

Préface
de Arnaud de Bissy

LA FIDUCIE : ASPECTS JURIDIQUES ET FISCAUX

Contribution à l'étude du patrimoine fiduciaire

TOME 60

Florence ESTIENNY

Doctorat & Notariat

Collection de Thèses

dirigée par
Bernard BEIGNIER
Doyen honoraire de la Faculté
de droit de Toulouse 1 - Capitole

DEFRÉNOIS

une marque de
lextenso

Doctorat & Notariat

Collection de Thèses
dirigée par Bernard Beignier
Doyen de la Faculté de droit de Toulouse 1 – Capitole

Tome 60

LA FIDUCIE : ASPECTS JURIDIQUES ET FISCAUX

Contribution à l'étude
du patrimoine fiduciaire

Florence Estienny

Docteur en Droit

Préface de Arnaud de Bissy

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

DEFRÉNOIS

une marque de
Lextenso

Retrouvez tous nos titres
Defrénois - Gazette du Palais
Gualino - Joly - LGDJ
Montchrestien
sur notre site
@ www.lextenso-editions.fr



© 2018, Defrénois, Lextenso éditions et Florence Estienny
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
I.S.B.N. : 978-2-85623-331-3 I.S.S.N. : 1639-4992

PRÉFACE

Autant que je me souviens, Florence Estienny a toujours voulu faire une thèse sur la Fiducie. Elle était également passionnée par le Trust. Il est vrai qu'à l'époque où elle commençait ses recherches, la loi du 19 février 2007 venait d'être votée et qu'à ce moment-là la fiducie était le seul exemple de patrimoine d'affectation en droit français. Mais aujourd'hui, le droit ne reste pas longtemps immobile et les grands principes juridiques, ou supposés tels, font vite partie de l'histoire du droit. C'est le cas de l'unicité du patrimoine qui a subi une deuxième atteinte, plus décisive celle-là, par l'effet de la loi du 15 juin 2010 instituant le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), autrement dit le patrimoine professionnel.

Incontestablement, la fiducie avait pris un coup de vieux, et l'étude de Madame Estienny-Pustoc'h viendrait après beaucoup d'autres... Non point que je cherchais à la dissuader dans son entreprise, mais il convenait d'aborder le sujet de façon différente. À cet égard, Florence Estienny possédait un atout maître dans son jeu ; sa qualité de fiscaliste. Or, précisément, le régime fiscal de la fiducie, empreint de neutralité et de transparence, pouvait apporter beaucoup à l'étude du patrimoine fiduciaire, et pas seulement comme cela est souvent le cas dans le simple dessein de rédiger une étude exhaustive de son régime juridique et fiscal. Plus encore, n'écouter pas les cris du cœur de la doctorante, et fuyant ses regards inquiets, je lui suggérais, pour les mêmes raisons, d'y ajouter – oh sacrilège ! – les aspects de droit comptable.

Au final, nous avons convenu deux choses très simples ; la première qu'il serait question du patrimoine fiduciaire et non du contrat de fiducie, et la seconde qu'il ne serait pas question du régime juridique et fiscal de la fiducie mais de la notion juridique et fiscale de la fiducie.

Le caractère ambitieux du projet scientifique ne semblait pas inquiéter outre mesure notre jeune chercheuse. À tort ; la confrontation des matières interdit souvent toute construction par addition et les besoins en compétence sont tels que les doctorants ont souvent l'impression de n'être les spécialistes ni de l'un ni de l'autre des domaines qu'ils abordent. Et que dire des lecteurs, qui ne s'attardent pas sur les passages dont ils ne maîtrisent pas les sources, ce qui a pour effet de les priver d'un élément de la démonstration et, parfois, de fracturer les jurys...

Ces difficultés, Florence Estienny les a pourtant surmontées, au prix d'un dur labeur fruit d'une très grande volonté, ce que le jury a reconnu en lui décernant le 11 décembre 2013, à l'unanimité, le grade de Docteur en droit avec la mention très honorable et les félicitations.

Principalement, rendons-lui cet hommage, elle a su éviter le piège du « régime juridique et fiscal » de la fiducie, en recherchant constamment de quelle manière

des matières réputées aussi techniques que le droit fiscal ou le droit comptable peuvent apporter leur pierre à l'édifice du patrimoine fiduciaire. Ainsi, l'opposition parfois constatée entre l'approche civile et fiscale du droit de propriété ou du patrimoine a nourri sa réflexion, surtout au regard de l'unité conceptuelle de la propriété (première partie de la thèse) et de l'unité conceptuelle du patrimoine (seconde partie), qui étaient menacées par l'institution d'un patrimoine fiduciaire.

Également, Florence Estienny ne s'est pas contentée de travailler à partir des règles de droit positif ; elle a fait des propositions, d'une part sur la nécessité de préciser que le transfert des éléments mis en fiducie est bien un transfert de propriété au sens de l'article 544 du Code civil (et non pas une « propriété fiduciaire *sui generis* »), d'autre part sur l'importance de conférer une pleine et entière transparence fiscale au patrimoine fiduciaire (en s'appuyant, notamment, sur le projet de réforme du régime fiscal des sociétés de personnes « mort-né » en 2010).

Il s'agit donc d'une vraie thèse, bien construite et rédigée, avec, en outre, un bel appareil documentaire. En bref, c'est un véritable travail de recherche, et là est l'essentiel. La thèse n'est pas sans défaut, bien sûr. Certaines prises de position peuvent être contestées (et le furent d'ailleurs), mais Madame Estienny-Pustoc'h, qui n'est pourtant bretonne que par son mariage, est dotée d'une grande ténacité ! Elle a défendu ses positions avec une énergie et une conviction qui ont forcé le respect, de son directeur de thèse d'abord, et du jury ensuite. Ces qualités lui seront certainement profitables dans l'exercice de son métier d'avocat...

À l'heure où nous achevons d'écrire ces quelques lignes, bien que quatre années ont passé depuis sa soutenance, cette thèse n'a rien perdu de son actualité. Mieux, le dixième anniversaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, a été l'occasion pour Madame Estienny-Pustoc'h de mettre à jour son travail et de le publier dans une belle collection de thèses. Ce dernier est désormais facilement accessible, pour le plus grand profit de tous les juristes et fiscalistes. À cette occasion, ils apprécieront sans nul doute la jolie plume de l'auteur, propre à alléger quelque peu la lecture de certains passages techniques.

Arnaud de Bissy
Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

REMERCIEMENTS

Mes remerciements les plus sincères vont à tous ceux qui m'ont accordé leur attention et leurs encouragements jusqu'à ce jour.

À mon directeur de thèse pour son soutien et sa disponibilité sans faille. Qu'il trouve ici l'expression de ma profonde gratitude.

Aux membres du jury pour l'attention qu'ils ont bien voulu accorder à mes travaux.

À mes oncles et à mes parents, pour ne jamais avoir eu la moindre complaisance à mon égard et m'avoir inculqué le sens de l'effort sans lequel je crains que ce travail de longue haleine n'aurait pu être mené à son terme.

À mon époux qui ne comprend que trop bien les charmes de la fiducie à force de relectures et à mes enfants qui ne les comprendront que bien plus tard.

Enfin à mes amis pour leurs paroles chaleureuses et leur lecture attentive.

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

Actes prat. ing. sociétaire	Actes pratiques. Ingénierie sociétaire
Administrer	Administrer
al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
ANC	Autorité des normes comptables
ann.	Annexe
art.	Article
ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Banque</i>	Revue Banque
<i>Banque et droit</i>	Banque et droit
<i>BDCF</i>	Bulletin des conclusions fiscales
<i>BF Lefebvre</i>	Bulletin fiscal, Francis Lefebvre
<i>BOI</i>	Bulletin officiel des impôts
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
<i>Bull. Joly Bourse</i>	Bulletin Joly Bourse et produits financiers
<i>Bull. Joly Sociétés</i>	Bulletin Joly Sociétés
<i>BMIS</i>	Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. pén.	Code pénal
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CGI	Code général des impôts
ch.	Chambre
chron.	Chronique
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNC	Conseil national de la comptabilité
concl.	Conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CRC	Comité de la réglementation comptable

<i>D.</i>	Dalloz (Recueil)
<i>DH</i>	Dalloz (Hebdomadaire)
<i>D.</i>	Décret
déc.	Décision
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
DGI	Direction générale des impôts
dir.	Directive
Doc. adm. DGI	DGI, Documentation administrative de base
Doc. fisc. Lefebvre	Feuille de documentation pratique fiscal Lefebvre
Doc. fr.	La Documentation française
doctr.	Doctrine
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. fisc.</i>	Droit fiscal
<i>Dr. sociétés</i>	Droit des sociétés
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen
Dr. prat. com. int.	Droit et pratique du commerce international
<i>Échos (Les)</i>	Les Échos
éd.	Édition
Ets	Établissements
GAJ civ.	Grands arrêts Jurisprudence civile
GAJ com.	Grands arrêts Jurisprudence commerciale
GAJF	Grands arrêts Jurisprudence fiscale
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Ibidem
Instr.	Instruction
Instr. min.	Instruction ministérielle
<i>J.-Cl.</i>	JurisClasseur (Encyclopédies)
<i>JCP E</i>	JurisClasseur Édition Entreprises et affaires
<i>JCP EEI</i>	JurisClasseur Énergie Environnement et Infrastructures
<i>JCP G</i>	JurisClasseur périodique Édition générale
<i>JCP N</i>	JurisClasseur périodique Édition notariale et immobilière
<i>JO Sénat Q</i>	Journal officiel (Questions réponses) Sénat
<i>JO Sénat</i>	Journal officiel Sénat
<i>JOAN Q</i>	Journal officiel (Questions réponses) Assemblée nationale
<i>JOAN</i>	Journal officiel Assemblée nationale
Jurisp.	Jurisprudence
<i>Journ. sociétés</i>	Journal des sociétés
L.	Loi
L. fin.	Loi de finances
L. fin. rect.	Loi de finances rectificative
<i>loc. cit.</i>	Loco citato
<i>LPA</i>	Petites Affiches (Les)
<i>LPF</i>	LPF
<i>Memento Lefebvre</i>	Memento pratique Francis Lefebvre

min.	Ministère
<i>MTF</i>	Marchés et Techniques Financières
n°	Numéro
Ord.	Ordonnance
p.	Page(s)
PCG	Plan comptable général
prop.	Proposition
Plén.	Plénière
rapp.	Rapport
<i>RD aff. int.</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>RD bancaire et fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RD compt.</i>	Revue de droit comptable
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDIP</i>	Revue de droit international privé
recomm.	Recommandation
rép. min.	Réponse ministérielle
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. fid. comptable</i>	Revue fiduciaire comptable
<i>Rev. Lamy dr. aff.</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>Rev. sc. législ. fin.</i>	Revue de sciences législation financière
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>Rev. proc. coll.</i>	Revue des procédures collectives
<i>RF fin. publ.</i>	Revue française des finances publiques
<i>RFN</i>	Revue fiscal notariale
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RJF</i>	Revue de jurisprudence fiscale
<i>RJPF</i>	Revue juridique personne & famille
<i>RLDC</i>	Revue Lamy Droit civil
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
S.	Recueil Sirey
s.	suivant
SA	Société anonyme
sous	Sous
sous-sect.	Sous-section
sté	société
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
T. civ.	Tribunal civil
T. com.	Tribunal de commerce
T. conf.	Tribunal des conflits
T. correct.	Tribunal correctionnel
TGI	Tribunal grande instance
TI	Tribunal d'instance
V.	Voir
vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I **L'UNITÉ CONCEPTUELLE DE LA PROPRIÉTÉ** **MENACÉE PAR LA FIDUCIE**

Titre I : La propriété de l'article 544 du Code civil à l'épreuve de la propriété issue de la fiducie

Chapitre I. Le rejet de la dissociation de la notion de propriété sur le plan civil

Chapitre II. Des applications limitées de la propriété fiduciaire

Titre II : La déconnexion entre l'analyse juridique et l'analyse fiscale de la propriété fiduciaire

Chapitre I. La dissociation de la propriété fiduciaire sur le fondement de l'analyse économique

Chapitre II. Le traitement fiscal des *trusts* étrangers en France : la délicate traduction de la propriété « *trustale* »

PARTIE II **L'UNITÉ CONCEPTUELLE DU PATRIMOINE** **MISE À MAL PAR LA FIDUCIE**

Titre I : La confrontation du patrimoine fiduciaire au « patrimoine général »

Chapitre I. Le patrimoine fiduciaire : une atteinte absolue aux principes d'unité et d'unicité du patrimoine

Chapitre II. Le patrimoine fiduciaire : une atteinte relative au droit de gage des créanciers

Titre II : Les incidences du dédoublement du patrimoine sur le plan fiscal

Chapitre I. L'attraction du régime fiscal des sociétés de personnes

Chapitre II. Les freins à l'utilisation abusive du patrimoine fiduciaire

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

« Non moins que savoir, douter m'est agréable. »

La Divine Comédie, L'enfer, Chant XI,
DANTE

1. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la levée des entraves au commerce a entraîné un développement sans précédent des échanges à l'échelle mondiale. Cette mondialisation économique s'est accompagnée d'une globalisation juridique qui a eu pour effet de mettre en concurrence les ordres juridiques. La mobilité des personnes et des capitaux permet aux acteurs économiques de localiser leur activité dans le pays où la législation est la plus attractive : c'est le « *law shopping* »¹, citons l'exemple de la compagnie aérienne *low-cost* Ryanair, qui a fermé une de ses bases à Marseille pour ne pas avoir à appliquer le droit social français².

2. Ces dernières années, les systèmes juridiques de tradition romano-germanique³ dont fait partie le système juridique français, ont fait l'objet de vives critiques de la part de la Banque mondiale pour leur manque de compétitivité. En effet, celle-ci considère que les systèmes juridiques issus de la *Common law*⁴ sont plus compétitifs que les systèmes juridiques de tradition romano-germanique. Pour les rédacteurs de ces rapports, la *Common law*⁵, par sa souplesse, par sa simplicité, par son pragmatisme, enfin par son accessibilité et la sécurité qu'elle apporte aux plaideurs, est appelée, tôt ou tard, à s'imposer comme le modèle juridique⁶. Les critiques formulées à l'encontre des systèmes juridiques de droit

1. Le *law shopping* est le pendant du *forum shopping*. Il s'agit de choisir soit la loi soit la juridiction du pays qui est susceptible d'être la plus favorable aux intérêts d'une personne.

2. « Ryanair ferme son unique base française à Marseille », *Les Échos*, 14 octobre 2010.

3. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Dalloz, 2015, n° 60 : le droit français appartient à la famille romano-germanique laquelle regroupe « les pays dans lesquels la science du droit s'est formée sur la base du droit romain, mais où le contenu du droit est un amalgame de solutions romaines et germaniques ».

4. Rapports *Doing business* de la Banque Mondiale, *Understanding Regulation*, 2004, spéc. p. 48 : « *Legal tradition is also associated with the efficiency of contract enforcement [...] Countries in the French legal tradition have the most procedures (31), and the second-longest time and cost (300 days and 13.7 percent) [...] Common-law countries, mainly wealthier ones, have the lowest procedural complexity* » ; *Removing obstacles to Growth*, 2005.

5. Les auteurs de ces rapports ont établi une grille de lecture pour juger de la performance des différents systèmes juridiques en se basant sur une analyse économique appliquée au droit et plus particulièrement de la fameuse *law and economics* apparue à Chicago à la suite des travaux précurseurs de Ronald Coase et de Richard Posner.

6. Les pays de *Common law*, relayés par différentes institutions internationales, œuvrent afin d'harmoniser ces différents systèmes juridiques et amoindrir les effets des barrières juridiques. Ainsi

écrit n'ont pas laissé de marbre la doctrine française. De nombreux auteurs ont dénoncé, au nom de la diversité culturelle, la vision utilitariste de ces rapports qui ne visent qu'à promouvoir la *Common law*⁷.

3. Toutefois, sans calquer notre système juridique sur la *Common law*, nous assistons à un phénomène de manière presque inéluctable d'uniformisation⁸ à marche forcée des différents systèmes juridiques⁹, notamment par la technique de l'importation juridique. L'importation de solutions juridiques étrangères est une des conséquences de la mondialisation économique. Elle répond à la nécessité de maintenir la compétitivité du territoire par l'adoption d'instruments juridiques plus performants sous la pression notamment des acteurs internationaux¹⁰. Le droit français s'inscrit parfaitement dans cette tendance¹¹. Selon le professeur Philippe Malaurie¹², il peut y avoir trois types d'importation : soit l'importation se limite à l'utilisation d'un mot d'une langue étrangère, sans qu'aucun apport juridique ne couronne cet emprunt : l'auteur prend l'exemple du contrat de *travelling* qui n'est rien d'autre qu'un contrat de transport, soit l'importation peut n'être que limitée, en ce qu'elle se borne à modifier, sans transformation fondamentale, un outil juridique existant : le contrat de parking peut être ramené à une forme de bail, soit la notion peut être tout à fait nouvelle en droit national : le droit boursier et le droit financier offrent de nombreuses illustrations de produits d'importation qui ajoutent l'innovation terminologique à l'apport juridique : *stapling*, *stock-options*, *leverage by out*, *defeasance*¹³... L'introduction du *trust* sous les traits de la fiducie¹⁴ se rattache à cette dernière hypothèse¹⁵.

on assiste de manière presque inéluctable à une uniformisation à marche forcée des différents systèmes juridiques, ce qui est résumé par la formule suivante : « *One size fits all* ». Il s'agit de l'expression de la conviction selon laquelle un système unique convient à tous.

7. Pour une étude détaillée : ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question, à propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, t. 1 et 2, ouvrage collectif, Société de Législation Comparée, 2006 : la riposte orchestrée s'organise autour de quatre axes : d'abord la critique de la méthodologie employée par les auteurs des Rapports ; ensuite la reprise point par point des données et conclusions présentées dans les rapports afin d'en éprouver la pertinence ; puis la défense des atouts de la tradition civiliste française ; et, enfin, la démonstration que le droit possède une valeur propre, une réelle spécificité par rapport à l'économie, de sorte que la volonté d'asservir le juridique à l'économique devrait être rejetée.

8. D. W. M. WATERS, « Unification or harmonization ? Experience with the trust concept », dans *Mélanges A. Von Overbeck*, 1991, p. 591 et s., spéc. p. 595 et s.

9. A. MARTIN-SERF, « La modélisation des instruments juridiques », dans *La mondialisation du droit*, Litec, 2000 : « *Les législations cultivées deviennent de plus en plus difficiles à édicter ou à maintenir, car la connaissance des performances des modèles législatifs étrangers accélère les efforts conscients ou inconscients de convergence et de standardisation* ».

10. Rapport CE, *L'influence internationale du droit français*, La Documentation française, 2001, p. 39 et s.

11. P. GULPHE, « Quelques réflexions sur l'introduction d'un *trust* à la française », dans *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 159 et s.

12. P. MALAURIE, « Droit romain des obligations, droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui », *JCP G* 2000. 246.

13. Respectivement jumelage d'actions, option de souscription d'achats, rachat d'une entreprise par les revenus qu'elle procure, technique qui permet à l'émetteur d'un emprunt obligataire de l'extraire de son bilan sans le rembourser directement.

14. F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, Bibl. de dr. de l'entreprise, t. 66, 2004.

15. *Contra* : H. GIRAUD, « Réflexions au sujet du paradigme selon lequel la fiducie française est transposée de la *common law*, comparaison entre le droit écossais des *trusts* et le projet de fiducie en France », *Banque et droit*, n° 105, janv.-févr. 2006, p. 25 et s.

4. Le *trust* anglo-saxon a connu un essor considérable ces dernières décennies. De nombreux pays se sont dotés de cet instrument notamment le Liechtenstein, Israël, le Japon¹⁶, la Fédération de Russie, la République populaire de Chine... Sa version civiliste, la fiducie, connaît un sort identique. Le Luxembourg qui avait déjà adopté la fiducie par le Règlement Grand-ducal du 19 juillet 1983¹⁷ a récemment ouvert le champ d'application de sa législation par la loi du 27 juillet 2003 relative au *trust* et à la fiducie. Il en est ainsi du droit québécois¹⁸, du droit libanais¹⁹, du droit allemand²⁰, du droit italien²¹...

5. La France ne pouvait plus rester l'exception dans un contexte européen et international largement favorable aux mécanismes de *trust* et de fiducie, et ce, alors même qu'en l'absence d'un instrument comparable en France, de nombreuses entreprises françaises ont eu recours aux facilités offertes par les droits de nos voisins²². À titre d'exemple le groupe Peugeot en 1987 s'est tourné vers le mécanisme américain du *trust* pour réaliser une opération de *defeasance*, Alstom dont l'État français reprenait une partie du capital dans le cadre de sa restructuration recourrait aussi à un *trust* anglo-saxon en 2004, ou encore pour la mise en place du jeu « *Euromillions* », la société française de jeu s'est vu contrainte de s'associer avec ses homologues européennes dans le cadre d'un *trust* implanté au Royaume-Uni. Mais l'introduction de la fiducie est surtout une demande émanant des acteurs économiques²³ pour renforcer l'attractivité du territoire et éviter ainsi les délocalisations juridiques²⁴. Si les praticiens ont, de longue date, estimé utile l'introduction de la fiducie en droit français, la doctrine majoritairement craignait que l'adoption d'un tel instrument juridique n'entraînât une modification profonde de notre droit²⁵.

6. Pour mieux cerner les enjeux de l'introduction de la fiducie en droit français, nous reviendrons sur l'origine de ces mécanismes fiduciaires (I). Puis, nous nous pencherons sur certains exemples étrangers afin d'en dégager les caractéristiques essentielles (II). Nous terminerons en abordant les questions soulevées par la transposition du *trust* sous les traits de la fiducie en droit français (III).

16. M. NISHIZAMU, « L'état actuel du *trust* en droit japonais », *RD aff. int.* 1990, n° 1, p. 7 et s.

17. Ce texte a été abrogé par la loi du 27 juillet 2003.

18. C. civ. Q., art. 1260 et s.

19. Loi n° 520 du 6 juin 1993 relative au développement du marché financier et des contrats fiduciaires.

20. H. P. OVERRATH, « Le droit allemand, le *trust* et les techniques alternatives », *RD bancaire et bourse*, juillet 1996, p. 151 et s.

21. Loi n° 51 du 23 février 2006.

22. J.-L. JEGHERS, « Du *trust* à la fiducie », dans *Relations familiales internationales*, Verwilghen et R. Valkeneer, Bruylant, 1993, p. 431 et s., spéc. p. 341-342.

23. Séminaire relatif à « l'attractivité du territoire » sous la présidence du Premier ministre Jean-Pierre Raffarin tenu le 7 février 2005.

24. H. de RICHEMONT, Rapport Sénat, n° 11, fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi de M. Philippe Marini instituant la fiducie, p. 21.

25. R. SAVATIER, « La fiducie en droit moderne », dans *Travaux de la semaine internationale du droit*, Sirey, 1937, p. 68-69 : « La fiducie, non interdite par le droit français, n'y possède guère cependant la possibilité de se développer : elle y étouffe. Mais pour rompre le carcan, pour lui permettre d'y respirer à l'aise, il ne suffirait pas, tant s'en faut, d'une loi spéciale lui confirmant droit de cité. C'est tout l'ensemble de nos institutions héréditaires qu'il faudrait, sinon jeter à terre, du moins réviser profondément. C'est à la fin, tout l'individualisme et tout le formalisme de notre droit qui est en cause. Et les réformes qui seraient nécessaires pour donner à la fiducie une vie réellement aisée en droit français seraient si graves qu'on peut même se demander si elles se trouveraient compatibles avec les bases de notre droit civil et les mœurs de la France aujourd'hui ».

I. UNE APPROCHE HISTORIQUE DES MÉCANISMES FIDUCIAIRES

7. Les mécanismes fiduciaires ont deux origines différentes : alors que le *trust* a une origine médiévale (A), la fiducie est d'origine romaine (B).

A. LES ORIGINES MÉDIÉVALES DU *TRUST*

8. Contrairement aux systèmes juridiques continentaux, le droit romain a laissé peu de traces dans le droit anglais, malgré la domination romaine qui dura près de quatre siècles²⁶. Le droit des envahisseurs Angles et Saxons est assez méconnu. C'est donc seulement à compter de la conquête normande de 1066 que le droit anglais s'est développé²⁷. Ce droit se caractérise par la coexistence de deux corps de règles : l'un issu de la *Common law*, l'autre issu de l'*Equity*.

9. La *Common law* a été mise en place afin d'unifier les multiples coutumes existantes. Elle symbolise la règle unique. Elle s'est façonnée au fil des années par les décisions rendues par la Cour royale de Westminster. La création de la *Common law* et de la Cour ont permis d'uniformiser le droit sur tout le territoire. Toutefois, comme le droit romain, la *Common law* s'est figée au fil des ans conduisant à des décisions iniques. Dans ces hypothèses, il était alors possible d'en appeler au roi afin de nuancer les effets d'une décision rigoureuse. Cette évolution de la procédure a permis l'émergence d'un nouveau corps de règles issues des décisions du Chancelier : l'*Equity*. Le Chancelier, qui comme le préteur romain²⁸, s'est vu reconnaître un pouvoir normatif dès lors que la *Common law* ne permettait pas de régir une situation²⁹.

10. Œuvre créatrice des juridictions du Chancelier, le *trust* repose sur une dissociation du droit de propriété issue de la distinction fondamentale entre *Common law* et *Equity*, qui ne connaît pas d'équivalent en droit français³⁰. Le *trust*³¹ trouve son origine dans la pratique féodale des *Uses*, apparue en Angleterre peu après la conquête normande, en réaction aux règles de la *Common law* concernant la propriété de la terre, pour contourner les règles fiscales rigoureuses applicables au transfert de propriété. Ainsi les *Uses* sont nées de la fraude³². La pratique des *Uses*³³, ancêtres des *trusts* s'est répandue en marge des principes de la *Common law*.

26. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 2016, 12^e éd., n° 255 : « La domination romaine, bien qu'elle ait duré quatre siècles en Angleterre, - de l'empereur Claude, au début du V^e siècle- n'a pas laissé plus de trace en Angleterre que la période celtique en France ou la période ibère en Espagne ».

27. Guillaume le Conquérant, Duc de Normandie succède à Harold le saxon après la bataille de Hastings, il va considérablement accroître le pouvoir royal.

28. Magistrat judiciaire qui avait pouvoir de faire exécuter et d'interpréter la loi.

29. Pour une présentation détaillée du droit anglais : F. BARRIÈRE, th. préc., n° 59 et s.

30. D. W. M. WATERS, « Unification or harmonization ? Experience with the *trust* concept » dans *Mélanges en l'honneur de A. Von Overbeck*, 1991, p. 591 et s., spéc. p. 606 : « *The trust, a product of empiricism and a bifurcated hierarchy of courts in a legal system of inductive conceptualism, is incompatible with the received and deductive civil law system* ».

31. M. RADIN, *Handbook of anglo-american legal history*, West publishing & co., 1936 – cité par C. FROIDEVAUX, *L'appréhension du trust en droit fiscal français*, Thèse dactylographiée, Paris II, p. 39 : un auteur faisait remarquer non sans humour que le *trust* a été créé en Angleterre à l'époque où « les ceintures de chasteté ont fait leur apparition en France ».

32. G. DROZ et M. REVILLARD, « Donations-Trusts », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 557-30, n° 75 et s. – mis à jour le 5 mai 2015.

33. Pour une étude détaillée des *Uses* : v. M.-A. BADRE, *Le développement des uses jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*, Thèse dactylographiée, Paris, 1932 ; F. BARRIÈRE, th. préc., spéc. p. 57 et s.

11. Les *Uses* se développent notamment à l'époque des croisades, le chevalier qui partait en Terre Sainte, le *settlor*, au jour de son départ à la croisade, confiait ses terres à un ami de confiance, le *feoffee to uses*, pour qu'il les gère et détienne au profit de sa famille bénéficiaire, *cestui que trust*. Les *feoffee to uses* sont devenus ainsi les propriétaires de ces terres, inscrites en leur nom. Mais l'*use* ne permet pas de protéger les bénéficiaires du *trust* en cas d'usurpation du *feoffee to uses*. En 1446, le Chancelier est intervenu au nom de l'équité « *pour protéger le bénéficiaire, non seulement à l'encontre des indélicatesses du propriétaire apparent, mais aussi à l'encontre de toute personne susceptible d'acquérir des droits de ce dernier, à l'exception toutefois de l'acheteur de bonne foi* »³⁴. Le Chancelier sanctionna les *feoffee to uses* pour le non-respect des engagements pris³⁵ non sur le fondement de la *Common law* mais de l'*Equity*³⁶.

12. En 1535, par le *statute of uses*, le roi Henri VIII décide de mettre fin à la pratique des *Uses* qui permettait d'éviter certaines impositions. La pratique des *Uses* est reprise à travers le *trust* à la fin du XVII^e siècle qui reprend la dissociation entre la *Common law* et l'*Equity*³⁷. La réforme judiciaire, intervenue par les *Judicature Acts* de 1873 et 1875, a eu pour effet de fusionner les cours de *Common law* et *Equity* en une seule juridiction : la cour suprême, mais elle n'a pas eu d'effet substantiel sur la dualité du *trust*³⁸.

B. LA FIDUCIE, UN PHÉNIX JURIDIQUE

13. La fiducie est une de ces institutions à éclipses et renaissances successives³⁹ qui accréditeraient l'idée d'une évolution cyclique du droit⁴⁰. Connue du droit romain, la fiducie tombe rapidement en désuétude (1). Puis elle ressurgit sous les traits de la substitution fidéicommissaire sous l'Ancien droit pour être interdite par le législateur révolutionnaire (2). Mais voilà qu'à la faveur d'une évolution du droit positif, inconnue dans son principe, la technique fiduciaire réapparaît sous les traits de fiducies innommées (3).

1. La fiducia et son déclin

14. La *fiducia*⁴¹ a été pratiquée couramment en droit romain jusqu'au Bas-Empire. Elle consistait en un pacte adjoint⁴² à un transfert solennel du

34. L. N. BROWN et C. A. WESTON, « Grande-Bretagne », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. 2, n° 101 et s., mis à jour le 1^{er} mai 2008.

35. K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, 2^e éd., Oxford, n° 165, p. 196 : le Chancelier estimait que « *while the property in question doubtless belonged to the trustee at law, that is in accordance with the rules of common law, nevertheless he was obliged in equity to deal with the property in the way he had promised by the trust agreement* » – Alors que la propriété juridique appartient sans aucun doute au *trustee*, ce qui est en conformité avec les règles de la *common law*, celui-ci est néanmoins tenu en vertu de l'équité de tenir compte dans l'utilisation de cette propriété des règles posées par l'acte de *trust*.

36. F. W. MAITLAND, *Equity : A course of lectures*, Cambridge University Press, 1936, p. 36 : « *De tous les exploits de l'équité, les plus grands et les plus importants sont l'invention et le développement du trust* ».

37. Lord HARWICKE, dans *Hopkins c. Hopkins*, 51739 1 atk. 581, p. 591.

38. F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004, n° 133, p. 108.

39. J. LÉAUTÉ, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, Thèse dactylographiée, Paris, 1946.

40. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981, préface de Dominique SCHMIDT, p. 20 : faut-il voir dans cette évolution une « *progression cyclique* » ou au contraire une « *régression cyclique* » selon les termes de R. Le Balle ?

41. Le terme « fiducie » vient du latin *fiducia* issu du mot *fides* qui signifie « confiance ».

42. *Pactum fiduciae*.

droit de propriété⁴³ par lequel l'acquéreur s'engageait auprès du vendeur à retransmettre le bien au moment et dans les conditions fixées dans la convention. Il ne portait exclusivement que sur des choses⁴⁴. Ce pacte n'étant à l'origine assorti d'aucune sanction, le vendeur devait faire totalement confiance à l'acquéreur fiduciaire pour obtenir la restitution du bien. D'où le nom de *fiducia* donnée à cette institution⁴⁵. La parole donnée suffisait à en garantir le respect de l'engagement. Mais au fil du temps, l'engagement ne fut plus aussi respecté. Les jurisconsultes cherchèrent un moyen de sanctionner la violation de l'engagement. L'*actio fiduciae directa* était accordée au vendeur pour lui garantir une exécution loyale et complète du pacte fiduciaire. Le jurisconsulte Gaius⁴⁶ distingua deux *fiducia* en fonction de leur finalité : la *fiducia cum amico*, c'est-à-dire la fiducie permettant de réaliser la gestion de biens ; et la *fiducia cum creditore*, c'est-à-dire la fiducie permettant de garantir une créance. Cette distinction classique sera reprise ici⁴⁷.

15. La *fiducia cum creditore* est née avec le développement du commerce pour satisfaire aux besoins du crédit. Elle serait la première sûreté réelle connue du droit romain. La *fiducia* était alors utilisée comme une garantie. Elle supposait un rapport d'obligations entre le créancier-fiduciaire et son débiteur-constituant. Ce dernier transférait, à titre de garantie de sa dette, la propriété d'un de ses biens à son créancier, jusqu'à l'exécution de son obligation. La dette une fois payée, la propriété sur la chose était restituée par le créancier au débiteur⁴⁸ grâce au mécanisme de la *mancipatio fiduciae causae*. Cette garantie était efficace car elle reposait sur un transfert de propriété de la chose affectée à la garantie de la créance du fiduciaire. Le fiduciaire se voyait seul attribuer des droits sur la chose, qui en quittant le patrimoine de son débiteur ne faisait plus l'objet du droit de gage général des créanciers et donc à défaut de paiement à échéance, le créancier pouvait soit vendre la chose objet de la fiducie et se payer sur le prix en cas de clause dite *pactum de vendendo*, soit en devenir propriétaire définitivement lorsque le transfert fiduciaire était assorti d'une *lex commissoria*⁴⁹.

16. La *fiducia cum amico* connaissait un vaste domaine d'application. Elle suppléait aux contrats qui n'avaient pas encore été définis tels le dépôt ou le prêt à usage. La fiducie est utilisée pour gérer des biens. Les biens étaient alors

43. La *fiducia* romaine a joué un rôle tant dans le droit des biens que dans le droit des personnes.

44. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, préface de Jean-Philippe LÉVY, 8^e éd., 2003, Dalloz, p. 552-558 ; J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n^o 476, p. 739 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Domat-Montchretien, 1945, t. 2, p. 110 et s. ; P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, Les biens*, t. 2, 2^e éd., Puf, 1971, n^o 22 et 322.

45. F. GÉNY, *Étude sur la fiducie*, Thèse dactylographiée, Nancy, 1885 : À Rome, la *fides* n'était pas seulement un lien moral mais un lien religieux.

46. GAÏUS, *Institutes*, II, 60 : « *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, auct cum amico* ».

47. Pour des études plus détaillées sur l'origine de la fiducie romaine et ses applications sous l'empire de l'Ancien droit : J. COULAZOU, *De la fiducie*, Thèse dactylographiée, Montpellier, 1890, p. 19 et s. ; R. JACQUELIN, *De la fiducie*, 1891, p. 225 et s. ; F. GÉNY, *Étude sur la fiducie*, th. préc., p. 46 et s. ; I. GLARD, *De la fiducie*, Thèse dactylographiée, Paris, 1894, p. 47 et s. ; R. NOUEL, *De l'aliénation fiduciaire*, Thèse dactylographiée, Paris, 1890, p. 12 et s.

48. La garantie ainsi constituée était accessoire à la créance. Elle peut alors être qualifiée plus précisément de sûreté.

49. La *lex commissoria* est un pacte adjoint à une vente au contrat de vente, en vertu de laquelle il est convenu que la vente sera résiliée si le prix de la vente n'est pas payé au vendeur à l'échéance.

transférés au fiduciaire qui avait la charge de gérer les biens et de les retransférer ultérieurement. Les biens transférés ne devaient pas être gérés par le fiduciaire selon ses convenances mais dans le respect des instructions du constituant. C'est le concept d'affectation qui sous-entend que les biens confiés au fiduciaire devaient être utilisés en conformité avec la finalité recherchée par le constituant. La *fiducia cum amico* a permis de suppléer, dans un droit encore archaïque, l'absence de contrat de dépôt et de prêt à usage, c'est ainsi dans cette dernière utilisation que la *fiducia cum amico* était la plus fréquente⁵⁰. Elle pouvait être utilisée également pour réaliser une donation à cause de mort ou *donatio mortis causa* qui pouvait permettre d'éviter la prohibition des donations entre époux ou par les donataires qui souhaitaient confier la gestion des biens objets de la donation à une personne de confiance ; celui-ci se voyait transférer la propriété du bien à charge de transférer ultérieurement le bien au gratifié.

17. À Rome, les ventes auxquelles des actes fiduciaires pouvaient être adjoints requéraient des formes solennelles. La *mancipio* était un acte *per aes et libram*, par l'airain et la balance, qui se faisait en présence de cinq témoins et du *libripens*, le peseur. Ces actes d'une grande lourdeur n'ont pas résisté à la naissance de contrats modernes comme le prêt, le gage ou l'hypothèque reposant sur un simple transfert de la détention des biens⁵¹. La fiducie tomba alors en désuétude⁵².

18. La fiducie romaine est un mécanisme différent de la fiducie⁵³ telle que nous la connaissons actuellement, mais la technique fiduciaire demeure à travers des modalités différentes⁵⁴. Disparue à l'époque romaine, elle renaît de ses cendres tel un phénix juridique dans l'ancien droit sous les traits de la substitution fidéicommissaire.

2. La réapparition de la fiducie de l'Ancien Régime sous les traits de la substitution fidéicommissaire

19. L'ancien droit n'a pas ressuscité la *fiducia*, mais un mécanisme d'essence fiduciaire a fait son apparition : la substitution fidéicommissaire⁵⁵. Molière l'évoque sans la nommer dans *Le malade imaginaire*⁵⁶. Le fidéicommissaire est le nom donné à deux dispositions voisines, qui se distinguent chacune par un trait particulier, des

50. C. WITZ, th. préc., n° 23, p. 23.

51. J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, 3^e éd., Montchrestien, 2009, p. 268-269 : l'auteur explique que la fiducie a été abandonnée « quand des résultats analogues à ceux qu'elle permettait d'obtenir furent rendus possibles par l'apparition de contrats n'entraînant plus transfert de propriété et accessibles aux pérégrins : dépôt, gage, commodat ».

52. La désuétude de la fiducie a été déduite du fait que son existence n'a pas été mentionnée dans compilations de Justinien.

53. R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », dans *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Deffrénois, 2005, p. 317, n° 13.

54. J. DERRUPPÉ, « De la fiducie au crédit-bail », dans *Religion, société et politique, Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, PUF, 1983, p. 449-457, spéc. p. 452 : « Malgré ce déclin, le mécanisme de l'aliénation fiduciaire ne disparaît pas. Sa persistance se constate aisément à travers diverses institutions. Sans doute, il n'y a pas d'identité technique ; les modalités sont parfois assez différentes ; mais le principe de base est le même et les résultats sont semblables : concession de la propriété à titre de garantie ».

55. Pour une analyse historique plus détaillée de la fiducie : C. WITZ, th. préc., n° 41 et s., p. 41 et s.

56. Rappelons-nous la suggestion faite par Maître Bonnefoy à Argan, dans le *malade imaginaire* de Molière : « ... choisir doucement un ami intime de votre femme, auquel vous donnerez en bonne forme, par testament tout ce que vous pourrez, et cet ami ensuite lui rendra tout » (Acte I, scène 7).

substitutions fidéicommissaires, il s'agit des libéralités successives⁵⁷. Ces libéralités sont licites contrairement aux autres substitutions fidéicommissaires⁵⁸.

20. La substitution fidéicommissaire est la « *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* »⁵⁹. La doctrine en a dégagé trois caractéristiques : en premier lieu, elle nécessite l'existence de deux libéralités successives dans le temps, en second lieu, elle met à la charge du grevé une obligation de restituer des biens faisant l'objet de la disposition à l'appelé ; enfin, la restitution des biens à l'appelé doit intervenir à la mort du grevé et non à la mort du disposant. La substitution fidéicommissaire se rapproche ainsi de la fiducie dans la mesure où elle opère des transferts de propriété successifs entre le disposant et le grevé d'une part, et d'autre part, entre le grevé et l'appelé. Mais elle s'en distingue dans la mesure où le grevé est un gratifié contrairement au fiduciaire qui a un rôle d'intermédiaire dans la transmission⁶⁰. Les rédacteurs du Code civil napoléonien ont posé un principe général d'interdiction des substitutions fidéicommissaires à l'article 896 du Code civil dans la mesure où ils voyaient en elles un instrument juridique permettant le maintien du patrimoine au sein d'une même famille le rendant ainsi inaliénable et empêchant par voie de conséquence la circulation des richesses⁶¹. Il s'agissait de mettre un terme à un mécanisme qui avait permis aux familles aristocratiques de monopoliser les richesses du pays. Mais ce principe souffre d'exceptions, deux libéralités successives sont licites : les libéralités résiduelles⁶² et les libéralités graduelles⁶³. Les substitutions fidéicommissaires si celles-ci sont interdites dans leur principe n'ont pas pour autant disparu de notre droit. Survit avec elles un mécanisme fiduciaire. Cette hypothèse est certes limitée au droit des successions et libéralités, mais de nombreuses institutions d'inspiration fiduciaire que la doctrine n'a pas hésité à qualifier de « *fiducies innommées* » ont fait leur apparition depuis quelques années. Celles-ci ont permis de préparer les esprits à une consécration plus large de la fiducie en droit français.

II. LE RETOUR LABORIEUX DE LA FIDUCIE AU-DEVANT DE LA SCÈNE JURIDIQUE

21. Le retour de la fiducie au-devant de la scène juridique s'est fait de manière implicite par le recours à des fiducies innommées (A). Alors que des mécanismes fiduciaires existent depuis longtemps, l'adoption de l'institution de la fiducie *stricto sensu* a été une longue gestation (B).

57. Les libéralités successives peuvent renvoyer aux libéralités graduelles et aux libéralités résiduelles.

58. Le fideicommiss est d'un domaine plus restreint que la substitution fidéicommissaire car son domaine était limité aux successions.

59. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^e éd., 2016 : v. Substitution fidéicommissaire.

60. M. GRIMALDI, *Les successions*, Litec, 2001, 6^e éd., n^o 366, p. 369.

61. A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Puf, 1989, n^o 147, p. 174 et s. et n^o 154, p. 180 et s.

62. C. civ., art. 1057 et s.

63. C. civ., art. 1048 et s.

A. LE RECOURS À DES « FIDUCIES INNOMMÉES »

22. Ces dernières années se sont multipliés des instruments s'inspirant de la technique fiduciaire⁶⁴ que la doctrine n'hésite pas à qualifier de « *fiducies innommées* »⁶⁵. La particularité de ces instruments est d'utiliser la propriété en tant que moyen et non comme une fin. Cette instrumentalisation de la propriété peut s'observer dans différentes branches du droit. En matière de libéralités, il y a le cas des substitutions fidéicommissaires. Dans le cadre de la fiducie-gestion, la fiducie peut être rapprochée du quasi-usufruit conventionnel⁶⁶ ou encore des fonds communs de créances pour réaliser des opérations de titrisation de créances⁶⁷. Dans le cadre des fiducies-sûretés, le droit bancaire et financier a vu se multiplier les mécanismes fiduciaires depuis les années 1980 : la cession Dailly⁶⁸, le prêt de titre⁶⁹, la vente à réméré⁷⁰ ou encore la pension de titres⁷¹. C'est également le cas du droit des sûretés avec l'introduction en droit français du crédit-bail⁷² ou des clauses de réserve de propriété⁷³. Si la fiducie n'est pas reconnue en droit français, la doctrine⁷⁴ a montré que son principe n'est pas inconnu. Le recours à ces « *fiducies innommées* » a démontré qu'un recours plus large aux principes dont elle s'inspire est tout à fait envisageable pour ne pas dire logique⁷⁵.

B. LA LONGUE GESTATION LÉGISLATIVE

23. Arlésienne du droit français, la réception de la fiducie a été maintes fois tentée mais souvent abandonnée. Réclamée par les praticiens de longue date, elle n'en est pas moins redoutée tant par une partie de la doctrine voyant en elle une menace pour la propriété absolutiste de l'article 544 du Code civil et pour la théorie de l'unicité du patrimoine⁷⁶, que par l'Administration fiscale qui voit en elle un

64. C. WITZ, th. préc. ; A. GOBIN, « La fiducie sans la fiducie », *JCP N* 1994, n° 44-45, p. 315-322 ; H. de VAUPLANE, « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », *JCP E* 2007. 2051 ; P. CÉNAC et B. CASTÉRAN, « La fiducie avant la fiducie. Le cas du droit patrimonial de la famille », *JCP N* 2009. 1218.

65. F. BARRIÈRE, th. préc., n° 271 et s., p. 221 et s.

66. R. LIBCHABER, *op. cit.*, spéc. n° 20 et s. ; du même auteur et déjà avant l'entrée en vigueur de la loi de 2007, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », dans *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 303.

67. Cette technique est la traduction en droit français de la *securization*. La titrisation consiste à transformer, en titres négociables, des créances détenues par un établissement de crédit. Il s'agit de la cession de créances à un fonds commun, créé *ad hoc* pour les acquérir moyennant l'émission de parts représentatives, lesquelles sont ensuite offertes sur le marché financier comme valeurs mobilières. Pour réaliser ce type d'opération, les Anglo-Saxons privilégient l'utilisation du *trust*. La technique française est basée sur la « *copropriété* », mais celle-ci cacherait en réalité une fiducie innommée car le fonds commun aboutit à transférer la propriété des biens de manière temporaire à une entité juridique distincte pour le compte d'un tiers.

68. C. mon. et fin., art. L. 313-23 et s.

69. C. mon. et fin., art. L. 432-6 et s.

70. C. civ., art. 1659 et s.

71. C. mon. et fin., art. L. 432-12 et s.

72. Loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail : J. DERRUPPÉ, « De la fiducie au crédit-bail », dans *Religion, société et politique, Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, PUF, 1983, p. 449-457.

73. Loi n° 80-335 du 12 mai 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente.

74. C. WITZ, th. préc.

75. H. de RICHEMONT, Rapport Sénat, n° 11, p. 13 ; X. de ROUX, Rapport AN, n° 3655, p. 15.

76. A.-S. COURTIER, « La fiducie et le principe de l'unité du patrimoine », *Gaz. Pal.* 15 février 2007, n° 45, p. 3-5.

moyen de faciliter la fraude fiscale et le blanchiment. Pour autant, son absence a favorisé la délocalisation d'opérations juridiques d'acteurs économiques français qui ont trouvé dans le *trust*, une réponse à leurs besoins. Pourtant les plaidoyers en faveur de son introduction se sont multipliés à partir des années 1980 de la part des praticiens comme des universitaires.

24. En 1981, la fameuse thèse de Claude Witz intitulée *La fiducie en droit privé*⁷⁷ va relancer le débat sur l'opportunité de recevoir en droit français une institution comparable sous les traits de la fiducie. L'auteur montre l'utilité d'une telle institution en prouvant d'une part, qu'elle permet de réaliser de multiples opérations juridiques, et d'autre part, qu'elle présente une supériorité technique sur les diverses institutions existantes. Il ajoute que rien en droit français n'interdit son intégration dans le système juridique français.

25. Malgré des réticences de la part du législateur⁷⁸, le contexte juridique communautaire et international l'a poussé à faire évoluer notre droit. En premier lieu, il y eut l'adoption par la France de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance⁷⁹ du 1^{er} juillet 1985⁸⁰. La France a signé la Convention le 26 novembre 1990, mais ne l'a toujours pas ratifiée. Cette Convention a pour objet d'unifier les règles de conflit de lois entre les différents membres de la Conférence. Cette convention donne une définition du *trust* à travers l'énoncé de ses caractéristiques⁸¹ et permet de désigner la loi applicable au *trust*. La Convention consacre la loi d'autonomie en vertu de laquelle la loi applicable est en principe celle choisie par le constituant⁸². À défaut de choix du

77. C. WITZ, *La fiducie en droit privé*, Economica, 1981.

78. J.-C. GOLDSMITH, « Quel statut fiscal pour la fiducie ? », *Banque*, juillet-août 1991, n° 518, p. 725-731 : « *L'avant-projet du SLF fait songer à la démarche de quelqu'un qui, par une nuit sans lune, cherche son chemin dans une contrée qu'il sait semée d'embûches sans bien savoir lesquelles. Ce quelqu'un est non seulement prudent mais méfiant, se gardant à l'avance de toute agression, je veux dire de tout abus possible* » ; R. MORTIER et F. LE MENTEC, « Fiscalité de la fiducie : une neutralité à tout prix », *Dr. et patr.*, 1^{er} juin 2008, n° 171, p. 52-57 : « *Or il est une superstition tenace, dont il nous faudra nous libérer : que la fiducie menace d'ouvrir les portes du paradis fiscal, voire celle de la fraude* » ; J.-M. TIRARD et N. TIRARD, « Les institutions civiles dans les oubliettes du droit fiscal : la fiducie », *Dr. et patr.*, 1^{er} octobre 2001, p. 78-80 : « *La question de savoir si le droit fiscal tient le droit civil en l'état serait rapidement tranchée. Sous le prétexte d'une prétendue neutralité fiscale, le droit fiscal a étouffé ce projet de loi dans l'œuf. Le traitement fiscal particulièrement défavorable réservé à la fiducie a eu clairement pour effet et avait sans doute pour objet de dissuader d'utiliser la fiducie avant même qu'elle n'ait vu le jour* ».

79. Cette convention a été élaborée par la Conférence de La Haye sur le droit international privé instituée au XIX^e siècle est une organisation intergouvernementale ayant pour objectif d'unifier les règles de droit international privé.

80. E. GAILLARD et D. TRAUTMAN, « La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance », *RCDIP* 1986. 1, p. 8.

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

a) *les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ;*
b) *le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ;*

c) *le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.*
Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust ».

82. Convention de La Haye, art. 6 : La Convention prévoit également la possibilité de recourir au dépeçage dès lors qu'un élément particulier du *trust* peut être isolé. Dans ce cas, il sera soumis à une autre loi que celle régissant les autres éléments du *trust*.

constituant, la loi applicable au *trust* sera celle ayant « *les liens les plus étroits* » avec le *trust*⁸³. La méthode du faisceau d'indices sera utilisée pour déterminer ces liens. L'article 11 de la Convention de La Haye indique que le *trust* créé conformément à une loi déterminée par ladite convention « *sera reconnu en tant que tel* », ce qui veut dire qu'elle ne sera pas traduite dans une institution du pays concerné. L'objectif de la Convention est de permettre le fonctionnement du *trust* dans des pays qui l'ignorent en tant qu'institution juridique. Mais l'application en droit français de la Convention est limitée du fait que la France ne l'a pas ratifiée⁸⁴. En second lieu, le Parlement européen a adopté le 15 novembre 2001 une résolution prévoyant une harmonisation des droits européens dans divers domaines, dont celui du *trust*. Cette adoption a à nouveau posé la question en droit français de l'adoption du *trust* sous les traits de la fiducie. Enfin, il y eut l'adoption de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 visant à protéger les contrats de garantie financière fondée sur le transfert en pleine propriété des espèces ou des instruments remis à titre de garantie, c'est-à-dire la fiducie-gestion.

26. Pour autant, la gestation de la fiducie fut longue. Plusieurs avant-projets ou même projets ont été présentés puis abandonnés essentiellement pour des motivations fiscales. Dès 1989, un avant-projet de loi aurait déjà pu permettre d'instaurer la fiducie en droit français, pour les personnes morales comme pour les personnes physiques, notamment dans la perspective de protéger les personnes vulnérables, mais celui-ci n'a même pas été débattu. Un sort identique fut réservé au projet de loi déposé en février 1992 sur le bureau de l'Assemblée nationale. En 1994, un avant-projet réservant aux personnes morales la qualité de constituant a été retiré de l'ordre du jour du Conseil des ministres. Il a fallu ensuite attendre plus de dix ans, pour que le Gouvernement s'empare à nouveau de cette question. En 2005, il crée un groupe de travail consacré à la fiducie, composé de représentants des ministères compétents et des représentants des professions juridiques et judiciaires. Dans son empressement le Rapporteur général de la commission des finances, Monsieur Philippe Marini, dépose le 8 février 2005 devant le Sénat une proposition de loi instituant la fiducie sans attendre les conclusions de ce groupe de réflexion. Après discussion au Parlement, la loi 2007-211 du 19 février 2007 est adoptée. Ce texte fut considérablement remanié et perdit beaucoup de sa substance.

27. Très attendue par les praticiens, la loi fraîchement votée ne fait pas que des heureux. La version timide adoptée par le Sénat en 2006 a abouti à un « *compromis* »⁸⁵ qui ne satisfait ni les praticiens ni la doctrine. Ce texte fera donc l'objet de plusieurs retouches : d'une part, par la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008, et d'autre part, par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 dite de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures. Malgré ces retouches, la fiducie semble encore une œuvre incomplète.

83. Convention de La Haye, art. 7.

84. RM, Grosdidier Sénat, n° 21035, *JO* 5 mai 2016, p. 1905 : le ministre de la Justice a rappelé que la ratification de la convention de La Haye ne pourrait aboutir à une reconnaissance sans réserve, en France, des *trusts* de droit étranger qui ne seraient pas soumis aux mêmes règles – notamment de transparence, de lutte contre la fraude, l'évasion fiscale et le blanchiment – que celles imposées à la fiducie de droit français, dans des conditions qui viendraient concurrencer cette institution. Néanmoins, le ministre a indiqué que la question de la ratification sera étudiée dans les prochains mois.

85. G. BLANLUET et J.-P. LE GALL, « La fiducie, une œuvre inachevée. Commentaires des dispositions fiscales de la loi du 19 février 2007 », *Dr. fisc.* 2007. 676.

III. LES SOURCES D'INSPIRATION DU LÉGISLATEUR FRANÇAIS

28. Une étude exhaustive des mécanismes fiduciaires existants dépasserait largement le cadre fixé par notre étude et deviendrait à la longue un exercice fastidieux. Aussi nous bornerons notre étude de deux manières : d'une part, en centrant nos propos sur certains mécanismes afin de mettre en évidence leurs principales caractéristiques ; d'autre part, nous développerons pour chaque mécanisme les points suivants : les modalités de sa réception, les opérations concernées et les conséquences patrimoniales. Nous nous pencherons successivement sur les fiducies (A) puis sur le *trust* anglo-saxon (B).

A. LES FIDUCIES DE TRADITION CIVILISTE

29. Dans les pays de droit civil, la réception du *trust* se fait via la fiducie. Sans avoir la prétention de faire un exposé exhaustif, nous présenterons succinctement les caractéristiques de quelques-unes d'entre elles : la fiducie suisse (1), la *Treuhand* allemande (2), la fiducie luxembourgeoise (3) et la fiducie québécoise (4).

1. La fiducie suisse

30. L'acte fiduciaire reçu en Suisse est une pure création prétorienne. Il est le fruit d'une relecture savante des sources antérieures au *Digeste* par les pandectistes qui permit de donner un nouveau souffle à la fiducie de droit romain tombée en désuétude. La renaissance jurisprudentielle de l'acte fiduciaire remonte à l'arrêt du Tribunal fédéral suisse *Grüiring-Dutoit c. Appeler* de 1905⁸⁶. C'est ce qui a pu faire écrire à Mario Giovanelli que cette dernière est un « *colosse aux pieds d'argile* »⁸⁷. La fiducie se définit en droit suisse comme le contrat par lequel une personne, soit le fiduciaire, confère à une autre, soit le fiduciant, la pleine titularité d'un droit, ce dernier étant contractuellement tenu d'en user conformément aux indications du fiduciaire et de le retransférer dans certaines conditions. La fiducie est conçue comme la combinaison de deux actes juridiques, à savoir d'un acte translatif de propriété et d'une convention de fiducie déterminant les obligations du fiduciaire⁸⁸. La fiducie implique, un transfert absolu et complet du droit de propriété au fiduciaire. Ce droit de propriété est opposable aux tiers comme au fiduciaire. Ce dernier étant dépossédé de toute prérogative réelle sur les éléments transférés, il ne dispose que de droits personnels issus du *pactum fiduciae*. Le *pactum fiduciae* est l'acte qui fixe les obligations *inter partes* et les devoirs du fiduciaire. Les obligations découlant du *pactum fiduciae* sont différentes selon qu'il s'agit d'une fiducie-gestion ou d'une fiducie-sûreté⁸⁹. La jurisprudence a rattaché

86. ATF 31 II 105. En l'espèce, Mme Peter-Dutoit avait cédé à son beau-fils, M. Grüiring-Dutoit, une créance contre un fournisseur, Kappeler. Le gendre, pour éviter à sa belle-mère les tracasseries d'un procès, intenta en son nom un procès pour recouvrer cette créance, et s'engagea en cas de succès à lui en restituer le produit. Le débiteur de la créance contesta la légitimation active du cessionnaire qui l'assigna en justice. Il fit valoir que la cession n'était pas vraiment voulue puisque la cédante conservait le risque économique du procès, et donc nulle parce que simulée.

87. M. GIOVANOLI, « Les opérations fiduciaires au regard du droit suisse : bilan, stratégies et perspectives », dans *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne, CEDIDAC, p. 189.

88. C. REYMOND et J. REVAELIER, « Les opérations fiduciaires en droit suisse », dans *Les opérations fiduciaires*. Actes du colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, LGDJ, FEDUCI, 1985, p. 421-453.

89. L. THÉVENOZ, « La fiducie cendrillon du droit suisse. Propositions pour une réforme », dans *Revue de droit suisse*, Helbing & Lichtenhahn, 114, II, p. 253 ff.

la convention de fiducie au contrat de mandat des articles 394 et suivants du Code des obligations⁹⁰. Le mandat a une acception plus large que dans le droit français où il renvoie à la représentation. Le mandat suisse est défini comme « *le contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis* ». L'application des règles du mandat a eu des effets notamment pour les droits du fiduciaire en cas de faillite du fiduciaire.

31. La jurisprudence suisse applique avec rigueur le principe en vertu duquel l'acte fiduciaire ne confère au fiduciaire qu'un droit personnel à l'égard du fiduciaire. Les biens fiduciaires se confondent avec ses biens personnels. Ce dernier a alors la pleine propriété des biens détenus à titre fiduciaire. Le droit suisse refuse l'idée d'un patrimoine autonome ou affecté. Il en résulte que les créanciers personnels du fiduciaire peuvent saisir l'ensemble des biens de leur débiteur y compris ceux détenus à titre fiduciaire. En cas de faillite, tous les biens du débiteur tombent dans la masse, le fiduciaire n'ayant qu'un droit de créance pour lesquels il concourt avec les autres créanciers ; il ne peut revendiquer la chose à l'égard de la masse. Mais la jurisprudence *Feras* a posé une exception à ce principe en se basant sur l'article 401 du Code des obligations, le fiduciaire peut revendiquer dans la faillite du fiduciaire les créances et les objets mobiliers que celui-ci avait acquis de tiers pour le compte du fiduciaire. À l'inverse, le fiduciaire répond sur l'ensemble de son patrimoine des obligations assumées dans l'exercice de ses missions fiduciaires. Les opérations fiduciaires doivent être comptabilisées mais sans être portées au bilan. L'imposition de la fiducie se fait par transparence, le redevable étant le fiduciaire. La fiducie-sûreté a été reconnue en 1893⁹¹, mais celle-ci ne s'est pas développée autant que la fiducie-sûreté dans la mesure où le transfert de propriété n'est pas opposable aux tiers⁹². Les principales activités fiduciaires en Suisse sont la gestion de fortune, les placements et prêts fiduciaires et l'activité de *nominee*⁹³. Comptablement, les banques doivent comptabiliser les avoirs fiduciaires hors bilan. La fiducie suisse est une fiducie spéciale réservée aux établissements de crédit qui peut être utilisée à des fins de gestion comme à des fins de sûreté. Ses applications sont limitées aux opérations financières et bancaires.

2. *La Treuhand allemande*

32. Le contrat d'aliénation fiduciaire est apparu en Allemagne pour réaliser une sûreté sans dépossession⁹⁴. La *Treuhand* allemande est une pure création prétorienne remontant à un arrêt du *Reichsgericht* du 23 décembre 1899⁹⁵. Comme la

90. Arrêt *Feras Anstalt v. Vallugano*, ATF 99 [1973] I 588, JdT 1974 I. 596, note Reymond.

91. Triefus Dexler, ATF 19 344, 347.

92. C. civ., art. 717.

93. C. REYMOND et J. REVACLIÉ, *op. cit.*, spéc. p. 429-434.

94. M. CANTIN-CUMYN, « La fiducie face au *trust* dans les rapports d'affaires », dans *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, XV^e congrès international de droit comparé, Bruylant, 1999, n° 10, p. 17.

95. RGZ 45, 80, 85, trad. ROSSIER (1989), p. 1982 : Les faits de l'espèce sont les suivants. Une hoirie, débitrice de son commerçant, revendiquait dans la faillite de son créancier trois immeubles dont elle avait transféré la propriété en garantie de sa dette et en vue de leur vente à des tiers, la cour allemande confirma la distraction des biens fiduciaires au profit du fiduciaire en considérant « *qu'une chose que le failli a certes reçue en propriété, mais avec une convention qui lui fait défense de la traiter comme telle, car elle continue en fait de faire partie du patrimoine de son propriétaire antérieur, "appartient" bien au failli formellement et juridiquement, mais non d'un point de vue matériel et économique* ».

fiducie suisse, la *Treuhand* est un transfert de propriété accompagné d'un pacte fiduciaire. Cependant, la *Treuhand* fait naître des droits concurrents sur les biens qui y sont transférés. Le fiduciaire a la propriété juridique du bien alors que le fiduciaire est titulaire de la propriété économique. Le fiduciaire obtient les pleins pouvoirs de disposer du patrimoine fiduciaire et le fiduciaire ne dispose plus que de droits personnels à l'encontre du fiduciaire⁹⁶. Cette distinction rappelle celle opérée par le *trust* entre « *legal ownership* » et « *equitable ownership* ». Toutefois la *Treuhand* allemande contrairement au *trust* a une base contractuelle. La distinction entre propriété économique et propriété juridique, le fiduciaire a le droit de distraction des biens se trouvant entre les mains du fiduciaire déclaré en faillite et de faire tierce opposition en cas de saisie. Les biens fiduciaires peuvent être saisis uniquement par les créanciers dont la créance est née de la gestion et de la conservation des biens⁹⁷. Le fiduciaire doit tenir les avoirs fiduciaires séparément de ses biens propres et les comptabiliser distinctement. Les créanciers personnels du fiduciaire ne peuvent saisir le patrimoine fiduciaire car le fiduciaire en est resté propriétaire. En cas de faillite du fiduciaire, les biens du patrimoine tombent dans la masse du fiduciaire. Les avoirs fiduciaires peuvent être saisis que par les créanciers dont la créance est née de la gestion et de la conservation des biens⁹⁸. La fiducie peut être utilisée à des fins de gestion comme à des fins de sûreté, cette dernière application est la plus fréquente. La fiducie-sûreté connaît un immense succès en Allemagne, spécialement en matière mobilière⁹⁹. Elle a notamment prospéré en raison de l'affaiblissement du gage. La fiducie allemande a comme particularité de distinguer une propriété économique et une propriété juridique à l'instar de son cousin le *trust*.

3. La fiducie luxembourgeoise

33. Le Règlement Grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires¹⁰⁰ était un texte court et spécial composé uniquement de cinq articles. Qualifié de « *texte exemplaire* » par le professeur Claude Witz pour son caractère succinct, il a été très peu modifié depuis son origine¹⁰¹. Cela s'explique notamment par le fait que la législation des impôts directs lui consacrait déjà un traitement approprié.

34. Ce texte spécial et court laissait planer des incertitudes sur de nombreux aspects du contrat fiduciaire. Le règlement a été abrogé par la loi du 27 juillet 2003¹⁰² à l'occasion de la ratification de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative

96. C. WITZ et U. BLAUROCK, « Les opérations fiduciaires en droit allemand », dans *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, LGDJ, FEDUCI, 1985, p. 243-244.

97. C. WITZ et U. BLAUROCK, *op. cit.*, n° 144, p. 244-245.

98. *Ibid.*

99. C. WITZ, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC* 1985, p. 27 et s.

100. Règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires, *Mémorial A*, Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, n° 59, du 29 juillet 1983, Doc. parl., n° 2641, sess. ord. 1982-1983, p. 1334-1335.

101. C. WITZ, « Un texte exemplaire : le Règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit », *Dr. prat. com. int.*, 1984, p. 143-144. V. égal : Ph. HOSS, « L'expérience luxembourgeoise », dans *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Colloque du 29 novembre 1990, *Bulletin Joly*, 1991, n° 4 bis, p. 22-23.

102. Loi du 27 juillet 2003 portant approbation de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, portant nouvelle réglementation des contrats

au *trust* et à sa reconnaissance¹⁰³. Il s'agissait en conservant les grandes lignes de l'institution fiduciaire dégagées par le Règlement Grand-ducal d'assurer une meilleure reconnaissance à l'étranger de l'institution fiduciaire luxembourgeoise. Dans cette perspective, l'article 5 issu de la Loi de 2003 qui définit les contrats fiduciaires est resté fidèle à la définition des contrats fiduciaires posée par l'article 2 du Règlement Grand-ducal¹⁰⁴, tout en apportant certaines précisions nécessaires¹⁰⁵. En premier lieu, la fiducie reste un contrat. Elle ne peut se constituer par un acte unilatéral de volonté contrairement au *trust*. En second lieu, la qualité de fiduciaire, qui, dans le Règlement, était limitée aux seuls établissements de crédit est, dans la loi du 27 juillet 2003, étendue¹⁰⁶ aux entreprises d'investissement, aux sociétés d'investissement à capital fixe et variable, aux sociétés de titrisation, aux sociétés de gestion de fonds commun de placement, aux fonds de pension, aux entreprises d'assurances et de réassurances ou des organismes nationaux ou internationaux à caractère public opérant dans le secteur financier¹⁰⁷. Le législateur a estimé alors qu'il convenait de restreindre l'application des contrats fiduciaires aux professionnels soumis à un contrôle de nature à assurer la protection des intérêts des fiduciaires et des bénéficiaires¹⁰⁸. En troisième lieu, la nature du transfert fiduciaire a été précisée, il s'agit d'un transfert de propriété. Ceci est conforme à l'article 2 de la Convention de La Haye. Mais il existe une différence notable entre le droit de propriété du *trustee* et le droit de propriété conféré au fiduciaire dans le droit luxembourgeois. Le fiduciaire luxembourgeois a les prérogatives d'un véritable propriétaire alors que le *trustee* est assimilé à un propriétaire pour les droits qu'il peut exercer sur les biens. Autrement dit, la propriété fiduciaire en droit luxembourgeois est conforme à la propriété de droit commun¹⁰⁹. En quatrième lieu, les termes d'« *actif fiduciaire* » et de « *passif fiduciaire* » ont été remplacés par l'expression « *patrimoine fiduciaire* ». L'article 6 (1) de la loi précise que le patrimoine fiduciaire est séparé du patrimoine personnel du fiduciaire, mais aussi de tout autre patrimoine fiduciaire détenu par ce même fiduciaire¹¹⁰. Cet article permet de minimiser les risques de confusion du patrimoine personnel du fiduciaire avec le patrimoine fiduciaire et assure la protection du patrimoine du

fiduciaires, en modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels, *Mémorial A*, Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, n° 124, du 3 septembre 2003, p. 2619. La loi est entrée en vigueur le 7 septembre 2003.

103. Convention de La Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance du 1^{er} juillet 1985.

104. L'article 2 du Règlement Grand-Ducal définit le contrat fiduciaire comme « *le contrat par lequel une personne, le fiduciant, convient avec un établissement de crédit, le fiduciaire, que le fiduciaire sera rendu titulaire de droits patrimoniaux, l'actif fiduciaire, mais que l'exercice de ces droits patrimoniaux sera limité par des obligations, le passif fiduciaire, déterminées par le contrat fiduciaire* ».

105. Loi du 27 juillet 2003, art. 5 : le contrat fiduciaire est « *le contrat par lequel une personne, le fiduciant, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire* ».

106. Pour en savoir plus : V. Ph. HOSS et P. SANTER, « Le contrat fiduciaire en droit luxembourgeois », dans *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Larcier, 2004, vol. 2, spéc. n° 24-40, p. 799-807.

107. Loi du 27 juillet 2003, art. 4.

108. Exposé des motifs, doc. parl., n° 4721, p. 10 ; Rapport Commission juridique, n° 4721, p. 4. V. égal. : L. THÉVENOZ, « La fiducie, cendrillon du droit suisse – Proposition pour une réforme », Rapport présenté à la Société suisse des juristes, Schaffouse, sept. 1995, reproduit dans *Revue de droit suisse* 1995, II, p. 253-263.

109. Ph. HOSS et P. SANTER, *op. cit.*, spéc. n° 19-24, p. 793.

110. Rapport Commission juridique, Doc. parl., n° 4721, p. 3.

fiduciant et des tiers bénéficiaires au cas où une même personne se trouverait titulaire de plusieurs patrimoines fiduciaires.

35. Une des innovations majeures de la Loi de 2003 réside dans la consécration de la fiducie-sûreté. Mais le droit luxembourgeois avait déjà consacré un transfert de propriété à titre de garantie¹¹¹. Il existe certaines différences entre les deux institutions : la loi de 2001 offrant un champ d'application *rationae personae* plus important que celui de la fiducie-sûreté de la Loi de 2003, mais un champ d'application *rationae materiae* plus limité. La loi de 2001 nécessite également pour une application dans un contexte international un élément de rattachement au Luxembourg soit les valeurs transférées doivent être inscrites dans un compte ouvert au Luxembourg, soit y être situées. Si cette condition n'est pas remplie, il faut que le cédant ou le cessionnaire soit établi ou constitué au Luxembourg. Cette exigence n'existe pas dans le cadre de la fiducie-sûreté où le fiduciaire peut tout à fait ne pas être établi ou constitué au Luxembourg. Enfin, un deuxième inconvénient du transfert de propriété à titre de garantie vient du fait que s'il est admis que des fiducies puissent être constituées hors champ d'application de la Loi de 2003¹¹², celles-ci ne pourront bénéficier de la protection du patrimoine d'affectation. Le texte issu de la Loi de 2003 a opéré certains changements nécessaires mais est resté fidèle dans les grandes lignes aux principes dégagés par le Règlement de 1983. Les caractéristiques essentielles du contrat de fiducie sont restées inchangées mais ont été précisées telles que la nature du transfert fiduciaire, le bénéfice de la protection du patrimoine d'affectation. Mais la loi a également apporté certaines innovations telles que l'ouverture de la fiducie à d'autres professionnels, mais également la consécration de la fiducie-sûreté. L'étude de l'institution fiduciaire luxembourgeoise est incontestablement une source d'inspiration.

4. La fiducie québécoise

36. La fiducie existe au Québec depuis l'adoption de l'Acte concernant la fiducie de 1879¹¹³. Cette loi inspirée d'une législation sur le *trust* fut introduite au Bas-Canada en matière de libéralités¹¹⁴. Mais le Québec fortement influencé par le droit français ne connaissait pas la distinction entre *legal title* et *equitable title*¹¹⁵.

37. En outre la loi ne précisait pas qui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire était propriétaire des biens placés en fiducie. La cour suprême dans l'affaire *Royal Trust company c. Tucker* reconnaît au fiduciaire un droit de propriété *sui generis* qui n'est pas assimilable à la notion de propriété au sens du droit civil. En marge des travaux de modernisation du Code civil¹¹⁶, le législateur québécois a modifié la législation applicable à la fiducie. Hésitant entre conférer la personne morale à la fiducie ou consacrer le patrimoine d'affectation, le

111. Loi du 1^{er} août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie.

112. Cour, 28 janvier 1997, n° 18412 : la Cour d'Appel a admis la validité d'un contrat de fiducie en dehors du champ d'application du Règlement Grand-Ducal. Toutefois ce contrat échappera de *facto* à son régime.

113. L. Q. 1879, c. 29 : « *An Act respecting trust* » reproduite aux articles 981 et s. du Code civil.

114. M. CANTIN-CUMYN, « L'origine de la fiducie québécoise », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowanscil 1997, p. 214.

115. E. STEEL-VIANDON, *La fiducie en droit comparé et en droit international privé français*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1979, n° 89, p. 159.

116. Le nouveau Code civil québécois est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

législateur choisit la seconde solution en créant un patrimoine fiduciaire d'affectation original puisqu'il n'appartient à personne¹¹⁷. Ni le constituant, ni le fiduciaire ni les bénéficiaires n'ont de droits réels sur lui¹¹⁸.

38. Le nouvel article 1260 du Code civil québécois dispose que « *La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige par le fait de son affectation, à détenir et à administrer* ». La fiducie est constituée par un acte translatif de propriété, les biens passent définitivement du patrimoine du constituant au patrimoine fiduciaire. Le fiduciaire agit à titre d'administrateur du bien d'autrui¹¹⁹, il n'est pas titulaire de droits sur les biens de la fiducie¹²⁰. Les pouvoirs du fiduciaire sont assimilables à ceux d'un propriétaire¹²¹. Les pouvoirs du fiduciaire étant accrus, le législateur a posé des règles contraignantes pour la surveillance et le contrôle de l'administration de la fiducie¹²². L'exemple du patrimoine québécois est très intéressant. Il consacre un patrimoine sans maître tout en conférant au fiduciaire les pouvoirs d'un propriétaire.

B. LE TRUST ANGLO-SAXON

39. Pierre Lépaulle, qui a le premier fait une étude d'envergure sur le *trust*, a pu écrire pour illustrer son caractère protéiforme que : « *Le trust est l'ange gardien de l'Anglo-Saxon, il l'accompagne partout, impassible, depuis son berceau jusqu'à sa tombe. Il est à son école comme à une association sportive, il le suit le matin à son bureau comme le soir à son club ; il est à ses côtés le dimanche à l'église ou au comité de son groupe politique ; il soutiendra sa vieillesse jusqu'à son dernier jour, puis il veillera au pied de son tombeau et étendra encore sur ses petits-enfants, l'ombre légère de ses ailes* »¹²³. L'originalité du *trust* réside ainsi dans ses utilités très diversifiées¹²⁴ qui en font la technique la plus vantée du droit anglais, utilisé tant en matière commerciale qu'en matière patrimoniale. Il peut permettre la transmission successorale comme la transmission d'entreprise en préservant l'unité économique de celle-ci. Trois utilités du *trust* peuvent être dégagées : la gestion, la garantie et la transmission de biens. En matière de gestion, le *trust* offre la possibilité de transférer des actifs dans un patrimoine hermétique aux aléas de la vie économique. Utilisé comme une garantie, le *trust* permet d'exploiter la propriété en sa qualité de reine des sûretés. Enfin, le *trust* à des fins de transmission permet de sécuriser la succession.

117. C. c. Q., art. 1261.

118. J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, Wilson & Lafleur, collection Bleue, 1998, p. 92, n° 149 : « *Le Code convertit ainsi le droit de propriété d'une dimension juridique à une autre : on passe d'un système où la propriété est fondée sur la théorie classique d'Aubry et Rau – Relation entre sujet de droit et objet de droit – à un régime où l'affectation d'une masse de biens suffit à expliquer la propriété* ».

119. C. c. Q., art. 1278.

120. M. CANTIN-CUMYN, « La fiducie face au *trust* dans les rapports d'affaires », dans *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, XV^e congrès international de droit comparé, Bruylant, 1999, n° 11, p. 18.

121. M. CANTIN-CUMYN, « La fiducie face au *trust* dans les rapports d'affaires », *op. cit.*, n° 21, p. 25.

122. C. c. Q., art. 1287 à 1292.

123. P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932, n° 41, p. 114.

124. Pour un recensement des utilisations du *trust* : V. FRATCHER, *Trust, in international encyclopedia of comparative law*, Wo. 6, CH.11, dir. F. Lawson, 1972.

40. Madame Marie-Françoise Papandréou-Déterville a dégagé plusieurs caractéristiques du *trust*. En premier lieu, le *trustee* a l'obligation équitable de gérer les biens dans l'intérêt des bénéficiaires ou dans un but déterminé. En second lieu, les biens qui lui ont été transférés forment une masse séparée de ses biens personnels. Enfin, les bénéficiaires du *trust* disposent non seulement de droits personnels pour contraindre le *trustee* à exécuter sa mission mais aussi de droits réels leur permettant de conserver des prérogatives sur les biens transférés dans le *trust*¹²⁵. Ainsi, le *trust* réalise un démembrement horizontal de la propriété entre « *legal ownership* » et « *equitable interests* » qui n'a pas d'équivalent dans notre droit.

41. Le *trust* n'appartient, contrairement à la fiducie, pas au droit des contrats mais au droit des biens¹²⁶. Le *trust* n'est pas un contrat mais un acte unilatéral de volonté. Le consentement du *trustee* n'est pas requis, si celui-ci refuse ses fonctions, il sera remplacé par le tribunal. Le constituant peut même s'il le souhaite avoir la qualité de *trustee*. Le *trust* n'est pas un mandat dans la mesure où celui-ci ne peut être révocable, sauf mention contraire dans l'acte de *trust*. Une fois le *trust* constitué, celui-ci échappe en principe à l'emprise du constituant, c'est pour cette raison que le *trust* est placé sous le contrôle du juge. De plus, contrairement au mandat, le *trust* transfère la propriété. Enfin, il n'existe pas un mais des *trusts*. Sans souci d'exhaustivité et pour éviter une description détaillée qui dépasserait largement le cadre de notre étude, nous ne ferons qu'évoquer les différents *trusts*. Nous proposerons une classification des *trusts* en fonction de leur utilité. Il y a les *trusts* permettant de réaliser des opérations commerciales, les *trusts* charitables, les *trusts* judiciaires, les *trusts*-successions¹²⁷. Ces *trusts* pouvant être en fonction du lien conservé sur ceux-ci par le *settlor* soit parfaits soit imparfaits. Les *trusts* pouvant être révocables ou irrévocables selon que le constituant souhaite conserver la faculté d'y mettre fin à tout moment. Le *trust* est un instrument juridique polyvalent aux finalités multiples qui permet d'instrumentaliser la propriété à des fins de sûreté, de gestion et de transmission. La souplesse de ce mécanisme en fait un outil pratique et efficace adaptable à tous les besoins des acteurs économiques. Ces qualités font du *trust* un outil très recherché y compris par les acteurs économiques français. D'où, la nécessité de se doter d'un instrument comparable et de l'adapter au droit français.

IV. LES DIFFICULTÉS SOULEVÉES PAR LA RÉCEPTION DE LA FIDUCIE

42. La fiducie est une institution connue du droit français, elle est en quelque sorte inscrite dans son patrimoine génétique. Pour autant, il ne faut pas s'y tromper la *fiducia* n'a qu'une très vague ressemblance avec la fiducie issue de la loi de 2007. Si les nouveautés en droit sont rares¹²⁸, ce serait tomber dans la facilité que de penser que la solution à nos problèmes contemporains se trouve dans les institutions oubliées du passé. En effet, ce qui a été recherché par le législateur ce n'est pas la résurgence d'une institution tombée en désuétude pour son archaïsme mais

125. M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, *Le droit anglais des biens*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 418, 2004, n° 599, p. 417 : l'auteur fait un développement conséquent sur le *trust* (Partie II, p. 409-698).

126. C. WITZ, th. préc., n° 103, p. 15.

127. Les *trusts* peuvent être soit testamentaires soit entre vifs.

128. B. OPPETIT, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », dans *Mélanges Holleaux*, p. 317.

c'est l'introduction dans notre droit d'une institution aussi souple et polyvalente que le *trust*¹²⁹. Mais comme le souligne Rémy Libchaber, « *c'est toujours au prix d'un lourd travail d'adaptation que des constructions exogènes parviennent à être adoptées, qu'elles soient étrangères ou anciennes. S'il arrive qu'un système trouve son inspiration dans le cimetière des institutions défuntes, on ne remonte pas pour autant le fil d'une évolution. La fiducie jadis abandonnée a laissé la place à des techniques incompatibles avec elle ; vouloir se la réapproprier sans les délaisser oblige à un réaménagement d'ensemble, dont il ne faut pas sous-estimer l'importance* »¹³⁰. Ainsi, la réception du *trust* au travers de la fiducie, suppose de résoudre les problèmes de compatibilité¹³¹ entre les droits de tradition civiliste avec les droits de *Common Law*. Ces problèmes ne sont certes pas insurmontables, mais nécessitent de faire des choix, car l'instrument juridique est en principe l'émanation d'un système juridique. C'est particulièrement vrai s'agissant du *trust*.

43. La fiducie, en droit français, pose un problème de compatibilité relatif aux droits patrimoniaux. La fiducie porte atteinte à l'unité du patrimoine. Or, la notion de patrimoine est consubstantielle de la notion de propriété. Les problèmes de compatibilité posée par la fiducie à notre conception de la propriété et du patrimoine seront envisagés successivement¹³².

44. D'une part, la transposition du *trust* sous les traits de la fiducie menace l'unité de la propriété en droit français¹³³. La propriété fiduciaire soulève de nombreuses difficultés. La loi n'ayant pas précisé la nature des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire, la question s'est posée de savoir si le transfert fiduciaire est un transfert de propriété. Mais alors de quelle propriété s'agit-il ? Est-elle une propriété conforme à notre conception unitaire de la propriété telle qu'édictee par l'article 544 de Code civil ? Cette question purement civiliste trouve une extension naturelle en matière fiscale et comptable. En effet, dans ces deux matières, le concept de propriété est en mutation. Si le droit fiscal en tant que droit de superposition emprunte le plus souvent pour qualifier une opération les concepts du droit civil¹³⁴, il arrive que celui-ci s'en détache. Il en est ainsi notamment de la personnalité morale où le droit fiscal ne tire pas toutes les conséquences de la qualification qui en est donnée sur le plan civil. Le droit fiscal par son réalisme et son pragmatisme ferait ainsi tomber le masque juridique d'une opération afin d'en

129. C. LARROUMET, « La fiducie inspirée du *trust* », *D.* 1990, p. 119 ; V. FORTI, « L'influence du *trust* de *common law* sur la fiducie », dans *Les modèles juridiques français et américain : influences croisées*, L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2009, p. 63-77. Le point de vue des praticiens : R. DHONNEUR et V. LAZIMI, « La fiducie, un ersatz de *trust* », *Gestion de fortune*, n° 184, 1^{er} juillet 2008, p. 62 ; C. JACOMIN, « Fiducie : un instrument juridique à découvrir et à pratiquer », *RD bancaire et fin.*, n° 4, octobre 2013, prat. 5.

130. R. LIBCHABER, *op. cit.*, spéc. n° 20 et s. ; du même auteur et déjà avant l'entrée en vigueur de la loi de 2007, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », dans *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, n° 2, p. 304.

131. H. MOTULSKY, « De l'impossibilité juridique de créer un « *trust* » anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. crit. DIP*, 1948 (2), p. 468 : « *on ne peut tirer de la loi française ce qu'elle ne contient pas, et si on veut le faire à tout prix, on risque de s'abandonner à la fantaisie pure* ».

132. A. DWARKA et F. MICHEL, « *Trust* et (in)transmissibilité du patrimoine : de la fascination à la psychose », *Gaz. Pal.*, 7-11 mai 2000, p. 18 et s.

133. P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932, p. 2.

134. A. WALH, *Traité de droit fiscal. Enregistrement*, Introduction, p. XV : « *Le droit civil est formé, il constitue une science qui domine le droit fiscal et n'est pas dominé par lui. Le droit fiscal fournit les occasions de pénétrer intimement dans le droit civil, de rechercher la nature des contrats* ».

révéler la véritable nature économique. C'est en ce sens qu'Eustache Pilon a pu écrire que « *Rien de tel pour faire apparaître la nature exacte d'une opération que de la soumettre à l'épreuve du droit fiscal* »¹³⁵. Le phénomène connu de longue date en droit fiscal s'observe également en droit comptable sous l'influence de l'analyse économique du droit, traduction du principe anglo-saxon « *substance over form* » et qui conduit non pas à abandonner le concept de propriété, mais à nuancer la lecture patrimoniale du bilan comptable de l'entreprise (**Première partie**).

45. D'autre part, la transposition du *trust* sous les traits de la fiducie menace la théorie de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine promue depuis le XIX^e siècle. L'unité du patrimoine signifie qu'une personne ne peut détenir qu'un patrimoine. Ce principe a pour corollaire l'indivisibilité du patrimoine qui permet à un créancier de bénéficier d'un droit de gage général sur l'ensemble des biens composant le patrimoine de son débiteur. Cette théorie a été maintenue avec force malgré les critiques qui lui ont été reprochées car elle répond à un souci de protection des créanciers. Or, l'unité du patrimoine n'a cessé d'être battue en brèche ces dernières années. Si traditionnellement afin de préserver la théorie de l'unité du patrimoine, le législateur consacrait un patrimoine autonome par la création d'une personnalité morale, ces dernières années, les atteintes à l'unité du patrimoine se sont multipliées par la création de structures non dotées de personnalité morale¹³⁶ à tel point que certains auteurs appellent purement et simplement à abandonner cette théorie archaïque¹³⁷. Déjà malmenée, la théorie de l'unité est une nouvelle fois attaquée par l'adoption du patrimoine fiduciaire qui porte atteinte tant à l'unité du patrimoine qu'à son indivisibilité en permettant d'isoler certains actifs dans un patrimoine séparé du patrimoine personnel du fiduciaire. Le patrimoine fiduciaire, outre le fait de constituer une atteinte à l'unité du patrimoine, pose la question de l'introduction en droit français d'une nouvelle conception du patrimoine : le patrimoine d'affectation. Ce nouveau patrimoine a encore un régime juridique bien flou, ses contours ainsi que sa portée sur le plan juridique devront être délimités. Puis sur le plan fiscal, il conviendra de s'interroger sur le bien-fondé de l'assimilation fiscale de la fiducie à une société de personnes et ce alors même que celle-ci constitue un patrimoine affecté sans personnalité morale. Cette assimilation du régime des sociétés de personnes à la fiducie sera à n'en pas douter, source de complications tant le régime des sociétés de personnes, est d'une grande complexité. Sur le plan interne, le régime fiscal des sociétés de personnes est un « *sac d'embrouille* » en raison des modalités complexes de détermination du résultat. Sur le plan international, le régime de semi-transparence n'a pas d'équivalent. Il rend délicate l'application des conventions de non-impositions aboutissant à des situations de double imposition ou de double exonération. Aussi là encore, tant la doctrine que les praticiens souhaitent que le régime fiscal lacunaire soit précisé (**Seconde partie**).

135. E. PILON, *Principes et techniques de l'enregistrement, Les principes*, t. 1, Dalloz, 1929, n° 37, p. 17.

136. Les sociétés en participation, les sociétés créées de fait, les fonds communs de placement et récemment le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

137. A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine : brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994. 801, spéc. p. 802 ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 399, n° 10, p. 9.