

## Les Cahiers de droit



MADELEINE CANTIN CUMYN (dir.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 362 p., ISBN 2-8027-1309-4.

Charlaine Bouchard

Volume 42, Number 1, 2001

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043633ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043633ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Bouchard, C. (2001). Review of [MADELEINE CANTIN CUMYN (dir.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 362 p., ISBN 2-8027-1309-4.] *Les Cahiers de droit*, 42(1), 147–149.  
<https://doi.org/10.7202/043633ar>

## Chronique bibliographique

MADELEINE CANTIN CUMYN (dir.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 362 p., ISBN 2-8027-1309-4.

Cet ouvrage collectif, consacré à l'analyse comparative du trust et de la fiducie dans les relations d'affaires, regroupe les travaux du XV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé qui s'est tenu à Bristol, en Angleterre, en juillet 1998. Le texte de 360 pages, outre le rapport général et les rapports nationaux, comporte en annexe la description du sujet aux confins du droit des biens ou des obligations, le texte de loi adopté par l'Afrique du Sud sur la *Trust Property Control Act* et les lignes directrices pour l'introduction du trust dans les pays de droit civil de l'Union européenne.

Le trust — cet instrument anglo-saxon dont le régime juridique est élaboré à partir d'un dédoublement du droit de propriété — fait l'envie de nombreux juristes d'autres traditions juridiques. Avec l'abolition des frontières et la mondialisation des marchés, plusieurs pays s'interrogent à savoir comment concurrencer ce redoutable outil juridique omniprésent dans les relations économiques internationales. C'est dans cette perspective que s'inscrivent les différents rapports de synthèse : Quelles sont les possibilités de réception du trust dans les familles juridiques qui ne sont pas de tradition de *common law* ? Quelles sont les difficultés soulevées par les catégories juridiques traditionnelles ?

Pour répondre à ces questions, l'*express trust* commercial est privilégié comme archétype de la démonstration. L'évolution de ce puissant instrument du capitalisme moderne donne lieu à une comparaison intéressante, mais paradoxale, au regard des différents systèmes juridiques. D'une part, dans les

pays de *common law*, où cet instrument a connu ses plus grandes heures de gloire, le trust commence à manifester certains signes d'essoufflement. En effet, les interrogations sont nombreuses sur l'efficience pour les *business trust* des règles élaborées dans le cadre du trust familial. D'autre part, dans les pays de tradition juridique différente, l'intérêt pour le trust anglais est grandissant. La technique est appelée à effectuer des opérations jusqu'alors impossibles à réaliser. Les exemples sont nombreux : les *pension funds* et autres *investment trusts*, tels que l'*unit trust* et le *mutual fund* ou les fonds de retraite et fonds de placement, la fiducie de placements mobiliers ou immobiliers et la titrisation d'actifs. La réception du trust anglais s'avère donc des plus prometteuse quant aux occasions qu'il représente pour la pratique.

La consultation de l'ouvrage permet ainsi de constater que plusieurs pays de tradition civiliste ont récemment adopté ou encore adapté l'institution de droit anglais. Dans d'autres pays, qui n'ont pas encore de position officielle sur la question, des pressions importantes sont exercées en ce sens. Le plan du présent ouvrage est inspiré de ce triptyque, bien qu'il soit en réalité composé de cinq parties distinctes : la présentation du trust dans deux pays de *common law* (l'Angleterre et le Canada hors Québec), sa réception législative dans certains pays de tradition civiliste (l'Afrique du Sud, le Japon, l'Écosse et le Québec) et, finalement, les mécanismes dérivés (*fiducia*) dans des pays ne bénéficiant pas d'une technique juridique équipollente au trust (l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, les Pays-Bas et la Suisse). Le trust écossais et la fiducie québécoise font l'objet de parties distinctes, mais ils auraient très bien pu être incorporés à la deuxième partie consacrée à la réception législative du trust.

La lecture des différents rapports nationaux permet de constater que la fiducie constitue, dans la plupart des pays à l'étude, l'instrument de prédilection pour arriver aux résultats produits par le trust. Le rapport général est particulièrement intéressant sur ce point. La professeure Madeleine Cantin Cumyn présente en trois tableaux distincts un face-à-face entre le trust et la fiducie quant à leur nature et leurs régimes juridiques respectifs, avant d'examiner leur rattachement au regard du droit des biens ou des obligations.

L'analyse du trust est effectuée à la lumière de la définition de l'*express trust* consacrée dans l'article 2 de la Convention de La Haye :

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.

La définition proposée par la Convention met l'accent sur la nature des rapports juridiques du *trustee* et du *beneficiary*. Le premier est titulaire du *legal title*, mais il détient les biens dans l'intérêt du bénéficiaire. Quant au second, il est celui à qui profite le trust et est titulaire, par conséquent, de l'*equitable title*. Le trust est ainsi présenté comme une technique de gestion des biens dont le *trustee* est le maître d'œuvre.

En parallèle, l'analyse nous apprend encore que trois modèles de fiducie ressortent de la comparaison des différents droits nationaux. Le premier, adopté par certains pays de tradition civiliste ayant des liens politiques particuliers avec la famille de droit anglais, consiste essentiellement en la reproduction du trust anglo-saxon, à l'exception de la juridiction d'*equity* et du double titre à l'égard des biens. Il s'agit du choix privilégié par l'Afrique du Sud, la Louisiane, le Jersey, l'Écosse, le Japon et le Mexique et de la voie empruntée par le Québec avant la réforme de son code civil en 1994. Le deuxième modèle, adopté par plusieurs pays d'Europe continentale (l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas et la Suisse), est inspiré du pacte fiduciaire de droit romain. Cinq rapporteurs nationaux présentent ainsi, en l'absence de législation particulière, l'aliénation fiduciaire comme l'équivalent du trust. La convention se caractérise par la transmission des biens au fiduciaire qui acquiert seul le titre de propriété et s'oblige à respecter l'usage prescrit par l'aliénateur et à rétrocéder les biens au moment fixé par le contrat. C'est le même modèle qui a inspiré la France dans son avant-projet de loi déposé en 1992, mais mort au feuilleton depuis. Enfin, la troisième et dernière voie est celle du *Code civil du Québec* avec la fiducie patrimoine d'affectation. La fiducie est ici constitutive d'un patrimoine d'affectation « autonome et distinct du constituant, de celui du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel ». Aucun formalisme particulier n'est ainsi nécessaire pour sa mise en œuvre ; le fiduciaire est considéré comme un administrateur du bien d'autrui et le bénéficiaire est, pendant la durée de la fiducie, créancier de la prestation. La fiducie québécoise possède ainsi les principales caractéristiques de l'*express trust* décrites dans la Convention de La Haye.

La comparaison entre les régimes juridiques de l'*express trust* et des différentes fiducies permet, par ailleurs, de constater que l'institution proposée par plusieurs régimes civilistes ne comporte pas les éléments fon-

damentaux de celui du trust. L'aliénation fiduciaire est inopposable aux tiers : les obligations contractuelles imposées au fiduciaire produisent leurs effets entre les parties seulement, mais à l'égard des tiers le fiduciaire demeure le seul et unique propriétaire. Dans certains pays (l'Afrique du Sud) qui ont légiféré sur la question, des mécanismes ont dû être instaurés afin de pallier les insuffisances de l'analyse contractuelle en conciliant la propriété fiduciaire avec la constitution d'une masse de biens séparés dans le patrimoine du fiduciaire. À ce titre, la fiducie québécoise se distingue diamétralement de ses homonymes. Fondé non pas sur des bases contractuelles, mais bien sur la conception patrimoniale de l'affectation, le patrimoine fiduciaire constitue une véritable universalité de droit. Ainsi, la subrogation réelle opère de plein droit, de même que le principe de la responsabilité limitée. La notion de pouvoirs sur les biens prend donc ici le pas sur celle de droit réel dans les biens. Comme l'exprime la professeure Cantin Cumyn dans son rapport général : « C'est [...] le concept de pouvoir [...] qui, en droit civil, est l'équivalent fonctionnel du *legal title* d'un *trustee*, non pas celui de droit, c'est-à-dire une prérogative attribuée dans l'intérêt propre de son titulaire. »

En conclusion, le regard critique posé sur les différentes acceptations de la fiducie dans les pays de tradition civiliste conduit à penser que, pour reproduire ce que le trust a d'utile, il faut recourir aux techniques de la personnalité morale ou du patrimoine d'affectation. Les rapporteurs allemand, espagnol, français, hollandais et italien ont tour à tour ciblé la conception unitaire du patrimoine et l'énumération limitative des droits réels comme des obstacles sérieux, voire insurmontables, à l'introduction d'une technique analogue au trust. L'exemple du droit québécois est extrêmement riche sur ce point. En vertu du *Code civil du Bas Canada*, insatisfaite de la manœuvre interprétative par laquelle la propriété des biens était attribuée au fiduciaire sans que lui soit accordé officiellement le titre de propriété, la Cour suprême du Canada s'est ravisée pour accorder au fiduciaire la propriété des biens accompagnée cette fois du titre légal. Ce droit de propriété jugé inclassable — *sui generis* — a donné lieu à de longs débats ! En 1994, la transformation de la conception patrimoniale a permis enfin d'adapter le droit à la réalité contemporaine dans le respect des catégories juridiques traditionnelles.

Charlaine BOUCHARD  
*Université Laval*