des biens », *RID comp.* 2009, p. 49.
- ESPAGNON (M.), *JCI Civil Code*, Art. 1146 à 1155, fasc. 16-20, 2005.
- FABRE-MAGNAN (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85.
- FILIBERTI (E.), « La fiducie bientôt reconnue en droit français ? », *PA* 01 mars 2005, n° 42, p. 3.
- FORRAY (V.), « Chronique des contrats spéciaux (suite et fin) », *PA* 13 novembre 2007, n° 227, p. 6.
- FOSSIER (T.), « Juge et bon père de famille : les responsabilités du juge des tutelles dans la gestion patrimoniale pour le mineur », *AJF* 2002, p. 363.
- FRENETTE (F.), « La propriété fiduciaire », (1985) 26 *Les Cahiers de Droit* 727.
- FRESNEL (F.), « La fiducie et les personnes vulnérables », *PA* 01 mars 2005, n° 42, p. 8.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) et TERRE-FORNACCIARI (D.), « Quelques remarques sur le droit de propriété, Vocabulaire fondamental du droit », *Arch. phil. dr.* 1990, p. 233 et s.
- GAUTIER (P.-Y.) et PASQUALINI (F.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Action paulienne.
- GAUTIER (P.-Y.), « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », *D.* 2006, p. 1861.
- GAUTIER (P.-Y.), « Singulière transparence : la Cour de cassation permet à un intermédiaire de représenter les deux parties à la fois », *RTD civ.* 1998, p. 927.
- GERMAIN (M.), « La responsabilité en matière de gestion individuelle sous mandat », *Banque et Droit* 2000, n° 70, p. 14.

- GERVAIS (A.), « Quelques réflexions à propos de la distinction des ‘droits’ et des ‘intérêts’ », in *Mélanges en l’honneur de Paul Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 et s.
- GHESTIN (J.), « Introduction (rapport français) », in *Les effets du contrat à l’égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, s. la dir. de M. FONTAINE et J. GHESTIN, LGDJ, 1992, p. 4 et s.
- GILLES (P.), « Le gouvernement parachève la réforme de la fiducie par voie d’ordonnance », *Dr. des contrats* 01 mars 2009, n° 3, p. 3.
- GINOSSAR (S.), « La fraude au droit d’autrui est-elle licite ? », *extrait des Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, Bruylant-Sirey, 1963.
- GOBIN (A.), « Fiducie sans la fiducie », *JCP N* 1994, I, p. 315.
- GRAZIADEI (M.), « The development of Fiducia in Italian and French law from the 14th century to the end of the Ancien Régime », in *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 327 et s.
- GRIMALDI (M.) et REYNIS (B.), « Brèves réflexions d’avant-congrès sur le patrimoine professionnel », *Deffrénois* 1987, art. 33947.
- GRIMALDI (M.), « L’introduction de la fiducie en droit français », *Rev. dr. H. CAPITANT* 2011, n° 2, p. 117.
- GRIMALDI (M.), « La propriété fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états : Journées nationales, T. XV, Paris-Est Créteil, le 15 avril 2010*, Dalloz, 2011, p. 5 et s.
- GRIMALDI (M.), « Théorie du patrimoine et fiducie », *Rev. Lamy dr. civ.* 2010, n° 77, p. 73.
- GRIMALDI (M.), « La fiducie : réflexions sur l’institution et sur l’avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, art. 35085.
- GUESMI (A.), « EIRL versus EURL à l’aune du droit de procédures collectives », *D.* 2011, p. 104.
- GULPHE (P.), « Quelques réflexions sur l’institution d’un trust à la française », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, p. 159 et s.
- HAUSER (J.), « Bail d’habitation : l’usage en bonne mère de famille », *RTD civ.* 1996, p. 580.
- HAZAN (S.), « Fiducie à la française », *PA* 12 juin 2007, n° 117, p. 5.
- HOHL (B.), « Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie », *JCP E* 2007, 2052.
- HOHL (B.), « Une seule fiducie, ça suffit ! », *Gaz. Pal.* 2005, p. 2.

- HOUTCIEFF (D.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Renonciation.
- JADAUD (B.), « Le régime juridique de la fiducie », *PA* 10 juin 2009, n° 115, p. 4.
- JEANDIDIER (W.), « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, p. 700.
- JESTAZ (Ph.), « Rapport de synthèse », in *Colloque : Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1984-4, p. 1181 et s.
- JOSSERAND (L.), « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », in *Mélanges juridiques dédiés à M. le professeur Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 95 et s.
- JOURDAIN (P.), « Le préjudice et la jurisprudence », in *La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle : bilan prospectif : colloque / organisé par la faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry Resp. civ. et assur.* 2001, n° hors série, 6 bis, p. 45 et s.
- JOURDAIN (P.), « Les dommages-intérêts alloués par le juge, rapport français », in *Des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 263 et s.
- JOURDAIN (P.), « Responsabilité délictuelle d'un tiers pour inexécution d'un contrat : la complicité n'est pas requise », *RTD civ.* 1999, p. 405.
- JOURDAIN (P.), *JCl Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 130-10 : Droit à réparation, 2008.
- KACZMAREK (L.), « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, p. 1845.
- KAN-BALIVET (B.), « Les clés du contrat de fiducie-gestion », *Dr. et patrimoine* octobre 2009, p. 70.
- KUHN (C.), « La mission du fiduciaire », *Dr. et patrimoine* juin 2008, p. 52.
- KUHN (C.), « Une fiducie à la française », *Dr. et patrimoine* avril 2007, p. 32.
- L. T., « Patrimoine fiduciaire », *Dr. et patrimoine* juin 1997, p. 18.
- LAITHIER (Y.-M.), « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 161.
- LAJARTE (C.), « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *Rev. Lamy dr. civ.* mai 2009, n° 60, p. 71.
- LAMAZEROLLES (E.), *JCl Contrats-Distribution*, fasc. 250 : Vente commerciale.-Formation, 2009.
- LARROUMET (Ch.), « Fiducie inspirée au trust », *D.* 1990, chron. p. 119.

- LARROUMET (Ch.), « La fiducie une révolution dans notre droit, 1<sup>re</sup> partie », *Banque et droit* 1990, n° 14, p. 239.
- LARROUMET (Ch.), « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *D.* 2007, chron. p. 1350.
- LARROUMET (Ch.), « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D.* 1997, chron. p. 145.
- LARROUMET (Ch.), « Pour la responsabilité contractuelle », in *Etudes offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 543 et s.
- LASSERRE (M.-C.), « La paralysie de la fiducie-sûreté », *PA* 11 février 2011, n° 30, p. 3.
- LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ. Dalloz.*, v° Mandat.
- LE TOURNEAU (Ph.), « Droit de la responsabilité et des contrats », *Dalloz Action*, 2010.
- LE TOURNEAU (Ph.), « Qualifications de l'inexécution contractuelle » in LE TOURNEAU (Ph.), BLOCH (C.), GUETTIER (Ch.), GIUDICELLI (A.), JULIEN (J.), KRAJESKI (D.) et POUMAREDE (M.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, s. la dir. de LE TOURNEAU (Ph.), Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2010.
- LE TOURNEAU (Ph.), *JCP G* 1996, II, 22705 (commentaire d'arrêt sur l'obligation d'un gestionnaire de portefeuille).
- LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Responsabilité (en général).
- LE TOURNEAU (Ph.) et POUMAREDE (M.), *Rép. civ. Dalloz.*, v° Bonne foi.
- LEGEAIS (D.), « Fiducie », *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 23.
- LEGEAIS (D.), « Fiducie », *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 23.
- LEGIER (G.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Responsabilité contractuelle.
- LEROY (M.), « Le passif fiduciaire », *Dr. et patrimoine* juin 2008, p. 58.
- LEVENEUR (L.), « Violation du pacte : la substitution se profile, en théorie... », *Contrats, conc., consomm.* 2006, n° 153.
- LIBCHABER (R.), « Eclairage. Feu la théorie du patrimoine », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 316.
- LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297 et s.
- LIBCHABER (R.), « Une fiducie française, inutile et incertaine... », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 303 et s.
- LIBCHABER (R.), « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *Defrénois* 2007, art. 3863.

- LUCAS (F.-X.), « Fiducie vs sauvegarde, un arbitrage équilibré », *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 105.
- MAINGUY (D.), « Annulation et substitution : les deux mamelles de la préférence ? », *D.* 2006, 1861.
- MAINGUY (D.), « La violation du pacte de préférence », in dossier *Pacte de préférence : liberté ou contrainte ?*, *Dr. et patrimoine* janvier 2006, p. 72.
- MAINGUY (D.), « Réflexions à contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence », *D.* 2007, p. 1698.
- MALAUURIE (M.), « L'agence de publicité, l'éditeur et l'imprimeur », *D.* 1993, p. 215.
- MALLET- BRICOUT (B.), « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *Dr. et patrimoine* octobre 2009, p. 79.
- MALLET-BRICOUT (B.), « Propriété et fiducie », in *liber amicorum Ch. Larroumet*, *Economica*, 2010, p. 27 et s.
- MALLET-BRICOUT (B.), *Dr. et patrimoine* mars 2008, p. 91.
- MALLET-BRICOUT (B.), « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP N*, 2010, 1073.
- MARINI (Ph.), « Enfin la fiducie à la française », *D.* 2007, p. 1347.
- MARINI (Ph.), « La fiducie, enfin ! », *JCP E* 2007, 2050.
- MARMOZ (F.), « L'EIRL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise », *D.* 2010, p. 1570.
- MARRAUD DES GROTTES (G.), « Fiducie : fin d'un mythe mais début des incertitudes », *Rev. Lamy dr. civ.* avril 2007, n° 37, p. 34.
- MARTY (G.), « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1939, p. 685.
- MARTY (R.), « De l'indisponibilité conventionnelle des biens (1<sup>re</sup> partie) », *PA* 21 novembre 2000, n° 232, p. 4.
- MARTY (R.), « De l'indisponibilité conventionnelle des biens (suite et fin) », *PA* 22 novembre 2000, n° 233, p. 8.
- MASSIP (J.), « Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », *Defrénois* 2009, p. 1549.
- MATHIEU (M.-E.), « Vers un contrat de fiducie dans le Code civil ? », *Dr. et patrimoine* février 2007, n° 156, p. 22.
- MAZEAUD (D.), « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », *Gaz. Pal.* 1994, 1, doct. p. 210.
- MAZEAUD (D.), « Réflexions sur un malentendu », *D.* 2001, p. 332.

- MAZEUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommages à François Terré*, 1999, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, p. 603 et s.
- MAZEUD (D.), « Responsabilité contractuelle sans préjudice : confusion ou conversion ? », *D.* 2003, p. 458.
- MAZEUD (H.), « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles ; 'obligations déterminées' et 'obligation générale de prudence et diligence' », *RTD civ* 1936, p. 1.
- MESTRE (J.), « Le droit civil venu d'autrefois », *Rev. Lamy dr. civ.* avril 2007, n° 37, p. 3.
- MESTRE (J.), « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », *Rev. dr. H. CAPITANT* octobre 2011, n° 3.
- MIGNOT (M.), *JCl Civil Code*, Art. 1589, fasc. 30, 2008.
- MOLFESSIS (N.), « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC* 2005, p. 36.
- MORANCAIS-DERMEEESTER (M.-L.), « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ.* 1993, p. 757.
- MOREL (R. L.), « La violation d'une promesse de vente, Etude de jurisprudence », in *Etudes de droit civil à la mémoire de H. CAPITANT*, Dalloz, 1939, p. 541 et s.
- MORET-BAILLY (J.), « Définir les conflits d'intérêts », *D.* 2011, p. 1100.
- MOTULSKY (H.), « De l'impossibilité juridique de constituer un "Trust" anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. crit. DIP* 1948, p. 450.
- MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281 et s.
- NABASQUE (H. le), « Le devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999, p. 273.
- NAHON (S.), « La fiducie à la française : mythe ou réalité », *Rev. Lamy dr. aff.* février 2007, n° 13, p. 38.
- NAHON (S.), « La fiducie à la française : mythe ou réalité », *Rev. Lamy dr. aff.* février 2007, n° 13, p. 38
- NAJJAR (I.), « Le mari, l'épouse 'dormante' et le mandataire de gestions du portefeuille », *D.* 1996, jurispr. p. 71.
- NICOLE (P.-M.), « Aménagement du régime de la fiducie tel qu'il avait été complété par l'ordonnance », *Dr. famille et personnes* 01 juillet 2009, n° 4, p. 6.



- NORMAND (S.), « La notion de modalité de la propriété », in *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, PUL, 2006, p. 255 et s.
- OLIVIER (D.), « Le droit de la fiducie fait déjà l'objet d'une réforme », *Dr. des contrats* 01 septembre 2008, n° 3, p. 3.
- PACLOT (Y.) et MOREAU (E.), « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente.- "Comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations" », *JCP G* 2011, I, 736.
- PADE (O.), « Le mandat double. De la nécessaire transparence dans la double représentation », *RJ com.* 2002, p. 339.
- PAGNON (C.), « L'apparence face à la réalité économique et sociale », *D.* 1992, p. 285.
- PANDO (A.), « La fiducie est enfin accessible aux personnes physiques », *PA* 23 janvier 2009, n° 17, p. 3.
- PANDO (A.), « Une fiducie française bientôt disponible pour les entreprises », *Dr. et patrimoine* janvier 2007, n° 155, p. 6.
- PAULIN (Ch.), « Promesse et préférence », *RTD com.* 1998, p. 511.
- PELLIER (J.-D.), « Regard sur la fiducie-sûreté », *PA* 21 mars 2007, n° 58, p. 6.
- PELTIER (F.), « La fiducie perspectives pour les banques », *Banque et droit* 1990, n° 12, p. 167.
- PIAZZON (T.), « Retour sur la violation des pactes de préférences », *RTD civ.* 2009, p. 433.
- PICOD (Y.), *JCI Civil Code*, Art. 1134 à 1135, fasc. 11, 2007.
- PICOD (Y.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Nullité.
- PIEDELIEVRE (S.), « La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007 », *Gaz. Pal.* 2007, p. 1526.
- PIERRE (J.-L.), « Fiducie constituée par une personne physique ou par une personne morale non soumise à l'impôt sur les sociétés », *Dr. Sociétés* 2009, comm. 85.
- PIERRE (J.-L.), « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », *JCP E* 2009, 2184.
- PINARD (D.), « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la charte canadienne des droits et libertés », in *Colloque : Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1984-4, p. 1069 et s.
- PIRE (E.), « Retour sur le privilège de la femme enceinte », *D.* 2003, p. 2243.
- PISANI (Ch.), « La fiducie », *Deffrénois* 1990, p. 535

- POITRINAL (F.-D.), « Autocontrôle : les nouvelles règles du jeu », *Rev. Banque* novembre 1990, p. 1041.
- PRIGENT (S.), « Constitution d'une fiducie-sûreté [Analyses et formules] », *Deffrénois* 2010, p. 1555.
- PRIGENT (S.), « Deuxième pas en fiducie », *AJDI* 2009, p. 421.
- PRIGENT (S.), « Extinction d'une fiducie-sûreté dont le constituant s'est acquitté de sa dette [Analyse et formules] », *Deffrénois* 2011, p. 48.
- PRIGENT (S.), « Premier pas en fiducie dans le code civil », *AJDI* 2008, p. 280.
- PRIGENT (S.), « Rechargement d'une fiducie-sûreté [Analyse et formules] », *Deffrénois* 2010, p. 1782.
- PRÜM (A.), « L'arrivée annoncée de la fiducie », *RD bancaire et fin.* 2007, alerte 1.
- PRÜM (A.), « Une fiducie pour les banques ? », *RD bancaire et fin.* 2004, p. 3.
- PUIG (P.), « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et patrimoine* juin 2008, p. 68.
- PUTMAN (E.), « Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine, essai critique* », *RTD civ.* 2008, p. 375.
- QUENAUDON (R.) de, *JCI Civil Code* Art. 1984 à 1990, Fasc. 20, 2001.
- RADE (Ch.), « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.* 1998, p. 301.
- RAJOT (B.), « L'exercice de la fiducie ouverte aux avocats », *Resp. civ. et assur.* 2010, alerte 3.
- RAYNOUARD (A.-L.), « Ultimes modifications de la fiducie », *JCP N* 2009, act. 439.
- RAYNOUARD (A.-L.) et JOURDAIN-THOMAS (F.), « La fiducie, nouvel outil de gestion et de sûreté », *JCP N* 2010, 1063.
- REBOUL-MAUPIN (N.), *D.* 2007, pan. p. 2496.
- REMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005, p. 13.
- RETIF (S.), « Premières observations sur la fiducie "à la française" », *Resp. civ. et assur.* 2007, alerte 13.
- RENET (T.), « Introduction », in *Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL)*, *Dr. et patrimoine* avril 2010, n° 191, p. 56 et s.
- RIVES-LANGES (J.-L.), « Rapport de synthèse, le devoir de loyauté : essai d'une définition unitaire », in *Le devoir de loyauté en droit des affaires*, *Gaz. Pal.* 2000, 2<sup>e</sup> sem., doct. p. 2167 et s.
- ROLLAND (R.), « La responsabilité contractuelle ou responsabilité à dommages contractuelles ? La doctrine conservatrice face au code civil », *RRJ* 2004-4, p. 2199.
- ROMAN (B.), « La nature juridique de l'action paulienne », *Deffrénois* 2005, art. 38146.

- ROUAST (A.), « Problème de l'évolution du droit de propriété, sur l'évolution du droit de propriété en France », in *Trav. Ass. H. Capitant, Journées de Genève, L'évolution du droit de propriété, 1946, T. II*, Dalloz, 1947, p. 110 et s.
- ROUSSEL (F.), « Intérêts et limites de la fiducie après la LME, au sens du droit de sûretés », *Dr. et patrimoine* décembre 2008, n° 176, p. 28.
- ROUSSEL (F.), « Combinaison fiducie et entreprise à patrimoine affecté : le regard de l'entrepreneur », *JCP N* 2009, 1361.
- ROUSSEL (F.) et MROZ (H.), « Regards sur la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie », *Dr. et patrimoine* octobre 2008, n° 174, p. 30.
- ROUSSEL (F.), LARCHER (M.-C.), HOAREAU (O.) et DOBIGNY (A.), « De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) », *JCP N* 2008, 1282.
- ROUSSEL (F.), LARCHER (M.-C.), HOAREAU (O.) et DOBIGNY (A.), « De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) », *JCP E* 2008, 2199.
- RUET (L.), « Gestion du portefeuille », *Bull. Joly Bourse* 1999, p. 362.
- SAINTOURENS (B.), « L'instauration du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée par la loi du 15 juin 2010 », *RTD com.* 2010, p. 681.
- SANTOURENS (B.), « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Rev. sociétés* 2010, p. 351.
- SAVATIER (R.), « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525.
- SAVAUX (E.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Subrogation réelle.
- SCHILLER (S.), « L'évolution dans la composition du patrimoine affecté », in *Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL)*, *Dr. et patrimoine* avril 2010, n° 191, p. 84 et s.
- SCHMIDT (D.) et WITZ (C.), « Les opérations fiduciaires en droit français », in *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 305 et s.
- SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP G* 1998, I, 3397.
- SCHÜTZ (R.-N.), « L'exécution des promesses de vente », *Defrénois* 1999, p. 833.
- SCHÜTZ (R.-N.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Inaliénabilité.
- SENNE (E.), « 'La propriété temporaire' : Un révélateur des caractères de la propriété », *RRJ* 2005-4 (I), p. 1821
- SERIAUX (A.), *Rép. civ. Dalloz*, v° Propriété.
- SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), « Droit de sûretés », *JCP G* 2011, 226.

- SIMLER (Ph.), « Les clauses d'inaliénabilité (Code civil, art. 900-1 nouveau) », *D.* 1971, comm. lég. p. 416-1.
- SIMLER (Ph.), *JCI Civil Code*, Art. 1136 à 1145, fasc. 10, 2007.
- STARCK (B.), « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP G* 1954, I, 1180.
- SYNVET (H.) et GAUDEMMENT (A.), « EIRL et sûretés », *PA* 28 avril 2011, p. 32.
- TANDEAU de MARSAC, « L'avocat et la fiducie », *Gaz. Pal.* 6 août 2009, n° 218, p. 4.
- TERRE (F.), « L'évolution du droit de propriété depuis le code civil », in *Destins du droit de propriété, Droits : revue française de théorie juridique*, PUF, 1985, p. 2 et s.
- TERRE (F.), « La personne et ses patrimoines.- Des pépins par milliers », *JCP G* 2010, 1328.
- THERON (J.), « Nullité et substitution en cas de violation d'un pacte de préférence », *D.* 2007, p. 2444.
- THERY (Ph.), « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter », *Deffrénois* 2011, p. 569.
- THERY (Ph.), « Le passif : situation générale », in *Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL), Dr. et patrimoine* avril 2010, p. 85 et s.
- THULLIER (B.), « Les effets de la violation d'un pacte de préférence », *JCP G* 1997, II, 22963.
- TUNC (A.), « Comment réparer, dans une économie de taxation et de rationnement, le préjudice résultant de la perte d'un bien », *D.* 1946, chron. p. 57.
- TUNC (A.), « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, I, p. 449.
- TUNC (A.), « La fonction d'indemnisation de la responsabilité civile », in *Verzekeringen van vriendschap*, Kluwer Deventer, 1974, p. 143 et s.
- TUNC (A.), « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Recueil d'études en hommage à M. ANCEL, T. I*, A. PEDONE, 1975, p. 407 et s.
- VALLIMARESCO (A.), « Des actes juridiques avec soi-même passés par une personne qui veut fixer la situation relative de deux fractions de son patrimoine soumis à un régime distinct », *RTD civ.* 1926, p. 973.
- VAREILLES-SOMMIERES (M. de), « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, p. 443.
- VAUPLANE (H. de), « La fiducie avant la fiducie : - le cas du droit bancaire », *JCP E* 2007, 2051.

- VINEY (G.), « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », in *Mélanges Goubeux*, Dalloz, 2009, p. 547 et s.
- VINEY (G.), « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 167 et s.
- VIRASSAMY (G.), « La connaissance et l'opposabilité (Rapport français) », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, s. la dir. de M. FONTAINE et J. GHESTIN, LGDJ, 1992, p. 132 et s.
- VOIRIN (P.), *RTD civ.* 1951, p. 239
- WAGNER (A.), « La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs », *RTD civ.* 1907, p. 311.
- WAHL (A.), *S.* 1912, I, p. 385 (commentaire de l'arrêt : Req., 30 octobre 1911).
- WITZ (C.), « Rapport introductif », in *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 1 et s.
- WITZ (C.), « Trust et fiducie, une distinction estompée par la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance », in *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 343 et s.
- ZENATI-CASTAING (F.), « La propriété, mécanisme fondamentale du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445.
- ZENATI-CASTAING (F.), « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2003, p. 667.
- ZENATI-CASTAING (F.), « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », in *Aubry et Rau leurs œuvres leurs enseignements*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006, p. 63 et s.
- ZENATI-CASTAING (F.), « Patrimoine », *RTD. civ.* 1994, p. 888.
- ZENATI-CASTAING (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD. civ.* 1993, p. 305.

### **B. Droit anglo-américain**

- « Extent of the Trustee's Duty Not to Compete », (1950) 50 *Colum. L. Rev.* 78.
- « Liability of trustee in the absence of causal relation between wrongdoing and loss », (1936) 50 *Harv. L. Rev.* 317.
- « Standards of care for corporate trustees », (1948-1949) 16 *U. Chi. L. Rev.* 579.
- « Trusts and estates. Corporate trustees. Higher standard of due care », (1939) 39 *Colum. L. Rev.* 1055.

- AARON (S. X.), « Conceptualizing the Singapore real estate investment trust », (2010) 24 *Tru. L. I.* 155.
- AITKEN (L.), « Limiting the trustee's liability – is 'gross negligence' relevant ? », (2011) 127 *L.Q.R.* 503.
- ALAMO (D. A.) et CIOTTI (A. F.), « Recent cases », (1974-1975) 2 *W. St. L. Rev.* 295.
- ALEXANDER (G. S.), « A cognitive theory of fiduciary relationships », (2000) 85 *Cornell L. R.* 767.
- AMES (J. B.), « Purchase for value without notice », (1887) 1 *Harv. L. Rev.* 1.
- ANDERSON (A. G.), « Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure », (1978) 25 *UCLA L. Rev.* 738.
- AUSTIN (R. P.), « Commerce and equity – fiduciary duty and constructive trust », (1986) 6 *OJLS* 444.
- AUSTIN (R. P.), « Constructive trusts », in *Essays in Equity*, s. la dir. de P. D. FINN, The Law Book Company Limited, 1985, p. 196 et s.
- BARLOW (F.), « The appointment of trustees : a disappointing decision », [2003] *Conv.* 15.
- BARON (Ch. B.), « Self-dealing trustees and the exoneration clause : can trustees ever profit from transactions involving trust property ?, (1998) 72 *St. John's L. Rev.* 43.
- BARTON (J. L.), « The Medieval Use », (1965) 81 *L.Q.R.* 562.
- BEALE (H. G.), « Ch. 26 Damages », in *Chitty on contracts, V. I*, Thomson Reuters, 13<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 2597 et s.
- BIANCALANA (J.), « Medieval Uses », in *Itinera Fiduciaee, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 111 et s.
- BIRKS (P.), « 8. Trusts in the recovery of misapplied assets: tracing, trusts, and restitution », in *Commercial aspects of trusts and fiduciary obligations*, s. la dir. de E. MCKENDRICK, Clarendon Press, 1992, p. 149 et s.
- BIRKS (P.), « Receipt », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 213 et s.
- BIRKS (P.), « The content of fiduciary obligation », (2000) 34 *Is. L. R.* 1.
- BRESLIN (J.), « Tracing into an overdrawn bank account : when does money cease to exist ? », (1995) 16 *Comp. Law* 307.
- BRIDGE (M.), « Insolvency », in *English private law, Vol. II*, s. la dir. de P. BIRKS, Oxford University Press, 2000, p. 639 et s.

- BROWN (J.), « What are we to do with testamentary trusts of imperfect obligation », [2007] *Conv.* 148.
- BURNS (F. R.), « The equitable lien rediscovered : a remedy for the 21st century », (2002) 25 *U.N.S.W. Law J.* 1.
- CAPPER (D.), « Compensation for breach of trust », [1997] *Conv.* 14.
- CARTWRIGHT (J.), « Remoteness of damage in contract and tort : a reconsideration », (1996) 55 *Cam. L.J.* 488.
- CHAMBERS (R.), « Liability », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 1 et s.
- CHAN HO (L.), « Book review. The law of trusts, by G. Thomas and A. Hudson », (2005) 64 *Cam. L.J.* 752.
- CLAYTON (N. A.), « Banks which act as trustees: the English position », (1994) 9 *J.I.B.L.* 352.
- CLAYTON (N. A.), « The duty of a trustee to be prudent and faire », (1988) 3 *J.I.B.L.* 284.
- CONAGLEN (M.), « Contests between rival trust beneficiaries », (2005) 64 *Cam. L.J.* 45.
- CONAGLEN (M.), « The nature and function of fiduciary loyalty », (2005) 121 *L.Q.R.* 452.
- CONAGLEN (M.), « Fiduciary regulation of conflicts between duties », (2009) 125 *L.Q.R.* 111.
- COOTER (R.) et FREEDMAN (B. J.), « The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences », (1991) 66 *N.Y.U. L. Rev.* 1045.
- COTTON (B. E.), « The equitable lien : new life in an old remedy? », [http://www.bottomlineresearch.ca/articles/articles/pdf/equitable\\_lien.pdf](http://www.bottomlineresearch.ca/articles/articles/pdf/equitable_lien.pdf).
- DALE (W.), « The use of standards in the English legal system », in *Colloque : Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1984-4, p. 887 et s.
- DEANE (S.), « Security in Hong Kong : Part 1 », (1994) 9 *J.I.B.L.* 6.
- DEANE (S.), « Security in Hong Kong : Part 2 », (1994) 9 *J.I.B.L.* 52.
- DELANY (H.), « Trustee exemption clauses – proposals for regulation in Ireland », (2009) 23 *Tru. L. I.* 89.
- DEMOTT (D. A.), « Beyond metaphor: an analysis of fiduciary obligation », (1988) *Duke L. J.* 879.
- DUCKWORTH (A.), « Legal aspects of trustee investment – is the prudent man still alive? Part 1 », (1997) *P.C.B.* 22.

- EVANS (S.), « Constructive trusts and tracing », (1994) 2 *J.F.C.* 222.
- FINN (P. D.), « The liability of third parties for knowing receipt or assistance », in *Equity, Fiduciaries and Trusts*, s. la dir. de W. M. WATERS, Carswell, 1993, p. 195 et s.
- FITZGIBBON (S.), « Fiduciary relationships are not contracts », (1999) 82 *Marq. L. Rev.* 303.
- FLANNIGAN (R.), « The fiduciary obligation », (1989) 9 *O.J.L.S.* 285.
- FLANNIGAN (R.), « The strict character of fiduciary liability », (2006) *N.Z. L. Rev.* 209.
- FLEMING (J. G.), « Can a trustee sell to his wife ? », [1949] *Conv.* 248.
- FOX (D.), « Overreaching », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 95 et s.
- FRANKEL (T.), « Fiduciary duties as default rules », (1995) 74 *Or. L. Rev.* 1209.
- FRANKEL (T.), « Fiduciary law », (1983) 71 *Cal. L. Rev.* 795.
- FRATCHER (W. F.), « Ch. 11 Trusts », in *International Encyclopedia of comparative law, Vol. VI Property and trust*, 1971.
- GARDNER (S.), « Knowing assistance and knowing receipt : taking stock », (1996) 112 *L.Q.R.* 56.
- GARDNER (S.), « Two maxims of equity », (1995) 54 *Cam. L.J.* 60.
- GARRIGUES (J.), « The law of trusts », (1953) 2 *Am. Jo. Comp. Law* 25.
- GAUTREAU (J.R. M.), « Demystifying the fiduciary mystique », (1989) 68 *Can. Bar Rev.* 1.
- GLOVER (J.), « The identification of fiduciaries », in *Privacy and loyalty*, s. la dir. de P. BIRKS, Clarendon Press et Oxford University Press, 1997, p. 269 et s.
- GORDON (J. N.), « The puzzling persistence of the constrained prudent man rule », (1982) 62 *N.Y.U. L. Rev.* 52.
- GORE (M.), « Les créanciers et le trust : l'exemple américain », in *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 135 et s.
- GRANBERY (W. P.), « Trusts and estates. Fiduciaries' duties. The trustee who procures an appointment upon representation of greater skill than that of the ordinary person must exercise such skill », (1976) 21 *Vill. L. Rev.* 151.
- GRAY (J. C.), « Gifts for a non-charitable purpose », (1902) 15 *Harv. L. Rev.* 67.
- GRETTON (G. L.), « Trusts without equity », (2000) 49 *Int'l & Comp. L. Q.* 599.
- HANBURY (H. G.), « The field of modern Equity », (1929) 45 *L.Q.R.* 196.



- HARPUM (C.), « Fiduciary Obligations and fiduciary powers. Where are we going? », in *Privacy and loyalty*, s. la dir. de P. BIRKS, Clarendon Press et Oxford University Press, 1997, p. 146 et s.
- HART (W. G.), « The development of the rule in Keech v Sanford », (1905) 21 *L.Q.R.* 258.
- HART (W. G.), « The place of trust in jurisprudence », (1912) 28 *L.Q.R.* 290.
- HAYTON (D. J.), « Ch. 8 Trading trusts », in *The international trust*, s. la dir. de J. GLASSON, Jordans, 2002, p. 479 et s.
- HAYTON (D. J.), « Developing the obligational characteristic of the trust », (2001) 117 *L.Q.R.* 96.
- HAYTON (D. J.), « Introduction », in *Trust & Fiducie, La Convention de La Haye et la nouvelle législation Luxembourgeoise*, Montchrestien, 2005, p. 1 et s.
- HAYTON (D. J.), « Introductory overview and comment », in *Extending the boundaries of trusts and other ring-fenced funds*, s. la dir. de D. J. HAYTON, Kluwer Law International, 2002, p. 1 et s.
- HAYTON (D. J.), « The irreducible core content of trusteeship », in *Trends in contemporary trust law*, s. la dir. de A. J. OAKLEY, Oxford Press, 1996, p. 47 et s.
- HELMHOLZ (R.), « The early enforcement of uses », (1979) 79 *Colum. L. Rev.* 1503.
- HELMHOLZ (R.), « Trusts in the English ecclesiastical courts 1300 – 1640 », in *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 153 et s.
- HEYDON (J. D.), « Causal relationships between a fiduciary's default and the principal's loss », (1994) 110 *L.Q.R.* 328.
- HILL (J.), « The role of the donee's consent in the law of gift », (2001) 117 *L.Q.R.* 127.
- HOHFELD (W. N.), « The relations between equity and law », (1913) 11 *Mich. L. Rev.* 537.
- HOLDSWORTH (W. S.), « The reform of the land law : an historical perspective », (1926) 42 *L.Q.R.* 158.
- HOLMES (O. W.), « Select Essays », in *Anglo-American Legal History, Vol. II*, Cambridge, 1908, p. 705 et s.
- HONORE (T.), « Trusts : The inessentials », in *Rationalizing property, equity and trusts, Essays in honor of Edward Burn*, s. la dir. de J. GETZLER, p. 7 et s.
- JACKSON (P.), « Trustees purchasing reversions », (1968) 31 *M.L.R.* 707.
- JOHNSON (S. P.), « Trustee investment : the prudent person rule or modern portfolio theory, you make the choice », (1993) 44 *Syracuse L. Rev.* 1175.

- JONES (A.), « Identification of improperly appropriated trust money – mixing and Maxwell », [1996] *Conv.* 129.
- JONES (G.), « Unjust enrichment and the fiduciaries duty of loyalty », (1968) 84 *L.Q.R.* 472.
- JONES (N.), « Trusts in England after the Statute of Uses : A view from the 16th century », in *Itinera Fiduciaie, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 173 et s.
- KENNY (A.), « Are a bank trustee's fees performance related? », [1993] *Conv.* 63.
- KERRIDGE (R.), « Succession », in *English private law*, Vol. I, s. la dir. de P. BIRKS, Oxford University Press, 2000, p. 509 et s.
- LABY (A. B.), « Resolving conflicts of duty in fiduciary relationships », (2005) 54 *American University L.R.* 75.
- LANGBEIN (J. H.), « Mandatory rules in the law of trusts », (2004) 98 *Nw. U. L. Rev.* 1105.
- LANGBEIN (J. H.), « Questioning the trust law duty of loyalty : sole interest or best interest ? », (2005) 114 *Yale L.J.* 929.
- LANGBEIN (J. H.), « The contractarian basis of the law of trusts », (1995) 105 *Yale L.J.* 625.
- LANGBEIN (J. H.), « The secret Life of the trust: the trust as an instrument of commerce », in *Modern international developments in trust law*, s. la dir. de D. J. HAYTON, Kluwer Law International, 1999, p. 169 et s.
- LANGDELL (C. C.), « A brief survey of equity jurisdiction », (1887) 1 *Harv. L. Rev.* 55.
- LEE (R.), « Rethinking the content of the fiduciary obligation », [2009] *Conv.* 236.
- LEIGH (L. H.), « Trusts of imperfect obligations », (1955) 18 *M.L.R.* 120.
- LEPAULLE (P.) (traduction par P. MACEDO), « La naturaleza del trust », *Rev. gen. de der. y jurisp.* 1932, T. 3, p. 105 et s.
- LEPAULLE (P.), « De la nature du 'trust' », extrait du *Journal du droit international*, Paris, Godde, 1927.
- LEPAULLE (P.), « Les essentiels du trust », *extrait du Bulletins de la société de Législation comparée*, 1930.
- LESLIE (M. B.), « In the defense of the no inquiry rule : a response to professor John Langbein », 47 *Wm. & Mary L. Rev.* 541.
- LESLIE (M. B.), « Trusting trustees : fiduciary duties and the limits of default rules », (2005) 94 *Geo. L.J.* 67

- LIEW (Y. K.), « (Publication Review) Parker and Mellow: The Modern Law of Trusts », (2009) 23 *Tru. L.I.* 41.
- LINGSTRETH (B.) et NICHOLAS (L.), « Modern investment management and the prudent man rule », (1988) 43 *Bus. Law.* 779.
- LOI (K. C. F.), « Gross negligence and trustee exemption clauses in the Privy Council : Spread v Hutcheson », [2011] *Conv.* 521.
- M. H. B., « Standard of Care for Corporate and Professional Trustees », (1957) 74 *Banking L. J.* 185.
- MACNAIR (M.), « The conceptual basis of trusts in the later 17th and Early 18th centuries », in *Itinera Fiduciaie, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 207 et s.
- MARSH (A. H.), « Phases in the law of trusts, How distinguished from contract », (1892) 12 *Can. L. T.* 249.
- MATHEWS (P.), « From obligation to property, and back again? The future of the non-charitable purpose trust », in *Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, s. la dir. de D. HAYTON, Kluwer Law International, 2002, p. 203 et s.
- McCALL (Ch.), « Trustees - risks they never thought they ran », (1995) *P.C.B.* 419.
- McCLEAN (A. J.), « The theoretical basis of the trustee's duty of loyalty », (1969) 7 *Alta. L. Rev.* 218.
- McCORMACK (G.), « The eye of equity : identification principles and equitable tracing », (1996) *J.B.L.* 225.
- McCORMACK (G.), « The proceeds of tracing », (1998) 19 *Comp. Law* 80.
- McKNIGHT (A.), « The reform of English law concerning secured transactions: Part 1 », (2006) 21 *J.I.B.L.R.* 497.
- MECHEM (Ph.), « The requirement of delivery in gifts of chattels and of choses in action evidenced by commercial instruments », (1926-1927) 21 *Ill. L. Rev.* 341.
- MILLET (P. J.), « Equity's place in the law of commerce », [1998] 114 *L.Q.R.* 214.
- MITCHELL (Ch.), « Assistance », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 139 et s.
- MITCHELL (L. E.), « The importance of being trusted », (2001) 81 *B.U. L. Rev.* 591.
- MORRISON (H.), « UK pension trustee's liability », (1995) 3 *Int. I. L. R.* 409.
- NELSON (J. A.), « The prudent person rule a shield for the professional trustee », (1993) 45 *Baylor L. Rev.* 933.
- NICHOLAS (B.), « Le langage des biens dans la *Common law* », *Arch. phil. dr.* 1979, p. 55.

- NOLAN (R. C.), « Property in a fund », (2004) 120 *L.Q.R.* 108 .
- NOLAN (R.), « Multiple duties and multiple employments », (1997) 56 *Cam. L.J.* 39.
- OAKLEY (A. J.), « The bribed fiduciary as a constructive trustee », (1994) 53 *Cam. L.J.* 31.
- OAKLEY (A. J.), « The liberalising nature of remedies for breach of trust », in *Trends in contemporary trust law*, s. la dir. de A. J. OAKLEY, Oxford Clarendon Press, 1996, p. 217 et s.
- PALMER (J.), « The availability of allowances in equity : rewarding the bad guy », (2004) 21 *N.Z. Universities L. Rev.* 146.
- PANESAR (S.), « The Trustee Act 2000 », (2001) 12 *I.C.C.L.R.* 151.
- PANESAR (S.), « The Trustee Act 2000 », (2001) 6 *Cov. L.J.* 28.
- PAPANDREOU-DETERVILLE (M.-F.), « Droit des trustees et droit des biens », *Rev. Lamy dr. civ.* 2006, n° 25, p. 57.
- PARKINSON (P.), « Reconceptualising the express trust », (2002) 61 *Cam. L.J.* 657.
- PARRY (N. D. M.), « Control of trustee discretions », [1989] *Conv.* 244.
- PATTON (R. G.), « The nature of the beneficiary's interest in a trust », (1950) 6 *Miami L. Q.* 441.
- PAWLOWSKI (M.) et SUMMERS (J.), « Private purpose trusts - a reform proposal », [2007] *Conv.* 440.
- PAWLOWSKI (M.), « The demise of the rule in Clayton's case », [2003] *Conv.* 339.
- PAYNE (J.), « Consent », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 297 et s.
- PENNER (J. E.), « Exemptions », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 241 et s.
- PHILLIPS (J.C.), « Some instances of the trustees duty to act fairly between different classes of beneficiaries », (1977) 10 *University of Queensland L.J.* 83.
- POLLARD (D.) et HEATH (D.), « The power of employees to appoint or remove trustees of occupational pension schemes: is it fiduciary ? », (2011) 25 *Tru. L. I.* 184.
- POUND (R.), « Book reviews. The distinctions and anomalies arising out of the equitable doctrine of the legal estate. By R. M. P. Willoughby. Cambridge, England : The University Press. 1912. pp. xx, 118 », (1913) 26 *Harv. L. Rev.* 462.
- QUINT (F.), « Trustee exemption clauses : the alternatives », (2011) *P.C.B.* 84.
- REED (E.), « Trustee exemption clauses : the Law Commission pronounces », (2007) *P.C.B.* 196.
- RGL, « Breach of trust », (1995) 14 *I.B.F.L.* 24.

- RICKETT (C. E. F.), « Equitable compensation : the giant stirs », (1996) 112 *L.Q.R.* 27.
- RICKETT (C. E. F.), « Different views on the scope of the Quistclose analysis: English and antipodean insights », (1991) 107 *L.Q.R.* 608.
- RIDGE (P.), « Justifying the remedies for dishonest assistance », (2008) 124 *L.Q.R.* 445.
- ROTHERHAM (C.), « Trust property and unjust enrichment : tracing into the proceeds of life insurance policies », (2000) 59 *Cam. L.J.* 440.
- RUDDEN (B.), « Les biens et le trust », in *Common law d'un siècle l'autre*, s. la dir. de P. LEGRAND JR, Y. BLAIS, 1992, p. 253 et s.
- RUNDELL (O. S.), « Delivery and acceptance of deed in Wisconsin », (1921) 1 *Wis. L. Rev.* 65.
- SAMET (I.), « Guarding the fiduciary's conscience : a justification of a stringent profit-stripping rule », 28 *O.J.L.S.* 763.
- SAMUEL (G.), « La notion d'intérêt en droit anglais », in *Droit et intérêt, Vol. III : Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, s. la dir. de Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 405 et s.
- SCHANZENBACH (M. M.) et SITKOFF (R. H.), « The prudent investor rule and trust asset allocation : an empirical analysis », (2010) 35 *ACTEC J.* 314.
- SCOTT (A. W.), « Liabilities incurred in the administration of trusts », (1915) 28 *Harv. L. Rev.* 725.
- SCOTT (A. W.), « The fiduciary principle », (1949) 37 *Cal. L. Rev.* 539.
- SCOTT (A. W.), « The nature of the rights of the cestui que trust », (1917) 17 *Colum. L. Rev.* 269.
- SCOTT (A. W.), « The right to follow the money wrongfully mingled with other money », (1913) 27 *Harv. L. Rev.* 125.
- SCOTT (A. W.), « The trustee's duty of loyalty », (1936) 49 *Harv. L. Rev.* 521.
- SEALY (L. S.), « Fiduciary relationships », (1962) 20 *Cam. L.J.* 69
- SEALY (L. S.), « Some principles of fiduciary obligations », (1963) 21 *Cam. L.J.* 119.
- SHEPHERD (J. C.), « Towards a unified concept of fiduciary relationships », (1981) 97 *L.Q.R.* 51.
- SIMPSON (E.), « Conflicts », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 75 et s.
- SITKOFF (R. H.), « An agency costs theory of trust law », (2004) 89 *Cornell L. Rev.* 621.

- SMITH (B.), « Honorary trusts and the rule against perpetuities », (1930) 30 *Colum. L.R.* p. 60.
- SMITH (L. D.), « Tracing into life insurance proceeds », (1997) 113 *L.Q.R.* 552.
- SMITH (L. D.), « W(h)ither knowing receipt ? », (1998) 114 *L.Q.R.* 394.
- SMITH (L.), « The motive, not the deed », in *Rationalizing property, equity and trusts : essays in honour of Edward Burn*, s. la dir. de J. GETZLER, LexisNexis UK, 2003, p. 53 et s.
- SMITH (L.), « Transfers », in *Breach of trust*, s. la dir. de P. BIRKS et A. PRETTO, Hart Publishing, 2002, p. 112 et s.
- SMITH (L.), « Trust and patrimony », (2009) 28 *Estates Trusts & Pensions Journal* 332.
- SMITH (L.), « Unjust enrichment, property and the structure of trusts », (2000) 116 *L.Q.R.* 412.
- STANLEY (B. J.), « A standard for trustees stricter than the prudent man standard: the past and the future », (1984) 9 *Okla. City U. L. Rev.* 485.
- STAUCH (M.) et WATT (G.), « Is there liability for imprudent trustee investment ? », [1998] *Conv.* 352.
- STEVENS (J.), « Equitable tracing into the proceeds of a life insurance policy partially funded with misappropriated trust money », [1998] *Conv.* 406.
- STEVENS (J.), « Vindicating the proprietary nature of tracing », [2001] *Conv.* 94.
- STONE (B.), « The prudent investor rule : conflux of the prudent man rule with modern portfolio theory », (1993) 229 *PLI/Est* 9.
- STONE (H. F.), « The nature of the rights of the cestui que trust », (1917) 17 *Colum. L. Rev.* 467.
- SWADLING (W.), « Property : general principles », in *English Private Law, V. I*, s. la dir. de P. BIRKS, Oxford University Press, 2000, p. 203 et s.
- THOMAS (G.), « Purpose trusts », in *The international trust*, s. la dir. de J. GLASSON, Jordans, 2003, p. 238 et s.
- THORNTON (R.), « Ethical investments : a case of disjointed thinking », (2008) 67 *Cam. L.J.* 396.
- TREITEL (G. H.), « Ch. 27 Specific performance », in *Chitty on contracts, V. I*, Thomson Reuters, 13<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 27-001 et s.
- VANN (V.), « Causation and breach of fiduciary duty », 2006 *Sing. J. Legal Stud.* 86.
- VELASCO (G. R.), « Estudio sobre los principios del trust anglo-sajón », *El Foro*, v. 2, 1945, 2<sup>a</sup> época, p. 294 et s.
- W. M. C., « Names and equitable liens », (1993) 109 *L.Q.R.* 159.

WEINRIB (E. J.), « The fiduciary obligation », (1975) 25 *U.T.L.J.* 1.

WHITLOCK (A. N.), « Classification of the law of trusts », (1913) 1 *Cal. L. Rev.* 215.

WORTHINGTON (S.), « Fiduciaries: when is self-denial obligatory », (1999) 58 *Camb. L.J.* 500.

### C. Droit comparé

*Colloque : Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988-4, pp. 805-1193.

ALFARO (R.), « El trust en el derecho civil », *Rev. Jus* 1946, Vol. 17, p. 159 et s.

ANCEL (M.), « Comment aborder le droit comparé ? A propos d'une nouvelle "introduction au droit comparé" », in *Etudes offertes à R. RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 3 et s.

AROCHA MORTON (C. A.), « El fideicomiso en México, notas sobre América Latina », *R. I. J. de la E.L.D.* año 6, n° 6, 1982, p. 21 et s.

AROCHA MORTON (C. A.), « El fideicomiso en México, notas sobre América Latina (segunda parte) », *R.I.J. de la E.L.D.* año 7 n° 7 1983 p. 65 et s.

CANTIN-CUMYIN (M.), « The Quebec Trust: A Civilian Institution with English Law Roots », in *Trusts in Mixed Legal Systems*, s. la dir. de J. M. MILO et J. M. SMITS, Ars Aequi Libri, 2001 p. 73 et s.

ELLAND-GOLDSMITH (M.), « Fiducie et trust – éléments d'une comparaison », *Banque et droit* 1990, n° 14, p. 241.

GRETTON (G.), « The evolution of the trust in a semi-civilian system », *Itinera Fiduciaae, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 507 et s.

HEFTI (P.), « Trusts and their treatment in the civil law », (1956) 5 *Am. Jo. Comp. Law* 553.

HELMHOLZ (R.) et ZIMMERMANN (R.), « Views of trust and treuhand : an introduction », in *Itinera Fiduciaae, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 27 et s.

IZORCHE (M.-L.), « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *RID comp.* 2001, p. 289.

LANGERON (P.), « La recherche en droit comparé », *RRJ* 1996-4, p. 1101.

LARROUMET (Ch.), « La fiducie inspirée du trust », *D.* 1990, chron. p. 119.

LEGRAND (P.), « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », in *Comparer les droits, résolument*, s. la dir. de P. LEGRAND, PUF, 2009, p. 209 et s.

LEPAULLE (P.), « An outsider's view of trusts », (1928) 14 *Cornell L. Rev.* 52.

LEPAULLE (P.), « Trusts and the civil law », (1932) 15 *J. Comp. Leg. Int. L.* 18.

- LOUSSOUARN (Y.), « Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 307
- MOLINA (P.), « Evolución del pensamiento jurídico mexicano en materia de trust y fideicomiso », *Rev. Bancaria*, 1955 Vol. 3 p. 173 et s.
- MUIR WATT (H.), « La fonction subversive du droit compare », *RID comp.* 2000, p. 503.
- PATTON (R.), « Los sistemas de trust en los países americanos de derecho civil », *Jus*, 1944, Vol. 13, p. 299 et s.
- PRÜM (A.) et WITZ (C.) (s. la dir. de), *Trust et fiducie, la Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise, actes du colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003*, Montchrestien, 2005.
- WITZ (C.), « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye au trust », *D.* 2007, p. 1369.
- WITZ (C.), « Rapport introductif. Les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe », in *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens, Allemagne, Angleterre, Liechtenstein, Luxembourg, Suisse, Colloque organisé le 29 novembre 1990*, *Bull. Joly* 1991, n° 4 bis, p. 9 et s.
- ZLATESCU (D.), « Quelques aspects méthodologiques de la comparaison des droits », *RID comp.* 1983, p. 559.

#### **D. Droit romain**

- JOHNSTON (D.), « Trust and trust-like devices in roman law », in *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in historical perspective*, s. la dir. de R. HELMHOLZ et R. ZIMMERMANN, Duncker & Humblot, 1998, p. 45 et s.

#### **E. Divers**

- ACOSTA ROMERO (M.), « Naturaleza jurídica del fideicomiso », *Rev. de la Fac. de Der. de Méx.*, T. XLIII, sept-déc 1993, n°s 191-192, p. 15 et s.
- AEBY, « Problème de l'évolution du droit de propriété, sur l'évolution du droit de propriété en Suisse », in *Trav. Ass. H. Capitant, Journées de Genève, L'évolution du droit de propriété, 1946, T. II*, Dalloz, 1947, p. 123 et s.
- AKERLOF (G. A.), « The Markets for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism », (1970) 84 *Quarterly Journal of Economics* 488.
- Association luxembourgeoise des juristes de Banque, « La fiducie des établissements de crédit en droit luxembourgeois », in *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 359 et s.



- BALAT (N.), « Introducción a las “reglas de Rotterdam”: ¿el derecho de transporte marítimo internacional del futuro? », *Revista internacional de derecho y ciencias sociales* 2013 [UDEM, Mexique, à paraître].
- BARRERA GRAF (J.), « Naturaleza jurídica del fideicomiso, quiebra del fideicomisario », *R.F.D.M. (U.N.A.M.)*, n° 28, oct-dic 1957, p. 200 et s.
- BARRERA GRAFF (J.), « Los negocios fiduciarios », *Rev. de la Escuela de Estudios Contables (I.T.E.S.M.)*, 1951, Vol. 3, p. 3 et s.
- BATIZA (R.), « Evolución del concepto de fideicomiso a través de la jurisprudencia mexicana », *Rev. Bancaria* 1956, Vol. 4, n° 4, p. 706 et s.
- BATIZA (R.), « La propiedad fiduciaria y sus antecedentes en nuestro sistema legal », *Rev. Bancaria* 1972, Vol. 20, p. 26 et s.
- BATIZA (R.), « Realidades del fideicomiso en México », *Rev. Bancaria* 1955, Vol. 3, p. 262 et s.
- BATIZA (R.), « Una nueva estructura del fideicomiso en México », *Rev. Bancaria*, Vol. 1, 1953, p. 391 et s.
- CARDENAS VILLARREAL (H. M.), « El derecho de propiedad en los bienes fideicomitidos y el fideicomiso de garantía », *Rev. Mexicana de Der., Colegio de Notarios del D.F.*, 2001, México, p. 219 et s.
- CARRERAS MALDONADO (M.), « Naturaleza jurídica de los derechos de la institución fiduciaria y el llamado fideicomiso testamentario », *Rev. Der. Priv. (U.N.A.M.)*, año 1, n° 2, mayo-ago 1990, p. 13 et s.
- DE LA PEZA (J. L.), « El fideicomiso en México (naturaleza, antecedentes y desarrollo) », *R.I.J. de la E.L.D.*, 1977, año 1, n° 1, p. 135 et s.
- ESQUIVEL OBREGON (T.), « Caracter legal de lo que la ley bancaria llama fideicomiso », *Rev. gen. de der. y jurisp.*, 1930, p. 601 et s.
- FLORENCE (J.), « Remarques sur la notion d'intérêt en psychologie », in *Droit et intérêt, Vol. I : Approche interdisciplinaire*, s. la dir. de Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 89 et s.
- FORIERS (A.), « La fiducie en droit belge », in *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 293 et s.
- GOLDSCHMIDT (R.), « El fideicomiso en la reciente legislación venezolana », *Bol. del Inst. de Der. Comp. de Méx., UNAM*, Año X, mayo-ago, 1957, n° 29, p. 9 et s.

- LAJOUS (A.), « A propósito del fideicomiso », *R.F.D.M. (UNAM)*, T. III, jul-sept 1953, n° 11, p. 47 et s.
- LANDERRECHE OBREGON (J.), « Naturaleza del fideicomiso en el derecho mexicano », *Jus*, 1942, Vol. 9, p. 193 et s.
- MARTINEZ PORCAYO (J. F. O.), « Análisis lógico-jurídico sobre algunos aspectos del fideicomiso », *R.F.D.M. (U.N.A.M.)*, T. XL, ene-jun 1990, n°s 169-170-171, p. 207 et s.
- MAZZONI (A.), « Les opérations fiduciaire en droit italien », in *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 344 et s.
- MOLINA PASQUEL (R.), « El fideicomiso de garantía », *Rev. Bancaria* 1959, Vol. 7, p. 102 et s.
- MOLINA PASQUEL (R.), « La institución del fideicomiso », *El foro*, vol. 6, 4ª época, 1959, p. 75 et s.
- MOLINA PASQUEL (R.), « Naturaleza jurídica del fideicomiso », *Jus*, 1944, Vol. 13, p. 1 et s.
- MOLINA PASQUEL (R.), « Recepción, evolución, y estado actual del fideicomiso en el derecho mercantil », *Rev. Bancaria* 1961, Vol. 9, p. 193 et s.
- MOLINA PASQUEL (R.), « Reconocimiento judicial de la propiedad fiduciaria », *Rev. Bancaria* 1959, Vol. 7, p. 463 et s.
- MORINEAU (O.), « Alergia a los conceptos », *Jus Rev. Der. Ciencias Sociales*, n° 118, mayo 1948 p. 387 et s.
- PRÜM (A.) et WITZ (C.), « La nouvelle fiducie luxembourgeoise », in *Trust et fiducie la Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise, actes du colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003*, s. la dir. de A. PRÜM et C. WITZ, Montchrestien, 2005, p. 65 et s.
- REYMOND (C.) et REVACLIER (J.), « Les opérations fiduciaires en droit suisse », in *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, s. la dir. de C. WITZ, Feduci-LGDJ, 1985, préf. B. Oppetit, p. 445 et s.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ (J.), « El fideicomiso y la separación en la quiebra. Disposiciones especiales en la legislación mexicana », *Rev. Esc. Nac. Jurisp.*, n°s 7-8, T. II, p. 353 et s.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ (J.), « Esquema sobre su naturaleza, estructura y funcionamiento », *Jus Rev. Der. Ciencias Sociales*, n° 94, mayo 1946, México, p. 345 et s.

- SANCHEZ MEDAL (R.), « La verdadera naturaleza del fideicomiso mexicano », *R.I.J. de la E.L.D.*, año 4, n° 4, 1980, p. 81 et s.
- SUAYFETA (J.), « Del fideicomiso en que una misma persona o institución ocupa dos posiciones de parte », *Rev. Der. Priv. (U.N.A.M.)*, año 9, n° 26, mayo-ago 1998, p. 85 et s.
- SUAYFETA (J.), « La institución jurídica del fideicomiso en caída libre. En proceso nuevas reformas a las leyes que lo regulan », *Rev. Der. Priv. (U.N.A.M.)*, nueva época, año II, n° 6, sept-dic 2003, p. 85 et s.
- SUAYFETA (J.), « Las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Nuevo e irresponsable atentado a la institución del fideicomiso », *Rev. Der. Priv. (UNAM)*, nueva época, año 1, n° 2, may-ago 2002, México, p. 123 et s.
- WERY (P.), « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel, rapport belge », in *Des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 205 et s.
- ZEPEDA (J. A.), « Consideraciones acerca de la naturaleza de la llamada propiedad fiduciaria », *El Foro* 1971, 5ª época, n° 21, p. 87 et s.

## IV. Jurisprudence

### A. Droit français

#### 1840

CA Angers, 29 juin 1842 : *S.* 1842, 2, p. 400.

#### 1850

Civ., 20 avril 1858 : CAPITANT (H.), TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. I, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2007, n° 73.

#### 1860

Civ. 11 avril 1860 : *DP* 1860, I, p. 240.

#### 1870

Req., 11 juillet 1877 : *S.* 1877, 1, p. 443.

#### 1890

Req., 27 novembre 1893 : *S.* 1894, 1, p. 349.

#### 1900

Req., 15 avril 1902 : *S.* 1902, I, p. 316.

Req., 23 mars 1903 : *DP* 1903, 1, p. 337, note M. PLANIOL.

Rouen, 5 avril 1905 : *S.* 1906, 2, p. 225, note A. TISSIER. Rouen, 5 avril 1905 : *S.* 1906, 2, p. 225, note A. TISSIER.

Cass. Req., 22 mai 1905 : *DP* 1906, I, p. 33.

Req., 12 juillet 1905 : CAPITANT (H.), TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. I*, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2007, n° 66.

Toulouse, 16 janvier 1907 : *S.* 1908, 2, p. 133.

Req. 14 avril 1908 : *DP* 1908, I, p. 344.

### 1920

Req., 16 janvier 1923 : *DP* 1923, 1, p. 177, note G.R.

Civ., 7 juillet 1924 : *DP* 1927, 1, p. 119.

Civ., 19 avril 1928 : *Gaz. Pal.* 1928, I, p. 820.

Civ., 13 novembre 1929 : *DP* 1929, I, p. 131.

### 1930

Civ., 20 mai 1936 : *JCP* 1936, p. 1079.

### 1940

Req., 28 août 1940 : *S.* 1940, I, p. 103.

Civ., 15 juillet 1943 : *JCP*, 1943, II, 2500 obs. G. HUBRECHT.

Trib. Civ. Seine (19<sup>ème</sup> Ch.), 28 janv. 1944 : *JCP G* 1945, II, 2795, obs. J. CARBONNIER.

Crim., 6 juin 1946 : *D.* 1947, p. 234, note J. SAVATIER.

Trib. Com Lyon, 22 janvier 1947 : *D.* 1947, p. 231.

Civ., 10 avril 1948 : *D.* 1948, p. 421, note R. LENOAN, *JCP G* 1948, II, 4403, note E. BECQUE.

Paris (5<sup>ème</sup> Ch.), 14 mai 1948 : *Gaz. Pal.* 1948, 2, 65.

Amiens (1<sup>ère</sup> Ch.), 9 novembre 1948 : *Gaz. Pal.* 1948, 2, 250.

Civ., 10 mai 1949 : *JCP G* 1949, II, 4972 note E. BECQUE.

### 1950

Paris (4<sup>ème</sup> Ch.), 11 février 1950 : *JCP* 1950, II, 5368.

Aix, 20 février 1950 : *JCP G* 1950, II, 5501 note E. BECQUE.

Com., 12 juin 1950 : *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 195.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 décembre 1950 : *Bull. civ.* I, n° 254.

Com., 7 juin 1952 : *D.* 1952, p. 651.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 1952 : *Bull. civ.* I, n° 289.

Civ., 20 janvier 1953 : *JCP* 1953, II, 7677 note P. ESMEIN.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1954 : *D.* 1954, p. 611.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 1954 : *D.* 1954, jurisp. p. 588, *JCP G* 1954, II, 8225.

Com., 16 février 1954 : *D.* 1954, p. 534, obs. RODIERE.

Trib. Com. Seine, 14 janvier 1955 : *Gaz. Pal.* 1955, 1, p. 141, *D.* 1955, somm. p. 67.

Civ 1<sup>ère</sup>, 23 octobre 1957 : *D.* 1957, jurisp. p. 729, *RTD civ.* 1958, p. 74, obs. H. et L. MAZEAUD.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juin 1958 : *Bull. civ.* I, n° 295, *RTD civ.* 1958, p. 631, obs. J. CARBONNIER.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 décembre 1958 : *Bull. civ.* I, n° 579, *RTD civ.* 1959, p. 343, obs. J. CARBONNIER.

CA Rennes, 6 janvier 1959 : *D.* 1959, p. 273.

### 1960

Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 1960 : *Bull. civ.* I, n° 15.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1961 : *D.* 1961, p. 340.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1962 : *Bull. civ.* I, n° 359.

Com., 12 mars 1963 : *D.* 1963, p. 367, note J. ROBERT.

Civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1963 : *D.* 1963, p. 453.

Soc., 20 juin 1963 : *Bull. civ.* IV, n° 531.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janvier 1964 : *RTD civ.* 1965, p. 117, obs. RODIERE.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1964 : *Bull. civ.* I, n° 163.

CA Paris, 12 novembre 1964 : *D.* 1965, p. 445.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 1965 : *D.* 1966, jurisp. p. 246.

Soc., 18 mai 1967 : *Bull. civ.* IV, n° 397.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 juin 1967 : *D.* 1967, p. 673.

TGI Paris (8<sup>ème</sup> Ch.), 3 octobre 1968 : *Gaz. Pal.* 1968, 2, p. 345, note J.-P. DOUCET.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 1969 : *D.* 1969, p. 601, note J. MAZEAUD.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 28 février 1969 : *Bull. civ.* III, n° 182.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 1969 : *D.* 1970, p. 326, obs. P. COUVRAT.

### 1970

Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 avril 1970 : *Bull. civ.* II, n° 111.

Com., 6 janvier 1970 : *D.* 1970, p. 484, *RTD civ.* 1970, p. 786, obs. G. DURRY.

Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 décembre 1970 : *Bull. civ.* II, n° 346.

Com., 18 octobre 1971 : *JCP* 1972, II, 17053, obs. J. VEZIAN.

Com., 9 novembre 1971 : *JCP* 1972, II, 16962, obs. P. L.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 novembre 1972 : *Bull. civ.* III, n° 616.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 novembre 1972 : *Bull. civ.* III, n° 647.

Cass. ass. plén., 23 juin 1972 : *Bull. civ. ass. plén.*, n° 3, *D.* 1972, p. 705, *JCP* 1973, II, 17331, obs. G. GOUBEAUX et Y. JEGOUZO.

TGI Paris (3<sup>ème</sup> Ch.), 8 novembre 1973 : *D.* 1975, p. 401, note M. PUECH.

Civ 1<sup>ère</sup>, 10 décembre 1974 : *Gaz. Pal.* 1975, 1, p. 363, note A. PLANCQUEEL.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 1975 : *D.* 1975, p. 410, obs. R. R.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 juin 1975 : *Bull. civ.* III, n° 208.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juillet 1975 : *Bull. civ.* III, n° 249, *Gaz. Pal.* 1975, 2, p. 781, note A. PLANCQUEEL.

Paris (17<sup>ème</sup> Ch. B), 19 décembre 1975 : *JCP* 1975, II, 18610, obs R. R.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 janv. 1976 : *D.* 1976, inf. rap. p. 95.

Civ 3<sup>ème</sup>, 5 mai 1976 : *Bull. civ.* III, n° 189.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 avril 1976 : *Bull. civ.* III, n° 165.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mars 1977 : *Bull. civ.* I, n° 143.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mai 1978 : *D.* 1979, p. 48, obs J. FOULON-PIGANIOL.

Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 décembre 1978 : *Bull. civ.* II, n° 269.

Civ. 2<sup>ème</sup>, 11 janvier 1979 : *Bull. civ.* II, n° 18, *D.* 1979, inf. rap. p. 346.

Soc., 24 janvier 1979 : *Bull. civ.* V, n° 67, *D.* 1979, p. 619, note Y. SERRA.

Com., 29 janvier 1979 : *Bull. civ.* IV, n° 36.

Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 déc. 1979 : *Bull. civ.* II, n° 286.

## 1980

Paris (1<sup>ère</sup> Ch. A), 21 janvier 1980 : *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. p. 76.

Rennes, 13 mai 1980 : *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 11, obs. A. DAMIEN.

Trib. Com. Roubaix, 2 juillet 1980 : *D.* 1980, p. 519, obs. Y. LETARTRE.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 octobre 1980 : *Bull. civ.* I, n° 241, *Defrénois* 1981, p. 1310, obs. J.-L. AUBERT.

Trib. inst. de Paris (18<sup>ème</sup> arrdt.), 12 mars 1981 : *Gaz. Pal.* 1982, 1, somm. p. 154.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1981 : *Bull. civ.* I, n° 237, *D.* 1982, p. 165, obs. A. BRUNOIS.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 janvier 1982 : *D.* 1982, p. 457, note LARROUMET.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 octobre 1982 : *Bull. civ.* III, n° 208, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 661, note E.-S. de LA MARNIERRE.

Versailles, 8 juin 1983 : *D.* 1983, inf. rap. p. 515.

Paris (2<sup>ème</sup> Ch. A), 14 juin 1983 : *D.* 1983, inf. rap. p. 488.

Paris (1<sup>ère</sup> Ch. A), 29 juin 1983 : *D.* 1983, inf. rap. p. 349.

Paris (6<sup>ème</sup> Ch. 1), 30 novembre 1983 : *D.* 1984, inf. rap. p. 110.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 janvier 1984 : *RTD civ.* 1984, p. 711 note J. MESTRE ; *JCP G* 1984, IV, 93.

Paris (6<sup>ème</sup> Ch. 1), 20 janvier 1984 : *D.* 1984, inf. rap. p. 173.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1984 : *Bull. civ.* I, n° 43.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1985, *Bull. civ.* I, n° 313, *RTD civ.* 1986, p. 620, obs. J. PATARIN.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1986 : *Bull. civ.* I, n° 170.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 1987 : *Bull. civ.* I, n° 32.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 1987 : *JCP G* 1987, IV, p. 192.

CA Paris, 11 février 1988 : *D.* 1988, inf. rap. p. 65.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 1989 : *D.* 1989 p. 302, note Ch. LARROUMET ; *RTD civ.* 1989, p. 558, note P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1989, p. 572, note Ph. REMY.

Com., 7 mars 1989 : *RTD civ.* 1990, p. 70, obs. J. MESTRE.

CA Lyon, 16 mars 1989 : *D.* 1989, inf. rap. p. 12.

CA Paris, 2 mai 1989 : *D.* 1989, inf. rap. p. 167.

Com., 23 mai 1989 : *Bull. civ.* IV, n° 164.

Cons. Cont., 4 juillet 1989 : *RTD civ.* 1990, p. 519, obs. F. ZENATI-CASTAING.

Com., 5 décembre 1989 : *Bull. civ.* IV, n° 307.

## 1990

Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 janvier 1990 : *Bull. civ.* I, n° 6, *RTD civ.* 1990, p. 517, obs. Ph. REMY.

CA Paris, 24 avril 1990 : *Gaz. Pal.* 1990, 2, p. 633, note G. PAIRE.

Com., 25 juin 1991 : *Bull. civ.* IV, n° 236.

CA Paris (1<sup>ère</sup> Ch. A), 3 décembre 1991 : *D.* 1992, inf. rap. p. 74.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1992 : *RTD civ.* 1992, p. 772, obs. P. JOURDAIN.

CA Versailles, 12<sup>ème</sup> Ch., 14 octobre 1993 : *RJDA* 1994, n° 317.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993 : *Bull. civ.* III, n° 174, *D.* 1994, p. 507, note F.BENAC-SCHMIDT.

Com., 18 janvier 1994 : *Contrats, conc., consomm.* 1994, n° 112, obs. L. LEVENEUR.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 février 1994 : *Bull. civ.* I, n° 76, *RTD civ.* 1994, p. 616 obs. P. JOURDAIN.

Com., 16 mars 1993 : *Bull. civ.* IV, n° 109.

CA Versailles, 12<sup>ème</sup> Ch., 14 octobre 1993 : *RJDA* 1994, n° 317.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 décembre 1993 : *Bull. civ.* III, n° 174, *D.* 1994, p. 507, note F.BENAC-SCHMIDT.

Com., 18 janvier 1994 : *Contrats, conc., consomm.* 1994, n° 112, obs. L. LEVENEUR.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 février 1994 : *Bull. civ.* I, n° 76, *RTD civ.* 1994, p. 616 obs. P. JOURDAIN.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1995 : *Bull. civ. I*, n° 474, *Contrats, conc. consom.* 1996 n° 57, obs. L. LEVENEUR.

Com., 21 mars 1995 : *RJDA* 1995, n° 926.

Com., 13 juin 1995 : *Bull. civ. IV*, n° 173.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mars 1996 : *Bull. civ. I*, n° 154.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 avril 1996 : *Bull. civ. III*, n° 91.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 1996 : *Bull. civ. I*, n° 358.

Com., 22 octobre 1996 : *Bull. civ. IV*, n° 261.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 avril 1997 : *Bull. civ. III*, n° 96, *JCP G* 1997, II, 22963 note B. THULLIER, *RTD civ.* 1997, p. 685, obs. P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 1997, p. 673 obs. P. JOURDAIN.

Com., 6 mai 1997 : *Bull. civ. IV*, n° 117.

Com., 27 mai 1997 : *JCP G* 1997, II, 22930, obs. M. STORCK.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 novembre 1997 : *RTD civ.* 1998, p. 124, obs. P. JOURDAIN, *RTD civ.* 1998, p. 696, obs. P.-Y. GAUTIER.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 novembre 1997 : *Bull. civ. I*, n° 317.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 1998 : *Bull. civ. I*, n° 169, *D.* 1998, p. 147, *Deffrénois* 1999, p. 366, obs. Ph. DELEBECQUE, *RTD civ.* 1998, p. 927, obs. P.-Y. GAUTIER, *RDI* 1998, p. 668, obs. D. TOMASIN.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 septembre 1998 : *Bull. civ. III*, n° 185.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janvier 1999 : *Bull. civ. I*, n° 15, *D.* 1999, p. 303, obs. S. PIEDELIEVRE.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 janvier 1999 : *D.* 1999, inf. rap. p. 64, *D.* 1999, p. 263 note Ph. DELEBECQUE.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 février 1999 : *Bull. civ. III*, n° 37, *JCP G* 1999, II, 10191, obs. Y. DAGORNE-LABBE, *RD imm.* 1999, p. 316, note F. COLLART-DUTILLEUL, *RD imm.* 1999, p. 276, note J.-C. GROSLIERE.

CA Douai, 25 février 1999 : *D.* 1999, p. 494, obs. E. MOUVEAU.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1999 : *D.* 1999, jurispr. p. 319, obs. E. AGOSTINI, *Deffrénois* 1999, p. 897, obs. Ch. CARON, *RTD civ.* 1999, p. 859, obs. F. ZENATI-CASTAING.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 1999, inédit, n° 96-17909.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 mars 1999 : *Deffrénois* 1999, p. 751 obs. Ph. DELEBECQUE.

CA Paris, 17 septembre 1999 : *RJDA* 2000, n° 5.

CA Paris, 5 octobre 1999 : *RJDA* 2000, n° 77.

## 2000

CA Paris, 25 février 2000 : *D.* 2000, inf. rap. p. 95.



- CA Versailles, 29 juin 2000 : *D.* 2001, p. 1234, obs. Y. PICOD.
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2000 : *JCP G.* 2001, I, 338, p. 1427, obs. VINEY, *D.* 2001, p. 952, obs. M. BILLIAU et J. MOURY.
- CA Paris (4<sup>ème</sup> Ch. A), 25 octobre 2000 : *D.* 2001, p. 1311, obs. Y. SERRA.
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 décembre 2000 : *JCP E* 2001, 2008, obs. Ch. YOUEGO.
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2000 : *Bull. civ.* I, n° 333.
- Civ. 3<sup>ème</sup>, 9 mai 2001 : *Deffrénois* 2001, p. 1123, obs. ATIAS.
- CA Paris, 11 janvier 2002 : *Bull. Joly Bourse* 2002, p. 206, obs. L. RUET.
- Civ. 3<sup>ème</sup>, 30 janvier 2002 : *RTD civ.* 2002, p. 321, obs. P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 2002, p. 816, obs. P. JOURDAIN, *D.* 2002, p. 888, obs. Y. ROUQUET, *D.* 2002, jur. p. 2288, note J.-L. ELHOUEISS, *D.* 2003, p. 458, obs. D. MAZEUD.
- Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juin 2002 : *Bull. Civ.* III, n° 129.
- CA Lyon, 20 juin 2002 : *JCP E* 2003, pan. n° 213.
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 2002 : *Bull. civ.* I, n° 192, *D.* 2002, p. 2515, *RTD civ.* 2003, 107, obs. P.-Y. GAUTIER.
- Com., 13 mai 2003 : *Bull. civ.* IV, n° 82.
- Civ. 3<sup>ème</sup>, 9 juillet 2003 : *Bull. civ.* III, n° 156.
- Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 décembre 2003 : *Bull. civ.* III, n° 221.
- Civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005 : *Bull. civ.* III, n° 103.
- Ch. mixte, 26 mai 2006 : *Deffrénois* 2006, p. 1206, obs. E. SAVAUX, *D.* 2006, p. 1861, obs. P.-Y. GAUTIER, *Contrats, conc., consomm.* 2006, n° 153, obs. L. LEVENEUR, *JCP E* 2006, 2378 note Ph. DELEBECQUE.
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janvier 2007 : *Bull. civ.* I, n° 19 ; *JCP* 2007, IV, 1360.
- Civ. 3<sup>ème</sup>, 31 janvier 2007 : *D.* 2007, p. 1698, note D. MAINGUY, *Dr. et patrimoine* mars 2008, p. 91, obs. B. MALLET-BRICOUT.
- Civ. 3<sup>ème</sup>, 14 février 2007 : *D.* 2007, p. 2444, note PH. THERON, *Dr. et patrimoine* mars 2008, p. 91, obs. B. MALLET-BRICOUT ; *JCP E* 2007, 1615, note H. LECUYER, *JCP G* 2007, II, 10143, note D. BERT.
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 octobre 2007 : *Bull. civ.* I, n° 337, *RTD. civ.* 2008, p. 126, obs Th. REVET.
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 novembre 2008 : *JCP* 2009, IV, 1003.
- Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 2009 : *D.* 2009, p. 1019, obs. G. FOREST, *RTD. civ.* 2009, p. 524, obs. B. FAGES.

## 2010

Versailles (14<sup>ème</sup> Ch.), 27 juillet 2010 : *RTD com.* 2011, p. 730, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET (cette article n'apparaît que dans la version électronique), *RTD civ.* 2010, p. 781, obs. B. FAGES, *Rev. sociétés* 2011, p. 90, obs. A. COURET.

Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 novembre 2011 : *Contrats, conc., consomm.* 2012, n° 60.

Com., 24 mai 2011 : *RTD com.* 2011, p. 587, obs. P. Le CANNU, *D.* 2011, p. 2315, obs. X. DELPECH et note. G. HELLERINGER, *Rev. sociétés.* 2011, p. 482, note A. GAUDEMET.

## **B. Droit anglo-américain**

### **1720**

*Armory v Delamirie* (1722) 1 Strange 505, 93 E.R. 664.

*Keech v Sanford* (1726) Ca.t.King 61, 25 E.R. 223.

### **1730**

*Mansell v Mansell* (1732) 2 P. Wms. 678, 25 E.R. 763.

### **1800**

*Buchanan v Hamilton* (1801) 5 Ves.Jr. 722.

*Caffrey v Darby* (1801) 6 Ves.Jr. 488, 31 E.R. 1159.

*Ex parte Lacey* (1802) 6 Ves.Jr. 625, 31 E.R. 1228.

*Ex parte James* (1803) 8 Ves.Jr. 337, 32 E.R. 385.

*Coles v Trecothick* (1804) 9 Ves.Jr. 234, 32 E.R. 592.

*Brice v Stokes* (1805) 11 Ves.Jr. 319.

*Ex parte Bennett* (1805) 10 Ves.Jr. 381, 32 E.R. 893.

### **1810**

*Clayton's Case* (1816) 1 Mer. 572.

*Bateman v Davis* (1818) 3 Madd. 98, 56 E.R. 446.

### **1820**

*Byrchall v Bradford* (1821) 6 Madd. 13.

*Byrchall v Bradford* (1822) 6 Madd. 235.

*Dimes v Scott* (1828) 4 Russ. 195, 38 E.R. 778.

### **1830**

*Harvard College v Armory*, 9 Pick. 446, 26 Mass. 446, 1830 WL 2554, Mass., 1830.

*Milligan v Mitchell* (1833) 1 My.&K. 446.

*Howard v Rhodes* (1837) 1 Keen 581.

### **1840**

*Pride v Fooks* (1840) 2 Beav. 430.

*Fenwick v William Laycock* (1841) 2 QB 108.

*Saunders v Vautier* (1841) Cr.& Ph. 240, 41 E.R. 482.

*Watts v Girdlestone* (1843) 6 Beav. 188, 49 E.R. 797.

*Shepherd v Moulds* (1845) 4 Hare 500.

*Warburton v Sandys* (1845) 14 Sim. 622, 60 E.R. 499.

*Bennet v Burgis* (1846) 5 Hare 295, 67 E.R. 925.

### 1850

*Knott v Cottee* (1852) 16 Beav. 77.

*Griffiths v Porter* (1856) 25 Beav. 236.

*Fry v Fry* (1859) 27 Beav. 144, 54 E.R. 56.

### 1860

*Forster v Davies* (1861) 4 De G.F.&J. 133.

*Milroy v Lord* (1862) 4 De G.F.&J. 264.

*Cresswell v Dewell* (1863) 4 Giff. 460.

*Re Exhall Coal Co* (1866) 35 Beav 449, 55 E.R. 970.

*Re Tempest* (1866) 1 Ch.App. 485.

### 1870

*Munns v Isle of Wight Railway Co.* (1870) 5 Ch.App. 414.

*Pilcher v Rawlins* (1872) 7 Ch.App. 259.

*Dance v Goldingham* (1872-1873) 8 Ch.App. 902.

*Sharpe v San Paulo Railways Co.* (1873) 8 Ch. 597.

*Barnes v Addy* (1874) LR 9 Ch.App. 244.

*Hilliard v Fulford* (1876) 4 Ch.D. 389.

*Re Strachan* (1876-77) 4 Ch.D. 123.

*Aberdeen Town Council v Aberdeen University* (1877) 2 App. Cas. 544.

*Doherty v Allman* (1878) 3 App. Cas. 709.

*Re Chennell* (1878) 8 Ch.D. 492.

*Re Collie Ex p. Adamson* (1878) 8 Ch.D. 807.

*Re Hallett's Estate* (1879) 13 Ch.D. 696.

### 1880

*Cave v Cave* (1880) 15 Ch.D. 639.

*Re Hallett's Estate* (1880) 13 Ch.D. 696.

*Re Johnson* (1880) 15 Ch.D. 548.

*Re Stapleford Colliery Co.* (1880) 14 Ch.D. 432.

*Re Hopkins* (1881) 19 Ch.D. 61.

*Re Morgan* (1881) 18 Ch.D. 93.

*Lumley v Wagner* (1882) 1 De G.M.& G. 604.

*Re Pumfrey* (1882) 22 Ch.D. 255.

*Re Lemann's Trusts* (1883) 22 Ch.D. 633.

*Letterstedt v Boers* (1884) 9 App. Cas. 371.

*Speight v Gaunt* (1884) 9 App. Cas. 1.

*Stott v Milne* (1884) 25 Ch.D. 710.

*Strickland v Symons* (1884) 26 Ch.D. 245.

*Re Barber* (1886) 34 Ch.D. 77.

*Re Hotchkys* (1886) 32 Ch.D. 408.

*Re Whiteley* (1886) 33 Ch.D. 347.

*Staniar v Evans* (1886) 34 Ch.D. 470.

*Learoyd v. Whiteley* (1887) 12 App. Cas. 727.

*Hallows v Lloyd* (1888) 39 Ch.D. 686.

*Re Brogden* (1888) 38 Ch.D. 546.

*Re Blundell* (1888) 40 Ch.D. 370.

*Conway v Fenton* (1889) 40 Ch.D. 512.

### 1890

*Re Tillott* [1892] 1 Ch. 86.

*Jobson v Palmer* [1893] 1 Ch. 71.

*Bray v Ford*, [1896] AC 44.

*Re Chapman* [1896] 2 Ch. 763.

### 1900

*Wentworath v Wentworath* [1900] AC 163.

*Hardoon v Belilios* [1901] AC 118.

*Re Frith* [1902] 1 Ch. 342.

*Whitbread & Co. Ltd. v Watt* [1902] 1 Ch. 835.

*Re Biss* [1903] 2 Ch. 40.

*Re Oatway* [1903] 2 Ch. 356.

*Re Griffith* [1904] 1 Ch. 807.

*Fletcher v Collis* [1905] 2 Ch. 24.

*Re Benett* [1906] 1 Ch. 216.

*Re Wrightson* [1908] 1 Ch. 789.

*Re Routledge's Trusts* [1909] 1 Ch. 280.

### 1910

*Watling v Lewis* [1911] 1 Ch. 414.

*Re Robinson's Settlement* [1912] 1 Ch. 717.

*Nocton v Lord Ashburton* [1914] AC 932.

*Sinclair v Broughman* [1914] AC 398.

*James Roscoe (Bolton) Ltd v Winder* [1915] 1 Ch. 62.

### 1920

*Williams v Barton* [1927] 2 Ch. 9.

### 1930

*Re Thomson* [1930] 1 Ch. 203.

*Re Bulmer* [1937] Ch. 499.

*Re Smith's Estate* [1937] Ch. 636.

### 1940

*Re Henderson* [1940] Ch. 764.

*Re Parsons* [1940] Ch. 973.

*Re Macadam* [1946] Ch. 73.

*Nelson v Larholt* [1948] 1 K.B. 339.

*Re Diplock* [1948] Ch. 465.

*Re Gee (Deceased)* [1948] Ch. 284.

### 1950

*Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. V British Celanese Ltd* [1953] Ch. 149.

*Dale v Inland Revenue Commissioners* [1954] AC 11.

*Re Grimthorpe* [1958] Ch. 615.

### 1960

*Boulting v Association of Cinematograph, Television and Allied Technicians* [1963] 2 QB 606.

*Re Pauling's Settlement Trusts* [1964] Ch. 303.

*Brown v Inland Revenue Commissioners* [1965] AC 244.

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

*Boardman v Phipps* [1967] 2. AC 67.

*Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1967] 2 AC 134.

*Re Tilley's Will Trust* [1967] Ch. 1179.

*Waller v Waller* [1967] 1 WLR 451.

*Holder v Holder* [1968] Ch. 353.

*Re Lucking's Will Trusts* [1968] 1 WLR 866.

*Carl Zeiss Stiftung v Herbert Smith & Co. and Another (No. 2)* [1969] 2 Ch. 276.

**1970**

- Barclays Bank Ltd v Quistclose Investments Ltd* [1970] AC 567.  
*Binions v Evans* [1972] Ch. 359.  
*Karak Rubber Co. Ltd v Burden (No. 2)* [1972] 1 WLR 602.  
*Tito v. Waddel (No 2)* [1977] Ch. 106.  
*English v Dedham Vale Properties Ltd* [1978] 1 WLR 93.  
*Belmont Finance Corporation td v Williams Furniture Ltd* [1979] Ch. 250.

**1980**

- Bartlett v Barclays Bank Trust Co Ltd (Nos 1 and 2)* [1980] Ch. 515.  
*Re Sharpe* [1980] 1 WLR 219.  
*Borden (UK) Ltd v Scottish Timber Products* [1981] Ch. 24.  
*Swain v Law Society* 1981 WL 186681.  
*Swiss Bank Corp. v Lloyds Bank Ltd* [1982] AC 584.  
*Cowan v Scargill* [1985] Ch. 270.  
*Re Thompson's settlement* [1986] Ch. 99.  
*Hayim v Citibank N.A.* [1987] AC 730.  
*Re Montagu's Settlement Trusts* [1987] 1 Ch. 264.  
*Holding and Management Ltd v Property Holding and Investment Trust plc* (1989) 21 H.L.R. 596.

**1990**

- Agip (Africa) Ltd v Jackson* [1990] Ch. 265.  
*Lipkin Gorman v Karpnale Ltd* [1991] 2 AC 548.  
*Commonwealth Bank of Australia v Smith* (1991) 42 FCR 390.  
*Sargeant v National Westminster Bank plc* (1991) 61 P.& C.R. 518.  
*Barlow Clowes International Ltd v Vaughan* 1992 WL 893788.  
*Lonhro Plc v Fayed (No 2)* [1992] 1 WLR 1.  
*Baden and others v Société Général pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France SA* [1993] 1 WLR 509.  
*Jaffray v Marshall* [1993] 1 WLR 1285.  
*Nestle v National Westminster Bank* [1993] 1 WLR 1260.  
*Attorney General of Hong Kong v Reid* [1994] 1 AC 324.  
*El Ajou v Dollar Land Holdings plc & Anor* [1994] B.C.C. 143.  
*Target Holdings Ltd v Redferns* [1994] 1 WLR 1089.  
*Tibbert v McColl* 1994 SLT 1227.  
*Bishopsgate Investment Management Ltd (in liquidation) v Homan* [1995] Ch. 211.

*Royal Brunei Airlines v Tan* [1995] 2 AC 378.

*Boscawen v Bajwa* [1996] 1 WLR 328

*Target Holdings Ltd v Redferns* [1996] 1 AC 421.

*Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* [1996] AC 669.

*Brinks Ltd v Abu-Saleh* [1996] CLC 133.

*Jones & Sons (Trustee) v Jones* [1997] Ch. 159,

*Armitage v Nurse* [1998] Ch. 241.

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

*Bolkiah v KPMG* [1999] 2 AC 222.

## **2000**

*Bank of Credit and Commerce International (Overseas) Ltd v Akindele* [2001] Ch. 437.

*Costello v Chief Constable of Derbyshire Constabulary* [2001] 1 WLR 1437.

*Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102

*Grupo Torras Sa v Al-Sabah (No 5)* [2001] CLC 221.

*Walker v Stones*, [2001] QB 902.

*Russel-Cooke Trust Co. v. Prentis (No. 1)* 2002 WL 31442476.

*Twinsectra Ltd v Yardley*, [2002] 2 AC 164.

## **C. Divers (jurisprudence mexicaine)**

### **1930**

Amparo administrativo en revisión No. 210 de 1937, Sec. 2<sup>a</sup>. Cía. Limitada de Ferrocarril Mexicano, *Sem. Jud. de la Fed.*, T. LII, Vol. 3, p. 2317 et s.

### **1940**

Amparo civil No. 2852 de 1948, Sec. 2<sup>a</sup>. Financiera de Industria y Comercio, S.A. de C.V., *Sem. Jud. de la Fed.*, T. XCIX, Vol. 2, p. 1649 et s.

Amparo civil en revisión No. 4298 de 1949, Sec. 2<sup>a</sup>. Mexicana de Fideicomisos, S.A., *Sem. Jud. de la Fed.*, T. CIII, Vol. 2 p. 1768 et s.

Amparo civil en revisión No. 4572 de 1948, Sec. 2<sup>a</sup>. Financiera de Construcciones, S.A., *Sem. Jud. de la Fed.*, T. CV, Vol. 3, p. 2047 et s.

### **1950**

Amparo en revisión en materia de trabajo No. 3308 de 1950, Sec. 2<sup>a</sup>. Sosa García Efraín. *Sem. Jud. de la Fed.*, T. CVIII, Vol. 2, p. 1328 et s.

Amparo civil directo No. 2064 de 1952, Sec. 2<sup>a</sup>. Acosta Sierra Francisco., *Sem. Jud. de la Fed.*, T. CXVIII, Vol. 2, p. 1082 et s.





## Index alphabétique

(Les chiffres indiqués renvoient aux numéros des paragraphes)

### - A -

**Abus de droit** : 462

**Acte** :

- obligation du fiduciaire-*trustee* d'assurer l'efficacité pratique : 359 et s.
- obligation du fiduciaire-*trustee* d'assurer l'efficacité technique : 355 et s.

**Action** :

- oblique : 935
- paulienne
  - v. Fraude paulienne

**Appréciation *in abstracto*** :

- v. Devoir de diligence-*duty of loyalty*

**Asymétrie d'information** : 195 et s.

### - B -

**Bail à construction** : 406

**Bail à réhabilitation** : 406

**Bénéficiaire** :

- intérêts (du) : 22 et s.
- nature du droit : 7, 419 et s.
- v. Stipulation pour autrui

**Bonne foi** : 178 et s.

**Bon père de famille** : 237 et s.

**Bon professionnel** :

- v. Bon père de famille

**Breach of trust** : 759 et s., 782 et s.

- responsabilité du *trustee* :
  - dommage : 794 et s.

- fait générateur : 785 et s.
- lien de causalité : 817 et s.
- réparation du dommage : 827 et s.

### - C -

**Cession de créances au fiduciaire (opposabilité)** : 331 et s.

***Cestui que trust*** :

- intérêts (du) : 22
- nature du droit : 7, 583 et s.

**Clause d'inaliénabilité** :

- v. Inaliénabilité conventionnelle

**Clause d'indisponibilité** :

- v. Indisponibilité conventionnelle

**Clauses de non responsabilité** : 909 et s.

**Clauses limitatives de responsabilité** : 909, 911, 913

**Clauses modifiant les obligations du fiduciaire-*trustee*** : 903 et s.

- devoir de loyauté-*duty of loyalty* : 162 et s.

**Clauses pénales** : 911 et s., 925

***Clean substitutions*** : 995 et s.

**Cloisonnement (obligation de séparer les biens fiduciaires des autres biens)** :

- dans la fiducie : 337 et s.
- dans le *trust* : 343

**Conflit d'intérêt** : 57 et s.

- conflit de loyautés : 127
- conflit d'obligations : 125 et s., 206 et s.

- dangers (du) : 194 et s.
- notion : 58 et s.
- notion (mot intérêt) : 62 et s.
- typologie (actes interdits) : 83 et s.
- v. Contrat avec soi-même
- v. Devoir de loyauté-*duty of loyalty*
- v. *Duty of loyalty*

**Confusion** : 95 et s.

**Constituant :**

- créanciers (du) : 644
- dettes fiduciaires : 646 et s.
- nature du droit : 419 et s.

**Constructive trust** : 946 et s., 1030 et s.

**Contrat :**

- notion : 91
- avec soi-même : 68 et s., 91 et s.
  - *alter ego* (personne interposée) : 107

**Créance, créancier fiduciaire** : 610 et s., 646 et s.

**Créance, créancier du *trust fund*** : 34

- D -

**Dédoublément de propriété (droit anglais)** : 5, 525, 560 et s.

- v. *Equity follows the law*

**Délégation des pouvoirs du fiduciaire-*trustee*** : 376 et s.

**Démembrement de propriété (non)** : 420

- v. nature du droit in Bénéficiaire

**Dépôt :**

- v. de garde in Obligation

**Devoir de diligence-*duty of care*** : 45, 225 et s.

- agir avec soin : 228
- agir avec compétence : 228
- appréciation *in abstracto* : 276 et s.
- typologie des obligations : 313 et s.

**Devoir de loyauté-*duty of loyalty*** : 45, 49 et s., 1089 et s.

- nature prophylactique : 187 et s.
- régime : 55 et s.
  - critiques : 210 et s.
  - modification : 162 et s.
- v. avec soi même in Contrat
- v. *Duty of loyalty*

**Diligence :**

- v. Devoir de diligence-*duty of care*

**Domage (préjudice) :**

- v. Réparation du dommage (fiducie-*trust*)
- v. dommage in Responsabilité civile contractuelle (fiduciaire)
- v. dommage in Responsabilité du tiers (fiducie-*trust*)

**Domage-intérêts :**

- v. par équivalent in Réparation du dommage (fiducie-*trust*)

**Double représentation** : 134 et s.

**Droit anglais :**

- *chancellor* (chancelier) : 17, 566 et s., 569 et s.
- *Common law* : 16, 560 et s., 696 et s.
- *Equity* : 560, 566 et s.
- *writ* : 16, 561 et s.

**Droit comparé :**

- méthode comparatif : 29 et s.

**Droit d'habitation** : 405

**Droit de propriété :**

- v. Propriété

**Droit de suite :**

- v. *Following*

**Droit d'usage** : 405

**Droit réels accessoires** : 409

**Droit réels principaux (autres que la propriété)** : 404 et s.

**Duty of care** : 45,  
- v. Devoir de diligence-*duty of care*

**Duty of loyalty** : 45, 828  
- *fair-dealing rule* : 87, 89  
- nature prophylactique : 1055 et s.  
- *no conflict rule* : 49, 59, 87, 114, 157  
- *no profit rule* : 49, 154 et s., 1053 et s.  
- notion : 49  
- *self-sealing rule* : 69, 74, 87, 100 et s., 103 et s.

- E -

**Effet relatif des contrats** : 650, 937 et s.

**Enrichissement sans cause (droit anglais)** : 953 et s.

**Emphytéose** : 406

**Equitable lien** : 1064 et s.

**Equity** :  
- v. Droit anglais

**Equity follows the law** : 560 et s.

**Estate** : 529, 532, 535 et s., 544  
- *estate in fee simple* : 536 et s., 539 et s., 542  
- *estate tail* : 537, 539 et s.  
- *freehold estates* : 540  
- *life estate* : 538 et s.

**Exclusivité** :  
- v. exclusif in caractère in Propriété

**Exception d'inexécution (principe)** : 670

**Exécuteur testamentaire (droit anglais)** :  
- v. *Personal representative* (représentant personnel)

**Exécution forcée en nature** :  
- fiducie : 673 et s.  
- le rôle des juges : 705 et s.

- distinction avec la réparation en nature : 834 et s.  
- *trust* : 673 et s., 695 et s.  
- le juge : 708 et s.

**Express trust** :  
- notion : 8, 39

- F -

**Fair-dealing rule** :  
- v. *Duty of loyalty*

**Faute** : 786 et s.

**Féodalisme** : 529 et s.

**Fideicomissum** : 1

**Fiducia** : 1  
- disparition : 14  
- précarité du constituant : 13  
- sanctions : 10 et s.

**Fiduciaire** :  
- créanciers personnels : 610 et s., 640  
- créanciers ès qualités : 637 et s.  
- insolvabilité : 643  
- rémunération : 109 et s.  
- titulaire de droits fiduciaires : 391 et s.  
- droits personnels : 402 et s.  
- droit réels (autres que la propriété) : 404 et s.  
- v. Propriété du fiduciaire  
- v. Remplacement du fiduciaire-*trustee*  
- v. Responsabilité civile contractuelle (fiduciaire)  
- v. *Trustee*

**Fiduciant** :  
- v. Constituant

**Fiduciary** : 47

**Fiduciary duties** : 46 et s.

**Fiduciary law** : 47

**Fiduciary relationships** : 47

**Fiducie :**

- définition : 8
- durée : 432 et s.
- extinction : 446
- introduction dans le droit français : 2 et s.
- modification : 914 et s.
- nature (contractuelle) : 6, 170, 174, 787
  - contrat translatif de propriété : 397
  - contrat de service : 422
  - contrat synallagmatique : 669
- obligations essentielles : 895 et s., 919
- v. Stipulation pour autrui
- v. *Trustee*

**Fiducie-sûreté :** 26 et s.

**Following :** 984 et s.

**Force obligatoire du contrat :** 680 et s.

**Fraude :** 1147

**Fraude paulienne :** 1133

**Fund**

- v. *Trust fund*

- I -

**Imprescriptibilité :**

- v. perpétuel in Propriété (droit français)

**Immutabilité du contrat (principe) :**  
686

**Inaliénabilité conventionnelle :** 470 et s., 1085 et s., 1103 et s.

**Indisponibilité conventionnelle :** 1103 et s.

**Inopposabilité :** 1079 et s.

**Interdiction d'obtenir un profit économique :** 154 et s.

**Investissement du fiduciaire-trustee :**  
360, 362 et s.  
- gestion du portefeuille : 369 et s.

- *standard investment criteria* : 366 et s.
- théorie du portefeuille : 367

- J -

**Joint tenancy :** 598 et s.

- K -

**Knowing assistance :** 940 et s., 959 et s., 965, 967

**Knowing receipt :** 940 et s., 945 et s., 959 et s., 964

- L -

**Legal estate :**

- v. Dédoulement de propriété

**Libéralité avec charges :** 519

- v. Révocation de donations

**Loyauté :**

- v. Devoir de loyauté-*duty of loyalty*

- M -

**Mandat :** 52, 72, 93, 102, 108, 426, 791

**Mixed substitutions :** 995, 997

- N -

***Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* :** 644

**No conflict rule :**

- v. *Duty of loyalty*

**No profit rule :**

- v. *Duty of loyalty*

**Nullité :** 1077 et s.

- comme mode de réparation en nature : 1111 et s., 1142 et s.
  - sanction dans la promesse unilatérale de vente et pacte de préférence : 1114 et s.

- sanction dans la fiducie : 1084 et s., 1157 et s.
- sanction dans le *trust* : 1089 et s.

- O -

**Obligation :**

- de donner (du fiduciaire) : 433, 692, 693 et s.
  - conditionnel : 436 et s., 445
  - terme : 436 et s., 443 et s.
- d'être impartial : 146 et s., 181 et s.
- de faire, ne pas faire (du fiduciaire) : 685 et s.
- définition : 97, 777
- de garde : 323 et s., 348 et s.
- d'information : 140, 168, 175
- de moyens : 232 et s.
- de résultats : 789 et s.
- v. Devoir de diligence-*duty of care*
- v. Devoir de loyauté-*duty of loyalty*

**Opération fiduciaire :**

- v. Fiducie

**Opposabilité :**

- en droit français : 937 et s., 957 et s.
- en droit anglais : 942 et s.

**Ordinary prudent man of business : 239, 262, 267, 284 et s.**

- *representation skills rule* : 295, 298 et s.
- *skills rule* : 296, 298 et s.
- *trustee* professionnel : 284 et s.
- v. Bon père de famille

- P -

**Pacte de préférence : 1125 et s.**

**Patrimoine :**

- théorie subjective (Aubry et Rau) : 624 et s.
- théorie objective (patrimoine d'affectation) : 627 et s.

**Patrimoine d'affectation :**

- v. Patrimoine (théorie objective)
- v. Patrimoine fiduciaire

**Patrimoine fiduciaire : 24 et s., 35, 578 et s., 619 et s.**

- actifs : 636
- intérêts des bénéficiaires : 24 et s.
- passifs : 637 et s.
- v. Cloisonnement

**Personal representative (représentant personnel) : 593 et s.**

- *Executor* : 594
- *Administrator* : 594

**Portfeuille (théorie du/gestion de) :**

- v. Investissement du fiduciaire-*trustee*

**Possession :**

- Bénéficiaires-*cestuis que trusts* : 344 et s.
- v. Propriété (droit anglais)

**Promesse unilatérale de vente : 1114 et s.**

**Propriété (droit français) :**

- caractères : 454 et s.
  - absolu : 456 et s.
  - exclusif : 391, 492 et s.
  - perpétuel : 478 et s.
    - approche subjective : 481 et s., 484 et s.
    - approche objective : 483, 487 et s.
- liberté : 510 et s.
- prérogatives (*usus, fructus, abusus*) : 454
- v. Propriété du fiduciaire

**Propriété (droit anglais) : 525 et s.**

- propriétés simultanées : 528 et s.
- possession : 544 et s.
- v. Dédoublement de propriété (droit anglais)
- v. Féodalisme

**Propriété du fiduciaire : 396 et s., 412 et s.**

- propriété temporaire : 432 et s.
- propriété limitée : 415 et s.
- réalité : 451 et s.

**Prudence** : 263 et s.

- R -

**Reddition de comptes** : 198 et s.

**Remèdes personnels** : 666 et s.

- v. *Breach of trust*
- v. Exécution forcée en nature
- v. Remplacement du fiduciaire-*trustee*
- v. Responsabilité civile
- v. Responsabilité civile contractuelle (fiduciaire)
- v. Responsabilité du tiers (fiducie-*trust*)

**Remèdes réels** : 978 et s.

- v. *Constructive trust*
- v. *Equitable lien*
- v. Nullité

**Remplacement du fiduciaire-*trustee*** :

- 321 et s., 486, 497 et s., 506, 671, 718 et s.
- cession de contrat (fiducie) : 746 et s.
- désignation du nouveau fiduciaire-*trustee* : 742 et s.
- révocation du fiduciaire-*trustee* : 724 et s.

**Réparation du dommage**

- (fiducie-*trust*) : 827 et s.
- en nature : 833 et s.
- par équivalent : 851 et s.
- évaluation du dommage : 859 et s.
- principe de réparation intégrale : 867 et s.
- pouvoir d'appréciation du mode de réparation des juges : 846 et s., 849

**Réserve héréditaire** : 460

**Responsabilité civile** :

- fonction normative : 774 et s., 1148 et s.
- fonction indemnitaire : 1143 et s.
- v. Réparation du dommage (fiducie-*trust*)
- v. Responsabilité civile contractuelle (fiduciaire)
- v. Responsabilité du tiers (fiducie-*trust*)

**Responsabilité civile contractuelle (fiduciaire)** : 759 et s., 779 et s.

- éléments :
  - fait générateur : 785 et s.
  - dommage : 794 et s.
  - lien de causalité : 817 et s.
- préposé : 760
- régime : 779 et s.

**Responsabilité du *trustee*** :

- v. *Breach of trust*

**Responsabilité du tiers**

- (fiducie-*trust*) : 930 et s.
- fait générateur : 937 et s.
- dommage : 964 et s.
- lien de causalité : 970 et s.

**Révocation de donations** : 504

- S -

**Sanctions** :

- v. Remèdes personnels
- v. Remèdes réels

***Self-dealing rule*** :

- v. *Duty of loyalty*

**Servitudes** : 407

***Settlor*** : 168, 170, 174, 428

***Sham (simulation)*** : 428

***Specific performance*** : 677

***Standard investment criteria*** :

- v. Investissement du fiduciaire-*trustee*

**Standard juridique** :

- v. Bon père de famille
- v. *Ordinary prudent man of business*

**Stipulation pour autrui** : 829

**Succession (droit anglais)** : 593 et s.

- v. *Personal representative* (représentant personnel)

**Sûreté :**

- v. Fiducie-sûreté

- T -

**Tenures :** 531 et s.

**Tiers :**

- notion : 385 et s.

**Tiers protecteur :** 198 et s.

**Tracing :** 990 et s.

**Trust :**

- définition : 8

- force obligatoire : 899 et s.

- modification : 901 et s.

- nature unilatérale : 6, 170, 174

- obligations essentielles : 899 et s.

- opposabilité : 588 et s.

- source de la fiducie française : 3 et s.

- v. Dédoublement de propriété (droit anglais)

- v. *Trustee*

- v. *Use*

**Trustee :**

- créanciers personnel (du) : 602 et s.

- insolvabilité du *trustee* : 608

- obligation de faire, ne pas faire, donner : 700

- rémunération : 109 et s.

- *right of indemnity*: 616 et s., 763 et s.

- *right of exoneration* : 616

- *right of reimbursement* : 616

- successeurs (du) : 589 et s.

- titulaire de droits mis en *trust* : 391 et s., 525 et s.

- violations :

- aliénation non autorisée : 1037 et s.

- profit non autorisé : 1053 et s.

- v. *Breach of trust*

- v. Remplacement du fiduciaire-*trustee*

**Trust fund :** 34 et s., 578 et s., 583 et s.

- U -

**Universalité juridique :** 34, 635 et s.

**Use :** 15 et s., 568 et s., 589 et s., 697 et s.

- définition : 15

- sanctions : 15 et s.

**Usufruit :** 408

- V -

**Vol du bien fiduciaire :** 336





## Table des matières

(Les chiffres indiqués renvoient aux numéros des pages)

Table de principales abréviations _____	15
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE _____</b>	<b>23</b>
I.- INFLUENCES DE LA FIDUCIE FRANÇAISE _____	27
II.- OBJET DE L'ÉTUDE _____	40
III.- DOMAINE DE L'ÉTUDE _____	41
IV.- MÉTHODE RETENUE _____	43
<b>PARTIE I.- LA PROTECTION PRÉVENTIVE DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE-TRUST FUND _____</b>	<b>51</b>
TITRE I.- LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE-TRUST FUND À L'ENCONTRE DU FIDUCIAIRE-TRUSTEE _____	55
CHAPITRE I.- LE DEVOIR DE LOYAUTÉ-DUTY OF LOYALTY _____	61
SECTION I.- LE RÉGIME DU DEVOIR DE LOYAUTÉ-DUTY OF LOYALTY _____	63
§ 1.- LE CONTENU DU DEVOIR DE LOYAUTÉ-DUTY OF LOYALTY _____	63
A.- L'INTERDICTION DE CONFLITS D'INTÉRÊTS _____	63
1.- La notion de conflit d'intérêts _____	64
2.- La typologie des conflits d'intérêts _____	72
a.- Les conflits entre l'intérêt personnel du fiduciaire-trustee et ses obligations _____	73
i.- Les conflits d'intérêts et le contrat avec soi-même _____	74
ii.- Les conflits d'intérêts et les relations avec des tiers _____	82
iii.- Les conflits d'intérêts et la concurrence aux affaires de la fiducie-trust _____	86
b.- Les conflits entre les obligations du fiduciaire-trustee _____	87
i.- Les conflits d'obligations et le cumul de qualités _____	88
ii.- Les conflits d'obligations dans une même fiducie-trust _____	93
B.- L'INTERDICTION D'OBTENIR UN PROFIT _____	96
§ 2.- L'ALLÈGEMENT DU DEVOIR DE LOYAUTÉ-DUTY OF LOYALTY _____	99
A.- LE PRINCIPE DE LIBERTÉ COMME MOYEN D'ALLÈGEMENT DU DEVOIR DE LOYAUTÉ-DUTY OF LOYALTY _____	101
B.- LES LIMITES À LA LIBERTÉ DE PARTIES D'ALLÉGER LE DEVOIR DE LOYAUTÉ-DUTY OF LOYALTY _____	105
SECTION II.- LA JUSTIFICATION DU DEVOIR DE LOYAUTÉ-DUTY OF LOYALTY _____	109
§ 1.- LES DANGERS SUSCITÉS PAR LES CONFLITS D'INTÉRÊTS _____	110

A.- LES DANGERS SUSCITÉS PAR LA POURSUITE PAR LE FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> DE SES INTÉRÊTS PROPRES _____	110
B.- LES DANGERS DANS LES CONFLITS ENTRE LES OBLIGATIONS DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> _____	114
§ 2.- LES CRITIQUES DU RÉGIME ACTUEL DU DEVOIR DE LOYAUTÉ- <i>DUTY OF LOYALTY</i> _____	116
CONCLUSION DU CHAPITRE I _____	121
CHAPITRE II.- LE DEVOIR DE DILIGENCE- <i>DUTY OF CARE</i> _____	123
SECTION I.- LE DEVOIR DE DILIGENCE- <i>DUTY OF CARE</i> FACE AU MODÈLE DE RÉFÉRENCE _____	127
§1.- L'IDENTIFICATION DU MODÈLE DE RÉFÉRENCE APPLICABLE AU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> _____	129
A.- UNE PERSONNE « STANDARD » COMME MODÈLE DE RÉFÉRENCE _____	129
B.- UNE PERSONNE PRUDENTE COMME MODÈLE DE RÉFÉRENCE _____	134
§2.- L'APPRÉCIATION DU DEVOIR DE DILIGENCE- <i>DUTY OF CARE</i> _____	137
SECTION II.- LE CONTENU DU DEVOIR DE DILIGENCE- <i>DUTY OF CARE</i> _____	147
§1.- LE DEVOIR DE DILIGENCE- <i>DUTY OF CARE</i> ET LA CONSTITUTION DE LA FIDUCIE- <i>TRUST</i> _____	147
A.- LE DEVOIR DE DILIGENCE- <i>DUTY OF CARE</i> ET LA CONNAISSANCE DE LA FIDUCIE- <i>TRUST</i> _____	148
B.- LE DEVOIR DE DILIGENCE- <i>DUTY OF CARE</i> ET LES PREMIÈRES MESURES DE PROTECTION DES BIENS FIDUCIÉS _____	150
§2.- LE DEVOIR DE DILIGENCE- <i>DUTY OF CARE</i> ET L'EXÉCUTION DE LA FIDUCIE- <i>TRUST</i> _____	158
A.- LE DEVOIR DE DILIGENCE- <i>DUTY OF CARE</i> ET LA GARDE DES BIENS _____	158
B.- LE DEVOIR DE DILIGENCE- <i>DUTY OF CARE</i> ET LA RÉALISATION D'ACTES _____	160
1.- Le devoir de diligence- <i>duty of care</i> et l'efficacité technique des actes _____	160
2.- Le devoir de diligence- <i>duty of care</i> et l'efficacité pratique des actes _____	161
CONCLUSION DU CHAPITRE II _____	171
CONCLUSION DU TITRE I _____	173
TITRE II.- LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> À L'ENCONTRE DES TIERS _____	175
CHAPITRE I.- LA TITULARITÉ DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> DES DROITS FIDUCIÉS _____	179
SECTION I.- LE FIDUCIAIRE, TITULAIRE DES DROITS FIDUCIÉS _____	181
§1.- LA PROPRIÉTÉ DU FIDUCIAIRE, UNE PROPRIÉTÉ « ADJECTIVISÉE » _____	187
A.- LA PROPRIÉTÉ DU FIDUCIAIRE, UNE PROPRIÉTÉ LIMITÉE _____	188
B.- LA PROPRIÉTÉ DU FIDUCIAIRE, UNE PROPRIÉTÉ TEMPORAIRE _____	195
§ 2.- LA PROPRIÉTÉ DU FIDUCIAIRE, UNE PROPRIÉTÉ TOUT COURT ? _____	201
A.- LA PROPRIÉTÉ DU FIDUCIAIRE AU REGARD DES CARACTÈRES DE LA PROPRIÉTÉ _____	201

1.- La propriété du fiduciaire et le caractère absolu de la propriété _____	202
2.- La propriété du fiduciaire et le caractère perpétuel de la propriété _____	208
3.- La propriété du fiduciaire et le caractère exclusif de la propriété _____	212
B.- LA PROPRIÉTÉ DU FIDUCIAIRE AU REGARD DU POUVOIR DU PROPRIÉTAIRE DE MODIFIER SON DROIT _____	218
SECTION II.- LE <i>TRUSTEE</i> , TITULAIRE DES DROITS MIS EN <i>TRUST</i> _____	223
§ 1.- LA PROPRIÉTÉ ANGLAISE, UNE PROPRIÉTÉ FRAGMENTÉE _____	224
A.- LA STRUCTURE LINEAIRE DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIERE ANGLAISE _____	224
B.- LE ROLE PRIMORDIAL DE LA POSSESSION _____	229
§ 2.- L' <i>EQUITY</i> RESPECTE LA LOI ( <i>EQUITY FOLLOWS THE LAW</i> ) _____	234
CONCLUSION DU CHAPITRE I _____	239
CHAPITRE II.- L'INDÉPENDANCE DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> PAR RAPPORT AU PATRIMOINE DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> _____	241
SECTION I.- LA SÉPARATION DES BIENS MIS EN <i>TRUST</i> DE LA PROPRIÉTÉ PERSONNELLE DU <i>TRUSTEE</i> _____	242
§ 1.- LES SUCESSEURS DU <i>TRUSTEE</i> _____	244
§ 2.- LES CRÉANCIERS PERSONNELS DU <i>TRUSTEE</i> _____	248
SECTION II.- LA SÉPARATION DES BIENS MIS EN FIDUCIE DU PATRIMOINE DU FIDUCIAIRE _____	255
§ 1.- PATRIMOINE FIDUCIAIRE, PATRIMOINE AFFECTÉ _____	258
§ 2.- PATRIMOINE FIDUCIAIRE, PATRIMOINE INFECTÉ _____	268
CONCLUSION DU CHAPITRE II _____	271
CONCLUSION DU TITRE II _____	273
<b>CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE _____</b>	<b>275</b>
<b>PARTIE II.- LA PROTECTION CURATIVE DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE-<i>TRUST</i> <i>FUND</i> _____</b>	<b>277</b>
TITRE I.- LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> PAR DES REMÈDES PERSONNELS _____	281
CHAPITRE I.- LES REMÈDES VISANT L'EXÉCUTION DE LA FIDUCIE- <i>TRUST</i> _____	285
SECTION I.- L'EXÉCUTION EN NATURE DES OBLIGATIONS DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> _____	286
§ 1.- LE DOMAINE D'APPLICATION DE L'EXÉCUTION EN NATURE _____	289
§ 2.- LES JUGES FACE À L'EXÉCUTION EN NATURE _____	298
SECTION II.- LE REMPLACEMENT DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> _____	303
§ 1.- LA RÉVOCATION DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> _____	306
§ 2.- LA DÉSIGNATION DU NOUVEAU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> _____	312
CONCLUSION DU CHAPITRE I _____	317
CHAPITRE II.- LES REMÈDES VISANT LA RÉPARATION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> _____	319

SECTION I.- LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> ENVERS LE PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> _____	320
§ 1.- LA JUSTIFICATION DE LA RESPONSABILITÉ DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> _____	323
§ 2.- LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> _____	328
A.- LES ÉLÉMENTS DE LA RESPONSABILITÉ DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> _____	329
1.- Le fait générateur : violation de la fiducie- <i>trust</i> _____	330
2.- Le dommage : atteinte au patrimoine fiduciaire- <i>trust fund</i> _____	332
3.- Le lien de causalité _____	340
B.- LA RÉPARATION DU DOMMAGE CAUSÉ AU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> _____	344
1.- Les procédés de réparation du dommage _____	345
a.- La réparation en nature _____	346
b.- La réparation par équivalent _____	354
2.- Les méthodes d'évaluation du dommage _____	357
C.- LES LIMITATIONS A LA RESPONSABILITÉ DU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> _____	369
1.- La responsabilité du fiduciaire- <i>trustee</i> limitée avant que survienne le dommage _____	369
a.- Les modifications des obligations du fiduciaire- <i>trustee</i> _____	369
b.- Les modifications du régime de la responsabilité du fiduciaire- <i>trustee</i> _____	375
i.- Les clauses modificatrices du régime de la responsabilité du fiduciaire- <i>trustee</i> _____	375
ii.- Les restrictions aux modifications du régime de la responsabilité du fiduciaire- <i>trustee</i> _____	378
2.- Les limitations à la responsabilité du fiduciaire- <i>trustee</i> après la survenance du dommage _____	382
SECTION II.- LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES TIERS ENVERS LE PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> _____	384
§ 1.- LE FAIT GÉNÉRATEUR _____	386
§ 2.- LE DOMMAGE _____	398
§ 3.- LE LIEN DE CAUSALITÉ _____	400
CONCLUSION DU CHAPITRE II _____	403
CONCLUSION DU TITRE I _____	405
TITRE II.- LA PROTECTION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE- <i>TRUST FUND</i> PAR DES REMÈDES DITS « RÉELS » _____	407
CHAPITRE I.- LES VRAIS REMÈDES RÉELS _____	411
SECTION I.- LE PROCESSUS D'IDENTIFICATION DES BIENS OBJETS DES REMÈDES RÉELS _____	411
§ 1.- LE PROCESSUS DE <i>FOLLOWING</i> _____	411
§ 2.- LE PROCESSUS DE <i>TRACING</i> _____	413
SECTION II.- LA TYPOLOGIE DES REMÈDES RÉELS _____	425
A.- LES <i>CONSTRUCTIVE TRUSTS</i> ET LES TRANSFERTS AUX TIERS NON AUTORISÉS _____	429

B.- LES <i>CONSTRUCTIVE TRUSTS</i> ET LES PROFITS ÉCONOMIQUES NON AUTORISÉS _____	434
§ 2.- L' <i>EQUITABLE LIEN</i> _____	436
CONCLUSION DU CHAPITRE I _____	441
CHAPITRE II.- LES FAUX REMEDES RÉELS _____	443
SECTION I.-L'ANÉANTISSEMENT DES TRANSMISSIONS AU FIDUCIAIRE- <i>TRUSTEE</i> __	446
SECTION II.- L'ANÉANTISSEMENT DE LA TRANSMISSION AUX TIERS _____	449
§ 1.- LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET LA TECHNIQUE DE LA NULLITÉ _____	452
A.- <u>EXEMPLE</u> : LA NULLITÉ COMME SANCTION DE LA VIOLATION DES PROMESSES DE VENTE ET DES PACTES DE PRÉFÉRENCE _____	454
B.- <u>GÉNÉRALISATION DE L'EXEMPLE</u> : LA NULLITÉ COMME RÉPARATION EN NATURE _____	464
§ 2.- LA NULLITÉ DE LA TRANSMISSION NON AUTORISÉE D'UN BIEN FIDUCIÉ __	469
A.- LE FAIT GÉNÉRATEUR _____	470
1.- La faute du fiduciaire _____	471
2.- La faute du tiers acquéreur _____	473
B.- LE DOMMAGE _____	477
C.- LE LIEN DE CAUSALITÉ _____	478
CONCLUSION DU CHAPITRE II _____	481
CONCLUSION DU TITRE II _____	483
<b>CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE _____</b>	<b>487</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE _____</b>	<b>489</b>
Bibliographie _____	497
Index alphabétique _____	553
Table des matières _____	561