

Sonderdruck / Tirage à part

Publications de l'Institut suisse de droit comparé
Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung
Publicazioni dell'Istituto svizzero di diritto comparato
Publications of the Swiss Institute of Comparative Law

34

Rapports suisses présentés
au XVème Congrès international
de droit comparé

Swiss Reports Presented
at the XVth International Congress
of Comparative Law

Bristol, 27 juillet au 1^{er} août 1998



Luc Thévenoz et Jean-Philippe Dunand

La fiducie: droit des biens ou droit des obligations?

I. Introduction

Le droit suisse, à l'instar d'autres ordres juridiques, connaît plusieurs institutions qui tendent à dissocier le titulaire juridique d'un bien (propriétaire d'une chose, titulaire d'une créance) de son bénéficiaire économique. L'une de ces institutions, qui n'a pas été prise en considération lors de la rédaction du Code civil (1907)¹ et du Code des obligations (1881, 1911), est la fiducie (*Treuhand*).

Née des besoins de la pratique, la fiducie trouve une reconnaissance jurisprudentielle dès 1893 pour la fiducie-sûreté², dès 1905 pour la fiducie-gestion³. Cette consécration par les tribunaux s'appuyait sur une élaboration doctrinale de «l'acte fiduciaire» en tant qu'acte juridique *sui generis* dont les conditions de validité ont longtemps été débattues, notamment quant à sa délimitation par rapport à l'acte simulé et à la fraude à la loi⁴. Depuis que cette controverse doctrinale s'est assez largement résolue au profit d'un approfondissement de l'analyse juridique des effets, on peut véritablement parler d'une fiducie, la notion d'«acte fiduciaire» revêtant un sens historique et dogmatique qui semble aujourd'hui révolu.

Il convient également de différencier le régime commun de la fiducie, qui a été développé au fil du temps par la jurisprudence dans le cadre de la codification générale du droit civil, des régimes spécifiques résultant de trois législations particulières relatives aux fonds de placement⁵, à la ges-

¹ A l'exception cependant de l'art. 717 CC, qui interdit aux parties de recourir au transfert de la propriété mobilière à fins de sûreté (*Sicherungsübereignung*) pour détourner les règles générales sur le gage mobilier. Cf. *infra* II.B sous (b).

² ATF 19 344, 347, *Triefus c. Drexler*. Reconnu par le Tribunal fédéral suisse sous l'empire du Code des obligations de 1881, le transfert fiduciaire de la propriété mobilière aux fins de sûreté a été pratiquement aboli par l'adoption du Code civil, cf. note précédente.

³ ATF 31 II 105, *Grüning-Dutoit c. Kappeler*.

⁴ Sur ces questions, cf. JÄGGI/GAUCH (1980), n^{os} 176 ss; REYMOND (1989), pp. 649 ss et Walter YUNG, «Simulation, fiducie et fraude à la loi», in *Mélanges Sauser-Hall*, Genève 1952, pp. 139 ss, reproduit in *Etudes et articles*, Genève (Georg) 1971, pp. 162 ss.

⁵ La loi fédérale sur les fonds de placement (LFP) du 1^{er} juillet 1996 a été remplacée par celle du 18 mars 1994, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995 (RS 951.31). Cf. *infra* II.A.4.

tion collective des droits d'auteurs⁶ et aux opérations fiduciaires pratiquées par les banques⁷.

On distingue traditionnellement deux catégories de fiducie, à laquelle on peut en ajouter une troisième. On parle de fiducie-gestion (ou de fiducie pure, ou encore de *fiducia cum amico*) lorsque l'institution est employée dans des opérations de gestion qui servent avant tout les intérêts du fiduciaire. La fiducie-sûreté (ou fiducie-mixte, ou encore *fiducia cum creditore*) est utilisée pour la constitution de sûretés dans l'intérêt prépondérant du fiduciaire. Enfin, la fiducie-libéralité, envisageable lorsqu'il s'agit d'organiser la dévolution d'un patrimoine dans le temps, peut être vraie être conçue comme une modalité particulière de la fiducie-gestion. Elle n'a pas vraiment réussi à se trouver une place dans la pratique, en raison notamment de limites juridiques (telle, la réserve héréditaire) ou dogmatiques (notion de patrimoine, par exemple), et de la possibilité de parvenir à des buts semblables au moyen d'autres institutions juridiques (usufruit en faveur du conjoint survivant, prestation à titre viager, donation ou legs avec charge, substitution fidéicommissaire, exécution testamentaire prolongée, fondation de famille)⁸.

II. Domaines d'application principaux

C'est précisément en matière de droit commercial et de droit des affaires, dont l'étude a été plus particulièrement suggérée par la Rapporteuse générale, que la fiducie a trouvé son domaine d'application le plus étendu en Suisse.

A. Fiducie-gestion

1. Placements fiduciaires

Les placements (ou dépôts) fiduciaires, soit le prêt à court terme de fonds de clients sur le marché monétaire interbancaire (euromarché)⁹, ont pris ces dernières décennies un essor considérable, de sorte que les sommes ainsi

⁶ La loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (LDA), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993 (RS 231.1), a notamment remplacé celle du 25 septembre 1940 concernant la perception de droits d'auteur. Cf. *infra* II.A.5.

⁷ Les art. 16 et 37b de la loi fédérale sur les banques et caisses d'épargne (LB) ont été adoptés le 16 décembre 1994 et sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1997 (RS 952.0). Cf. *infra* V.B.1.

⁸ Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 295 ss.

⁹ Il s'agit des dépôts interbancaires à court terme (marché monétaire, en principe une année au maximum) par lesquels les banques se refinancent (en acceptant des dépôts à court terme qu'elles rémunèrent) dans une monnaie qui n'est pas la monnaie légale du lieu de leur établissement.

placées, comptabilisées hors bilan par les banques agissant à titre fiduciaire, c'est-à-dire en leur propre nom mais pour le compte et aux risques de leurs clients, représentent, malgré une baisse sensible ces dernières années, l'équivalent d'un cinquième du total des bilans des banques en Suisse¹⁰.

Un tel succès est dû aux nombreux avantages que ces opérations procurent tant au client fiduciaire qu'à la banque agissant à titre fiduciaire¹¹. Le placement fiduciaire permet au client d'accéder au marché interbancaire des prêts à court terme, par définition inaccessible aux personnes physiques et à la plupart des entreprises, et qui offre des taux plus rémunérateurs que d'autres placements de même durée et de même qualité. En regroupant les placements de plusieurs clients, la banque produit un effet de somme permettant d'obtenir des conditions plus avantageuses. De plus, le client de la banque suisse qui s'entremet à titre fiduciaire échappe au prélèvement de l'impôt anticipé de 35% (qui frappe les intérêts et dividendes versés par toute société établie en Suisse) puisque l'intérêt est servi par un débiteur à l'étranger (banque étrangère, mais aussi succursale étrangère d'une banque suisse). Pour la banque agissant ainsi à titre fiduciaire, il s'agit d'une opération hors bilan, pour laquelle elle ne supporte ni le risque d'insolvabilité de la banque dépositaire à l'étranger, ni le risque de change, ni le risque de transfert, et qui n'entraîne aucune exigence de fonds propres.

Les prêts (ou crédits) fiduciaires constituent une variante des placements fiduciaires, la spécificité de l'opération provenant du fait que le fiduciaire désigne lui-même le bénéficiaire du prêt, souvent une entité qui lui est liée. Il faut préciser que l'obligation pour les banques de ne pas prêter une assistance active à la fraude fiscale (art. 8 de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques, version du 1er juillet 1992) et celle d'examiner l'arrière-plan économique de toute affaire compliquée, inhabituelle ou importante (qu'exige la garantie d'une activité bancaire irréprochable fondée sur la législation bancaire), ont substantiellement réduit l'importance pratique des crédits fiduciaires.

2. Gestion fiduciaire de fortune

La gestion de fortune au sens large (gestion privée et institutionnelle), l'une des plus importantes activités financières exercées en Suisse, couvre un volume d'actifs gérés de plus de deux mille milliards de francs suisses¹². Le

¹⁰ BANQUE NATIONALE SUISSE, *Les banques suisses 1996*, Zurich (BNS, Direction de la statistique) 1997, A152.

¹¹ Cf. THÉVENOZ (1995), p. 288.

¹² BLATTNER Niklaus, GRATZL Benedikt, KAUFMANN Tilo, *Das Vermögensverwaltungsgeschäft der Banken in der Schweiz*, Berne (Haupt) 1996, p. 81.

marché est dominé par les banques, mais on y trouve aussi d'autres intermédiaires financiers, personnes morales (sociétés financières, sociétés fiduciaires,...) ou physiques (gérants individuels, avocats, notaires,...)¹³.

En principe, le gérant de fortune¹⁴ agit sur la base d'une procuration spécifique que lui confère le propriétaire juridique des biens sous gestion. Il transmet donc à la banque dépositaire ou au négociant en bourse des ordres (de placement ou de réalisation) au nom et pour le compte de son client (représentation directe). Pour des raisons de confidentialité – qui n'ont pratiquement plus cours aujourd'hui par l'effet des textes tendant à combattre le blanchiment de l'argent du crime¹⁵ – certains gérants proposent d'intervenir à titre fiduciaire. Ils se font remettre la propriété des valeurs que le client leur confie, et les déposent auprès d'une banque en leur propre nom (mais pour le compte du client, qui en est l'ayant droit économique). Ces dépôts peuvent être soit individualisés (un compte bancaire ouvert par le gérant pour chacun de ses clients), soit globaux (*omnibus accounts*, le gérant mélangeant les avoirs de plusieurs clients sur un seul compte bancaire, à charge pour lui de tenir la comptabilité de ce qui revient à chacun). Cette organisation fiduciaire de la gestion de fortune, qui n'a jamais été la plus courante, est vraisemblablement appelée à perdre encore de l'importance dès lors que les gérants fiduciaires sont assimilés, depuis le 1^{er} janvier 1997, à des négociants en valeurs mobilières et, à ce titre, soumis à un agrément et à une surveillance administrative, à une révision approfondie par des auditeurs ainsi qu'à des règles d'organisation et de fonds propres particulièrement onéreuses¹⁶.

3. Activité de *nominee*

Agit comme *nominee* l'intermédiaire financier qui, par des arrangements contractuels particuliers, apparaît comme actionnaire au registre nominatif

¹³ LEVY Alain B. «La gestion de fortune par un gérant indépendant», in *Journée 1996 de droit bancaire et financier*, Berne (Stämpfli) 1996, p. 99.

¹⁴ On appelle généralement gestion de fortune la gestion discrétionnaire, mais dans le cadre des objectifs et des limites convenus avec le client, d'un portefeuille de valeurs mobilières. Sur l'analyse juridique, cf. notamment Alessandro BIZZOZERO, *Le contrat de gérance de fortune*, thèse, Fribourg [s.n.] 1992.

¹⁵ Cf. l'art. 305^{ter} du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0), qui réprime le défaut de vigilance en matière d'opérations financières, dans sa nouvelle version entrée en vigueur le 1^{er} août 1994, ainsi que la toute récente loi fédérale sur le blanchissement d'argent du 10 octobre 1997 (RS 955.0), qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1998. Voir en outre divers textes édictés par des autorités de surveillance telle la Commission fédérale des banques, ainsi qu'un nombre croissant de règles déontologiques (autorégulation), telles notamment celles contenues dans la Convention relative à l'obligation de diligence des banques, dont une nouvelle version a été adoptée au printemps 1998.

¹⁶ Art. 10 ss de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, du 24 mars 1995 (RS 954.1).

d'une société cotée en bourse tout en permettant à des investisseurs d'obtenir le bénéfice économique de ces actions sans être eux-mêmes inscrits comme actionnaires. La position particulière du *nominee* est connue de la société cotée: généralement, le *nominee* ne peut pas exercer les droits de vote attachés à la qualité d'actionnaire. D'autres dispositifs particuliers (notamment annonces statistiques) peuvent assurer une certaine transparence à l'égard de la société cotée.

La qualification de ces opérations est controversée. Un auteur a récemment démontré que l'activité de la SNOC (*Swiss Nominee Company*) – qui permet aux actions nominatives des sociétés américaines, endossées en blanc, de circuler dans le public comme des titres au porteur – ne relève pas de la fiducie. La SNOC est en effet inscrite comme actionnaire (légitimation formelle), mais les titres endossés en blanc changent de propriétaire, leur acquéreur devenant effectivement actionnaire au sens matériel du terme (légitimation matérielle, propriété juridique), même s'il ne peut exercer directement les droits qui résultent de cette qualité¹⁷. Il faut aujourd'hui se demander si les mêmes conclusions valent pour les prestations de la SEGA¹⁸ relativement aux actions japonaises¹⁹ et aux actions nominatives des sociétés suisses²⁰.

4. Fonds de placement

Les fonds de placement – l'équivalent suisse des *mutual funds*, *investment trusts* et *unit trusts* – ont une importance certaine pour la place financière suisse, puisque que des statistiques bancaires font état à fin 1995 d'une valeur d'inventaire de l'ordre de 60 milliards de francs suisses²¹. L'art. 2 al. 1 de la loi fédérale sur les fonds de placement²² précise que le «fonds de placement est constitué par les apports des investisseurs, effectués à la suite

¹⁷ OLGATI Lorenzo, *Schweizerische Nominees im Aktienregister amerikanischer Publikumsgesellschaften*, thèse, Zurich (Schulthess) 1995, notamment pp. 150 ss, qui mentionne (note 604) les opinions contraires. Récemment: KÜPFER Urs, *Treuhänderische Unternehmensbeteiligung u.B. der Nominee-Eintragung bei schweizerischen Publikumsgesellschaften*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1997.

¹⁸ La SEGA, Société suisse pour le virement de titres SA, a été constituée par les banques suisses pour assurer la conservation et l'administration technique de titres émis en grand nombre par des sociétés et des collectivités publiques suisses et assurer le *clearing* et le règlement des transactions qui s'y rapportent (*central depository*).

¹⁹ Cf. REYMOND/REVACLIÉ (1985), pp. 431 ss.

²⁰ Cf. Annexe 3 aux conditions générales de la SEGA du 1.05.1995, reproduite in *BF97 – Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, négociants, fonds de placement et marchés financiers en Suisse*, publié par L. THÉVENOZ et U. ZÜLAUF, Zurich (Schulthess) 1997, document 52-3c.

²¹ Cf. DU PASQUIER Shelby, «Fonds de placement: un état des lieux», in *Semaine judiciaire* (Genève) 1997, p. 198.

²² Cf. *supra* note 5.

d'un appel au public en vue d'un placement collectif; il est géré par une direction pour le compte des investisseurs, en règle générale selon le principe de la répartition des risques».

Bien que la loi n'emploie jamais ce terme, c'est bien une structure fiduciaire que le législateur a choisie pour organiser les rapports entre la direction et les porteurs de parts²³. La révision législative de 1994 n'a fait en cela que confirmer le choix déjà opéré dans la loi de 1966. Une forme fiduciaire avait en effet déjà été préférée à l'époque, tant au modèle anglo-américain des *investment trusts*²⁴, qu'à une forme corporative (société d'investissement²⁵) ou, dans le cadre d'une structure contractuelle, à une forme particulière de copropriété des porteurs de parts sur les actifs du fonds²⁶.

Les porteurs de parts ne sont pas titulaires d'un droit de propriété sur les valeurs mobilières ou immeubles acquis au moyen de leur apport, l'unique propriétaire étant la direction du fonds, en son propre nom mais dans l'intérêt des porteurs de parts. Les droits de ceux-ci à l'égard de la direction sont des droits personnels, et non réels: droit à la distribution du rendement des actifs, à la distribution du solde net en cas de liquidation, et droit d'exiger le rachat des parts (droit de sortie). On retrouve donc les éléments caractéristiques de la fiducie: un propriétaire juridique (direction du fonds de placement) qui gère les biens à lui confiés dans l'intérêt et pour le compte des porteurs de parts. Le fonds de placement diffère cependant de la fiducie de droit commun sur un point substantiel. Contrairement à la règle commune, qui veut que le fiduciaire doive restituer en nature les biens fiduciaires qui lui ont été confiés par ou qu'il a acquis pour le fiduciaire, la direction ne doit pas remettre une partie des actifs du fonds en cas de dissolution ou lors du rachat de parts, mais verser une somme représentant la valeur d'inventaire de la quote-part du fiduciaire, quitte à réaliser pour cela une partie des investissements.

5. Gestion collective des droits d'auteurs

La plupart des auteurs d'oeuvres musicales et littéraires confient l'exploitation de leurs oeuvres à des sociétés de gestion, lesquelles ont pour

²³ Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 279 s.

²⁴ Le trust étant comme tel inconnu de l'ordre juridique suisse interne, cf. *infra* VI.B.1.

²⁵ Qui est fiscalement désavantageuse, en raison d'un double prélèvement de l'impôt: une première fois au titre du bénéfice réalisé par la société, une seconde fois chez l'investisseur, sur le revenu que représente le versement d'un dividende.

²⁶ La copropriété des porteurs de parts sur les actifs du fonds aurait largement représenté une fiction dans la mesure où ces copropriétaires ne peuvent et ne doivent en réalité exercer aucune influence sur la gestion quotidienne, que le droit de disposer des actifs, caractéristique du propriétaire, n'est donc pas réalisé et qu'il aurait fallu en outre exclure l'action individuelle en partage.

tâche de percevoir l'émolument dû à l'auteur. La loi sur le droit d'auteur²⁷ soumet à autorisation et à surveillance l'exercice des droits à la rémunération ainsi que la gestion collective des droits patrimoniaux des auteurs d'oeuvres protégées. La gestion collective est assurée par diverses sociétés d'exploitation. Le contrat, par lequel l'auteur confie ses droits à la société de gestion, appelé contrat de gestion, obéit aux règles du mandat²⁸. Aux fins de cette gestion, l'auteur cède cependant ses droits patrimoniaux à titre fiduciaire²⁹. La société de gestion procède, en son propre nom et pour le compte collectif de tous ses adhérents, à tous les actes juridiques que nécessite la gestion desdits droits, et peut également intenter des actions en justice. Puisqu'il a aliéné ses droits patrimoniaux, même si c'est à titre fiduciaire et pour une durée limitée, l'auteur ne peut plus exercer ces mêmes droits directement aussi longtemps que dure le contrat³⁰.

B. Fiducie-sûreté

Le recours à la fiducie-sûreté est très variable, suivant ses objets. Il est déterminé par les contraintes légales et fiscales, qui varient suivant la nature des biens en question (meubles, immeubles, créances, autres droits)³¹.

- a) En matière immobilière, elle est pratiquement inutilisée. Des motifs fiscaux ainsi que l'attrait des trois formes de gage foncier autorisées par le Code civil (hypothèque, cédule hypothécaire et lettre de rente) dissuadent les utilisateurs potentiels.
- b) Le droit suisse ne connaît pas l'hypothèque mobilière (sauf pour les bateaux, les aéronefs et le bétail). La validité du gage mobilier exige que le constituant se soit dessaisi de son objet (principe du nantissement, *Faustpfandprinzip*), à tout le moins qu'il n'en conserve pas la possession exclusive (art. 884 al. 3 CC). On rencontre des rares cas

²⁷ Cf. *supra* note 6.

²⁸ Sur le mandat du droit suisse en tant que type contractuel général du contrat portant sur des services rendus à titre indépendant et sans promesse d'un résultat, cf. *infra* V.A.1.

²⁹ Ainsi, par exemple, les statuts de la SUISA (contraction de SUISSe Auteurs), société coopérative pour la gestion des oeuvres musicales non théâtrales, prévoient que «l'octroi de mandats de gestion est subordonné à la cession des droits d'auteur à SUISA» (point 7.2 des Statuts). Celle-ci les exerce «en son propre nom» (point 4.6, première phrase), l'auteur participant à la répartition du produit total de la gestion collective proportionnellement au rendement de chaque oeuvre (cf. art. 48 al. 1 et 49 LDA).

³⁰ Sur ces questions, cf. Denis BARRELET et Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*. Berne (Stämpfli) 1994, pp. 173 ss.

³¹ Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 302 ss.

d'aliénations fiduciaires de meubles corporels à titre de garantie. Quoique valables dans les rapports internes entre le constituant de la sûreté (fiduciant) et son bénéficiaire (fiduciaire), leur efficacité juridique est très réduite du fait qu'une disposition spécifique du code civil (art. 717 CC) les rend inopposables aux tiers, notamment aux créanciers du fiduciant, lorsque le fiduciant est resté en possession immédiate de la chose. La fiducie-sûreté conserve tout de même une importance pratique non négligeable pour certains papiers-valeurs³². Par exemple, lorsque la banque émettrice ou confirmatrice d'un crédit documentaire (*letter of credit*) devient propriétaire fiduciaire des connaissements et autres documents endossés à son ordre. Il en va de même pour la garantie des crédits immobiliers dans la mesure où les établissements bancaires se font désormais céder la propriété fiduciaire des cédules hypothécaires³³ afin de faciliter la réalisation du gage qu'ils se font ainsi concéder sur l'immeuble qui sert de garantie au crédit³⁴.

- c) Mais c'est dans le domaine de la cession de créances que la fiducie-sûreté est la plus utilisée. Ainsi, le crédit-cession est-il devenu l'une des formes de crédit les plus courantes de la pratique bancaire³⁵. La sûreté qui résulte de la cession à titre fiduciaire des créances commerciales existantes et futures de l'emprunteur a supplanté le nantissement de ces mêmes créances. Le succès de la cession globale est principalement dû à cinq causes, quatre inhérentes et une résultant des circonstances. Contrairement au nantissement, la cession ne suppose pas que le titre de reconnaissance de dette soit remis au bénéficiaire de la sûreté. La pleine titularité de la créance procure au bénéficiaire une position plus indépendante face aux débiteurs des créances cédées; en cas de faillite du constituant de la sûreté, le créancier à titre fiduciaire peut faire valoir sa créance directement, à bref délai, et le cas échéant par une poursuite ordinaire contre chaque *debitor cessus*. Il peut également vendre à un tiers la créance, car celle-ci peut être aliénée indépendamment de la créance garantie, et la sûreté peut subsister à l'extinction de cette dernière, dont elle n'est pas l'accessoire. Enfin, la cession-sûreté a bénéfi-

³² Cf. de GOTTRAU (1997), pp. 196 ss.

³³ Conformément aux art. 842 ss CC, la cédule hypothécaire est un papier-valeur incorporant à la fois une créance contre le débiteur nommé et un gage immobilier sur l'immeuble désigné.

³⁴ Cf. VOLLENWEIDER Markus F., *Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank*, thèse, Fribourg (Ed. Universitaires) 1995; BAR Rolf, «Der indirekte Hypothekarkredit - Zur Sicherungsübereignung und Verpfändung von Schuldbriefen», in *Theorie und Praxis der Grundpfandrechte*, Berne (Stämpfli) 1996, pp. 105-132.

³⁵ Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 306 ss et de GOTTRAU (1997), pp. 221 ss.

cié d'une jurisprudence très généreuse – pour ne pas dire laxiste –, la validité des cessions globales trouvant ses seules limites dans la protection du cédant contre des engagements excessifs (cf. art. 27 al. 2 CC)³⁶. Le Tribunal fédéral a estimé que ces limites étaient franchies dans le cas d'une cession de l'ensemble des créances futures du cédant, mais pas de la cession de toutes ses créances actuelles ou futures résultant de son activité commerciale³⁷.

III. Structure de la fiducie

Selon l'analyse qui s'est aujourd'hui imposée en Suisse, la fiducie est une combinaison d'actes juridiques qui relève à la fois du droit des obligations (c'est un contrat) et du droit des biens (c'est un acte de disposition).

Par un contrat générateur d'obligations (la *convention de fiducie*), le fiduciant s'engage à remettre la pleine titularité juridique de certaines choses ou certains droits (les biens fiduciaires) tandis que le fiduciaire s'engage à les conserver, à les administrer, éventuellement même à les aliéner, conformément aux objectifs et aux clauses de la convention, ainsi qu'à restituer les biens fiduciaires (originaux ou acquis en remploi des biens originaux) à l'expiration de la convention de fiducie. La fiducie-gestion peut généralement être résiliée de part et d'autre. La fiducie-sûreté ne trouve son terme qu'au moment où le fiduciaire a été désintéressé.

Simultanément ou consécutivement, et en exécution de la convention de fiducie, le fiduciant aliène (*acte de disposition* ou *acte translatif de droits*) au profit du fiduciaire les biens fiduciaires, c'est-à-dire les choses mobilières ou immobilières, les créances, papiers-valeurs, droits de propriété intellectuelle ou industrielle, etc., sur lesquels porte la convention de fiducie, de sorte que le fiduciaire en acquiert intégralement le titre juridique³⁸.

Pendant longtemps, doctrine et jurisprudence se sont penchées sur «l'acte fiduciaire» en portant l'accent sur l'acte de disposition, opposable *erga omnes*, mais restreint *inter partes* par une convention qui prétend en limiter les effets. Cette approche mettait en évidence une forme de contradiction entre rapports externes et rapports internes, le fiduciaire étant

³⁶ La jurisprudence renonce ici au principe de spécialité qui gouverne la constitution de droits réels, tel le gage sur créances.

³⁷ ATF 112 II 433 c. 3, JdT 1987 I 162, 164 s., confirmé *obiter dictum* in ATF 113 II 163, 165.

³⁸ On admet également que les biens fiduciaires puissent être remis par des tiers à titre gratuit ou acquis de ceux-ci au moyen des fonds remis par le fiduciant (acquisition indirecte). On verra que ces biens seuls bénéficient, dans le régime commun de la fiducie-gestion, d'un privilège de faillite (art. 401 CO, cf. *infra* V.A.1).

investi à l'égard des tiers d'un pouvoir qui excède ce qui est nécessaire à la gestion voulue par le fiduciaire. Une telle analyse était déterminée par le souci d'insérer la fiducie dans le système du droit privé et de respecter en particulier trois des principes cardinaux sur lesquels repose la codification suisse, à savoir une distinction stricte entre droit des biens et droit des obligations, entre droits réels et droits personnels; le principe *du numerus clausus* des droits réels; et enfin, le principe de l'unité du patrimoine. Comme nous le verrons, ces principes, bien que n'ayant jamais été abandonnés, ont subi de fortes atténuations, par la jurisprudence, comme par le législateur.

A. Stricte opposition entre droits réels et droits personnels

Dans l'arrêt de 1905 qui consacre la reconnaissance de l'institution fiduciaire par le droit civil, le Tribunal fédéral se prononce en faveur de la théorie du transfert plein et entier de la propriété (*Theorie des vollen Eigentumsüberganges*)³⁹. Il en résulte que, du point de vue de sa structure juridique, l'acte fiduciaire doit être envisagé sur deux niveaux parallèles: sur le plan des droits réels, un plein transfert de droits au fiduciaire, efficace *erga omnes*; sur le plan obligationnel, une convention qui limite, valablement mais *inter partes* seulement, l'usage que le fiduciaire pourra faire des droits transférés.

Comme le Tribunal fédéral, la doctrine majoritaire suit la *Theorie des vollen Rechtserwerbes durch den Treuhänder (Vollrechtstheorie)*, c'est-à-dire la théorie du transfert intégral des droits⁴⁰. Elle considère le transfert fiduciaire de droits comme une forme particulière d'acte de disposition. Le fiduciaire est le véritable et seul titulaire du droit patrimonial transféré, aussi bien au plan formel que matériel. Le fait que, dans la fiducie-gestion, le fiduciaire soit investi d'une titularité dont il ne tire aucun avantage direct n'atténue en rien le caractère intégral de cette titularité, que ce soit à l'égard des tiers, qui peuvent et doivent le considérer comme seul propriétaire, créancier ou actionnaire, ou à l'égard du fiduciaire lui-même⁴¹.

Dès lors que l'acte de disposition opère un transfert pleinement valable, le fiduciaire n'est plus titulaire des droits patrimoniaux transférés à titre fiduciaire. Démuni de tout droit réel, le fiduciaire n'a aucun droit de suite ni de revendication. Les biens transférés ne font plus partie de son patrimoine. Ils y sont représentés par une créance, celle dont le fiduciaire est le débiteur et dont l'objet est la restitution des biens fiduciaires lors de la liquidation

du rapport fiduciaire. Les créanciers du fiduciaire ne peuvent pas faire porter l'exécution forcée sur les biens fiduciaires, mais exclusivement sur cette créance du fiduciaire envers le fiduciaire en restitution des biens à l'extinction des rapports fiduciaires.

Si les droits du fiduciaire contre le fiduciaire sont de nature purement personnelle, le fiduciaire est donc un simple créancier du fiduciaire. Il peut exiger l'exécution des obligations assumées par le fiduciaire, cas échéant par une action en justice, et obtenir des dommages-intérêts en cas d'inexécution.

Tout système juridique qui distingue l'acte générateur d'obligations (titre d'acquisition) de l'acte translatif de droits (acte de disposition) doit se prononcer sur les rapports d'interdépendance entre l'un et l'autre. L'acte de disposition est dit abstrait lorsque sa validité est indépendante de celle du titre d'acquisition et causal lorsqu'elle est subordonnée à celle du titre d'acquisition qui en est la cause. En droit suisse, les actes de disposition portant sur la plupart des droits et des choses sont de nature causale: leur validité dépend de celle de l'obligation que le transfert de droits tend à exécuter. La question reste cependant controversée pour la cession de créances. Après une jurisprudence fluctuante, le Tribunal fédéral a fini par admettre, soutenu par la doctrine aujourd'hui presque unanime, que la convention de fiducie représente une cause suffisante de l'acte de disposition relatif aux biens sur lesquels la fiducie est constituée⁴².

Comme on l'a relevé plus haut, une conception traditionnelle voit une contradiction entre le fait d'accorder un pouvoir illimité au fiduciaire (par un acte de disposition) pour restreindre aussitôt ce pouvoir (au moyen de la convention de fiducie). La fiducie donnerait une situation privilégiée au fiduciaire dans laquelle ses pouvoirs excéderaient ses droits. Jurisprudence et doctrine ont relevé, sans doute de manière équivoque, que «der Fiduziar kann mehr als er darf» (le fiduciaire peut plus qu'il ne doit)⁴³. On parle d'un «pouvoir excédentaire» ou «exorbitant» (*überschiessende Rechtsmacht*) pour qualifier cette contradiction où le pouvoir conféré au fiduciaire dépasse le but économique voulu par les parties⁴⁴.

Il n'est à notre sens pas exact de parler de contradiction entre pouvoirs (dans les rapports externes) et devoirs (dans les rapports internes), car l'octroi de la compétence la plus complète, c'est-à-dire de la pleine titula-

³⁹ ATF 31 II 105.

⁴⁰ Cf., par exemple, JÄGGI/GAUCH (1980), nos 188 à 200 et références citées.

⁴¹ REYMOND (1989), p. 653.

⁴² Sur cette évolution, cf. KRAMER Ernst A., *Berner Kommentar. Das Obligationenrecht*, t. VI/1.3, [ad art. 18 OR], Berne (Stämpfli) 1986, n° 125 p. IV/57.

⁴³ Cf., par exemple, pour la jurisprudence, ATF 119 II 326, 328, JdT 1995 II 87, 90; pour la doctrine, Theo GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zurich (Schulthess) 1991, p. 126.

⁴⁴ Cf., par exemple, pour la jurisprudence, ATF 71 II 167, 169; pour la doctrine, GAUCH (1980), no 189.

rité du droit, est souvent nécessaire au but poursuivi par les parties. Ainsi, en matière de placements fiduciaires sur l'euromarché, le transfert de la pleine titularité du bien fiduciaire à la banque fiduciaire est indispensable puisque les particuliers n'ont pas la possibilité d'intervenir personnellement sur l'euromarché, celui-ci mettant en relation un réseau international d'établissements bancaires qui ne traitent qu'entre eux et ne veulent précisément pas devoir régler compte avec les bénéficiaires économiques de ces dépôts⁴⁵. La structure fiduciaire délibérément adoptée par le législateur pour organiser les rapports entre directions de fonds de placement et porteurs, ou encore entre auteurs et sociétés de gestion collective tient précisément au fait que l'exercice efficient et compétent des tâches de gestion suppose une indépendance accrue par rapport aux bénéficiaires économiques, qui ne pourrait être garantie si ceux-ci restaient juridiquement titulaires des droits gérés.

Plus généralement, on peut affirmer que le fiduciaire, en matière de fiducie-gestion, s'engage à exercer temporairement un plein pouvoir juridique sur un élément de patrimoine que le fiduciaire lui confie à cet effet. Le fiduciaire a donc le pouvoir comme le devoir d'exercer une pleine titularité, en son propre nom, mais pour le compte du fiduciaire. Il lui est simplement interdit de s'approprier la valeur économique du bien fiduciaire (devoir de loyauté). Le même raisonnement vaut, *a fortiori*, en matière de fiducie-sûreté, où les parties ont précisément pour but de conférer au fiduciaire, par la pleine titularité qui lui est attribuée sur le bien fiduciaire, une garantie plus complète que celles que lui auraient procurées d'autres formes de sûretés réelles. Ici encore, que le fiduciaire puisse agir de manière contraire à ses engagements est une évidence, mais une telle possibilité existe dans tous les contrats.

B. Principe du *numerus clausus* des droits réels

Selon le principe du *numerus clausus* des droits réels, seuls les droits réels prévus par le législateur peuvent être valablement constitués par les parties. On admet que ce principe comprend la limitation des types de droits réels (soit la restriction du nombre de droits réels) ainsi que la fixation du type de ces droits réels (soit la définition impérative de leur contenu)⁴⁶. Ainsi, en ce qui concerne l'aspect réel de la fiducie, seule peut être admise l'une des

figures énumérées dans la loi. Une fois cette figure choisie, celle-ci ne peut avoir que le contenu défini par cette même loi.

Comme nous l'avons vu, la jurisprudence et la doctrine ont basé la fiducie sur un transfert plein et entier de la propriété au fiduciaire. La propriété est en effet l'une des catégories de droits réels admise par la loi. Selon la conception généralement admise, la propriété est le droit conférant la maîtrise totale et exclusive d'une chose, dans les limites de l'ordre juridique. Elle comporte la faculté d'user, de jouir et de disposer (matériellement ou juridiquement) de la chose. La propriété confère à son titulaire l'ensemble des facultés de maîtrise. Lorsque ces facultés sont exercées par plusieurs personnes, dans le cas d'une propriété collective (propriété commune ou copropriété), chacun des titulaires de la propriété exerce sur la chose un droit qui a la même intensité que celui des autres titulaires⁴⁷. Il résulte ainsi du principe du *numerus clausus* que toute construction d'un type nouveau de propriété doit être écartée.

Tant la jurisprudence⁴⁸ que la doctrine majoritaire⁴⁹ considèrent que la propriété du fiduciaire sur les biens fiduciaires n'est rien d'autre qu'une pleine propriété au sens des art. 641 ss CC. On a ainsi toujours évité de concevoir dogmatiquement l'existence d'une «propriété fiduciaire» qui aurait un contenu spécifique. En particulier, une forme de propriété dualiste, comme en Allemagne où l'on distingue propriété juridique (ou formelle) et propriété économique (ou matérielle), n'a jamais été ouvertement admise. De même, les propositions tendant à reconnaître une «*propriété relative*», une «*propriété temporaire*», une «*propriété conditionnelle*», une «*propriété fiduciaire mixte*» ou même à attribuer un droit réel limité nouveau au fiduciaire ont toutes été rejetées parce que contraires au principe du *numerus clausus*⁵⁰.

C. Principe de l'unité du patrimoine

On peut définir le patrimoine d'une personne comme «l'universalité de droit composée de l'ensemble de ses biens, de ses droits [estimables en argent] et de ses obligations, actuels et futurs»⁵¹. Le principe de l'unité du patrimoine, sous-jacent mais jamais exprimé comme tel par les codes suisses, interdit

⁴⁵ Cf., WITZ Claude, «Un texte exemplaire: le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit», in *Droit et pratique du commerce international* (Paris), Tome X (1984), p. 140.

⁴⁶ Sur cette question, cf. FOËX (1987), n^{os} 152 ss.

⁴⁷ Cf. STEINAUER Paul-Henri, «La propriété privée aujourd'hui», rapport présenté à la Société suisse des juristes, *Revue de droit suisse* (Helbing & Lichtenhahn) 100 II (1981) p. 229.

⁴⁸ Cf., par exemple, ATF 96 II 79, 93, JdT 1971 I 329, 342.

⁴⁹ Cf., par exemple, FOËX (1987), n^o 333.

⁵⁰ Cf., par exemple, FOËX (1987), n^{os} 284 et 261 ss, et THÉVENOZ (1995), pp. 337 s.

⁵¹ ROSSIER Yves, «Etude comparée de certains aspects patrimoniaux de la fiducie», in *Revue de droit de McGill* (Montréal) 34 (1989), p. 879.

aux individus de distinguer de leur propre chef plusieurs masses distinctes à l'intérieur de leur patrimoine. La responsabilité patrimoniale du débiteur est donc illimitée et intégrale; elle porte normalement sur l'ensemble de son patrimoine. Dans ce domaine, la dogmatique refuse donc catégoriquement tant l'idée d'un patrimoine autonome que celle d'un patrimoine affecté.

Appliqué dans toute sa rigueur, ce principe impliquerait que dans le patrimoine du fiduciaire, les biens fiduciaires (dont il a la titularité juridique sans en avoir le bénéfice économique) ne sauraient être distingués de ses autres biens, dont il est à la fois le propriétaire juridique et l'ayant droit économique. D'une manière générale, il n'existe pas de différence juridique en matière de propriété ou de titularité de créance selon qu'une acquisition a été faite à titre fiduciaire ou à titre personnel. Les créanciers personnels du fiduciaire peuvent saisir l'ensemble des biens de leur débiteur, y compris ceux qu'il détient à titre fiduciaire⁵².

Quant au fiduciaire, qui a aliéné la propriété des biens fiduciaires et ne dispose dès lors que de créances personnelles contre le fiduciaire, il doit en principe également être traité comme un créancier ordinaire pour sa créance en restitution des biens fiduciaires au terme de la convention de fiducie. Ainsi, en cas de faillite du fiduciaire, les biens fiduciaires tombent dans la masse en faillite⁵³ et ne devraient en principe pas pouvoir être distraits au profit du fiduciaire⁵⁴. Comme la faillite transforme toutes les dettes du débiteur en dettes d'argent, et que les créances du fiduciaire contre le fiduciaire ne sont en principe pas garanties par gage, elles sont colloquées dans la classe commune à tous les débiteurs non privilégiés du fiduciaire⁵⁵.

En fait, la jurisprudence, par l'application des règles sur le mandat à la fiducie-gestion de droit commun, et le législateur, dans les trois lois spéciales qu'il a consacrées à la fiducie, ont considérablement atténué la rigueur de ces principes. L'application de l'art. 401 CO⁵⁶ à la fiducie commune a ouvert une brèche notable, mais encore très partielle, en consacrant un droit de distraction au profit du fiduciaire pour les choses mobilières et les créances acquises par le fiduciaire auprès de tiers. En matière de fonds de placement, de gestion collective des droits d'auteurs et d'opérations fiduciaires des banques, on peut vraisemblablement parler d'un patrimoine

fiduciaire distinct et affecté, en tout cas quant à son sort en cas de faillite du fiduciaire.

IV. Sources historiques

Il résulte d'une opinion répandue, mais contestable, que la structure de la fiducie en droit suisse ne serait qu'une transposition modernisée de celle de la *fiducia* romaine⁵⁷. Selon cette conception, la *fiducia* se compose de deux actes distincts: un acte de disposition, effectué au moyen du procédé formaliste de la *mancipatio*, par lequel le fiduciaire transfère au fiduciaire la propriété du bien fiduciaire; un pacte distinct, le *pactum fiduciae*, par lequel le fiduciaire s'engage à retransférer ce bien au fiduciaire, à certaines conditions. Le fiduciaire n'aurait qu'une créance en restitution à l'encontre du fiduciaire, propriétaire unique et absolu du bien fiduciaire, lequel serait intégré dans son patrimoine personnel.

Dans une étude en cours de rédaction⁵⁸, l'un des auteurs de ce rapport tente de démontrer que cette conception est fautive. Née en droit archaïque à une époque où les grands principes du droit privé (distinction entre droit réel et droit personnel, droit de propriété absolu, notion de patrimoine) ne sont pas encore fixés d'une manière stricte, la *fiducia* consiste en un acte unique, un *mancipio dare ut remancipetur* (transfert d'un pouvoir juridique au moyen d'une mancipation dans le but d'un retransfert ultérieur), soit d'un transfert temporaire et finalisé d'une titularité juridique sur un bien. Le devoir de restitution est inhérent à la *fiducia*, et n'a en conséquence pas besoin d'être convenu dans un pacte adjoint. Le fiduciaire ne dispose pas à proprement parler d'une créance en restitution, mais d'une action personnelle lui permettant de faire condamner le fiduciaire, lorsque celui-ci, selon la clause célèbre de l'*actio fiduciae* reproduite dans plusieurs écrits de Cicéron⁵⁹, n'a pas agi comme entre gens de biens et sans tromperie (*ut inter bonos bene agere oportet [et sine fraudatione]*).

⁵⁷ Cf., par exemple, François GUISSAN, «La fiducie en droit suisse», in *La fiducie en droit moderne - Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit*, volume V, Paris (Association des juristes de langue française) 1938, p. 114: «En général, notre doctrine suisse en est restée à la *fiducia* romaine..., parce qu'on ne peut sortir de la formule de la *fiducia* romaine, acte complexe: un transfert en pleine propriété plus un *pactum fiduciae*», puis, p. 115: «En droit privé, l'institution générale de la loi suisse, quand il s'agit de transférer un bien à quelqu'un pour qu'il l'emploie au profit d'un autre, c'est la *fiducia* romaine. C'est la seule qui soit compatible avec la définition classique de la *propriété* privée».

⁵⁸ Thèse de doctorat de Jean-Philippe DUNAND en préparation à la Faculté de droit de l'Université de Genève, sous la direction du professeur Bruno SCHMIDLIN. Titre provisoire: *Le transfert du patrimoine dans la fiducie-gestion en droit romain et en droit moderne. Mancipio dare ut remancipetur*.

⁵⁹ Par exemple, dans *De officiis*, 3.17.70.

⁵² Cf. REYMOND/REVAQUIER (1985), p. 445.

⁵³ Art. 197 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889, révisée le 16 décembre 1994 (LP).

⁵⁴ Art. 242 LP.

⁵⁵ La troisième classe au sens de l'art. 219 al. 4 LP.

⁵⁶ Dont on reparlera *infra* sous V.A.1.

La *mancipatio* a pour effet de transférer au fiduciaire le titre formel de propriété sur le bien fiduciaire. Vis-à-vis des tiers, le fiduciaire exerce le titre de propriétaire, où autrement dit, «joue le rôle du propriétaire». Privé de son droit de propriété, le fiduciaire n'est pas dépourvu de tout pouvoir juridique sur ce bien. De nombreuses sources de juristes de l'époque classique démontrent que le fiduciaire conserve un certain pouvoir de disposition sur le bien fiduciaire, pour autant que l'acte juridique qu'il accomplit soit compatible avec le but recherché dans l'opération fiduciaire en question (*fiducia cum creditore* ou *fiducia cum amico*). Par ailleurs, tout se passe comme si la valeur du bien n'était que déposée chez le fiduciaire: le bien fiduciaire est considéré comme demeurant économiquement dans le patrimoine du fiduciaire et représente même à certains égards une masse distincte à l'intérieur du patrimoine du fiduciaire. Le fiduciaire peut être considéré comme le propriétaire matériel, économique du bien fiduciaire.

La conception dogmatique de la fiducie en droit suisse ne repose ainsi pas directement sur les sources romaines, mais découle d'une interprétation erronée de celles-ci, effectuée par certains juristes allemands dans la seconde moitié du siècle dernier. Ces derniers eurent certes pour mérite de souligner qu'une institution comme la *fiducia* pouvait être utile au droit allemand moderne, en voie de codification. Les sources romaines eurent en effet une influence déterminante, puisqu'elles démontrèrent la réalité historique et pratique de la fiducie tout en servant de base aux propositions de création d'une fiducie moderne. L'un des buts recherchés était de donner un fondement juridique à certains actes juridiques, tels le transfert et la cession aux fins de sûreté, qui étaient menacés d'inefficacité pour cause de simulation. Parmi les nombreuses analyses des sources romaines, on privilégia cependant la théorie de l'acte fiduciaire (*fiduziarisches Geschäft*) du Pandectiste REGELSBERGER⁶⁰, qui fut adoptée en Suisse dès le début de notre siècle⁶¹, car elle était en phase avec les grands principes du Code civil allemand, alors en cours de rédaction. La *fiducia* romaine, reflet du génie et de l'originalité profonde de l'esprit juridique romain, a été dénaturée par la doctrine allemande du XIX^{ème} siècle, imprégnée de schématismes, de vérités absolues et d'abstractions.

V. Régime juridique

Pour comprendre le régime actuel de la fiducie en Suisse, il convient de distinguer entre la fiducie de droit commun, qui résulte d'une construction jurisprudentielle et doctrinale fondée sur la codification générale du droit privé (Code civil, Code des obligations et loi sur la poursuite pour dettes et la faillite), des régimes fiduciaires particuliers consacrés par le législateur dans trois domaines particuliers, à savoir les activités bancaires, les fonds de placement et la gestion collective de droits d'auteur. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que la plupart des opérations fiduciaires, en particulier dans le domaine bancaire, sont effectuées sur la base de contrats standardisés (conditions générales).

A. Fiducie commune

1. Fiducie-gestion

On a évoqué plus haut les principes adoptés par la jurisprudence dès 1905 pour rendre compte de la fiducie. Il s'agit maintenant de résumer quelques traits saillants du régime juridique de la fiducie-gestion.

Après avoir souvent indiqué que la convention de fiducie-gestion «produit entre les parties qui la concluent, les effets du mandat ou d'un contrat similaire»⁶², le Tribunal fédéral affirma en 1973 qu'elle est soumise aux règles du mandat⁶³. En doctrine, certains auteurs penchent pour un mandat ordinaire ou un rapport juridique qui lui est assimilé, d'autres pour un contrat innommé ou *sui generis*. Mais tous admettent très largement l'application, directe ou par analogie, des dispositions légales sur le mandat⁶⁴. Il faut préciser que le droit suisse conçoit le mandat (*Auftrag*) 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 le service qu'il a promis». Tel qu'il est réglé aux art. 394 ss du Code des obligations, le mandat a donc un objet beaucoup plus vaste que celui qui lui est traditionnellement dévolu dans les autres ordres juridiques, puisqu'il s'agit du type contractuel général relatif à la prestation de services à titre indépendant et sans garantie d'un résultat. Le mandat peut être exercé à titre onéreux ou gratuit. Il peut comporter une représentation juridique directe ou indirecte, mais cet élé-

⁶⁰ Cf. REGELSBERGER Ferdinand, «Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession», in *Archiv für die civilistische Praxis* (Heidelberg, Tubingue) 63 (1880), pp. 172 s.

⁶¹ Tout d'abord, par la jurisprudence, dans l'arrêt fondamental de 1905 (cf. *supra* note 3), puis, par la doctrine (cf., par exemple, AEBY Pierre, «L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse», in *Revue de droit suisse* 1912, pp. 149 ss).

⁶² Cf., par exemple, ATF 85 II 97, JdT 1960 I 142, 143.

⁶³ ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, 591/2, *Feras Anstalt c. Vallugano*.

⁶⁴ Cf. RAPP (1994), pp. 36 s. et références citées.

ment n'est pas nécessaire, et il peut également se limiter à des activités purement matérielles⁶⁵.

Comme tous les autres contrats soumis au code suisse des obligations, la fiducie peut être conclue par toute personne physique ou morale ayant l'exercice des droits civils. Il n'existe donc en principe pas de limites à la qualité de fiduciaire (mandant) ou de fiduciaire (mandataire). La conclusion de la convention de fiducie n'est subordonnée à aucune forme⁶⁶. Comme tout mandat, elle peut être révoquée en tout temps par le mandant comme par le mandataire (art. 404 al. 1 CO). Par ailleurs, le mandat se termine «par la mort, l'incapacité ou la faillite soit du mandant, soit du mandataire, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire» (art. 405 al. 1).

Le fiduciaire est tenu, à la demande du fiduciaire, «de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que se soit» (art. 400 al. 1). Il est soumis aux instructions du fiduciaire (art. 397 al. 1), qu'il doit exécuter pour autant qu'elles ne soient pas contraires à la loi ou aux bonnes mœurs. Il doit au fiduciaire une bonne et fidèle exécution de ses obligations (art. 398 CO). Etant propriétaire des biens fiduciaires, il peut vis-à-vis des tiers valablement en disposer selon son gré, sans possibilité d'intervention du fiduciaire. Si ce faisant il viole les obligations qui résultent pour lui de la convention de fiducie, la validité de ces actes de disposition n'en est en principe pas affectée, mais il engage sa responsabilité pécuniaire, voire pénale.

La désignation d'un bénéficiaire par le fiduciaire est possible⁶⁷, même si elle ne correspond pas au schéma classique de la fiducie, qui se termine usuellement par le retour au fiduciaire des biens qui ont fait l'objet de la fiducie. Dans le cas où elle traduit l'intention d'une libéralité, elle prendra alors le plus souvent la forme d'une donation entre vifs, soumise à l'exigence de la forme écrite (art. 243 al. 1 CO) et de la signature du fiduciaire-donateur (art. 13 al. 1 CO), ou d'une donation pour cause de mort, nécessitant le respect des conditions de forme des dispositions pour cause de mort (art. 245 al. 2 CO et 467 ss CC). Il est également envisageable de conférer au bénéficiaire de véritables créances à l'encontre du fiduciaire, par le biais d'une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO). Le

⁶⁵ Cf. surtout Franz WERRO, *Le mandat et ses effets*, Fribourg (Ed. Universitaires) 1993 [Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, n° 128].

⁶⁶ La forme écrite est fréquente, pour des raisons de preuve ainsi qu'en raison de la législation fiscale, qui reconnaît les rapports fiduciaires – en imposant la fortune et le revenu fiduciaires directement chez le fiduciaire – lorsqu'ils sont justifiés économiquement, qu'ils reposent sur une convention écrite et que le fiduciaire perçoit une rémunération pour son activité.

⁶⁷ Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 345 ss.

bénéficiaire peut alors se voir reconnaître un droit à la distribution de tout ou partie des revenus du patrimoine fiduciaire, voire de tout ou partie des biens fiduciaires eux-mêmes. Disposant dans ce cas d'un droit à l'exécution de la convention de fiducie, le bénéficiaire peut exiger du fiduciaire l'indemnisation d'un éventuel dommage lorsque l'exécution n'en est pas bonne ou fidèle (art. 398 CO).

Malgré la conception dogmatique de la fiducie qu'elle a faite sienne (théorie du transfert intégral des droits), la jurisprudence a cherché à protéger le patrimoine fiduciaire par le biais de l'interprétation, définies au cas par cas, de diverses dispositions légales. Le principe moteur a été avant tout la volonté d'adapter le droit à la réalité économique. La première décision en la matière date de 1952. Le Tribunal fédéral estima qu'en cas de pluralité de fiduciaires, les droits du fiduciaire prédécédé ne tombent pas dans sa succession (comme l'exigerait le principe de l'universalité de la succession), mais accroissent ceux des cofiduciaires survivants⁶⁸. Cette décision est considérée comme marquant le premier pas en direction de la reconnaissance d'un véritable patrimoine fiduciaire séparé. Quelques années plus tard, le Tribunal fédéral confirma implicitement ce régime particulier dans une jurisprudence où il affirma également que le délai de prescription (de dix ans, art. 127 CO) de la créance du fiduciaire en restitution des biens remis au fiduciaire ne commence à courir qu'au moment où la fiducie prend fin et non pas depuis la remise des biens⁶⁹.

Mais, la jurisprudence fondamentale date de 1973 et concerne l'application de l'art. 401 CO à la fiducie-gestion. Sous la note marginale «Transfert des droits acquis par le mandataire», l'art. 401 CO concerne les créances et les biens mobiliers que le mandataire a acquis en son propre nom, mais pour le compte du mandant. Lorsque le mandant a satisfait à ses obligations envers le mandataire, il dispose, pour les créances d'un droit de subrogation (al. 1) existant également en cas de faillite du mandataire (al. 2) et, pour les objets mobiliers d'un droit de distraction dans la faillite du mandataire (al. 3). Jusqu'en 1973, le Tribunal fédéral, appliquant strictement la théorie du transfert intégral, avait refusé d'accorder au fiduciaire un droit de distraction dans la faillite du fiduciaire. Il a changé d'avis dans son célèbre arrêt *Feras Anstalt c. Banque Vallugano SA* en indiquant que le fiduciaire pouvait se prévaloir de l'art. 401 CO pour obtenir en sa faveur la distraction des sommes d'argent acquises de tiers par la banque agissant à titre fiduciaire, pour autant que l'argent encaissé par la banque ait été cré-

⁶⁸ ATF 78 II 445, JdT 1953 I 523, 530, *Boeckli c. Masse Meyer*.

⁶⁹ ATF 91 II 442, JdT 1966 I 337, 346, *Thorwart*.

dité sur un compte spécial libellé au nom du mandant et demeurant séparé des autres fonds du mandataire⁷⁰.

Il faut toutefois relever que la portée de la jurisprudence *Vallugano* a été relativisée dans des jurisprudences postérieures. Ainsi, le Tribunal fédéral a, d'une part, affirmé que l'art. 401 CO ne s'applique pas aux biens ou créances fiduciaires qui ont été remises directement par le fiduciaire au fiduciaire⁷¹, et d'autre part, précisé que la revendication de l'al. 3 n'est plus possible dès l'instant où les sommes provenant de l'opération fiduciaire ont été créditées sur le compte général du fiduciaire⁷². Par ailleurs, le texte de l'art. 401 CO le rend inapplicable aux immeubles, ce qui est critiqué par la doctrine. Enfin, le Tribunal fédéral a également rappelé que le droit de subrogation accordé au fiduciaire n'est pas automatique mais que, s'agissant de créances, ses effets exigent une notification au tiers débiteur⁷³.

En revanche, la jurisprudence tend parfois à renforcer les effets de l'art. 401 CO. D'après son texte clair, le transfert automatique de certains biens fiduciaires dans le chef du fiduciaire ne s'applique que lorsque la convention de fiducie a été résiliée. Lorsque ce transfert porte sur une créance acquise par le fiduciaire pour le compte du fiduciaire, l'art. 401 CO consacre une forme de cession légale en faveur du fiduciaire, mais ne dit rien des objections et exceptions, nées avant ladite cession, que le tiers débiteur pourrait opposer à la créance. On a cependant déduit d'un arrêt du Tribunal fédéral de 1980, non publié dans la collection officielle, que lorsque le tiers débiteur (par exemple le dépositaire des fonds placés par une banque agissant à titre fiduciaire sur l'euromarché) connaissait ou devait connaître la nature fiduciaire de l'intervention de son créancier, il ne peut pas opposer en compensation une créance qu'il aurait contre le fiduciaire à un autre chef⁷⁴. Bien que sans appui dans les textes légaux, cette idée a été reçue notamment par la Cour de justice de Genève⁷⁵, mais aussi par les juridictions françaises⁷⁶. Cette jurisprudence consacre sous un aspect particulier l'existence d'un véritable patrimoine fiduciaire, distinct du patrimoine général du fiduciaire, auquel les créanciers du fiduciaire n'ont accès

que pour leurs créances en rapport avec les opérations fiduciaires, et non pour leurs créances générales.

En doctrine, l'application de l'art. 401 CO à la fiducie ne continue pas moins d'être controversée. D'une part, un nombre encore remarquable d'auteurs estiment que le champ d'application de cette disposition ne vise pas la fiducie, rapport juridique selon eux nécessairement durable, mais les seuls cas de représentation indirecte dans lesquels la propriété du mandataire ne serait que transitoire et brève, tels la commission d'achat. La majorité de la doctrine relève toutefois que la distinction susmentionnée est artificielle et qu'il n'existe pas de raison de ne pas appliquer l'art. 401 CO aux rapports fiduciaires, dont certains estiment qu'elle est précisément un cas de représentation indirecte⁷⁷. Par ailleurs, une partie grandissante de la doctrine considère qu'une interprétation extensive de l'art. 401 CO permettrait d'appliquer cet article également aux biens remis directement par le fiduciaire au fiduciaire⁷⁸. D'autre part, aux critiques relatives au champ d'application de l'art. 401 CO s'ajoutent des objections plus dogmatiques. Certains auteurs craignent en effet que l'application de cette disposition à la fiducie revienne à dénaturer celle-ci et à démembrer le droit de propriété dont jouit le fiduciaire⁷⁹.

Ces controverses ne sont pas ignorées par le Tribunal fédéral, qui s'en est indirectement fait l'écho dans un *obiter dictum* récent en laissant ouverte la question de savoir si le privilège de faillite accordé par l'art. 401 CO au fiduciaire ne devait pas être restreint aux rapports fiduciaires faisant l'objet d'un simple mandat destiné à prendre rapidement fin, à l'exclusion de ceux visant à maintenir le transfert des biens durant la durée de la fiducie⁸⁰.

On peut comparer les effets de l'art. 401 CO avec ceux de l'art. 201 LP, lequel accorde un droit de distraction à l'ayant droit de titres au porteur et valeurs à ordre «transférés au failli pour l'encaissement seulement ou comme couverture de paiements à faire spécialement désignés». La grande majorité de la doctrine estime que les opérations visées par cette disposition sont des cas typiques d'actes fiduciaires. L'application de l'art. 201 LP à certaines formes d'acte fiduciaires peut également être examinée comme une exception au principe selon lequel le fiduciaire ne peut pas revendiquer

⁷⁰ ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, 592/3. Les opérations fiduciaires qui étaient en jeu dans cette cause consistaient en des dépôts fiduciaires sur l'euromarché, cf. *supra* II.A.1.

⁷¹ ATF 102 II 103, *Golay-Chapuis*, confirmé in ATF 117 II 429, JdT 1994 II 2.

⁷² ATF 102 II 297, JdT 1978 II 67, 72/3, *Cevitch c. Masse Reiss*.

⁷³ ATF 112 III 90, JdT 1989 II 27, 29, *Banque Worms*.

⁷⁴ Arrêt du 8.7.1980, résumé in *La société anonyme suisse* (Zurich) 1981, pp. 67 ss.

⁷⁵ Arrêt du 20.3.1992, résumé et commenté par André CUENDET, «Un arrêt genevois: rapports fiduciaires et bonne foi en affaires», in *L'expert-comptable suisse* (Zurich) 1993, pp. 100 ss.

⁷⁶ Décision du Tribunal de commerce de Paris du 1^{er} octobre 1992, in *Juris-Classeur Périodique (JCP) [La Semaine juridique]* 1993 II 22005 (p. 76), confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 septembre 1994, in *JCP* 1995 II n° 22427 (pp. 176 ss), avec note de Michel VASSEUR, pp. 178 ss.

⁷⁷ Pour une présentation complète de cette controverse, cf. Jean-Luc TSCHUMY, *La revendication de droits de nature à soustraire un bien à l'exécution forcée*, thèse de Lausanne [s.n.] 1987, n°s 267 à 290, et nombreuses références citées.

⁷⁸ Cf., par exemple, WATTER (1995), n°s 107 ss.

⁷⁹ Cf., par exemple, Claude REYMOND, «L'arrêt Feras Anstalt et consorts c. Vallugano SA et l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'acte fiduciaire», in *JdT* 1974 I pp. 596 ss, 600, et FOËX (1987), nos 324 à 331.

⁸⁰ ATF 117 II 429, 430, JdT 1994 II 2; atténué cependant par l'ATF 122 III 361 c.3a.

les droits transférés dans l'exécution forcée contre le fiduciaire. Il s'agit en effet, tout comme l'art. 401 CO, d'un droit de distraction spécifique qui «s'applique à la cession à fin d'encaissement, lorsque le propriétaire fiduciaire d'un titre au porteur ou à ordre ne l'a pas encore encaissé au moment de sa faillite»⁸¹.

Dans les deux cas visés par l'art. 201 LP, le cessionnaire est devenu propriétaire des papiers-valeurs en cause par un transfert de propriété pleinement efficace. C'est pour des motifs d'équité et d'opportunité que le législateur a accordé ce droit de distraction au fiduciaire, lequel peut donc obtenir la restitution en nature des papiers-valeurs transférés, et partant, soustraire les biens en cause à la masse et échapper ainsi à la loi du dividende, alors même que, du point de vue du droit civil, il n'est plus propriétaire desdits biens⁸².

2. Fiducie-sûreté

La convention de fiducie-sûreté étant avant tout destinée à conférer une sûreté au fiduciaire, elle ne peut être qualifiée de mandat, lequel ne saurait être conclu principalement dans l'intérêt du mandataire et qu'en outre il peut être résilié en tout temps (art. 404 CO), indépendamment du remboursement de la créance que la fiducie-sûreté entend garantir. Aussi la doctrine considère-t-elle que la convention de fiducie-sûreté est un contrat innommé ou *sui generis* à laquelle s'appliquent de manière restrictive, par analogie, certaines dispositions sur le contrat de gage mobilier ou immobilier, ainsi que sur le contrat de mandat⁸³. Il est en particulier unanimement admis que l'art. 401 CO ne s'applique pas aux rapports fiduciaires à fin de sûreté, car le fiduciaire ne saurait, avant d'avoir complètement désintéressé son créancier, distraire le bien dont il lui avait remis la propriété en garantie de sa dette. En pratique, les établissements bancaires utilisent souvent des contrats standardisés qu'ils rédigent eux-mêmes dans les limites générales du CC (art. 27), du CO (art. 19 à 21) et de la LP (art. 287 ss). Il en va notamment ainsi en matière de transfert de propriété des cédules hypothécaires et de cession globale de créances⁸⁴.

B. Régimes spéciaux de la fiducie

1. Opérations fiduciaires des banques

Les opérations fiduciaires dans lesquelles des banques, qui sont en Suisse autorisées et surveillées par la Commission fédérale des banques, agissent en qualité de fiduciaire sont évidemment aussi régies par les règles de droit commun mentionnées ci-dessus, bien qu'elles aient depuis longtemps également été soumises à certaines règles particulières. Des prescriptions fiscales et prudentielles exigent qu'un placement fiduciaire soit toujours effectué sur la base d'un contrat écrit, souvent établi sur la base des modèles proposés par l'Association suisse des banquiers⁸⁵. Les banques ont l'obligation de comptabiliser hors bilan les actifs qu'elles détiennent à titre fiduciaire⁸⁶. Quant aux avoirs fiduciaires qu'elles déposent auprès de tiers, les banques doivent en outre prendre les mesures nécessaires à éviter le risque de compensation⁸⁷. Il est même souhaité qu'un accord stipulant expressément la renonciation à la compensation en matière de placements fiduciaires soit conclu.

Toutes ces dispositions tendent certes à conférer aux avoirs fiduciaires des banques certains attributs d'un patrimoine séparé de leurs actifs et passifs propres, patrimoine affecté exclusivement aux fins de la convention de fiducie. L'adoption de deux nouvelles dispositions (art. 16 et 37b) de la loi fédérale sur les banques en décembre 1994, qui consacrent un privilège général en faveur des fiduciaires en cas de faillite de la banque fiduciaire, a renforcé cette reconnaissance en même temps qu'elle a véritablement contribué à créer un régime spécifique des opérations fiduciaires des banques. Le Parlement a en effet instauré un régime spécial relatif aux «valeurs déposées» dans les banques, portant sur les «les choses mobilières, les titres et les créances que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants» (art. 16 ch. 2 LB). En cas de faillite de la banque, ces valeurs sont distraites de la masse en faillite au bénéfice du déposant-fiduciaire (art. 37b LB). Il s'agit d'une ségrégation automatique (*Absonderung*), effectuée d'office par l'administration de la faillite, sous réserve des droits de la banque à l'encontre du déposant.

⁸¹ THÉVENOZ (1995), p. 314.

⁸² Cf. TSCHUMY (cf. *supra* note 77), n^{os} 378 et 392.

⁸³ Cf. Bénédict FOËX, *Le contrat de gage mobilier*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1997, n^{os} 38 ss; FOËX (1987), n^{os} 261 ss et ZOBL (1982), n^{os} 1374 ss et 1556 ss Syst. Teil.

⁸⁴ Cf. de GOTTRAU (1997), pp. 204 et 237.

⁸⁵ Cf. circulaire n^o 1079D et annexes de l'Association suisse des banquiers, du 22 juin 1993, reproduites in *BF97* (cité note 20), documents 45-13, 4513a et 4513b.

⁸⁶ Art. 25 al. 1 ch. 3.6 et 25c al. 1 ch. 4.4 de l'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972, dans sa teneur au 2 décembre 1996.

⁸⁷ Ce dont le rapport de révision doit attester, cf. art. 44 lettre g de l'ordonnance sur les banques; cf. aussi chiffre III.1.b «Mesures visant à éviter le risque de compensation», de la circulaire ASB n^o 1079D, *supra* note 85.

Cette modification législative a pour mérite de trancher de manière claire, en ce qui concerne le domaine bancaire, les controverses liées à l'application de l'art. 401 CO à la fiducie. Le fiduciaire dont le fiduciaire est une banque est désormais largement protégé, car il obtient la distraction non seulement des biens acquis de tiers, mais aussi de ceux qu'il a lui-même remis directement au fiduciaire. Ce privilège de faillite concerne également les sûretés mobilières détenues à titre fiduciaire par les banques, qui sans cela échapperaient au champ d'application de l'art. 401 CO.

2. Fonds de placement

Le régime juridique des fonds de placement est déterminé par la LFP⁸⁸. Le fonds de placement résulte d'un faisceau de contrats de placement collectif, conclus par la direction et la banque dépositaire (qui assure la garde de la fortune du fonds) avec chaque investisseur en vue de sa participation à un fonds particulier (cf. art. 6 LFP), c'est-à-dire à un ensemble de placements acquis au moyen des apports de ces investisseurs. Il résulte de l'art. 16 LFP, qu'en cas d'insolvabilité de la direction du fonds de placement, qui est la société propriétaire à titre fiduciaire des valeurs constituant le fonds, les porteurs de parts bénéficient d'office de la distraction à leur profit de ces valeurs. Le patrimoine du fonds ne répond que des créances de tiers ou de la direction contractées en relation avec la gestion régulière du fonds (art. 14 et 16 LFP). La LFP a ainsi créé un patrimoine séparé (du patrimoine général de la direction) et affecté (il sert uniquement au placement collectif). Toutefois, la protection conférée aux porteurs de parts n'a pas pour effet de mettre en danger les droits des autres créanciers de la direction, puisque le fonds est clairement reconnaissable dans les comptes de la direction en tant que masse distincte.

VI. Bilan prospectif

A. Appréciation du régime actuel de la fiducie

Création prétorienne, la fiducie helvétique a connu un essor considérable dès les années cinquante, avant tout dans le domaine des services financiers (dépôts fiduciaires des banques, fonds de placement), profitant de l'évolution favorable de la jurisprudence à son égard, à laquelle le législateur a emboîté le pas dans trois domaines particuliers. A défaut d'une véri-

table réglementation de la fiducie, on est confronté, comme le relève un auteur, «à un éparpillement extraordinaire entre des normes fragmentaires et hétérogènes, qu'il est difficile de réconcilier pour en déduire un régime juridique systématique et cohérent»⁸⁹. Toutefois, on a semblé jusqu'à récemment se contenter de cette insécurité juridique qui n'empêchait pas la fiducie de prospérer. Depuis quelques années, l'optique a changé. L'ouverture croissante des frontières, l'internationalisation des rapports économiques, la globalisation des marchés financiers ont induit une concurrence de plus en plus vive qui remet en cause l'attrait de la fiducie helvétique. La conclusion de la *Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* (CLH), puis son entrée en vigueur pour les pays qui l'ont ratifiée, pose la question de la place qui doit être dévolue à la fiducie face au trust anglo-saxon. On peut se demander si la conception traditionnelle de la fiducie, calquée sur la théorie de l'acte fiduciaire conçue au siècle dernier, n'a pas fait son temps.

C'est dans ce contexte général que la doctrine récente a émis de nombreuses critiques à l'encontre du régime juridique de la fiducie. Les reproches concernent avant tout le manque de protection des biens fiduciaires vis-à-vis des tiers et le manque d'indépendance du fiduciaire vis-à-vis du fiduciaire⁹⁰. De tels défauts pourraient sans doute être aplanis par une intervention législative qui viendrait s'insérer dans le Code civil ou dans le Code des obligations – la *sedes materiae* est discutable dès lors que la fiducie relève tant du droit des biens que du droit des obligations –, ou éventuellement dans une loi spéciale. En ce qui concerne le droit des biens, il faut rappeler que le principe du *numerus clausus* n'empêche pas la réception d'un nouveau droit réel, mais impose simplement qu'une telle modification intervienne par voie législative. On pourrait ainsi concevoir l'introduction dans le Code civil d'un droit réel inédit qui pourrait par exemple prendre la forme d'un droit réel limité en faveur du fiduciaire ou du fiduciaire. Mais la lenteur prévisible du système législatif helvétique pour parvenir à bout d'une réforme de cette ampleur incite à la prudence. C'est sans doute la raison pour laquelle la doctrine récente s'est concentrée sur l'aspect obligationnel.

Quant au régime commun de la fiducie, la doctrine propose avant tout une application extensive de l'art. 401 CO, cas échéant *contra textum legis*,

⁸⁸ *Supra* note 5.

⁸⁹ GIOVANOLI (1994), p. 192.

⁹⁰ Cf. GIOVANOLI (1991), pp. 45 ss; GIOVANOLI (1994), pp. 189 ss et THÉVENOZ (1995), pp. 313 ss.

tendant à assurer une protection plus étendue du fiduciaire⁹¹. L'un des auteurs du présent rapport a également suggéré que l'on reconnaisse aux parties la possibilité de déroger à certaines dispositions légales sur le mandat (art. 397 et 404 CO), jusqu'alors considérées comme impératives par la jurisprudence. Il faudrait en particulier admettre que le fiduciaire puisse renoncer à son droit de révoquer en tout temps la fiducie et à son pouvoir de donner des instructions obligatoires pour le fiduciaire⁹². En permettant aux parties de conférer au fiduciaire une plus grande indépendance à l'égard de son mandant, comme le législateur l'a d'ailleurs prévu en matière de fonds de placement, on rendrait possible des formes discrétionnaires de fiducie-gestion, dont le succès du trust au-delà du monde anglo-saxon démontre aujourd'hui la nécessité.

Une telle évolution du régime commun de la fiducie est largement réalisable par les juges. Elle suppose que doctrine et jurisprudence franchissent une étape conceptuelle dans leur compréhension de la fiducie, qu'elles reconnaissent que les biens fiduciaires forment un patrimoine séparé, distinct du patrimoine général du fiduciaire et affecté aux fins de la convention de fiducie. Ce patrimoine séparé, depuis longtemps reconnu par les règles comptables et fiscales, devrait l'être également en matière de droits réels (subrogation patrimoniale), de régimes matrimoniaux et successoraux ainsi que d'exécution forcée. Sans qu'il soit ainsi formalisé, ce *quantum leap* conceptuel est au coeur des législations spéciales pour lesquelles le Parlement a jugé bon de choisir une structure fiduciaire.

S'il faut saluer l'oeuvre créatrice du législateur dans quelques domaines particuliers, on ne saurait en rester là. Tant sur le plan de la systématique et de la sécurité juridiques que sous l'angle de l'égalité de traitement et de la nécessité d'une concurrence efficace, il convient désormais de définir les conditions et les moyens qui permettront de faire profiter la fiducie en tant qu'institution de droit privé des progrès conceptuels et pratiques dont celle-ci a pu bénéficier dans certains régimes spécifiques.

B. Fiducie, trust et Convention de la Haye

On a déjà fait allusion au contexte international dans lequel se pose aujourd'hui le débat helvétique sur la fiducie. Le trust anglo-saxon connaît le succès bien au-delà de ses frontières naturelles, et notamment dans les

pays de tradition civiliste, ceux-là même dont la codification a rejeté la distinction, fondamentale au trust, entre *legal* et *equitable ownership*. On ne peut plus aujourd'hui étudier l'institution fiduciaire du droit interne en ignorant la similitude fonctionnelle qu'elle entretient avec le trust (dissocier la titularité juridique du bénéfice économique de certains biens), leur différence doctrinale et structurelle (la fiducie est contractuelle, le trust ne l'est pas) et les rapports de concurrence entre ordres juridiques dans le choix de la loi applicable.

On achèvera donc le présent rapport en examinant très succinctement la reconnaissance en Suisse des effets d'un trust étranger et la possibilité pour la fiducie suisse de voir ses effets reconnus à l'étranger.

1. Reconnaissance en Suisse de trusts constitués selon un droit étranger

On considère généralement que l'introduction en droit suisse d'une institution directement inspirée du trust n'est ni nécessaire – car des buts semblables à ceux poursuivis par la constitution d'un trust peuvent être atteints au moyen d'autres institutions (fiducie, fondation, exécution testamentaire, substitution fidéicommissaire, voire sociétés de capitaux) – ni opportune, car le trust serait susceptible de contrevenir à certains principes impératifs du droit suisse, notamment en matière successorale (prohibition des fidéicommissés de famille, limitation des substitutions, existence d'une réserve successorale) ou de droit des biens (conception de la propriété, *numerus clausus* des droits réels)⁹³.

Ce n'est pas dire que la doctrine et la jurisprudence ignorent le trust. L'importance de la place financière suisse, notamment dans la gestion des patrimoines privés et institutionnels, amène de nombreux trusts au contact du système juridique et judiciaire suisse⁹⁴. Ainsi, il est fréquent que des *trustees* étrangers ouvrent des comptes auprès de banques suisses.

Dans son célèbre arrêt *Harrison c. Crédit suisse* rendu en 1970, le Tribunal fédéral affirma que le trust est une institution inconnue du droit interne suisse⁹⁵. Il devait en effet qualifier selon le droit suisse un trust que

⁹¹ Cf. Heinrich HONSELL, «Treuhand und Trust in Schuldbetreibung und Konkurs», in *Recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis* (Bern) 3/1993, pp. 73 ss et WATTER (1995), pp. 222 ss.

⁹² Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 339 à 345. Dans le même sens, WATTER (1995), n^{os} 77 à 86.

⁹³ La Société suisse des juristes a consacré à ces questions son congrès de 1954. Cf., les rapports de Claude REYMOND, «Le trust en droit suisse», in *Revue de droit suisse* (Helbing & Lichtenhahn) 73 II (1954) pp. 121a-214a, et de Friedrich T. GUBLER, «Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?», in *Revue de droit suisse* 73 II (1954), pp. 215a-476a.

⁹⁴ Cf. Claude REYMOND, «Le trust et l'ordre juridique suisse», in *JdT* 1971 I p. 322.

⁹⁵ ATF 96 II 79 (d), *JdT* 1971 I 329. Cf. les notes de jurisprudence consacrées à cet arrêt par Claude REYMOND (cf. note précédente) et Frank VISCHER, *Annuaire suisse de droit international* (Zurich) XXVII (1971), pp. 237 ss.

son constituant avait eu la malencontreuse idée de soumettre à cet ordre juridique. Aucune institution légale ne déployant à elle seule les effets complexes poursuivis par la *deed of trust*, les juges durent en sauver la validité (principe de conversion) en considérant que ledit trust constituait en réalité la combinaison d'un acte fiduciaire, d'une promesse de donner, d'une donation à cause de mort et d'une stipulation pour autrui. Cette dissection n'était qu'un pis aller. Elle ne signifie pas que les effets des trusts étrangers sont ignorés par les autorités judiciaires, administratives et fiscales suisses⁹⁶.

Un trust constitué à l'étranger peut être reconnu en Suisse en tant que patrimoine organisé, au sens de l'art. 150 al. 1 de la loi fédérale de droit international privé du 18 décembre 1987. Sont susceptibles de répondre à cette condition les *express trusts* pourvu du moins que le *settlor* n'ait pas complètement limité l'indépendance du *trustee* en se réservant un droit de révocation ou de modification des *beneficiaries*, ce qui réduirait la position du *trustee* à celle d'un simple mandataire fiduciaire⁹⁷. Les trusts entrant dans le champ d'application de l'art. 150 LDIP sont régis par le droit de l'Etat en vertu duquel ils sont organisés (art. 154 al. 1 LDIP). Les décisions étrangères relatives à ces trusts sont en principe reconnues en Suisse, selon les conditions et limites énoncées aux 165 et 25 ss LDIP. Il sied également de citer la Convention dite de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1992, dont les art. 5. ch. 6 et 17 ch. 2 prévoient des compétences judiciaires spécifiques en matière de trusts. Ces dispositions ne devraient toutefois pas souvent trouver à s'appliquer⁹⁸.

En résumant, on peut donc affirmer que le droit interne suisse ne connaît pas le trust, mais que le droit international privé suisse reconnaît dans une certaine mesure les trusts constitués selon un droit étranger. Ainsi, la ratification par la Suisse de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (CLH) apporterait une plus grande sécurité

⁹⁶ Il est ainsi significatif que, dans le cadre des mesures de défense économique que les entreprises suisses pourraient prendre si elles devaient craindre des mesures spoliatrices ou confiscatoires décidées par une autorité étrangère qui viendrait à occuper le territoire suisse, l'arrêté du Conseil fédéral protégeant par des mesures conservatoires les personnes morales, sociétés de personnes et raisons individuelles du 12 avril 1957 (RS 531.54) prévoit expressément le recours à des trusts soumis à un droit étranger (cf. art. 18 et 19).

⁹⁷ Cf. Frank VISCHER, *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zurich (Schulthess) 1993, pp. 1323 ss; Andreas von PLANTA, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Internationales Privatrecht*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1996, pp. 1124 s. Si cette seconde qualification doit être retenue, le trust est alors considéré comme un contrat, ce qui ne nuit pas nécessairement à sa validité mais est susceptible d'entraîner un rattachement différent.

⁹⁸ Cf. Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, «Convention de Lugano et contentieux bancaire», in *Journée 1995 de droit bancaire et financier*, Berne (Stämpfli) 1995, pp. 67 ss.

juridique. Elle préciserait à la fois les conditions et les effets de la reconnaissance d'un tel trust, sous réserve cependant de sa contrariété aux dispositions impératives de lois applicables à d'autres matières que le trust selon les règles de conflit du for et selon les lois d'application immédiates, ainsi qu'aux règles d'ordre public suisses (art. 15, 16 et 18 CLH).

Le droit de suite (*tracing*) accordé aux bénéficiaires à l'art. 11 al. 3 lit. d, première phrase CLH, a semble-t-il soulevé quelques inquiétudes auprès des banques helvétiques. Les banquiers craignent en particulier d'encourir la responsabilité que la loi du trust peut imposer à des banques traitant avec un *trustee*. Il va pourtant de soi que le contrat conclu entre le *trustee* et une banque est régi par la loi désignée par les règles de conflit applicables à ce contrat et non à la loi du trust, ce que précise expressément la deuxième phrase de la disposition de la CLH précitée. En Suisse, le *trustee* et la banque suisse sont normalement liés par un contrat de dépôt ou de mandat qui est le plus souvent expressément soumis au droit suisse; à défaut, le Code des obligations suisse n'est pas moins également applicable conformément aux règles de droit international privé suisse (cf. art. 117 LDIP). De ce fait, les banques suisses pourront se prévaloir de l'art. 479 CO relatif aux «droits de propriété prétendus par des tiers»⁹⁹.

Craignant que certains juges suisses interprètent d'une manière trop extensive les lettres d et e de l'art. 15 al. 1 CLH et de ce fait limitent les effets juridiques de la reconnaissance en Suisse d'un trust étranger, von Overbeck estime qu'une ratification de la CLH par la Suisse devrait être accompagnée d'une loi d'application suisse «assurant le transfert de la propriété au *trustee* et la séparation du patrimoine du trust»¹⁰⁰. Dans l'hypothèse d'une ratification, nous ne voyons cependant pas ce qui empêcherait les juges suisses de reconnaître le transfert de propriété au *trustee* et la qualité de propriétaire de celui-ci. Le problème du patrimoine séparé est, il est vrai, plus délicat, mais pourrait être résolu par une nouvelle jurisprudence intégrant les récentes propositions doctrinales de réforme du régime commun de la fiducie. Il est en revanche entendu que la constitution de sûretés réelles mobilières sans dépossession du débiteur ne

⁹⁹ Art. 479 al. 1 CO: «Si un tiers se prétend propriétaire de la chose déposée, le dépositaire n'en est pas moins tenu de la restituer au déposant, tant qu'elle n'a pas été judiciairement saisie ou que le tiers n'a pas introduit contre lui sa demande en revendication». Sur cette question, cf. Alfred E. von OVERBECK, «La convention de la Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance», in *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), volume XLI (1985) Zurich, p. 36 et Claude REYMOND, «Réflexions de droit comparé sur la Convention de la Haye sur le trust», in *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruxelles), Tome LXVIII (1991), p. 17.

¹⁰⁰ Cf. Alfred von OVERBECK, «La ratification de la convention de la Haye sur le trust par les Pays-Bas: un exemple pour la Suisse?», in *Collisio legum, Etudes de droit international privé pour Gerardo BROGGINI*, Milano (Giuffrè) 1997, pp. 379 s, citation, p. 379.

sera sans doute pas opposable aux tiers en Suisse, même si le trust étranger créé à cet effet sera reconnu en tant que tel (cf. art. 884 al. 3 et 717 CC, en liaison avec l'art. 15 al. 1 lit d in fine CLH)¹⁰¹.

2. Reconnaissance à l'étranger des effets d'une fiducie de droit suisse

En l'état actuel des choses, la reconnaissance et la protection à l'étranger d'un patrimoine fiduciaire résultant d'un rapport fiduciaire constitué en Suisse selon le droit suisse dépend de la loi applicable en vertu des règles de rattachement du for, sous réserve de l'ordre public international de celui-ci. En particulier, il n'est pas certain que tous les fors reconnaissent les principaux effets de la fiducie suisse, à savoir le transfert de propriété au fiduciaire et les conditions dans lesquelles le retour au fiduciaire ou la dévolution au bénéficiaire sont protégés.

Certes, dans la mesure où le juge étranger accepte la qualification contractuelle de la convention de fiducie selon la loi suisse, la validité d'une clause d'élection du droit suisse sera vraisemblablement admise. En revanche, les effets particuliers de l'art. 401 CO ou de l'art. 37b de la loi sur les banques pourraient susciter quelques difficultés¹⁰².

La ratification par la Suisse de la Convention modifierait-elle quelque chose à cette situation? Il s'agit, pour répondre à cette question, de déterminer si la fiducie helvétique répond aux critères du trust tels que définis aux art. 2 et 3 de la Convention. La fiducie suisse est certainement un acte juridique volontaire par lequel le fiduciaire, généralement de son vivant, rarement par un acte pour cause de mort, place certains biens sous le contrôle du fiduciaire dans l'intérêt d'un bénéficiaire, qui est généralement le fiduciaire lui-même. Le «titre» de propriété est bien au nom du fiduciaire, qui est investi du pouvoir et de l'obligation d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes de la convention, et qui doit en rendre compte. Certes, la Convention ne bénéficierait qu'aux conventions écrites de fiducie¹⁰³, une exigence qui n'est pas imposée par le droit civil suisse, mais qui est satisfaite dans la plupart des cas.

¹⁰¹ Sur la question des sûretés mobilières sans dépossession, cf. GIOVANOLI (1991), p. 47.

¹⁰² Les tribunaux français ont pour leur part reconnu l'application de l'art. 401 CO, même s'ils en interprètent assez restrictivement les conditions, cf. *supra* note 76.

¹⁰³ L'art. 3 de la Convention n'impose pas la forme écrite, mais exige que la preuve du trust – qui peut être constitué oralement ou par simple remise des biens au trustee – soit rapportée par écrit; cf. Alfred von OVERBECK, «Rapport explicatif», in *Actes et documents de la Quinzième session* (1984). Tome II: *Trust - loi applicable et reconnaissance*. La Haye (Bureau permanent de la conférence) 1985, p. 381. n° 52.

La reconnaissance de la fiducie suisse par le truchement de la Convention achoppe cependant sur l'art. 2 al. 2 lit. a (en liaison avec l'art. 11 al. 2). Comme nous l'avons vu plus haut, dans la fiducie de droit commun, les biens fiduciaires ne constituent pas une masse distincte du patrimoine général du fiduciaire et ne sont, en particulier, pas toujours protégés en cas d'insolvabilité ou de faillite du fiduciaire. En conséquence, à moins d'une évolution jurisprudentielle renforçant la fiducie dans le sens proposé dans le présent rapport, la fiducie commune ne saurait être considérée comme un trust au sens de la Convention.

La réponse est sans doute plus nuancée pour les opérations fiduciaires des banques, de même d'ailleurs que pour les fonds de placement, et dépendra de l'interprétation de la CLH. La ségrégation automatique au profit du fiduciaire des valeurs déposées en cas de faillite de la banque fiduciaire ou de la direction du fonds de placement, ainsi que l'obligation de celles-ci de comptabiliser hors bilan les avoirs fiduciaires, ont manifestement pour effet de constituer le patrimoine fiduciaire en une «masse distincte» qui ne fait «pas partie du patrimoine du trustee», selon les termes de la Convention. La seule difficulté pourrait provenir de la situation juridique relativement incertaine existant en matière de compensation de créances entre la banque fiduciaire et l'entité juridique dépositaire des valeurs gérées. Mais la pratique des banques consistant à prendre les mesures visant à éviter le risque de compensation est à même de surmonter ce problème. En conclusion, il semble que la fiducie bancaire réponde entièrement aux critères du trust, tels que définis par la Convention. Il en résulte, qu'en cas de ratification par la Suisse de la CLH, elle pourrait obtenir un «passeport international» garantissant sa reconnaissance dans les Etats contractants et probablement, par entraînement, dans les Etats non contractants qui reconnaissent les effets du trust¹⁰⁴.

Ce fondement juridique beaucoup plus sûr, permettant la reconnaissance et l'application à l'étranger des règles suisses protégeant le patrimoine fiduciaire, est à même d'accroître l'attrait et la sécurité de la fiducie suisse.

¹⁰⁴ Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 350 s.

Bibliographie de base

- FOËX Bénédict (1987): Le «*numerus clausus*» des droits réels en matière mobilière, Lausanne (Payot) 1987.
- GIOVANOLI Mario (1991): «Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse», in *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Bulletin Joly 1991 n°4 bis, Paris (GLN) 1991, pp. 31 ss.
- GIOVANOLI Mario (1994): «Les opérations fiduciaires au regard du droit suisse : bilan, stratégies et perspectives», in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne (CEDIDAC) 1994, pp. 189 ss.
- de GOTTRAU Nicolas (1997): «Transfert de propriété et cession à fin de garantie: principes, et applications dans le domaine bancaire», in *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne (CEDIDAC) 1997, pp. 173 ss.
- JÄGGI Peter, GAUCH Peter (1980): *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*, t. V 1b, [art. 18 CO], Zurich (Schulthess) 1980, nos 176 à 212.
- RAPP Jean-Marc (1994): «La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses - Etat de la question», in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne (CEDIDAC) 1994, pp. 25 ss.
- REYMOND Claude et REVACLIER Jacques (1985), «Les opérations fiduciaires en droit suisse», in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris (FEDUCI) 1985, pp. 421 ss.
- REYMOND Claude (1989): «Acte fiduciaire ou acte simulé? Réflexions sur quelques arrêts récents», in *La Semaine judiciaire* (Genève) 1989, pp. 649 ss.
- SUPINO Pietro Paolo (1994): *Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht*, Saint-Gall (Dike) 1994.
- THÉVENOZ Luc (1995): «La fiducie, cendrillon du droit suisse. Propositions pour une réforme», in *Revue de droit suisse* (Helbing & Lichtenhahn) 114 II, pp. 253 ss.
- WATTER Rolf (1995): «Die Treuhand in Schweizer Recht», in *Revue de droit suisse* (Helbing & Lichtenhahn) 114 II, pp. 179 ss.
- ZOBL Dieter (1982): *Berner Kommentar*, t. IV/2/5/1: *Das Fahrnispfand* [Art. 884-887 CC], Berne (Stämpfli) 1982, pp. 413 ss.

Abréviations

ASB	Association suisse des banquiers
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CLH	Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1 ^{er} juillet 1985
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (RS 231.1)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LFP	Loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (RS 951.31)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
RS	Recueil systématique du droit fédéral, Berne. Les textes législatifs suivis de cette référence peuvent être consultés sur Internet (http://www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html)