UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre de livre 1995

Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La fiducie, cendrillon du droit suisse : propositions pour une réforme

Thévenoz, Luc

How to cite

THÉVENOZ, Luc. La fiducie, cendrillon du droit suisse : propositions pour une réforme. In: Rapports et communications / Société suisse des juristes. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1995. p. 253–363. (Rapports et communications)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8296

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

La fiducie, cendrillon du droit suisse

Propositions pour une réforme

Rapport présenté par Luc Thévenoz

Professeur à l'Université de Genève

Rapport présenté à la Société suisse des juristes.

Publié dans la *Revue de droit suisse* 1995 II 253—363.

Par leurs remarques et leurs suggestions, les Professeurs Gérard Hertig et Robert Roth ainsi que Maîtres Carole van de Sandt et Alix Francotte Conus m'ont permis de corriger et d'enrichir ce texte. Je leur en exprime ma gratitude. Mes remerciements s'adressent aussi aux étudiants de mon séminaire 1993/1994, avec qui j'ai eu plaisir à parcourir les arcanes de la fiducie, à Madame Aurélie Simonet, dont les recherches ont étayé certains aspects de cette étude, ainsi qu'à Madame Patricia Christen, qui a assuré la mise au net du texte.

En lui dédicaçant cette étude d'un sujet qui a occupé une large place dans ses premiers écrits, j'adresse au Professeur Herbert Schönle le témoignage de mon admiration et de mon amitié.

L.T.

I. Introduction *5*

II. Etat des lieux en forme de rétrospective *8*

A. Un rejeton tardif des Pandectistes **9**

B. Une enfance sage **12**

C. Une adolescence difficile: la controverse sur la simulation **14**

D. Le succès de la théorie du transfert intégral des droits et ses atténuations **17**

E. La consécration législative **21**
1. Fonds de placement 21
2. Opérations fiduciaires des banques 23

III. Quelques applications actuelles de la fiducie *25*

A. Fiducie-gestion **26**
1. Détention temporaire d'un actif 26
2. Placements fiduciaires 27
3. Gestion fiduciaire de fortune 29
4. Résolution de certains conflits d'intérêts 30
5. Organismes de gestion collective 31
6. Restructuration de bilan 32

B. Fiducie-libéralité **34**
1. Les institutions offertes par le droit suisse 35
2. Le rôle que pourrait jouer la fiducie 37

C. Fiducie-sûreté **39**
1. Un panorama disparate 40
a) Immeubles 40
b) Choses mobilières corporelles 41
c) Créances: la cession globale 42
2. Appréciation globale: pour une réforme des sûretés mobilières 46

IV. Propositions pour une fiducie renouvelée *47*

A. La reconnaissance d'un patrimoine fiduciaire **48**
1. Le régime actuel et ses exceptions 48
2. Les biens fiduciaires, patrimoine spécial, séparé et affecté 50
3. Discussion 51
a) Intérêts des créanciers communs du fiduciaire 51
b) Intérêts des créanciers communs du fiduciaire (*bis*): l'obligation de ségrégation 53
c) Intérêts des créanciers du fiduciant 55
d) Le principe de l'unité du patrimoine 55
e) Argument moral 57
4. Première alternative au patrimoine fiduciaire: la *Ermächtigungstreuhand* 57
5. Deuxième alternative: un patrimoine *nullius* 59
6. Conclusion 60

B. Compensation et rétention par un tiers **61**

C. Responsabilité du fiduciaire, droit de suite du fiduciant **64**
1. Le principe de la responsabilité 64
2. L'absence *de lege lata* d'un véritable droit de suite 65
3. La reconnaissance d'un véritable droit de suite 68

D. Durée de la fiducie **69**

E. Exclusion et limitations conventionnelles des instructions du fiduciant **71**

F. Bénéficiaires et protecteur de la fiducie **73**

V. Conclusion *75*

A. Réformer le régime commun de la fiducie **76**

B. Assurer sa reconnaissance internationale **77**

C. Le paramètre fiscal **78**

VI. Bibliographie ***80***

A. Bibliographique topique **80**

B. Autres références **87**

VII. Abréviations ***90***

In no other country is there so great a contrast as in Switzerland between the abundant lip-service done to the terms « Treuhänder » and « Treuhand » and the scanty traces of a serious attempt to arrive at anything that may be properly described as trustlike, either in practice or in theory.

Felix WEISER[1]

La fiducie est la jacinthe d'eau du droit moderne: elle envahit tout, obstrue tout.

Pierre-Robert GILLIERON[2]

I. Introduction

A l'époque où sa plume exprimait son dépit, M. WEISER était probablement préoccupé par les infortunes de « l'emprunt Young » émis par l'Empire allemand en 1930[3]. Mais son constat reste pertinent. Si elle permet certaines opérations que les juristes anglo-américains organisent au moyen de trusts, notre fiducie n'en présente ni la flexibilité ni la sécurité. Malgré ces faiblesses et les nombreuses incertitudes qui entourent aujourd'hui encore son régime juridique, la fiducie du droit suisse fait pourtant florès. On la trouve partout. Souvent, elle réalise ce que d'autres institutions de notre droit ne permettraient pas. Non rarement, elle fait soupçonner une atteinte, plus ou moins bien masquée, à certains intérêts privés (créanciers, héritiers) ou publics, notamment fiscaux.

Fiducie et trust ne sont pas aisés à comparer. La première est reçue en Suisse, à la suite de l'Allemagne et en dehors des codifications du tournant du siècle, d'une relecture savante des sources romaines antérieures au *Digeste*[4]. Le second trouve son origine dans la pratique féodale des *uses*, apparue en Angleterre peu après la conquête normande; il repose sur une tradition jurisprudentielle qui remonte au XIVe siècle et s'est cristallisée dans sa forme moderne au XVIIIe siècle[5]. A la différence du trust, les fiducies continentales doivent se faire une place dans les interstices qui subsistent entre la conception rigide de la propriété héritée du droit romain[6]et les grands principes qui sous-tendent les codifications nées des révolutions bourgeoises: unité du patrimoine, *numerus clausus* des droits réels, réserve légale de certains héritiers, interdiction des fondations d'entretien et des fidéicommis de famille, etc.

---

1 WEISER (1936) p. 45.

2 GILLIERON (1989) p. 109 n. 156.

3 ATF 62 II 140, JdT 1936 I 552, *Aktiebolaget Obligationsinteressenter c. Banque des règlements internationaux*. La Banque des règlements internationaux, dont M. WEISER était le premier conseiller juridique, y intervenait comme représentante « fiduciaire » des obligataires, dont les intérêts se trouvaient compromis par l'abandon de l'étalon-or. L'affaire fut soumise au Tribunal fédéral suisse, qui lui appliqua le droit suisse et la trancha en faveur de la BRI. Les clauses du contrat reproduites par l'arrêt du Tribunal fédéral ne permettent pas de conclure à une véritable fiducie en ce sens que la BRI ne semble pas devenir titulaire de droits patrimoniaux qu'elle devrait exercer dans l'intérêt des obligataires (cf. néanmoins clause VII reproduite dans l'arrêt). Elle semble plutôt n'être investie que de compétences (*Befugnisse*), ce que les termes de *représentant fiduciaire* laissent à penser, compétences qu'elle doit exercer dans l'intérêt des obligataires mais sans être soumise à leurs instructions (c. 3a, JdT p. 560). Ce rapport triangulaire semble ainsi relever plutôt d'une quasi-fiducie, cf. *infra* II.B, pages NNN.

4 COING (1979) pp. 423-427.

5 REYMOND (1954) p. 126a; BERAUDO (1992) pp. 2-5.

6 Cf. les extraits de JOSSERAND et de ROUAST reproduits *in* MAZEAUD / GIANVITI (1984) pp. 19-25; STEINAUER (1981) pp. 148-153.

Pour difficile qu'elle soit, la comparaison du trust et de la fiducie n'en est pas moins légitime et souhaitable. La Société suisse des juristes lui a consacré son congrès de 1954. Comparaison n'est pas raison: des rapports de MM. REYMOND et GUBLER et des débats, il résulta un consensus sur l'inopportunité d'introduire dans notre ordre juridique le trust, dont les fondements - notamment la distinction entre *legal* et *equitable ownership* - parurent trop différents, et sur la nécessité de consolider la fiducie[7]. Et c'est bien le chemin que suivit notre ordre juridique, partiellement par une évolution jurisprudentielle, partiellement par quelques modifications législatives.

Certes, le front de la fiducie-sûreté n'a guère bougé. La cession fiduciaire de créances à titre de garantie (*Sicherungszession*) garde la faveur des banques au détriment du nantissement de créances (art. 899 ss CC). Mais le transfert de la propriété mobilière à fin de garantie (*Sicherungsübereignung*) se heurte depuis 1912 au principe du nantissement (*Faustpfandprinzip*) renforcé par l'art. 717 CC. Dans la mesure où le constituant ne s'est pas dessaisi de son objet, la sûreté est valable *inter partes* mais privée d'effets *erga omnes*, et donc inefficace dans l'exécution forcée. Cette prohibition a suscité un glissement de la pratique vers d'autres formes de financement: la réserve de propriété paraît n'avoir pas véritablement prospéré, mais c'est le crédit-bail (*leasing*) qui offre aujourd'hui la sûreté mobilière sans nantissement que la fiducie ne peut pas être.

En revanche, les opérations ont beaucoup progressé sur le front de la fiducie-gestion, grâce d'abord à deux jurisprudences importantes. En 1952, sans faire violence à la loi, le Tribunal fédéral avait pu constater que la créance en restitution des biens fiduciaires ne commence à se prescrire qu'avec la résiliation de la convention de fiducie[8]. En 1965, il a véritablement créé du droit en soustrayant les biens fiduciaires à la succession du fiduciaire dans l'hypothèse où le fiduciant a désigné un co-fiduciaire ou un fiduciaire suppléant[9].

Plus que les avocats, notaires, agents d'affaires, ou encore que les sociétés dites fiduciaires, ce sont les banques qui ont tout à la fois promu et tiré avantage du développement de la fiducie. Dès 1966, la loi sur les fonds de placement consacra législativement la structure fiduciaire du contrat de placement collectif. Les banques se forgèrent ainsi un quasi-monopole comme directions des fonds (au travers généralement d'une filiale spécialisée), comme dépositaires des actifs et comme vendeurs des parts à leur clientèle. Confortées par l'arrêt *Vallugano* de 1973[10] qui, en cas d'exécution forcée contre la banque fiduciaire, autorise le fiduciant à distraire de la masse en faillite les créances et les fonds qui proviennent des placements fiduciaires auprès d'autres établissements bancaires (art. 400 CO), elles ont promu les placements fiduciaires à l'étranger comme un service financier privilégié pour tous leurs clients sensibles aux effets de l'impôt anticipé. Leur activité fiduciaire s'est trouvée définitivement consacrée – et privilégiée – par une modification de la loi sur les banques connexe à la révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite: tous les biens remis ou acquis par une banque à titre fiduciaire seront désormais distraits d'office de sa masse en faillite[11].

A côté de ces développements et de ces débats de droit interne, d'autres interrogations trouvent leur origine en-dehors de notre droit national et de sa dynamique

---

[7] Cf. les conclusions de GUBLER (1954) p. 469a, REYMOND (1954) pp. 210a-212a, ainsi que les débats reproduits *in* RDS 1954 II 514a-551a.

[8] ATF 91 II 442 c. 5, JdT 1966 I 338, 344 ss, *Thorwart*.

[9] ATF 78 II 445 c. 3, JdT 1953 I 523, 529 ss, *Böckli*. Sur cette jurisprudence, cf. *infra* II.D.b), pages NNN.

[10] ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588 obs. REYMOND, *Feras Anstalt et cons. c. Banque Vallugano SA*.

[11] Art. 16 ch. 2 et 37*b* al. 1 et 2 LB, au chiffre 17 de l'annexe à la modification du 16 décembre 1994, FF 1994 V 977, 1065-1066.

propre. Elles surgissent de l'ouverture croissante des frontières, de l'internationalisation des rapports économiques, de la globalisation des marchés financiers et de la concurrence qui en résulte entre les ordres juridiques eux-mêmes. La mobilité des personnes et des capitaux a permis à un nombre croissant de personnes et d'entreprises de recourir aux institutions offertes par d'autres droits nationaux pour satisfaire des besoins que la fiducie du droit suisse ne permet pas d'accommoder.

Le phénomène s'est d'abord marqué dans la gestion des patrimoines, et notamment des patrimoines délocalisés échappant plus ou moins complètement à toute fiscalité. Sociétés de domicile constituées dans des paradis fiscaux, *Anstalten* liechstensteinoises, *trustees* établis dans les îles anglo-normandes ou ailleurs sont devenus les clients réguliers de la place bancaire et financière suisse. Le grand libéralisme de notre droit international privé contraste ici avec le maintien obstiné de certaines prohibitions dans notre droit interne[12]. Discrétion, flexibilité, fiscalité: les gérants de fortune au sens le plus large du terme ont promu successivement chacun de ces « véhicules de placement » pour devoir ensuite en changer lorsque la rumeur publique et la pratique judiciaire ont commencé à les associer à des pratiques en marge, sinon en fraude de la loi. Le trust n'est ici que le dernier instrument à la mode, que toutes les banques suisses se doivent d'offrir à leur clientèle en recourant à des filiales spécialisées ou à des correspondants à l'étranger. On peut craindre que son utilisation peu précautionneuse justifie les mêmes préventions que celles que l'on a désormais à l'encontre des sociétés panaméennes.

Ce qui frappe pourtant, c'est le nombre croissant des opérations financières reposant sur une structure fiduciaire dont la légitimité n'est pas mise en question et qui répondent à des besoins avérés. On a déjà mentionné les fonds de placement et les placements fiduciaires sur l'euromarché[13]. Des innovations plus récentes ont moins retenu l'attention dans notre pays. Ainsi, la titrisation d'actifs financiers (*asset securitization*) et le délestage (*in-substance defeasance*) exigent la détention plus ou moins durable d'actifs en un patrimoine distinct affecté exclusivement à certaines fins ou à certains créanciers[14]. Notre fiducie ne paraît pas permettre ce que réalisent les institutions offertes par d'autres droits nationaux, au premier rang desquels l'on retrouve le trust.

Les ordres juridiques se font ainsi concurrence[15] et posent au nôtre trois questions: dans quelle mesure notre droit reconnaît-il les effets de ces institutions étrangères, au risque de permettre le détournement de règles impératives qui encadrent et parfois enserrent les institutions du droit suisse? Convient-il de développer un ou plusieurs instruments juridiques de droit interne qui offrent une alternative adéquate? Ou faut-il simplement prendre acte de la liberté qui est ainsi faite aux personnes et aux entreprises qui ont la surface nécessaire pour délocaliser certains de leurs actifs, de leurs passifs ou de leurs activités?

---

[12] Peut-on concilier l'interdiction des fondations d'entretien (art. 335 CC) avec l'abandon de toute réserve de la fraude à la loi dans la reconnaissance de la personnalité des sociétés étrangères (art. 154 LDIP), alors qu'on sait que les sociétés des paradis fiscaux et les *Anstalten* liechstensteinoises servent souvent à détourner la prohibition de droit interne? Cf. ATF 117 II 494, PERRIN (1991) et J.A. REYMOND (1991).

[13] On aurait aussi pu évoquer la souscription fiduciaire d'actions dites de réserve, qui fut pendant longtemps un susbtitut au capital autorisé et au capital conditionnel finalement admis par la révision du droit de la société anonyme en 1991 (art. 651 à 653*i* CO). Cf. ATF 117 II 290, *Canes c. Nestlé*.

[14] Cf. *infra* III.A.6, pages NNN.

[15] « Au cours des dernières années, la compétition internationale en matière d'implantation d'entreprises est devenue toujours plus âpre. Bien plus qu'auparavant, les Etats sont en compétition directe s'agissant des conditions générales qu'ils offrent à l'économie. » *Rapport du Conseil fédéral sur la poursuite des réformes en faveur de l'économie de marché* du 13 juin 1994, FF 1994 III 1360, 1361.

En d'autres termes, l'ordre juridique suisse doit-il être libéral en cette matière et, si la réponse est positive, doit-il l'être par son droit matériel ou seulement par son droit international privé?

La question n'est pas propre à notre pays. La convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance[16], ratifiée par l'Italie, l'Australie, le Royaume-Uni, et signée que par la France, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Canada, les Etats-Unis d'Amérique, est entrée en vigueur entre les trois premiers Etats le 1er juillet 1992 et avec le Canada le 1er janvier 1993. Pour chacun des pays dont le droit interne ignore encore le trust se pose la même question. L'Italie a choisi de ratifier la Convention avant même d'avoir revu le régime applicable à sa fiducie de droit interne[17]. A l'inverse, la France n'a pas voulu affaiblir l'attrait de ses institutions et jugea qu'une législation consacrant une fiducie à la française était un préalable indispensable à la reconnaissance sur le territoire national des effets d'institutions étrangères similaires. Un projet de loi fut déposé en 1992 à l'Assemblée nationale, mais n'aboutit pas en raison des réticences du Ministère des finances, ce qui laisse en suspens la ratification de la convention de 1985[18].

Notre petit pays, plus que d'autres, est ouvert à tous les courants: flux d'idées, de modes, de personnes… et de capitaux. Alors que l'administration fédérale envisage – sans y accorder de priorité[19] – de signer la convention de 1985, c'est une tâche légitime pour la Société suisse des juristes de s'interroger sur la direction qu'il convient d'imprimer à l'évolution de notre fiducie pour la rendre adéquate aux besoins contemporains dans le respect des grands principes de notre ordre juridique.

II. Etat des lieux en forme de rétrospective

Répondre complètement à la question que l'on vient de poser exigerait un exercice fastidieux. Il faudrait inventorier l'ensemble des rapports juridiques qui reposent déjà ou pourraient reposer sur une structure fiduciaire. Pour chacun, on devrait évaluer les forces et les faiblesses du régime juridique applicable. De là, on pourrait dresser la liste des améliorations à apporter au régime général de la fiducie. S'il est conçu exhaustivement, ce triple inventaire dépasse le cadre alloué au rapporteur et, ce qui est bien plus grave, excède l'indulgence qu'il peut attendre de ses lecteurs.

Dans l'intérêt commun de ceux-ci et de celui-là, on procédera de manière plus pointilliste, plus ciblée. On ne peut faire l'économie d'un rappel, aussi bref soit-il, de ce qu'est la fiducie du droit suisse aujourd'hui et d'où elle vient: c'est l'objet de ce

---

[16] Reproduite notamment *in* ASDI 1985 47 et REYMOND *e.a.* (1994) pp. 176-186. Les travaux de la Conférence de La Haye se sont en particulier appuyés sur le rapport d'un expert suisse, le Prof. A.E. von OVERBECK (1985a). Sur cette convention, cf. notamment COING (1991); FLATTET (1990); GAILLARD (1990); GAILLARD / TRAUTMANN (1986) et (1985); JAUFFRET-SPINOSI (1987); KLEIN (1990); OVERBECK (1985b); PELICHET (1994); Cl. REYMOND (1991).

[17] CONVEGNI DI STUDIO - MADONNA DI CAMPIGLIO (1991), notamment les contributions de Salvatore TONDO, Maurizio LUPOI et Paolo PICCOLI. Sur la fiducie en général, cf. GRAZIADEI (1990) et MAZZONI (1985). Sur les sociétés fiduciaires (loi n° 1966 du 23 novembre 1939) et les sociétés d'intermédiation mobilière (loi n° 1 du 2 janvier 1991), cf. aussi CARBONETTI (1992).

[18] Projet de loi instituant la fiducie, n° 2583, enregistré à l'Assemblée nationale le 20 février 1992. Parmi une abondante littérature sur cette innovation qui semble avoir fait long feu, cf. CANTIN CUMYN (1992); CHAMPAUD (1991); FERRY (1992); JEANTET (1990); LE GALL (1992).

[19] Le retard pris par ce dossier tient au *Personalstop* qui sévit à l'Office fédéral de la justice comme dans le reste de l'administration fédérale. Le fonctionnaire chargé de la rédaction d'un projet de message s'est vu affecter à d'autres projets prioritaires.

chapitre. Le suivant présentera quelques applications actuelles et potentielles de la fiducie en examinant les obstacles auxquels elles se heurtent *de lege lata*, qui en restreignent l'utilité ou les ont jusqu'ici exclues. Le chapitre IV formulera des propositions pour le renouvellement de cette institution. On conclura sur les moyens de ce renouvellement, sur le cercle des personnes visées et sur l'opportunité d'adhérer à la convention de 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

A. Un rejeton tardif des Pandectistes

L'histoire de la fiducie moderne a été écrite ailleurs et avec talent[20]. On n'en rappellera ici que ce qui a marqué notre ordre juridique. La consécration de l'acte fiduciaire par notre Tribunal fédéral, implicite déjà au cours des quinze dernières années du XIXe siècle pour la *fiducia cum creditore*, proclamée dès 1905 à propos de la *fiducia cum amico*, est un héritage direct de la doctrine allemande de cette époque. Ce sont les derniers Pandectistes qui retrouvèrent dans des sources antérieures au *Digeste* cette figure du droit romain tombée en désuétude. Ce sont eux que le Tribunal fédéral convoque sur les fonts baptismaux de la fiducie suisse. Curieusement, alors même que cette réception romaniste se fait à l'époque des codifications suisse (Code des obligations de 1881 et 1911, Code civil de 1912) et allemande (*Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900), elle est des deux côtés du Rhin l'oeuvre exclusive de la doctrine et des juges, totalement ignorée du législateur.

> Notre fiducie ne doit rien en revanche à la fiducie française, héritière de la substitution fidéicommissaire prohibée à l'art. 896 du Code Napoléon[21], mais autorisée en Suisse dans les limites des art. 488 à 492 CC.

On fait traditionnellement remonter la reconnaissance jurisprudentielle de l'acte fiduciaire à l'arrêt *Grüring-Dutoit c. Kappeler* de 1905[22]. Mme Peter-Dutoit avait cédé à son beau-fils, M. Grüring-Dutoit, une créance (contestée) contre un fournisseur, Kappeler. Le gendre déchargeait la belle-mère des tracasseries d'un procès; il s'engageait à agir en justice pour recouvrer cette créance en son propre nom et, en cas de succès, à lui en restituer le produit. Le débiteur de la créance contesta la légitimation active du cessionnaire qui l'assignait en justice. Il fit valoir que la cession n'était pas réellement voulue, puisque la cédante conservait le risque économique du procès, et donc nulle parce que simulée.

Le Tribunal fédéral dut s'interroger sur la délimitation entre acte simulé et acte fiduciaire et pour cela qualifier ce dernier. Dans le silence complet de la doctrine suisse à cet égard, notre Haute cour dut prendre parti dans une controverse qui divisait la doctrine allemande. A la conception de DERNBURG selon laquelle l'acte fiduciaire entraînerait une dissociation entre rapports internes et externes (le fiduciaire est propriétaire *erga omnes* des biens qui lui ont été remis en fiducie, dont le fiduciant reste *inter partes* le titulaire juridique), le Tribunal fédéral préféra celle de REGELSBERGER, distinguant entre l'acte de disposition (« l'acte fiduciaire ») qui provoque le transfert intégral des biens fiduciaires et la convention de fiducie (le *pactum fiduciae*) qui oblige le fiduciaire à l'égard du fiduciant à détenir et administrer les biens dans l'intérêt de celui-ci[23]. « Entre ces deux conceptions, il faut se rallier sans hésitation à la dernière, car la différenciation des effets juridiques dans les rapports externes et internes au sens de la

---

[20] Cf. notamment COING (1973) pp. 11-16 et 28-50; COING (1989) pp. 423-429; cf. aussi REYMOND (1948) pp. 7-21, et ses références.

[21] WITZ (1981) NN. 29-53; ROSSIER (1989) pp. 820-829; COING (1989) p. 422.

[22] ATF 31 II 105.

[23] REGELSBERGER (1893) t. I pp. 518-519, (1880) p. 173.

première théorie est absolument incompatible avec la notion même des actes juridiques mis en oeuvre par l'acte fiduciaire (transfert de la propriété d'une chose ou d'une créance). »[24] Plutôt que sur une coupure entre rapports internes et rapports externes, il fit reposer l'édifice sur une distinction entre droits réels et personnels. La prise de position est fondamentale et, pourtant, sa motivation tient en une seule phrase. Le Tribunal fédéral et les autres juridictions suisses réaffirmeront ensuite cette *Vollrechtstheorie* à d'innombrables reprises[25].

Si cet arrêt du 17 mars 1905 marque bel et bien la reconnaissance jurisprudentielle explicite de l'acte fiduciaire en Suisse, cette consécration n'est pas dénuée de paradoxes:

i) Malgré son importance dogmatique, cet arrêt rendu en allemand ne fut jamais traduit en français. C'est peut-être l'indice qu'il passa relativement inaperçu et que la fiducie n'intéressa que plus tard les auteurs et les praticiens suisses. La première étude lui fut consacrée en 1912 par un Romand, le Prof. AEBY, suivie en 1917 par une thèse bernoise[26]. Ce n'est que dans la seconde moitié des années trente que le débat se nouera véritablement[27].

ii) L'acte de naissance de la fiducie se rapporte à un mort-né, puisque le Tribunal fédéral accueillit au cas d'espèce l'objection de simulation. Suivant la conception de REGELSBERGER qu'il fit sienne, il jugea qu'il ne pouvait y avoir acte fiduciaire que lorsque les parties considèrent entre elles aussi, et pas seulement à l'égard des tiers, que le fiduciaire est devenu le plein titulaire des biens pendant toute la durée de la fiducie. Or il était expressément convenu *in casu* que Mme Peter-Dutoit supportait le risque du recouvrement de la créance cédée puisque son gendre ne lui remettrait que ce qu'il aurait effectivement encaissé. Si le cessionnaire ne supportait pas les risques économiques de l'opération, c'est que la cédante ne voulait pas lui transférer tous les attributs qu'implique la qualité de créancier, dont on sous-entend qu'ils incluent le risque de ne pas obtenir le paiement. Le Tribunal fédéral décida que la cession était nulle parce que simulée et dénia au fiduciaire la légitimation active.

> Il faudra attendre quarante ans pour que le Tribunal fédéral admette que la cession fiduciaire à fin d'encaissement est en principe voulue, et non simulée, et qu'elle n'est limitée que par l'interdiction de la fraude à la loi[28].

---

[24] Trad. libre de ATF 31 II 110 c. 3.

[25] Cf. en particulier ATF 117 II 463 c. 3, rés. JdT 1992 I 394, *SUISA c. hoirs Räber-Müller*; ATF 117 II 290, 295, *Canes c. Nestlé*; ATF 109 II 239 c. 2b, JdT 1984 I 148, 151, *Löwenbräu Zürich AG c. Gewerbebank Baden*; ATF 106 III 86 c. 2, JdT 1992 II 80, 82, *Nasser Afshar*; ATF 96 II 79 c. 8a, JdT 1971 I 329, 342, *Harrison c. Crédit suisse*; ATF 91 III 104, 107, *Humbert*; ATF 86 II 221 c. 4, JdT 1961 I 203, 206, *Fritschi c. Kohler*; ATF 78 II 445 c. 3, JdT 1953 I 523, 329, *Böckli c. m. f. Mayer*; ATF 39 II 801, 809 ss, *m. f. Gewerbekasse Kloten c. m. f. Müller*; etc.

[26] GERSTLE (1917).

[27] Cf. en particulier GUISAN (1937), WYLER (1935) et (1937), ERZER (1938) ainsi que la bibliographie très complète de REYMOND (1948) pp. 107-114.

[28] ATF 56 II 195, *Hoirs de J. de L. c. Dame T.*; ATF 58 II 162, rés. SJ 1932 627, *Société Française des Cuirs Alpina SA c. Chapelle*. Changement de jurisprudence dès ATF 71 II 167, JdT 1945 I 570, *Giger c. Hildbrand-Eggmann*; ATF 87 II 203, JdT 1962 I 92, *Geiser c. Humaire*. L'arrêt *FTMH* du 29 avril 1991 (SJ 1993 373 n° 13) est critiquable, qui nie la validité de la cession à un syndicat des créances de salariés contre leur employeur au motif que *nul ne plaide par procureur*. Si ce motif (qui n'est pas exprimé dans la loi de procédure applicable au cas d'espèce) était décisif, il interdirait le recouvrement fiduciaire des créances, y compris des effets de change, qui présente pourtant une grande utilité pratique et économique, ainsi que l'une des rares modalités offertes par le droit suisse pour permettre l'action de groupe, cf. THEVENOZ (1990) pp. 149-150. La seule atteinte aux principes de la procédure qui résulte d'une telle cession consiste à permettre d'administrer le témoignage assermenté du fiduciant, qui peut être évité (par un refus d'assermentation) sans avoir à disqualifier toute l'opération.

Cette conception absolutiste de l'acte fiduciaire, qui voudrait faire supporter au fiduciaire les risques et les profits de sa gestion, est incompatible avec la notion même de fiducie. Si, comme l'arrêt de 1905 l'admet pourtant, le fiduciaire s'oblige à détenir et à gérer les biens dans le cadre que lui fixe la convention de fiducie, c'est bien au fiduciant que revient le bénéfice ou la perte de cette gestion entreprise dans son intérêt[29]. C'est pourquoi l'on applique pour l'essentiel les règles du mandat à la convention de fiducie-gestion[30]. Cette dissociation entre titulaire juridique et ayant droit économique est désormais reconnue[31]. C'est tellement vrai que le droit fiscal en fait une condition à la reconnaissance des opérations fiduciaires, dont la non-réalisation entraîne la disqualification de l'opération[32]. C'est donc pour une mauvaise raison que l'arrêt invalida l'opération voulue par les parties[33].

iii) Avant même d'admettre expressément le principe de la *fiducia cum amico* en 1905, le Tribunal fédéral avait à plusieurs reprises, et sans la nommer, donné effet à une *fiducia cum creditore*. Le Code des obligations du 14 juin 1881, en vigueur depuis 1883, avait supprimé les gages mobiliers de droit cantonal et introduit à leur place un gage reposant sur le nantissement du créancier, c'est-à-dire le dessaisissement du débiteur[34]. Les commerçants s'en accomodèrent et recoururent à des « ventes de garantie » (*Deckungsgeschäfte*). L'opération consistait, pour le débiteur, à vendre une chose mobilière (un outillage, un stock de marchandises) à son créancier pour éteindre sa dette, tout en s'en réservant la possession conformément aux règles du bail à loyer et en se faisant concéder le droit de la racheter contre remboursement du prix, soit en fait de sa dette originale. Le Tribunal fédéral vit bien que l'effet économique de cet arrangement était celui d'un gage mobilier sans dépossession[35]. Il jugea cependant que « rien ne s'oppose à ce que la garantie résulte du transfert de la propriété d'une chose »[36]. Il admit que l'opération n'était pas simulée par les parties et qu'elle ne détournait pas l'art. 210 aCO[37] pour autant que « leur intention [fût] que l'acquéreur supportât les risques et les profits de la chose remise en garantie »[38].

---

[29] ATF 31 II 109; cf. aussi ZR 5 [1906] 273 n° 184.

[30] Sur la qualification de la convention de fiducie-gestion, cf. *infra* note 92.

[31] Cf. notamment YUNG (1952) p. 150; REYMOND / REVACLIER (1985) p. 425.

[32] Ainsi le chiffre A.3 de la notice de la Division des droits de timbre et de l'impôt anticipé de l'Administration fédérale des contributions d'octobre 1967: « Le fiduciaire ne doit encourir aucun risque découlant du placement, de la gestion et de la réalisation des biens fiduciaires. Tous les frais y relatifs et autres charges telles que les amortissements, les pertes, etc. doivent être supportés exclusivement par le fiduciant. Ces conditions doivent être stipulées dans le contrat » dont on exige par ailleurs qu'il soit écrit (chiffre A.1). Notice reproduite notamment *in* RIVIER (1980) pp. 375 ss et MAILLARD (1994) pp. 78-84.

[33] On perçoit plus loin dans l'arrêt le soupçon que la belle-mère et son gendre se sont ainsi entendus pour permettre à la première de témoigner sous serment dans un procès où elle est économiquement partie, ATF 31 II 113. Sur cette éventuelle fraude à la procédure civile, cf. *supra* note 28.

[34] Art. 210 aCO: « Le droit de gage sur les meubles corporels ou sur les titres au porteur ne peut s'établir que par voie de nantissement, c'est-à-dire par la remise de la chose au créancier gagiste ou à son représentant. La remise n'est pas réputée faite tant que la chose est encore entre les mains de celui qui constitue le gage. » *Recueil des lois et ordonnances fédérales* 5 [1880-1881] 577, 617.

[35] ATF 20 1079, 1084, *Lawinsky c. Schneebely*.

[36] ATF 19 344, SJ 1893 539, 541, *Triefus c. Drexler*.

[37] Ni l'art. 202 al. 2 aCO, qui disposait qu'un constitut possessoire « est sans effet à l'égard des tiers si [il] a pour but de les léser; le juge prononce librement sur ce point, en tenant compte des circonstances. »

[38] *Loc. cit.*, trad. *in* AEBY (1912) p. 201. Cette intention fut niée *in* ATF 19 888, SJ 1894 160, *Bäumlin c. faillite Ganter*; ATF 30 II 550, *m. f. Humm c. Frickart*; ATF 41 III 437, *Giger & Glarner c. Zwirnerei Zwicky AG*.

On trouve ici, dans la fiducie-sûreté, l'origine de la condition qui voulait que le fiduciaire supportât le risque économique des biens fiduciaires, dont on a plus haut critiqué la transposition malheureuse à la fiducie-gestion dans l'arrêt *Grüring-Dutoit*!

En 1912 entrait en vigueur le Code civil, dont les art. 717 et 884 al. 3 CC confirment et renforcent le principe du nantissement. La constitution d'un droit réel par constitut possessoire est certes valable entre les parties, mais inopposable aux tiers puisqu'elle ne garantit pas la publicité nécessaire pour leur permettre d'évaluer le crédit du fiduciant. Le Tribunal fédéral s'engagea sur cette voie dès 1913[39] et fixa sa jurisprudence en 1916[40]. Ce faisant, il sonna le glas de la fiducie-sûreté sur les objets mobiliers corporels: une sûreté inopposable aux tiers est une non-sûreté[41]!

La délimitation entre acte fiduciaire et simulé, qui est au centre de ces arrêts parce qu'elle résulte nécessairement du refus de dissocier rapports internes et externes, continuera pourtant de hanter longtemps la doctrine suisse[42].

B. Une enfance sage

A la différence du Tribunal d'empire allemand, le Tribunal fédéral suisse s'en tint assez strictement aux règles posées par le législateur, quand bien même celles-ci n'avaient pas été conçues pour la fiducie. On sait le succès que connait la *Sicherungsübereignung* chez nos voisins du Nord. Il remonte à un arrêt du *Reichsgericht* du 23 décembre 1899. Une hoirie, débitrice d'un commerçant, revendiquait dans la faillite de son créancier trois immeubles dont elle lui avait transféré la propriété en garantie de sa dette et en vue de leur vente à des tiers. La cour allemande confirma la distraction des biens fiduciaires au profit du fiduciant en considérant « qu'une chose que le failli a certes reçue en propriété, mais avec une convention qui lui fait défense de la traiter comme telle, car elle continue en fait de faire partie du patrimoine de son propriétaire antérieure, 'appartient' bien au failli formellement et juridiquement, mais non d'un point de vue matériel et économique. »[43]

Contrairement au Tribunal supérieur zurichois qui, en 1906, fit siens les arguments et la solution de l'arrêt allemand[44], les juges de Mon Repos ne se rallièrent pas à cette transposition de la réalité économique dans l'univers du droit. En 1913, dans un arrêt qui n'eut – pas plus que celui de 1905 – les honneurs de la traduction, ils rejetèrent le recours par lequel la masse en faillite d'une caisse de pension cherchait à soustraire à la masse en faillite de son directeur les immeubles et cédules hypothécaires que celui-ci,

---

[39] ATF 39 II 691, *Anz e.a. c. Mölch* (le fait que l'opération s'analyse économiquement comme un prêt assorti d'une sûreté en faveur du prêteur fait présumer la volonté d'éluder les règles concernant le gage mobilier).

[40] ATF 42 II 17 c. 2, 24-26, *m. Dubois c. Vuagneux*: « Il n'est donc plus nécessaire que le constitut possessoire soit un contrat simulé ou une convention ayant pour but de léser des tiers, il suffit que les parties lui aient fait jouer le rôle économique réservé au nantissement. Si les parties poursuivent un but semblable sans se conformer aux règles du gage mobilier, elles éludent ces règles, et le constitut possessoire n'est plus opposable aux tiers. » Cf. ATF 71 III 80 c. 2, JdT 1945 I 113, 118, *Hefti & Co AG c. Forster*; ATF 72 II 235 c. 3, JdT 1947 I 134, 138, *Schoch c. Hörnlimann*; ATF 78 II 412 c. 1, JdT 1953 I 553, 555 s., *Frères Hutter c. Imhof.* Sur les antécédents cantonaux des art. 202 aCO et 717 CC, cf. WIEGAND (1980) pp. 545-551.

[41] Pour des précisions, cf. *infra* III.3, pages NNN.

[42] Cf. *infra* II.C, pages NNN.

[43] RGZ 45, 80, 85, trad. ROSSIER (1989) p. 882. Ce droit de distraction ne s'étend qu'aux biens reçus du fiduciaire lui-même, et non à ceux acquis par le fiduciant pour le compte du fiduciaire. Malgré les critiques constantes de la doctrine, le Tribunal fédéral allemand a jusqu'ici maintenu cet *Unmittelbarkeitsprinzip*. Cf. WALTER (1974).

[44] ZR 5 [1906] 271 n° 183, avec opinion minoritaire p. 276.

« pour des raisons de politique fiscale », avait acquis en son propre nom mais pour le compte et avec les deniers de son employeur[45]. Le Tribunal fédéral écarta la notion de « propriété économique »[46] et estima que la délimitation des biens formant la masse en faillite doit reposer sur un critère « tranchant et objectif » que l'on ne peut trouver que dans la notion juridique de propriété[47]. Il refusa en outre d'étendre les exceptions des art. 201 à 203 LP et 399 aCO (l'actuel art. 401 CO) pour reconnaître au fiduciant un droit de distraction dans la faillite du fiduciaire.

La fiducie reçut ainsi ses contours durables. Combinaison d'un acte d'attribution entraînant le transfert intégral des droits au fiduciaire et d'une convention obligeant celui-ci à en faire un certain usage, elle n'est pas un droit réel ou quasi-réel, opposable *erga omnes*. La propriété fiduciaire n'est pas une forme particulière de propriété. L'acte fiduciaire combine « un droit réel bien connu, aux contours clairement circonscrits et à l'efficacité maximale » avec un contrat, gouverné par le principe de l'autonomie de la volonté, « avec toute sa souplesse et sa flexibilité »[48]. Et c'est dans le principe de la relativité des conventions qu'elle trouve précisément ses limites, parce que les restrictions dont le *pactum fiduciae* grève les compétences du fiduciaire sont inopposables aux tiers.

De cette combinaison originale du droit des biens et des obligations résulte une autre caractéristique de la fiducie: le pouvoir excédentaire du fiduciaire. « Der Fiduziar *darf* mehr als er *kann* »[49], puisqu'il est pleinement titulaire des droits patrimoniaux sur lesquels portent la fiducie alors même qu'il s'est obligé, à l'égard du seul fiduciant, à en user voire à en disposer dans un but limité. REGELSBERGER y voyait une « disproportion entre le but et les moyens »[50]. Il n'est pas toujours exact de parler de disproportion, car l'octroi au fiduciaire de la compétence la plus complète, c'est-à-dire de la pleine titularité du droit, est souvent nécessaire au but poursuivi par les parties. A défaut, la validité de ses actes de disposition dépendrait de l'étendue exacte des pouvoirs qu'il a reçus (ou de la bonne foi des tiers); le fiduciaire ne pourrait pas éviter d'identifier celui pour qui il agit; etc.

> On ne saurait qualifier de fiduciaire toute situation où une partie obtient des compétences *erga omnes* plus étendues que celles qu'elle s'oblige *inter partes* à exercer. Ainsi, on parle souvent d'administrateur fiduciaire pour désigner celui qui, sans avoir investi dans une société anonyme, accepte d'en devenir administrateur. La confiance particulière que les actionnaires ou un groupe d'entre eux accorde à cet *outside director* est généralement caractéristique d'un mandat. Mais il n'y a pas là acte fiduciaire car l'administrateur n'acquiert pas de *droits patrimoniaux*[51] qu'il devra restituer à ses mandants au terme de sa charge: il est investi de *compétences* étendues dont il s'oblige à user dans le meilleur intérêt de la société et de ses mandants[52]. Sa situation n'est pas différente de celle de

---

45 ATF 39 II 800, *m. f. Allgemeine Gewerbekasse Kloten c. m. f. Müller*.

46 ATF 39 II 810.

47 *Eodem loco*: « Allein bei der Abgrenzung des dem Art. 197 [SchKG] zu Grunde liegenden Vermögensbegriffes bedarf es eines scharfen und objektiven Kriteriums; ein solches aber kann soweit körperliche Sachen in Betracht kommen, nur dadurch gewonnen werden, dass auf den absoluten Begriff des Eigentums, im eigentlichen ('juristischen') Sinne des Wortes, abgestellt wird. »

48 Van OMMESLAGHE (1985) p. 461.

49 ATF 119 II 326, 328, *X. c. m. f. Y. AG*. Cf. SPIRIG (1993) N. 119 Vorb. CO 164-174, et réf.

50 « Charakteristisch ist für dasselbe das Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel », REGELSBERGER (1880) p. 173.

51 Si l'on excepte l'action que l'art. 709 aCO l'obligeait à consigner et que l'administrateur acquérait généralement à titre fiduciaire.

52 Sur la licéité de l'obligation de l'administrateur « fiduciaire » de suivre les instructions de l'actionnaire majoritaire ou de l'ayant droit économique, cf. KGr. ZG 11.11.1991: RSJ 1994 401 n° 22.

l'avocat qui, pour représenter en justice, obtient de son client une procuration plus étendue que les pouvoirs dérivant de l'art. 396 al. 2 et 3 CO l'autorisant à compromettre, transiger, se désister ou passer-expédient. L'art. 398 CO, que concrétisent les règles déontologiques du barreau, interdit néanmoins à l'avocat de disposer ainsi de l'objet du litige sans avoir préalablement recueilli le consentement de son mandant dûment informé. Pour la même raison, l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur de la faillite n'acquièrent pas une position fiduciaire. L'un et l'autre jouissent de pouvoirs étendus, qu'ils exercent en leur propre nom pour administrer, mais aussi pour disposer des biens qui leur sont confiés, mais dont ils ne sont pas propriétaires.

Dans toutes ces situations, on constate un pouvoir *erga omnes* excédentaire, ce qui n'en fait pas pour autant de véritables fiducies[53]. Le terme fiduciaire reçoit ainsi, en Suisse et sans doute dans la tradition civiliste, une acception plus restreinte qu'en *Common law*, où l'on parle de *fiduciary duties* pour couvrir un nombre beaucoup plus étendu de relations[54].

C. Une adolescence difficile: la controverse sur la simulation

Cette tension entre le pouvoir *erga omnes* du fiduciaire et ses obligations qui en restreignent l'usage *inter partes* est le fondement d'une longue controverse dont les termes apparaissent dès avant l'arrêt *Grüring-Dutoit*[55]: le fiduciant veut-il effectivement transférer au fiduciaire la pleine titularité du droit sur les biens fiduciaires alors même qu'il lui en impose un usage limité? Le transfert de ces droits est-il effectivement voulu, ou simplement simulé?

La question est cruciale. Elle l'est plus encore en droit suisse, où l'aliénation des droits réels mobiliers et immobiliers requiert une cause valable[56]. Si la convention de fiducie est nulle parce que simulée, la propriété des biens fiduciaires n'a pas pu passer au fiduciaire. Le fiduciant peut la revendiquer en tout temps, sous réserve de l'acquisition par un tiers de bonne foi (art. 933 et 973 CC) puisque les biens ont bien été confiés.

Dans un article de 1952, le Prof. YUNG a énoncé avec précision les termes de cette controverse[57]. Réagissant au libéralisme croissant des tribunaux suisses à l'égard de la fiducie, il discute et critique six arrêts du Tribunal fédéral pour tenter de préciser la distinction entre acte fiduciaire et acte simulé. Il en tire deux conclusions. D'abord que le soupçon d'une fraude à la loi ne fait pas présumer la volonté de conclure un acte fiduciaire, mais au contraire de le simuler. Ensuite, que « le prétendu fiduciaire n'en est pas un, s'il n'est pas le véritable ayant droit, et il ne l'est pas s'il ne gère la chose ou la créance selon sa propre volonté et son propre jugement. Le reste est simulation. »[58]Ainsi, pour décider du caractère voulu ou simulé de la construction

---

[53] REYMOND/REVACLIER (1985) p. 426; JÄGGI/GAUCH (1980) N. 181.

[54] « There are few legal concepts more frequently invoked but less conceptually certain than that of the fiduciary relationship. In specific circumstances and in specific relationships, courts have no difficulty in imposing fiduciary obligations, but at a more fundamental level, the principle on which that obligation is based is unclear. Indeed, the therm 'fiduciary' has been described as 'one of the most ill-defined, if not altogether misleading terms in our law. It has been said that the fiduciary relationship is 'a concept in search of a principle'. », *LAC Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, 61 *Dominion Law Reports* 14, 26 (Cour Suprême du Canada, 1989). Pour une analyse économique de ces relations fiduciaires, voir COOTER / FREEDMAN (1991).

[55] Cf. arrêts cités *supra* notes 35 à 38 et AEBY (1912) pp. 154-161.

[56] Art. 974 et 975 CC pour les immeubles. ATF 55 II 302, JdT 1930 I 53; ATF 84 III 141 c. 3 pour les meubles. En revanche, la cession de créances est considérée par la jurisprudence du Tribunal fédéral et par la doctrine (encore) majoritaire comme valable indépendamment de la validité de sa cause, cf. sur l'ensemble GAUCH / SCHLUEP (1991) NN. 3631-3638.

[57] YUNG (1952).

[58] YUNG (1952) p. 183.

fiduciaire adoptée par les parties, M. YUNG propose que l'on s'interroge *in concreto* sur l'autonomie, réelle ou non, du fiduciaire dans sa gestion. Il n'y aurait fiducie que si le mandant non seulement déclare abandonner la titularité juridique du bien mais qu'en outre il renonce à s'immiscer dans son administration.

Deux ans plus tard, intervenant aux débats de la Société suisse des juristes, le Prof. JÄGGI proposait une approche plus radicale de la même question[59]. Il partait du constat que les parties à un acte fiduciaire recherchent les effets juridiques d'un acte de disposition – c'est-à-dire la possibilité pour le fiduciaire d'administrer et d'aliéner les biens en son propre nom, sans avoir à révéler de qui il tient ce pouvoir –, mais non ses effets économiques puisque le fiduciant conserve les risques et les profits des biens fiduciaires. Pour remplir cette *Verbergungsfunktion*, le fiduciaire n'a pas besoin de la titularité des biens; il lui suffit d'obtenir la légitimation à l'égard des tiers. Le pouvoir excédentaire que confère la première n'est pas voulu et donc le transfert de la propriété des biens ou de la titularité de la créance au fiduciaire est inefficace, parce que sans cause valable. « Denn die Annahme eines Rechtsgrundes für überschiessende Rechtsmacht beruht auf einem unheilbaren Widerspruch, da überschiessende Rechtsmacht eben nichts anderes als rechtsgrundlose Macht ist. »[60] A la jurisprudence et à la doctrine dominante, qui admettent que l'acte fiduciaire transfère la pleine titularité des biens confiés (*Vollrechtstheorie*), M. JÄGGI reproche de dissocier le droit et la réalité économique. Sa « théorie de la simulation »[61] postule que tout acte fiduciaire est (partiellement) simulé en tant qu'il paraît attribuer la propriété juridique des biens au fiduciaire. En raison de cette simulation, le fiduciaire ne perdrait jamais la propriété juridique des biens dont il entend en tout état conserver le bénéfice économique.

Aucune de ces deux propositions doctrinales ne fut reçue par la jurisprudence ni par la pratique des affaires. La première inspira certes deux décisions de la Cour de justice de Genève[62]. Mais le Tribunal fédéral n'admit depuis lors qu'à deux reprises l'objection de simulation, en se fondant sur une analyse concrète de la volonté des parties et sans s'interroger sur le degré d'indépendance du fiduciaire à l'égard du fiduciant[63]. On ne saurait dire qu'il a tenu compte des remarques de M. YUNG: il faut des circonstances extraordinaires pour qu'il frappe de simulation une convention de fiducie.

Quant à la « théorie de la simulation », elle fut développée par les Prof. SCHÖNLE et von BÜREN[64], sans qu'à ma connaissance la jurisprudence s'y référât jamais[65]. Ce silence est surprenant. La proposition de M. JÄGGI présente en effet un intérêt pratique éminent: si le transfert de propriété du fiduciant au fiduciaire est nul parce que simulé, la propriété est donc restée au fiduciant, qui peut la revendiquer en tout temps et contre tout tiers[66]. C'est là une réponse élégante à l'une des principales conclusions des débats de la Société suisse des juristes, dont la controverse sur l'art. 401 CO continue d'attester de l'actualité[67]. Il paraît donc étrange qu'aucun fiduciant n'ait songé à s'en prévaloir à

---

[59] Intervention *in* RDS 1954 II 536a-540a.

[60] *Loc. cit.*, p. 537a.

[61] JÄGGI/GAUCH (1980) NN. 201-212.

[62] 26.10.1954: SJ 1955 571, 574 ss, *Gebrüder Borchers AG c. Mangold*, et 4.12.1981: SJ 1982 232, 236 ss, *Rieder c. Lloyds Bank International Ltd*.

[63] ATF 106 II 141, JdT 1980 I 568, *Dame Streuli c. Zanovit AG et Lippuner*; ATF 97 IV 210, JdT 1972 IV 71, *Funk e.a. c. Ministère public fédéral*.

[64] SCHÖNLE (1957) pp. 39-43 et surtout (1959) *passim*; von BÜREN (1964) pp. 174 s.

[65] Pour une critique de cette théorie sous l'angle de ces conséquences (*Ermächtigungstreuhand*), cf. *infra* IV.A.4, pages NNN.

[66] Cf. JÄGGI *in* RDS 1954 II p. 539a.

[67] Cf. *infra* IV.1, pages NNN.

l'encontre de la masse en faillite de son mandataire ni qu'aucun créancier du fiduciant n'en ait tiré motif pour mettre la main directement sur les biens fiduciaires, et non sur la simple créance en restitution de ces biens[68]. Cette conception offre en outre l'avantage de réconcilier la qualification de la fiducie en droit privé avec son approche par le droit public, et notamment par la législation économique et fiscale.

> Alors que le droit civil adopte une notion formelle du titulaire des biens juridiques, le droit public s'intéresse en général à la réalité économique, au pouvoir de fait que le fiduciant se réserve le plus souvent.
>
> Ainsi, la législation bancaire impose de comptabiliser hors bilan les actifs détenus à titre fiduciaire par les banques[69]. Le code pénal sanctionne l'intermédiaire financier qui n'identifie pas l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales qu'il reçoit[70]. De même, les législations qui restreignent la propriété de certains biens par des étrangers s'intéressent au fiduciant, qui en a la maîtrise économique, et non au fiduciaire[71].
>
> De même, le droit fiscal impose en principe le patrimoine fiduciaire et ses revenus dans le chef du fiduciant[72]. Les rapports fiduciaires se prêtant toutefois à certains détournements de la loi fiscale, celle-ci ne les reconnaît que lorsqu'ils reposent « sur des motifs économiques sérieux » [73]. En outre, un arrêté fédéral appréhende les situations où la fiducie peut servir à abuser des conventions de double imposition[74].

L'explication de ce double désintérêt relève de la sociologie juridique plus que du simple discours juridique. D'excellents auteurs ont expliqué leur désaccord avec ces deux conceptions[75]. Mais il est rare que les plaideurs à qui elle pourrait profiter dans un litige n'invoquent pas une théorie, aussi minoritaire soit-elle.

Il faut donc bien admettre que la constance avec laquelle les fiduciants s'abstiennent de mettre en doute la validité de l'opération par laquelle ils se sont dessaisis de biens en mains de leur fiduciaire confirme leur intention de dissocier la titularité juridique du bénéfice économique (l'*émolument* au sens classique du terme) qu'ils entendent conserver. C'est en outre l'indice que la volonté de dissimuler n'est pas, tant s'en faut, la motivation de toutes les constructions fiduciaires. Comme on le verra au chapitre III, de nombreuses opérations, en particulier financières, reposent sur une structure fiduciaire sans que la dissimulation de l'identité des ayant droit économiques n'en soit le motif.

---

[68] Cf. par exemple ATF 106 III 86 c. 2, JdT 1992 II 80, 82, *Nasser Afshar*; ATF 103 III 86 c. 2b, JdT 1979 II 76, 81, *First National Boston Corp.*

[69] Art. 25 al. 1 ch. 36, 25*c* al. 1 ch. 4.4 de l'ordonnance sur les banques révisée le 12 décembre 1994, RO 1995 253, 275 et 281.

[70] Art. 305*ter* CP. Cf. en général ZULAUF (1994) NN. 253-264.

[71] Art. 11 al. 3 de l'ordonnance sur le registre des bateaux, RS 747.111; art. 7 de l'ordonnance sur la navigation aérienne, RS 748.01, cf. ATF 97 IV 210, JdT 1972 IV 71, *Funk, Mihaljevic et Dinkheller c. Ministère public fédéral.* Il en va de même dans le cadre de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des étrangers.

[72] Notice d'octobre 1967 sur les rapports fiduciaires, citée *supra* note 32; notice du 31 mai 1965, révisée en 1968, sur les comptes fiduciaires des banques, reproduite *in* RIVIER (1980) p. 379 et MAILLARD (1994) pp. 76 s. Ainsi, c'est le fiduciant, et non le fiduciaire, qui obtient restitution de l'impôt anticipé perçu sur les revenus des biens fiduciaires, cf. art. 61 de l'ordonnance sur l'impôt anticipé, RS 642.211.

[73] Cf. notice d'octobre 1967 (n. 32), sous D. 15. Sur le régime fiscal de la fiducie en général, cf. BRUNNER (1968) et MAILLARD (1994).

[74] Art. 2 al. 2 lit. c de l'arrêté fédéral du 22 juin 1951 (RS 672.202).

[75] Voir en particulier REYMOND (1989) *passim* et JÄGGI / GAUCH (1980) NN. 201-212. Cf. encore KLEIN (1989) pp. 212-213; MERZ (1975) pp. 452-453; WIEGAND (1980) pp. 549-550. Voir en outre les notations comparatives de van OMMESLAGHE (1985) pp. 475-480.

D. Le succès de la théorie du transfert intégral des droits et ses atténuations

a) Les vingt années qui suivirent le Congrès de la Société suisse des juristes furent décisives pour la consécration jurisprudentielle de la fiducie. Les juridictions confirmèrent à de nombreuses reprises le principe que le fiduciaire acquiert la pleine titularité des biens que le fiduciant lui remet ou qu'il acquiert en remploi de ceux-ci (*Vollrechtstheorie*).

- Le fiduciant ne peut plus disposer de ces biens. Ainsi, il ne peut pas concéder de droits d'utilisation sur une oeuvre dont il a confié la gestion fiduciaire à la SUISA, laquelle peut exiger de l'utilisateur le versement d'une redevance indépendamment de l'accord pris entre l'utilisateur et l'auteur[76].
- Le fiduciaire peut valablement constituer les biens fiduciaires en nantissement, même s'il viole par là ses obligations à l'égard du fiduciant[77].
- A la différence du représentant (art. 32 al. 1 et 2 CO), le fiduciaire peut produire une créance dans la faillite du débiteur sans devoir révéler l'identité du fiduciant qui la lui a cédée[78].
- Seul le titulaire fiduciaire des actions peut exercer le droit de vote à l'assemblée générale; s'il en est privé par l'effet d'une règle légale ou statutaire (cf. art. 659*a* al. 1, 691 et 695 CO), aucun vote ne peut être émis[79].
- Le fiduciant ne peut pas agir en annulation des décisions de l'assemblée générale d'une société anonyme dont les actions ont été souscrites par le fiduciaire. Que les effets de l'art. 401 al. 1 CO s'étendent ou non aux droits sociaux incorporés dans les titres, le fiduciant ne peut s'en prévaloir tant que la convention de fiducie n'est pas résiliée et que cette cession légale n'a pas été notifiée à la société[80].
- Le propriétaire fiduciaire d'actions au porteur peut les présenter à la conversion en actions nominatives[81].
- Les créanciers du fiduciant ne peuvent faire saisir ou séquestrer les biens fiduciaires, qui sont propriété du seul fiduciaire: l'exécution forcée ne peut porter que sur la créance du fiduciant en restitution des biens à l'extinction des rapports fiduciaires[82]. Sous réserve de l'action révocatoire (art. 285 ss LP), il n'en va autrement que lorsque le transfert de propriété mobilière ou immobilière au fiduciaire s'avère nul pour vice de

---

[76] ATF 117 II 463, rés. JdT 1992 I 393, *SUISA c. Hoirs Räber-Müller*. Sur la gestion collective des droits de propriété intellectuelle, cf. *infra* III.A.5, pages NNN.

[77] ATF 91 III 104, *Humbert*. Le Tribunal fédéral relève cependant qu'il y a controverse sur l'acquisition du droit de gage par un tiers qui serait « de mauvaise foi » parce qu'il aurait connaissance de la qualité de fiduciaire de celui qui constitue le gage. Cet *obiter dictum* soulève le problème d'un droit de suite du fiduciant à l'encontre du tiers qui, de mauvaise foi, aurait acquis un droit réel sur un bien fiduciaire, cf. *infra* IV.C, pages NNN.

[78] TApp. TI 5.4.1985: Rep. 1986 119, rés. RSDA 1989 94 r58, *T. c. Janns SA.*

[79] ATF 72 II 275, JdT 1947 I 167, *S. et cons. c. Société anonyme X.* ("SBS").

[80] ATF 115 II 468, JdT 1990 I 374, *V. c. Sch. Bau und Finanz AG*.

[81] ATF 109 II 239, JdT 1984 I 148, *Löwenbräu Zürich AG c. Gewerbebank Baden*. La restriction à la transmission des titres introduite par les statuts à l'occasion de cette conversion, qui interdit désormais l'inscription au registre d'actionnaires agissant à titre fiduciaire, n'est pas opposable au fiduciaire qui avait acquis les actions antérieurement, car elle le lèserait dans ses droits acquis.

[82] ATF 106 III 86, JdT 1982 II 80, *Nasser Afshar*.

forme[83], inopposable aux tiers parce qu'accompli en violation de l'art. 717 al. 1 CC[84] ou lorsque la volonté d'opérer ce transfert n'était que simulée[85].

Attribuer au fiduciaire la *plena potestas* juridique sur les biens qui lui sont confiés ne présente pas que des avantages. Le fiduciant en recherche les effets tant que la relation se déroule normalement, mais il ne souhaite pas que les biens fiduciaires suivent le sort du patrimoine général du fiduciaire si celui-ci vient à décéder ou devient insolvable. Le Tribunal fédéral a été sensible à ces difficultés, et n'a pas craint d'y répondre par quelques créations prétoriennes.

b) La théorie du transfert intégral des droits veut qu'au décès du fiduciaire, les héritiers sont saisis de l'intégralité du patrimoine du défunt: ils lui succèdent autant dans l'actif (art. 560 CC) que dans le passif fiduciaire (art. 603 CC), c'est-à-dire qu'ils deviennent propriétaires indivis des biens fiduciaires, mais restent tenus de les restituer au fiduciant au terme de la fiducie. Dans un arrêt de 1952[86], notre Haute cour traita pour la première fois les biens fiduciaires comme un patrimoine distinct du patrimoine général du fiduciaire. Elle avait à connaître du sort des biens d'une famille autrichienne conjointement remis à MM. Böckli et Mayer à titre fiduciaire, l'un et l'autre pouvant les gérer et en disposer sous leur signature individuelle. Le premier avait en outre, avec le consentement exprès du second, remis à son fils une procuration que les juges interprétèrent comme emportant la nomination d'un fiduciaire suppléant. Le Tribunal fédéral constata que « en l'absence d'une réglementation légale, l'organisation juridique du rapport fiduciaire est, pour une large part laissée au juge. »[87] Il jugea qu' « il est conforme à la nature de l'acte fiduciaire et, par conséquent, aussi à la volonté présumée des parties qu'à la mort d'un fiduciaire ses droits ne passent pas à ses héritiers (souvent inconnus du fiduciant) mais accroissent ceux du cofiduciaire. »[88] Il appliqua ce principe au décès du premier, puis du deuxième cofiduciaire, et autorisa donc le fiduciaire suppléant à revendiquer les biens fiduciaires dans la masse en faillite de la succession répudiée du second.

Considéré sous l'angle de la convention de fiducie, gouvernée par l'autonomie de la volonté, l'arrêt *Böckli* consacre une interprétation conforme à l'intention effective, ou à tout le moins présumable, des parties. Il n'explique pourtant pas comment, en dérogation au principe de l'universalité de la succession, les valeurs mobilières déposées en banque au nom des fiduciaires échoient finalement au fiduciaire suppléant, échappant aux héritiers du premier fiduciaire et à la mainmise des créanciers du deuxième[89]. On peut justifier la décision *Böckli* en considérant que les cofiduciaires forment une société simple dont il a été tacitement convenu qu'elle se prolongerait exclusivement entre les survivants après la mort de l'un d'eux[90].

c) Le Tribunal fédéral confirma implicitement ce régime particulier dans un arrêt *Thorwart* où, par ailleurs, il trancha une controverse sur le délai de prescription de la

---

[83] ATF 71 II 99, JdT 1945 I 472, *Wärtli c. Wärtli* (l'acte authentique ayant fondé l'inscription au registre foncier était libellé comme une vente pour le prix des hypothèques alors qu'il s'agissait en fait d'une donation).

[84] ATF 72 II 235, JdT 1947 I 134, *Schoch c. Hörnlimann*.

[85] ATF 41 III 437, *Giger & Glarner c. Zwirnerei Zwicxy AG*.

[86] ATF 78 II 445, JdT 13 I 523, *Böckli c. m. f. de la succession répudiée de Mayer*.

[87] Considérant 3, *loc. cit.* p. 529.

[88] *Loc. cit.* p. 530.

[89] Cf. GAUTSCHI (1967) et SCHWARTZ (1966), *passim*, ainsi que les références citées.

[90] Cf. ATF 119 II 119, notamment c. 3c, PJA 1994 98, obs. STAEHELIN (qui ne traite pas d'un rapport fiduciaire).

créance en restitution des biens fiduciaires, ici fondée sur l'art. 400 CO[91]. En faisant courir le délai de dix ans (art. 127 CO) depuis la résiliation de la convention de fiducie, et non depuis la remise des biens au fiduciaire, il donna à sa décision une portée générale qui, au-delà des rapports fiduciaires, s'applique à toute valeur détenue dans le cadre d'un contrat de mandat (art. 394 ss CO) ou de dépôt (art. 472 ss CO).

d) C'est l'arrêt *Feras Anstalt c. Banque Vallugano* qui confirma définitivement l'existence d'un régime juridique particulier pour la fiducie. Alors qu'il y avait consensus sur l'application de principe des règles du mandat à la convention de fiducie-gestion[92], l'application de l'art. 401 CO, approuvée par de nombreux auteurs[93], était niée par d'autres. Ceux-ci y voyaient une règle conçue pour la représentation indirecte, qui devrait être distinguée de la fiducie[94].

En l'espèce, la Banque Vallugano s'était vu confier 50'000 USD qu'en son propre nom, mais aux profits et aux risques de son client, elle avait placés à court terme sur le marché interbancaire (euromarché). La banque obtint un sursis concordataire. Certains clients notifièrent à l'établissement étranger dépositaire des fonds qu'ils étaient au bénéfice de la cession légale de l'art. 401 al. 2 CO et exigèrent un paiement directement en leurs mains. Feras Anstalt ne fit pas cette démarche mais chercha à obtenir de la masse concordataire la distraction de la somme remboursée par l'établissement étranger à la banque suisse après l'obtention du sursis. Le Tribunal fédéral jugea que l'art. 401 CO s'applique à tous les mandats, indépendamment de leur durée effective ou prévue. Il reconnut au fiduciant un droit de distraction sur les sommes d'argent reçues de tiers par le fiduciaire à condition que celles-ci fussent créditées sur un compte spécial au nom du fiduciant et qu'elles demeurent séparées des autres fonds du fiduciaire[95].

Le précédent est d'importance, et fut salué comme tel. Mais il doit être pris avec une grande prudence. Tant que le bien dont le fiduciant recherche la distraction dans la masse en faillite du fiduciaire est un meuble non fongible (art. 401 al. 3 CO) ou une créance qui n'a pas encore été éteinte par son paiement (art. 401 al. 2 CO), il suffit qu'il

---

[91] ATF 91 II 442 c. 3 *in fine*, JdT 1966 I 338, 343, *Thorwart c. X.*

[92] Après l'avoir énoncé à plusieurs reprises *obiter dictum*, le Tribunal fédéral adopta cette qualification dans son arrêt *Thorwart* précité, ATF 91 II 442 c. 6, JdT 1966 I 591 s. S'agit-il d'un (simple) mandat ou d'un contrat mixte auquel il convient d'appliquer certaines autres dispositions? La question se pose notamment pour l'interdiction de compensation de l'art. 125 CO, cf. OGr. Zurich 14.1.1986: ZR 1987 33 n° 13 (à propos de la gestion fiduciaire de fortune, qui présente une très forte analogie avec le dépôt irrégulier); WICKER (1988); GIOVANOLI (1994) pp. 202-203. Cf. encore MERZ (1975) pp. 453.

[93] Cf. en particulier GAUTSCHI (1971) N. 12 CO 401 et les auteurs cités *in* REYMOND (1948) p. 57 n. 5.

[94] Cf. surtout AMONN (1965) pp. 52-55; REYMOND (1948) p. 57; DROIN (1959) p. 140; von TUHR / PETER (1979) pp. 205 s.; WÄLLI (1969) p. 101. Par une motivation semblable, le Tribunal fédéral avait déjà refusé d'appliquer l'art. 399 aCO à une fiducie portant sur des immeubles, exclus par le texte même de cette disposition, cf. ATF 39 II 800, 811-814; comp. OGr. ZH 24.1.1906: ZR 5 [1906] 271 n° 184. Il semblait précédemment vouloir restreindre l'application de l'art. 401 CO aux contrats de commission (art. 425 ss CO), cf. ATF 41 II 571 c. 2, JdT 1916 I 258, 260; ATF 47 II 218, JdT 1921 I 498.

Selon ces auteurs, la représentation indirecte (cf. art. 32 al. 3 CO, telle qu'on la trouve surtout dans les contrats de commission, art. 425 ss CO) se distinguerait de la fiducie par son objet ponctuel et sa durée brève, la première ayant pour but un transfert sans délai au mandant des droits acquis par le mandataire. MERZ (1975) a démontré que l'on ne peut déduire cette distinction des travaux législatifs relatifs à l'art. 401 CO et à son prédécesseur, l'art. 399 aCO. J'ajouterais que cette distinction, certes concevable sur un plan purement conceptuel, est inapplicable aux faits, et qu'en outre elle n'est pas imposée par le texte de l'art. 401 CO. Sur l'ensemble de cette question, voir aussi HOFSTETTER (1994) pp. 30-35.

[95] Cons. 7, JdT 1974 I 593. L'arrêt se réfère ici à l'ATF 87 III 14 c. 2b *in fine*, JdT 1961 II 75, 82, qui exige que les fonds aient été reçus par le mandataire (*in casu* un agent d'affaire) sur un compte spécial (*in casu* auprès d'une banque) et non sur son compte général. Mais l'arrêt de 1961 exigeait que le mandataire disposât d'un compte spécial auprès d'un tiers, alors que celui de 1973 semble se contenter, à tout le moins lorsque le mandataire est une banque, que celle-ci crédite un compte spécial en ses propres livres.

soit individualisé, ou au moins individualisable. La situation est différente lorsque la créance a été éteinte par un paiement, car les fonds reçus d'un tiers perdent toute individualité aussitôt qu'ils sont mélangés aux autres fonds du fiduciaire[96], sauf précautions particulières. Comme le relève le Prof. REYMOND[97], les circonstances étaient particulièrement favorables à Feras Anstalt. La nature de l'opération fiduciaire semble avoir été signalée à l'établissement dépositaire. La banque avait comptabilisé hors bilan[98] ses actifs et passifs fiduciaires, et notamment le compte spécial sur lequel elle inscrivit le remboursement du placement par le tiers, ce qui excluait toute ambiguïté préjudiciable à ses autres créanciers. Enfin, les banques sont soumises à une révision externe et à une surveillance administrative qui accroissent la confiance que l'on accorde à leurs opérations. Ultérieurement, la jurisprudence refusa aux mandants d'une agence immobilière, d'un avocat ainsi que d'un banquier n'agissant pas à titre fiduciaire le bénéfice de l'art. 401 CO[99].

C'est dire que le droit de distraction que le fiduciant peut opposer aux créanciers communs du fiduciaire est fort limité. Le Prof. GIOVANOLI n'exagère rien en décrivant la fiducie suisse comme un colosse aux pieds d'argile[100]. Encore faut-il relever que l'application de l'art. 401 CO à la fiducie-gestion, approuvée par une majorité des auteurs contemporains[101], reste critiquée par d'autres, tandis que le Tribunal fédéral a récemment formulé *obiter dictum* des doutes sur la portée de sa jurisprudence[102]. A l'inverse, une tendance doctrinale importante propose une application plus large de l'art. 401 CO, l'étendant aux immeubles et surtout aux biens remis par le fiduciant au fiduciaire[103]. Dans son rapport, M. WATTER démontre avec force et pertinence les raisons qui imposent une telle interprétation *de lege lata*[104].

Mais la pratique des affaires s'accomode mal de pareilles incertitudes sur un point aussi délicat que l'attribution des biens fiduciaires en cas d'insolvabilité du fiduciaire. On ne s'étonnera pas que le législateur ait institué deux régimes spéciaux pour assurer la sécurité juridique nécessaire à des activités particulièrement importantes pour la place bancaire et financière suisse.

Outre les deux réglementations présentées à la section suivante, la fiducie n'est pas absente des textes législatifs. Ainsi, la loi sur l'émission des lettres de gage autorise dans certains cas la Commission fédérale des banques à se faire remettre les valeurs de couverture qu'elle gère alors à titre fiduciaire[105]. L'arrêté du Conseil fédéral du 12 avril

---

[96] ATF 47 II 267. BERTSCHINGER (1993) a démontré que la jurisprudence applique un critère d'individualisation plus sévère aux sommes d'argent et aux créances qu'aux autres biens fiduciaires. Il propose d'y renoncer au profit de la condition unique de déterminabilité (*Bestimmbarkeit*).

[97] JdT 1974 I 596, 599.

[98] Comme c'est désormais la règle, cf. *supra* note 69; cf. néanmoins SCHÖNLE (1979).

[99] ATF 102 III 103, *La Zurich c. m. f. Golay & Chapuis*; ATF 102 II 297 c. 3, JdT 1978 II 67, 72 s., *Cevitch c. m.f. Reiss & Co. Bankiers*; SJ 1990 637, *Steinmann*. Les deux premiers arrêts insistent sur le caractère exceptionnel des circonstances de *Feras Anstalt*. Egalement restrictifs: OGr. ZH 5.2.1979: ZR 1979 198 n° 82, et 12.11.1982: ZR 1984 209 n° 87.

[100] « On pourrait employer l'image d'une pyramide renversée: cet immense volume d'opérations et tout le poids des intérêts financiers qui s'y rattachent reposent sur une mince pointe, qui est l'arrêt Vallugano. » GIOVANOLI (1994) p. 190.

[101] Cf. surtout MERZ (1975) et GAUTSCHI (1976).

[102] ATF 117 II 429 c. 3a, JdT 1994 II 3; v. aussi ATF 109 III 112 c. 4b, JdT 1984 II 2 obs. GILLIERON. Cf. TSCHUMY (1986) NN. 285-290; NICKEL-SCHWEIZER (1977) p. 43; HEINI (1991) pp. 187 ss, et *supra* note 94.

[103] Cf. surtout HONSELL (1993) et ses références.

[104] Cf. WATTER (1995) NN. 105 à 111.

[105] Art. 40 LLG (RS 211.423.4), révisé en 1982 (RO 1982 1876, 1878).

1957 permet aux sociétés suisses de protéger tout ou partie de leurs actifs par une « cession fiduciaire » ou par la constitution d'un trust en cas de conflit international[106]. Mais il ne s'agit là que d'allusions à la fiducie, sans que celle-ci soit définie, et encore moins que son régime soit précisé.

E. La consécration législative

1. Fonds de placement

Quoique la loi sur les fonds de placement 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 parts des fonds de placement[107].

Fondé sur une distinction entre *legal* et *beneficial ownership* étrangère à notre ordre juridique, le modèle anglo-américain des *investment trusts* ne pouvait être directement transposé: c'est ce que MM. GUBLER et REYMOND avaient montré quelque temps auparavant[108] et que l'arrêt *Harrison* confirmerait six ans plus tard[109].

On avait envisagé de donner aux fonds de placement une structure corporative. Deux raisons s'y opposaient toutefois. D'abord le principe de la fixité du capital social empêchait l'émission et le rachat de parts sociales en continu; il aurait fallu modifier les règles générales, ce qui paraissait inopportun. Ensuite, le recours à la personnalité morale rendait presque inéluctable une double imposition, qui priverait les investisseurs du bénéfice économique qu'ils pouvaient attendre d'une gestion collective[110]. Le même argument s'opposait à donner aux fonds de placement la forme d'un établissement (*Anstalt*) voisin de la fondation du code civil[111].

La pratique suisse s'étant, dès avant la loi de 1966, cristallisée autour de la « forme contractuelle »[112], le législateur devait choisir entre deux doctrines. La première, qui avait eu les faveurs des auteurs dans les années cinquante[113], voyait dans les porteurs de parts des copropriétaires des actifs du fonds au sens de l'art. 646 CC.[114] L'avantage de cette conception, qui assurait l'identité entre bénéficiaire économique et propriétaire juridique

---

[106] Arrêté du Conseil fédéral protégeant par des mesures conservatoires les personnes morales, sociétés de personnes et raisons individuelles (RS 531.54).

[107] Ce choix ne s'est pas fait à la légère: c'est sur cet aspect qu'un premier avant-projet, mis en consultation en 1961, fut renvoyé à un groupe d'expert avec pour mission d'en élaborer un second. Cf. message du 23 novembre 1965, FF 1965 III 264, 265.

[108] GUBLER (1954), REYMOND (1954).

[109] ATF 96 II 79, *Harrison c. Crédit suisse*, JdT 1971 I 329, obs. REYMOND, ASDI 1971 223 obs. VISCHER.

[110] AMONN (1965) pp. 5-6 et 61-64; HIRSCH (1967) p. 65; cf. également van GERVEN (1960) *passim*. De telles sociétés d'investissement sont depuis lors apparues en Suisse, que la révision de 1994 a maintenues hors du champ de la loi, cf. art. 3 al. 2 LFP du 18 mars 1994 (RO 1994 2523); message du 14 décembre 1992, FF 1993 I 189, 207-208.

[111] Cf. message, FF 1965 III 291-293.

[112] « Les fonds de placement s'étant considérablement développés en Suisse, le législateur doit s'appuyer sur ce qui existe, développer ce qu'il y a de bon, éliminer ce qui est mauvais et enrayer les évolutions dangereuses. Il serait peu sage de s'écarter de ce qui s'est construit sur le terrain de l'autonomie privée et de placer les fonds sur une base toute nouvelle. On ne saurait prétendre que pour éliminer les défauts qui existent actuellement, il faille absolument modifier la structure du fonds. » FF 1965 III 290.

[113] Des deux formes de propriété collective, copropriété et propriété en main commune, seule la première était envisageable, car l'investisseur participe au fonds pour une quote-part, correspondant à son placement, dont il doit pouvoir disposer sans provoquer la dissolution du fonds, ce qui serait incompatible avec l'art. 653 al. 3 CC. Cf. JÄGGI (1962) *passim*; SERVIEN (1958) pp. 123-138; ainsi que les auteurs cités in FF 1965 III 297 n. 1.

[114] Cf. JÄGGI (1962) p. 132 *sub* 5; SERVIEN (1958) pp. 123 s.

des actifs, résidait dans le traitement des investisseurs en cas de faillite de la direction, le patrimoine du fonds ne tombant pas dans la masse en faillite.

Le législateur opta cependant pour la seconde conception[115]: les porteurs de parts sont créanciers de la direction du fonds, qui est propriétaire des actifs à titre fiduciaire. En effet, attribuer la propriété aux porteurs consacrerait une fiction: les investisseurs ne recherchent pas un pouvoir de disposition sur les actifs, mais la participation aux gains, pertes et revenus que ces actifs génèrent. Ainsi, lorsqu'un investisseur conclut un contrat de placement collectif avec la direction, il apporte de l'argent. Tant qu'il détient des parts, c'est de l'argent qu'il reçoit en distribution des bénéfices réalisés. Et lorsqu'il révoque le contrat qui le lie à la direction, c'est contre de l'argent qu'il réalise ses parts, et non contre la délivrance d'une quote-part du portefeuille *in natura specifica*. Il ne peut pas provoquer le partage. Ces caractéristiques, imposées par la rationalité économique des investissements collectifs, sont incompatibles avec les prérogatives que les art. 646 à 651 CC reconnaissent aux copropriétaires.

Ainsi, la loi de 1966 organise les fonds de placement selon une structure fiduciaire, un choix que la révision de 1994 n'a fait que confirmer. La direction est propriétaire des biens et titulaire des droits qui constituent le patrimoine du fonds. Elle les acquiert pour le compte et aux frais des investisseurs (prix d'émission ou réinvestissement) et les gère dans l'intérêt de ceux-ci selon le principe de la répartition des risques conformément au règlement du fonds et aux dispositions légales.

Le fonds de placement diffère cependant de la fiducie de droit commun sur un point substantiel. En contrepartie des valeurs patrimoniales qui lui sont transférées, la direction s'oblige à « faire participer le porteur de parts à un fonds de placement proportionnellement aux parts qu'il a acquises » (art. 6 al. 1 LFP). Contrairement au fiduciaire, qui doit restituer en nature les biens fiduciaires qui lui ont été confiés ou qu'il a acquis[116], la direction est débitrice de sommes d'argent lorsqu'elle distribue des bénéfices, lorsqu'elle rachète des parts à la demande du porteur ou lorsque le fonds est dissous.

Dans une telle structure fiduciaire, la protection des porteurs de parts requiert quelques mesures additionnelles. Outre l'exigence d'une autorisation et l'institution d'une surveillance administratives, le législateur a réalisé cet objectif par trois moyens de droit civil:

i) Sans être titulaires de droits réels sur les actifs du fonds, les porteurs de part en obtiennent la distraction si la direction devient insolvable[117]; le patrimoine du fonds ne répond que des créances de tiers et de la direction contractées dans la gestion du fonds. Les art. 14 et 16 LFP créent un véritable patrimoine séparé et affecté: *séparé* parce qu'il ne se mêle pas au patrimoine général de la direction et ne répond pas des dettes générales de celle-ci; *affecté* parce qu'il sert uniquement au placement collectif dans l'intérêt des investisseurs. A raison, le législateur estima qu'une telle protection est désirable et qu'elle ne lèse point les tiers dès lors que « de par la nature des choses, le fonds de placement est connu du public comme une fortune séparée »[118].

---

[115] Discussion *in* FF 1965 III 297-299. Solution proposée notamment par AMONN (1965) pp. 50-55; BÄR (1962) pp. 289-300; GAUTSCHI (2e éd. 1960) N. 19b CO 394.

[116] L'*actio mandati* en reddition de comptes, art. 400 CO.

[117] La doctrine germanophone précise qu'il s'agit d'une *Absonderung* dès lors qu'il y a lieu d'y procéder d'office, sans que les porteurs de parts doivent exercer ce droit. En tout état, l'art. 401 al. 2 et 3 CO protègerait les investisseurs de manière bien moins complète, cf. OGr. ZH 12.11.1982: ZR 1984 209 n° 87.

[118] Message, FF 1965 III 301. Cf. également ATF 97 II 866, 867, *Leitungsgesellschaft AG c. Eidg. Bankenkommission*: « Der Anlagefonds ist ein *Sondervermögen*, das auf Grund öffentlicher Werbung von den Anlegern *zum Zwecke gemeinschaftlicher Kapitalanlage* aufgebracht und von der Fondsleitung nach dem Grundsatz der Risikoverteilung für Rechnung der Anleger verwaltet wird. »

ii) Pour éviter que la direction ne s'engage dans des opérations à effet de levier ou qu'elle s'approprie la valeur des actifs en les nantissant, l'art. 12 al. 2 aLFP lui interdisait de constituer toute sûreté au moyen des avoirs du fonds. Il s'agit d'une deuxième différence notable par rapport à la fiducie de droit commun: le fiduciaire, titulaire d'un droit plénier sur les biens qui lui sont remis, peut notamment en disposer en les donnant en gage, que ce soit dans ou contre l'intérêt du fiduciant[119].

Cette restriction aux pouvoirs de la direction s'étant avérée trop contraignante au regard des nouvelles techniques de gestion financière, elle a été atténuée lors de la révision de 1994 (art. 34 al. 2 lit. d et 40 al. 3 LFP).

iii) L'art. 6 al. 2 LFP rend désormais obligatoire l'intervention d'une banque dépositaire, qui assure la garde de la fortune du fonds, assure divers services et exerce une surveillance sur certaines décisions de la direction (art. 19 LFP). L'interposition dans le rapport fiduciaire d'un intermédiaire additionnel, possesseur immédiat des actifs, n'en altère pas la nature. Le fait que cet intermédiaire soit lui-même astreint à une autorisation et à une surveillance administratives réduit certains risques de comportement frauduleux par le fiduciaire[120].

Le renvoi de l'art. 8 al. 3 aLFP aux règles du mandat pour les questions que la loi spéciale ne règle pas mettait en évidence la parenté du contrat de placement collectif avec le mandat du fiduciaire-gérant. Les dérogations aux art. 394 ss CO, nombreuses, tiennent à la dimension « supra-individuelle »[121] du contrat (individuel, c'est-à-dire entre la direction et un porteur de parts) de placement collectif. Les droits du porteur se matérialisent dans un titre (part), qui est librement transmissible au contraire de la qualité de mandant et de fiduciant, dont la transmission requiert l'accord du fiduciaire. En outre, le fiduciant oblige le fiduciaire par ses instructions (art. 397 CO), alors que la direction n'est tenue que par la loi et par le règlement. Enfin, le porteur de part peut révoquer son contrat (demande de rachat), tandis que la direction ne peut que dissoudre ou transférer le fonds à une autre direction. La disparition de toute référence au mandat dans la loi de 1994[122] ne rompt pas la filiation que le contrat de placement collectif entretient avec le *pactum fiduciae*.

2. Opérations fiduciaires des banques

La deuxième consécration législative de la fiducie, limitée cependant aux opérations fiduciaires des établissements soumis à la loi sur les banques, fut introduite par la petite porte au cours des travaux parlementaires relatifs à la réforme de la poursuite pour dettes et de la faillite[123].

Dans son arrêt du 25 novembre 1986, le Tribunal fédéral refusa d'appliquer l'art. 401 CO en faveur de clients de la Banque Leclerc & Cie qui avaient souscrit et libéré des obligations dans une émission publique, lesquelles leur avaient été attribuées mais pas encore livrées au moment où le sursis concordataire prit rétroactivement effet[124]. Inquiète

---

[119] JÄGGI (1962) pp. 131 s.

[120] Cf. FF 1993 I 210 s.

[121] JÄGGI (1967) p. 234.

[122] Cf. FF 1993 I 208.

[123] Le message du Conseil fédéral (du 8 mai 1991, FF 1991 III 1-315) ne fait aucune mention d'une éventuelle modification qu'il conviendrait d'apporter aux art. 201 à 203 LP, qui confèrent un droit de distraction dans la faillite à quelques créanciers se trouvant dans une position particulière. Il ne cite pas davantage l'art. 401 CO qui, sans figurer dans la LP, n'en est pas moins une règle de droit matériel de la faillite.

[124] ATF 112 II 444, *Banque Leclerc & Cie en liq. conc. c. Stewal SA e.a.*, critiqué notamment par NOBEL (1994) p. 162.

> de cette jurisprudence qui ne répondait pas aux développements du marché des valeurs mobilières, l'Association suisse des banquiers intervint auprès de l'Office fédéral de la justice en novembre 1988 pour proposer l'adjonction d'un art. 242*bis* LP prévoyant la distraction des « valeurs déposées » (*Depotwerte*)[125]. Cette proposition n'ayant pas été reprise dans le projet du gouvernement, l'ASB intervint en mars 1992 auprès de la commission du Conseil national. La formulation des nouveaux art. 16 et 37*b* de la loi sur les banques s'inspire du texte de l'ASB après consultation de la Banque nationale suisse et de la Commission fédérale des banques. En particulier, la commission parlementaire inclut les meubles, titres et créances détenus à titre fiduciaire dans un texte qui, à l'origine, ne les visait pas expressément. Cette innovation fut brièvement discutée dans les deux commissions; elle fut adoptée telle quelle en session plénière, sans que les rapporteurs la motivent et sans aucun débat.

L'art. 37*b*, introduit dans la loi sur les banques à l'occasion de la révision de la loi sur les poursuites, prévoit la ségrégation automatique des valeurs déposées, sous réserve des droits de la banque à l'encontre du déposant. Il poursuit ainsi un double objectif: garantir la neutralité des opérations de dépôt (*Depotgeschäft*) à l'égard du bilan des banques et améliorer la protection des déposants. L'art. 16 LB étend la notion de valeurs déposées aux « choses mobilières, titres et créances que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants»[126]. Cette *lex specialis* est intéressante à un double titre au moins[127].

D'une part, sans préciser le régime juridique de la fiducie dans son ensemble, elle consacre un progrès décisif sur un point particulièrement sensible, celui de la ségrégation des biens fiduciaires dans l'exécution forcée. Les nouvelles dispositions mettent fin, pour les opérations qui leur sont soumises, aux incertitudes qui entourent l'application de l'art. 401 CO. Cela suscitera cependant de nouveaux problèmes d'interprétation: les juges interpréteront-ils désormais la disposition du code des obligations dans le sens des normes spéciales de la loi sur les banques, ou maintiendront-ils une application restrictive par un argument *a contrario*? Il est certainement curieux qu'une intervention législative dans une controverse doctrinale aussi nourrie soit passé presque inaperçue dans le processus parlementaire, alors que la proposition de l'ASB n'avait à l'origine pas été retenue par le Conseil fédéral[128].

D'autre part, personne ne semble s'être étonné de l'avantage concurrentiel que ces dispositions confèrent aux établissements bancaires. Les clients des gérants de fortune, des sociétés fiduciaires, des notaires ou des avocats, mais aussi les fiduciants qui s'en remettent à un membre de leur famille, n'en profitent pas, sans que l'on ait jamais explicitement discuté les raisons de ce traitement différentiel[129]. Il peut y avoir certaines

---

[125] ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (1988).

[126] Modifications figurant au chiffre 17 de l'annexe à la loi du 16 décembre 1994, publiée *ad referendum* dans la FF 1994 V 977, 1065-1066.

[127] Pour une discussion, cf. les débats *in* REYMOND *e.a.* (1994, pp. 240-247) relatifs à l'état du texte en mars 1994 (*ibidem* pp. 228-229).

[128] « Die Untersuchungen der Schweizerischen Bankiervereinigung führen zum Schluss, dass sich die Praxis der Banken im Wertpapierverkehr wegen Internationalisierung dieses Geschäfts kaum von ZGB und OR zurückführen liesse. Deshalb hat sie nach Wegen gesucht, mit einer sachlich beschränkten, 'technischen' Gesetzesänderung das beschriebene Problem zu lösen. Sie hat bewusst darauf verzichtet, das Aussonderungsrecht des Bankkunden durch eine Anpassung des Auftragsrechts im OR zu gewährleisten, *weil damit eine rechtspolitische Debatte ausgelöst werden könnte, die sich kaum im gewünschten Ausmass unter Kontrolle halten liesse.* » ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (1988) p. 17, italiques ajoutés.

[129] Seul GIOVANOLI (1994, pp. 213-215) a offert une motivation à choix, tout en relevant qu'un régime particulier devrait s'appliquer à tous les opérateurs financiers soumis à une certaine forme de surveillance et d'autorégulation ou visés par l'art. 305*ter* du CP. C'est la solution qu'a suivie le Luxembourg, cf. règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit.

raisons à ce régime privilégié, mais il conviendra d'y revenir en discutant du champ d'application d'une fiducie renouvelée *de lege ferenda*.

III. Quelques applications actuelles de la fiducie

La fiducie est souvent associée dans l'opinion publique à trois buts qui la déconsidèrent: dissimuler l'identité du titulaire économique d'un patrimoine, éluder des dispositions impératives de la loi et léser les intérêts de créanciers. Cette assimilation est si forte en France que la fiducie y reste *persona non grata*[130]. En Suisse, où l'acte fiduciaire a pourtant droit de cité, cette triple connotation reste très présente. Le souci de discrétion est une motivation fréquente, mais il n'y a là rien d'illégitime dans la mesure où l'ordre juridique assure par ailleurs que l'on puisse identifier le fiduciant chaque fois qu'un intérêt prépondérant l'exige[131]. Sans en nier la réalité, la fraude à la loi et aux créanciers n'a probablement pas la fréquence que lui attribue l'opinion publique. En matière fiscale, il convient enfin de distinguer la fraude de l'économie d'impôt, que la fiducie peut rendre possible de façon parfaitement légitime.

Les opérations fiduciaires poursuivent de nombreux autres buts. Elles permettent des *formes d'investissement* qui ne seraient pas autrement possibles pour le fiduciant qui n'a pas un accès direct ou économique à certains marchés (*e.g.* dépôts fiduciaires sur l'euromarché, titrisation d'actifs). Elles facilitent la structuration de certaines *opérations multipartites* de manière économique (*e.g.* crédits syndiqués), notamment en mettant des sûretés à la disposition d'une collectivité de créanciers (*e.g.* délestage). Elles permettent également la résolution ou l'atténuation de certains *conflits d'intérêts* en soustrayant certains actifs à la gestion de leur titulaire économique. Elles peuvent aussi assurer la *transmission de patrimoines*, notamment d'entreprises, en permettant de dissocier le contrôle et la gestion de la distribution des revenus. La plupart des opérations fiduciaires combinent d'ailleurs plusieurs de ces fonctions.

Une analyse proprement économique de la fiducie reste à entreprendre, qui en explique l'attrait et l'utilité pour certaines opérations, l'absence d'intérêt pour d'autres[132]. Mais un premier constat empirique s'impose: la fiducie correspond à un besoin dans de nombreux domaines de la vie des affaires, en particulier en matière financière. Tous les ordres juridiques ont créé ou reçu une ou plusieurs institutions qui dissocient la titularité juridique d'un bien de sa titularité économique. La pertinence d'une telle institution est attestée par son succès, puisqu'il faut bien que des avantages démontrables compensent les complications et les risques associés à une telle dissociation.

Ce n'est ici le lieu ni de légitimer l'institution fiduciaire, ni de dresser un inventaire étendu de ses applications contemporaines ou futures. J'ai choisi de décrire dans les pages qui suivent un nombre limité d'opérations fiduciaires qui l'illustrent bien, dont l'importance est avérée ou qui sont appelées à un prochain développement. Mon objectif est de mettre en évidence les limites du régime juridique actuel de cette institution pour en tirer des propositions, qui seront formulées au chapitre IV.

---

[130] Cf. *supra* note 21.

[131] Voir notamment l'importance que prend la lutte contre le blanchissage d'argent et l'obligation de vigilance des intermédiaires financiers.

[132] Pour une analyse économique comparative de la fiducie et du trust en termes d'efficience économique, cf. HANSMANN / MATTEI (1994). L'analyse économique des rapports maître-gérant (*principal-agent relationship*) fournit certes d'utiles indications mais n'explique pas les avantages comparatifs du trust et de la fiducie. Pour une analyse économique des *fiduciary* duties, cf. surtout COOTER / FREEDMAN (1991).

Toute typologie comporte un certain arbitraire. Sans lui attribuer une importance dogmatique, on suivra la distinction classique entre fiducie-gestion (*fiducia cum amico*, *infra* A), fiducie-libéralité (*infra* B) et fiducie-sûreté (*fiducia cum creditore*, *infra* C). Les deux premières catégories sont d'ailleurs imbriquées puisque la transmission d'un patrimoine, lorsqu'elle intervient sur une certaine durée, s'accompagne nécessairement de sa gestion.

A. Fiducie-gestion

On distinguera ici, toujours pour la commodité de l'exposé, la détention temporaire d'un actif (1), les placements fiduciaires sur l'euromarché (2), la gestion fiduciaire de fortune (3), les constructions fiduciaires visant à éviter des conflits d'intérêts (4), les organismes de gestion collective (5) ainsi que les techniques, encore peu diffusées en Suisse, de restructuration de bilan que sont la titrisation d'actifs (*asset securitisation*) et le délestage (*in-substance defeasance*) (6).

1. Détention temporaire d'un actif

De nombreux mandataires se trouvent temporairement investis d'un actif qui revient économiquement à leur mandant.

- Un agent d'affaires recouvre des créances dont il encaisse le montant, à charge pour lui de le transmettre à son client.
- Un notaire reçoit de l'acheteur le prix d'une vente immobilière qu'il doit remettre au vendeur sitôt l'acte de vente parfait.
- Un avocat reçoit de son mandant un montant qu'il devra prochainement remettre à son confrère ou à la partie adverse. A l'inverse, il peut recevoir sur son compte bancaire une somme qui revient à son mandant[133].
- Le commissionnaire d'achat acquiert en son propre nom un objet mobilier dont il transférera ultérieurement la propriété à son mandant, pour le compte de qui il l'a acheté.
- Un crédit documentaire stipule que le connaissement maritime et la police d'assurance seront endossés à l'ordre de la banque émettrice, laquelle les endossera à son tour en faveur du donneur d'ordre lorsque celui-ci l'aura désintéressée[134].
- Des fonds dont la libération est soumise à la réalisation de certaines conditions sont consignés à titre fiduciaire en mains d'un tiers indépendant (*escrow agent*)[135].

Dans toutes ces situations, la détention fiduciaire d'un actif – qu'il s'agisse d'une somme d'argent ou d'une chose individualisée – repose sur un mandat[136]. Le talon

---

[133] Cf. TF 20.7.1990: SJ 1990 637, *Steinmann*.

[134] ATF 114 II 45, 50; ATF 113 III 26 c. 2b, JdT 1989 II 79, 83, note GILLIERON (« Cette propriété peut seulement être une propriété fiduciaire parce que, d'après une règle fondamentale des opérations d'accréditif, les banques qui y participent n'ont rien à voir dans l'opération qui est à la base de l'accréditif et elles n'acquièrent les documents qu'en tant que mandataire du donneur d'ordre et afin que celui-ci en devienne propriétaire »). Cf. DALLEVES (1985); THEVENOZ (1985).

[135] Cf. GERSTER (1991); ATF 102 Ia 229, JdT 1978 II 49.

[136] Ou sur un contrat mixte présentant une forte composante de mandat, cf. GERSTER (1994, pp. 92-96) pour le contrat d'*escrow*. Une telle qualification est fréquemment prônée pour éviter l'application de certaines règles à un contrat ou à un type de contrats (*e.g.* art. 397, 404 CO) dont la jurisprudence tient *mordicus* qu'elles sont de nature impérative. Cette fuite hors du mandat – qui est pourtant le contrat de prestation de service indépendant portant sur une obligation de moyens, cf. WERRO (1993a) NN. 171-220 –, provoquée par une jurisprudence trop dogmatique, est insatisfaisante. Elle multiplie les « contrats

d'Achille de l'opération tient au risque que cet actif, qui ne devrait que transiter par le patrimoine du mandataire, s'y trouve consumé par l'insolvabilité de celui-ci. La question est réglée par l'art. 401 al. 2 et 3 CO, dont on a vu plus haut qu'il s'applique à tous les mandats.

On peut souligner ici deux faiblesses de la protection du mandant dans le cadre de l'interprétation jurisprudentielle actuelle de l'art. 401 CO[137]. Elle ne vaut d'abord que pour les biens acquis de tiers pour le compte du mandant, mais non pour ceux reçus du mandant en vue de leur remise à un tiers. En outre, dans le cas fréquent où le bien consiste en une somme d'argent en numéraire ou en monnaie scripturale, le droit de distraction n'existe que pour autant que celle-ci soit et reste individualisée dans le patrimoine du mandataire. L'ouverture par le mandataire d'un compte bancaire ou postal identifié comme « compte de tiers » améliore la sécurité offerte à ses clients, sans la garantir complètement lorsque les créances des uns sont mélangées aux créances des autres et que l'on n'en retrouve pas la somme complète au moment où devrait intervenir la distraction.

Quelles alternatives permettraient-elles de poursuivre les mêmes buts sans que le mandataire acquière le bien à titre fiduciaire? La représentation volontaire (fondée sur une procuration, art. 32 al. 1 CO) assure que les effets juridiques – bénéfiques ou désavantageux – de l'activité du mandataire se produisent directement dans le patrimoine du mandant. Cette formule offre une excellente sécurité juridique, mais elle expose directement et immédiatement le patrimoine du mandant tant et aussi longtemps que le mandataire agit dans le cadre de ses pouvoirs. Elle est généralement inconciliable avec la sauvegarde de l'anonymat, au contraire de l'acte fiduciaire[138]. Enfin, elle ne se prête que malcommodément à la transmission de fonds entre le mandant et les tiers. Pour que le mandataire puisse assurer l'encaissement ou le décaissement d'une somme d'argent autrement qu'en espèces sans qu'elle transite par son patrimoine, il doit disposer d'une procuration sur un compte ouvert par son mandant. La solution est fréquente pour la gestion durable d'un patrimoine (*infra* 3), mais impraticable et trop coûteuse pour un mandat occasionnel.

2. Placements fiduciaires

Les placements (ou dépôts) fiduciaires[139] – c'est-à-dire le prêt à court terme de fonds de clients sur le marché interbancaire des eurodevises (euromarché), où la banque prêteuse

---

innommés », dont le régime est grevé d'incertitudes que l'on éviterait si l'on admettait le caractère dispositif de ces règles.

[137] Cf. *supra* II.D.d, pages NNN.

[138] Sous réserve de l'art. 32 al. 2 CO.

[139] Sur les placements fiduciaires en général, cf. FERRERRO (1994); HELG (1982); SCHÖNLE (1979); DAUNIZEAU (1993); STAEHELIN (1973); HATEBUR (1992).

Jurisprudence: ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, obs. REYMOND, *Feras Anstalt et cons. c. Banque Vallugano SA*; ATF 109 III 112, JdT 1984 II 2, obs. GILLIERON, *Weissbank in compulsory liquidation c. Weisscredit en liq. conc.*; HGr. ZH 8.7.1980, rés. SAS 1981 67; CJ GE 20.3.1992, rés. ECS 1993 100-102, RSDA 1994 44 r56, *Société générale alsacienne de banque SA c. X. et cons.*; TComm. Paris 1.10.1992: JCP 1993 II 22005 (p. 76) obs. VASSEUR, rés. RSDA 1994 47 r62, *ATAG Ernst & Young, adm. faillite Mebco Bank c. BMCE*.

Les crédits fiduciaires se distinguent des placements (ou dépôts) fiduciaires par le fait que le client-fiduciant désigne le destinataire des fonds, qui est lié à la personne du fiduciant et n'est généralement pas un établissement bancaire. Pour un exemple, cf. ATF 112 III 90, 92, *Banque Worms & Vie (Suisse)* SA. Comme le relève FERRERO (1994, pp. 9-13), l'obligation contractée par les banques de ne pas prêter une assistance active à la fraude fiscale (art. 8 de la Convention de diligence de 1992) et la nécessité d'examiner l'arrière-plan économique de toute affaire compliquée, inhabituelle ou importante, qui résulte de l'art. 3 al. 2 lit. c LB ont substantiellement réduit l'importance pratique des crédits fiduciaires, sur lesquels on ne reviendra pas ici.

intervient à titre fiduciaire pour son client[140] – ont pris une très grande importance pour les banques suisses et leur clientèle puisque les sommes ainsi placées – comptabilisées hors bilan – représentent l'équivalent de presque un quart du total des bilans des banques en Suisse[141]. Ce type d'opération répond à divers intérêts.

> Pour la banque, il s'agit d'une opération hors bilan, pour laquelle elle ne supporte pas le risque d'insolvabilité de sa contrepartie, non plus que le risque politique ni le risque de transfert, et qui n'entraîne aucune exigence de fonds propres. Pour sa part, le client obtient l'accès au marché interbancaire des prêts à court terme, qui offre des taux plus rémunérateurs que les placements de même durée et qualité qui lui sont offerts par ailleurs. Or ce marché est, par définition, inaccessible aux personnes physiques et à la plupart des entreprises. La banque peut en outre regrouper des placements de plusieurs clients qui bénéficient d'un effet de somme en obtenant des conditions plus avantageuses. En outre, la rémunération étant servie par un débiteur à l'étranger, elle échappe au prélèvement de l'impôt anticipé. Cet avantage fiscal est légitime pour les clients résidant dans un pays sans convention de double imposition avec la Suisse. Il bénéficie également aux fonds qui ne sont pas déclarés au fisc suisse ou aux autorités fiscales d'un pays lié par une convention de double imposition. On relèvera encore que pour les avoirs déclarés au fisc, l'économie de l'impôt anticipé représente un avantage substantiel, l'impôt sur le revenu ou le bénéfice n'étant dû qu'à une date postérieure de plusieurs mois à celle du prélèvement de l'impôt anticipé, ce qui représente un avantage de trésorerie pour l'investisseur.

L'intervention fiduciaire ne saurait être utilement remplacée par un recours aux mécanismes de la représentation directe. La banque étrangère qui reçoit et rémunère les fonds à court terme entend n'avoir qu'un seul cocontractant: il ne lui conviendrait pas de devoir ouvrir un compte pour chaque client dont la banque suisse ne serait que la représentante. D'une part, il en résulterait des coûts de transaction élevés, que le marché interbancaire réduit précisément au minimum, permettant ainsi un rendement supérieur. D'autre part, l'obligation de vigilance que de nombreux Etats – notamment tous les membres de l'Union européenne[142] – imposent à leurs banques pour lutter contre le blanchissage des capitaux obligerait la banque « dépositaire »[143] à identifier non seulement le client de la banque fiduciaire, mais un éventuel ayant droit économique[144], ce qu'elle ne peut faire qu'en s'en remettant aveuglément aux indications de cette dernière.

Le régime actuel de la fiducie révèle ici trois faiblesses.

---

[140] Parce qu'à la suite de plusieurs auteurs (*supra* note 94), elle s'attache à distinguer soigneusement la fiducie de la représentation indirecte, la thèse de TSCHUMY (1987), NN. 316-322, isolée dans la doctrine, dénie à cette opération la nature d'une fiducie et y voit un acte par personne interposée, c'est-à-dire en représentation indirecte, ce qui justifie de lui appliquer l'art. 401 CO. L'acte fiduciaire ne reçoit pas de définition légale et les critères retenus par TSCHUMY pour opérer cette distinction sont discutables et controversés. Quoi qu'il en soit, les placements fiduciaires révèlent les mêmes limites du régime suisse de la fiducie que d'autres opérations fiduciaires, ainsi qu'on le verra.

[141] BANQUE NATIONALE SUISSE (1994), tableau 35 page A 156. Cette proportion, qui a augmenté pour atteindre 32,1% en 1984, tend désormais à décroître, tout en marquant des variations annuelles importantes. La grande majorité des fonds ainsi investis proviennent de l'étranger et sont placés hors de Suisse.

[142] La directive n° 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, JOCE n° L 166 du 28.6.1991, p. 77, devait être transposée par les Etats membres dans leur droit interne avant le 1er janvier 1993.

[143] En fait, le contrat entre les deux banques doit être qualifié de prêt de consommation au sens de l'art. 312 CO, cf. ATF 118 II 348, JdT 1993 I 550, *Banco Nacional de Cuba c. Banco Central de Chile*.

[144] Cf. art. 3 §§ 1 et 5 de la directive. La banque dépositaire n'est pas tenue d'identifier l'ayant droit économique des fonds lorsque sa contrepartie est un établissement de crédit ou une institution financière agissant en son propre nom, cf. art. 3 § 7.

a) Puisque ces opérations n'affectent pas le bilan de la banque fiduciaire, qui ne supporte aucun risque, les fonds concernés ne devraient pas servir à désintéresser ses créanciers. L'art. 401 CO a été appliqué par le Tribunal fédéral pour les distraire au profit des fiduciants, mais dans des conditions qui sont encore grevées de lourdes incertitudes[145]. C'est ce qui a amené le législateur a statuer expressément la ségrégation de tous les avoirs détenus par les banques à titre fiduciaire (art. 16 et 37*b* LB).

b) Les fiduciants sont exposés au risque que la banque dépositaire compense son obligation de rembourser à terme les placements fiduciaires avec des créances qu'elle détiendrait contre la banque fiduciaire, ou qu'elle exerce tout autre droit de rétention. Ce risque s'est notamment avéré à l'occasion de deux retraits de licence décidés par la Commission fédérale des banques en 1989[146]. La jurisprudence semble soumettre la compensation à la condition que la banque dépositaire ignorât la nature fiduciaire des dépôts[147]. Dans la mesure où le droit suisse est applicable à la question, cette interprétation me paraît incompatible avec l'art. 169 CO, et il faudra y revenir[148].

c) Que le droit de distraction des fiduciants dans la masse en faillite du fiduciaire repose sur l'art. 401 CO ou sur les nouvelles dispositions de la loi sur les banques, il n'est efficace que pour autant que le juge du for de la banque dépositaire le reconnaisse en vertu de son droit international privé. Ce serait un avantage indéniable que la fiducie suisse bénéficie de la reconnaissance que la convention de La Haye de 1985 garantit à certains effets du trust: son article 11 al. 2 lit. a prévoit en particulier « que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du trust » pour autant que ceux-ci soient distincts du patrimoine personnel du *trustee*, soit ici des dépôts pour compte propre de la banque fiduciaire auprès de la banque tierce.

3. Gestion fiduciaire de fortune

La gestion fiduciaire de fortune peut porter sur un bien unique, notamment un immeuble, ou sur un ensemble de biens, par exemple un portefeuille de valeurs mobilières. A la différence de la gestion ordinaire, où le gérant tire d'une procuration un pouvoir d'administration et (notamment lorsqu'il s'agit de valeurs mobilières) de disposition sur les valeurs qui lui sont confiées, le gérant fiduciaire acquiert la propriété fiduciaire de ces valeurs, qu'il administre et dont il dispose en son propre nom, mais pour le compte de son client. L'intérêt de la gestion fiduciaire tient moins aux larges pouvoirs qu'obtient le gérant – car une procuration peut être étendue *ad libitum* – qu'à l'anonymat qu'elle offre ou paraît offrir au mandant.

Elle peut relever d'un service d'ami ou d'une activité professionnelle. Les arrêts *Böckli* et *Thorwart*[149] illustrent deux situations où les circonstances économiques et politiques qui précédèrent la deuxième guerre mondiale amenèrent une famille autrichienne et un ressortissant allemand à confier une partie substantielle de leur fortune à des résidents suisses, se mettant sous le couvert d'un anonymat dont les abus des autorités nazies justifièrent amplement la précaution.

Les gérants de fortune professionnels qui n'ont pas le statut de banque pratiquent fréquemment leur activité sur une base fiduciaire[150]. Ils regroupent les avoirs de plusieurs clients sur des comptes et des dépôts *omnibus* (*Sammelkonti*) ouverts en leur

---

[145] Cf. *supra* II.D.d, pages NNN.

[146] Cf. COMMISSION FEDERALE DES BANQUES, *Rapport de gestion 1989*, pp. 191-192.

[147] Cf. HGr. ZH 26.6.1979, CJ GE 20.3.1992 et Tcomm. Paris 1.10.1992, cités *supra* note 139.

[148] Cf. *infra* IV.B, pages NNN.

[149] ATF 78 II 445, JdT 1953 I 523 et 91 II 442, JdT 1966 I 338, présentés *supra* II.D, pages NNN.

[150] Cf. OGr. ZH 14.1.1986: ZR 1987 33 n° 13, ECS 1988 44 obs. ZWICKER.

propre nom auprès d'établissements bancaires. A certaines conditions, cela leur évite de révéler à la banque l'identité de leurs clients[151], répondant aux craintes de ceux-ci concernant la préservation du secret bancaire en même temps qu'à leur propre souci de ne pas révéler leur clientèle à un concurrent potentiel.

La pratique des comptes *omnibus* est appelée à disparaître le jour où les gérants de fortune seront soumis à une autorisation et à une surveillance administrative, ce qui devrait les dispenser de l'obligation de révéler l'identité de leurs mandants y compris pour des comptes individuels. Ceux-ci resteront toutefois exposés dans une certaine mesure au risque d'insolvabilité du gérant dans la mesure où l'art. 401 CO, applicable au mandat de gestion fiduciaire, ne les met pas au bénéfice d'un droit de ségrégation équivalent à celui statué dans la législation sur les banques. Il y aurait là une distorsion de concurrence que plus rien ne justifierait.

4. Résolution de certains conflits d'intérêts

Alors que les trois types de gestion fiduciaire que l'on vient d'exposer supposent une activité du gérant qui n'exclut pas des instructions générales ou spécifiques du fiduciant, il est d'autres situations où les parties veulent explicitement réduire, voire exclure, l'intervention du ou des bénéficiaires économiques dans la gestion des actifs concernés. Il s'agit de dissocier durablement le contrôle de ces actifs de l'attribution de leur rendement. Un tel arrangement peut notamment servir à résoudre un conflit d'intérêts.

> Alors qu'il était premier ministre de la République italienne, M. Silvio Berlusconi en offrit un exemple, certes unique en son genre, mais emblématique[152]. Pour répondre aux critiques grandissantes de ses alliés politiques, il chercha des solutions au conflit d'intérêts permanent entre son action gouvernementale et ses intérêts dans son empire économique extraordinairement diversifié, qui comprend une position dominante dans les médias électroniques et qui est compromis dans des affaires de corruption. Une des solutions envisagées consistait en un dessaisissement complet mais limité dans le temps par la remise du contrôle de son groupe Fininvest à un gérant agissant (à titre fiduciaire) sous le contrôle d'un « haut comité de surveillance ».
>
> M. Beat Curti a agi de même lorsque, faisant l'objet d'une enquête pénale pour corruption, il chercha à garantir l'indépendance et la crédibilité des journaux dont il est le propriétaire.
>
> La solution n'était pas exempte de faiblesses et fut rejetée. Il ne suffit pas de supprimer temporairement tout contrôle. Que M. Berlusconi dût retrouver la propriété de ses entreprises au terme de son mandat, enrichies des plus-values réalisées pendant son gouvernement, appauvries par les mesures qu'il aura pu décider, autorise à mettre en doute son indépendance dans l'exercice de ce mandat.

Notre droit de la fiducie ne permet pas de réaliser une telle opération de manière satisfaisante et sûre. Il ne protège qu'insuffisamment le fiduciant sans parvenir à garantir une gestion exclusive par le fiduciaire pendant toute la durée prévue:

i) Puisque le patrimoine remis à titre fiduciaire vient s'incorporer juridiquement dans le patrimoine personnel du fiduciaire, la sécurité que cette structure offre au fiduciant repose sur la solvabilité du fiduciaire. L'absence d'un véritable patrimoine séparé (*Sondervermögen*), affecté exclusivement aux buts qui ont motivé le transfert fiduciaire, devient ici un inconvénient majeur de la fiducie commune[153].

---

[151] Cf. ZULAUF (1994) N. 263 et références. En revanche, le gérant de fortune a l'obligation de révéler l'identité de son client s'il ouvre un compte spécifique pour celui-ci.

[152] Salvatore ALOISE, « Silvio Berlusconi propose de mettre son empire économique sous la tutelle d'un Haut Comité de surveillance », *Le Monde*, 31.7/1.8.1994, p. 4.

[153] Par opposition à la fiducie bancaire, qui bénéfice du régime spécial des art. 16 et 37*b* LB.

ii) Selon l'interprétation que le Tribunal fédéral donne présentement à l'art. 404 al. 1 CO, la fiducie-gestion peut en tout temps être révoquée par le fiduciant ou répudiée par le fiduciaire. Les dommages-intérêts exigibles lorsque cette résiliation intervient en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO) n'indemnisent que l'intérêt pécuniaire du cocontractant au maintien de la convention pendant la durée prévue. Ils n'ont aucun rapport avec les intérêts de tiers ni avec un éventuel intérêt public que l'opération entendrait préserver. En outre, une peine conventionnelle ne peut pas être stipulée, qui dissuaderait le fiduciant de résilier prématurément[154].

iii) L'art. 397 CO confère au fiduciant le droit de donner des instructions qui obligent le fiduciaire. Pour garantir l'indépendance du second, il faudrait que le premier puisse valablement renoncer à ce droit, ce qui est controversé[155].

Certaines formes de trust permettent de poursuivre le même but. Dans la mesure où les actifs qui doivent être isolés de leur titulaire sont localisés en Suisse, l'institution d'un trust par une personne résidant en Suisse n'est pas à conseiller tant que, par la ratification de la convention de la Haye de 1985, notre pays n'aura pas reconnu que les biens constitués en trust échappent à toute exécution forcée pour des dettes du *trustee* sans relation avec le trust.

5. Organismes de gestion collective

L'indépendance du fiduciaire à l'égard du fiduciant et des restrictions plus ou moins importantes à la résiliation de la convention de fiducie caractérisent également la gestion collective de droits à titre fiduciaire.

On l'a déjà vu à propos des *fonds de placement*[156].

C'est également le cas de la législation qui soumet à autorisation et à surveillance administratives la *gestion collective* (facultative) des *droits des auteurs*[157]. En pratique, les sociétés de gestion collective donnent une structure fiduciaire aux rapports qu'elles entretiennent avec ceux-ci, qui sont leurs mandants mais peuvent également devenir leurs membres. Ainsi, les statuts de la SUISA prévoient que « l'octroi de mandats de gestion est subordonné à la cession des droits d'auteur à SUISA ». Celle-ci les exerce « en son propre nom » [158], l'auteur participant à la répartition du produit total de la gestion collective proportionnellement au rendement de chaque oeuvre[159]. On retrouve ici la nécessité d'une indépendance de la société de gestion: celle-ci décide et gère de façon autonome le contentieux avec les utilisateurs et peut renoncer, pour des motifs d'opportunité, à faire valoir un droit[160]. La résiliation de la convention de gestion par

---

[154] Dernier arrêt de principe: ATF 115 II 464, JdT 1990 I 312, rés. RSDA 1991 35 obs. HOMBURGER. Réaffirmation incidente: ATF 117 II 466 c. 5c *i.f.* Sur la peine conventionnelle: ATF 109 II 465 c. 4, JdT 1985 I 210, 215.

Même l'interprétation que propose le Prof. WERRO (1991 et 1993a pp. 96-126) ne répond pas à ce problème, dans la mesure où le *pouvoir* de résilier en tout temps reste de droit impératif, les parties ne pouvant renoncer qu'au *droit* de le faire.

[155] Sur la question, cf. FELLMANN (1992) NN. 27-29 CO 397.

[156] La direction gère les fonds qui lui sont confiés conformément à la politique de placement définie par le règlement, et donc à l'abri des instructions individuelles ou collectives des porteurs de parts, cf. art. 7 al. 2 lit. b et d LFP. La résiliation du contrat de placement collectif par ceux-ci peut être limitée, voire exclue, art. 7 al. 2 lit. i, 24 et 25 LFP. La direction ne peut procéder à la dissolution du fonds que moyennant un préavis, voire uniquement pour de justes motifs, art. 7 al. 2 lit. i, 24 et 25 LFP.

[157] Art. 40 à 60 de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (RS 231.1).

[158] Points 7.2 et 4.6, première phrase, des statuts SUISA. L'art. 44 LDA précise que la société est tenue envers les titulaires (originaux) des droits de les exercer.

[159] Cf. art. 48 al. 1 et 49 LDA.

[160] Points 4.4 et 4.6 des statuts SUISA.

l'une ou l'autre partie est possible pour la fin d'une année civile et entraîne la restitution de ses droits à l'auteur[161].

6. Restructuration de bilan

Certaines méthodes de levée de fonds propres font depuis longtemps appel à des mécanismes fiduciaires. Il en allait ainsi de la souscription fiduciaire d'actions de réserve par une banque mandataire[162], un mécanisme que le capital autorisé et le capital conditionnel (art. 651 à 653*i* CO) pourraient ne pas complètement supplanter. Le financement des entreprises passe de manière croissante par des restructurations complexes de bilan, faisant appel à des techniques juridiques, fiscales et comptables qui trouvent pour une bonne part leur origine dans les pays anglo-saxons. On ne s'étonnera pas que les opérations fiduciaires y occupent une place de premier rang, sur le modèle du trust de *Common law* qui allie la sécurité juridique à une grande flexibilité propice aux opérations financières. On n'en citera ici que deux exemples, la titrisation d'actifs (*asset securitisation*) et le délestage (*in-substance defeasance*).

a) La *titrisation d'actifs* est une technique financière par laquelle des crédits à des entreprises ou à des particuliers forment, directement ou indirectement, la base d'une émission de titres négociables (*asset-backed securities*)[163]. Elle consiste, pour une entreprise (*originator*) qui dispose d'actifs générateurs d'un flux de revenus à moyen ou long terme, à céder ceux-ci à une entité juridique tierce contre le paiement d'un prix, tout en conservant le mandat onéreux de procéder à la gestion de ces actifs et à leur recouvrement (en revenu et en capital) pour le compte de l'entité acquéreur. Cette dernière finance le prix payé en émettant des titres de dette, à revenu fixe ou variable, dont la substance économique se limite aux actifs titrisés et aux éventuelles sûretés qui en augmentent la valeur économique. Souvent, le *credit rating* des titres est meilleur que celui de l'entreprise qui se défait des actifs: même en intégrant les coûts de transaction, ce mode de refinancement est fréquemment plus avantageux que l'émission d'obligations ou de papiers monétaires par l'entreprise.

La titrisation a d'abord été appliquée à des crédits hypothécaires aux Etats-Unis, puis s'est étendue à d'autres types de crédit (crédit-bail de voitures, cartes de crédit, factures commerciales, etc.), a depuis lors été reçue au Royaume Uni et commence à se répandre en Europe continentale[164]. En Suisse, elle n'est connue et pratiquée – certes depuis longtemps – que sous la forme des lettres de gage émises par les deux centrales autorisées à cet effet[165].

Les bénéfices de la titrisation sont multiples et expliquent son succès dans les pays où la législation s'y prête. Le bilan de l'entreprise qui réalise certains de ses actifs est allégé[166]: des actifs peu liquides ou peu performants sont mobilisés et remplacés par des liquidités dont le montant reflète leur valeur sur le marché au jour de l'opération. Les ratios de liquidité et de fonds propres s'en trouvent améliorés, ce qui se reflète

---

[161] Article 10.2 de la formule de contrat SUISA, son art. 2.1 précisant que les droits sont cédés « pour la durée du présent contrat ».

[162] Cf. ATF 117 II 290, *Association Canes c. Nestlé SA.*

[163] WINDEY (1992) p. 469.

[164] Pour la Suisse: OERTLE (1993); les Etats-Unis, cf. surtout FRANKEL (1991) et BRYAN (1989); la France: CERESOLI / GUILLAUD (1992); COUSSERAN (1989); GOYET (1990) et TERRAY (1990); l'Allemagne: BAUMS (1993); la Belgique: LEMAITRE / GLANSDORFF (1990). Sur l'ensemble: *Securitization* (1993) et COOPERS & LYBRAND (1991) pp. 159-236.

[165] Loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage, RS 423.4.

[166] Pour que le bilan consolidé soit allégé, il faut que l'entité juridique qui acquiert ces actifs et émet les titres soit située hors du périmètre de consolidation de la société d'origine.

favorablement sur le crédit de l'entreprise et le coût de ses fonds propres. Quant aux investisseurs, ils peuvent diversifier leur portefeuille en acquérant des titres qui présentent un profil de risques et de profits, une covariance et une volatilité différents des autres formes de placement.

L'une des conditions juridiques à la titrisation est la disponibilité d'un mécanisme fiduciaire efficace qui garantisse l'affectation des actifs titrisés au seul service de la dette faisant l'objet de l'émission[167]. Du fait que l'entreprise dont proviennent les actifs en conserve la gestion et le recouvrement, il faut que les fonds qu'elle encaisse pour le compte des porteurs de titres n'entrent pas dans son bilan et échappent à toute exécution forcée contre elle. En outre, la structure fiduciaire constituée par l'entreprise aux fins de la titrisation doit être à l'abri de toute ingérence de celle-ci et n'être pas unilatéralement révocable. Alors que notre fiducie-gestion, calquée sur le mandat, consacre une subordination plus ou moins étendue du fiduciaire au fiduciant, la titrisation exige une totale indépendance du fiduciaire et une subordination du fiduciant qui reste chargé par le premier de la gestion des actifs!

On comprend pourquoi le trust se prête bien à cette structure complexe alors que la fiducie telle que le droit suisse la connaît aujourd'hui ne permet pas d'en garantir la solidité. La solution française, qui repose sur la constitution d'un « fonds commun de créances »[168], suggère l'utilisation d'une structure proche de nos fonds de placement, moyennant cependant certains aménagements, dont l'interdiction d'acquérir ses propres parts et l'exclusion de tout droit de dénonciation[169].

b) Le délestage (*in-substance defeasance*) est une technique d'amélioration du bilan qui consiste, pour une entreprise qui s'est endettée à moyen ou long terme (par exemple par l'émission d'un emprunt obligataire) à affecter irrévocablement et à transférer à une entité indépendante (*special purpose vehicle*), située en dehors de son périmètre de consolidation, des actifs suffisants et adéquats (par exemple un portefeuille d'obligations de première qualité dont le flux financier correspond) au remboursement de cette dette[170]. L'on veut ainsi amortir économiquement une dette avant terme, par exemple parce que la société dispose d'une trésorerie excédentaire ou qu'elle obtient la possibilité d'un refinancement à meilleur compte. A défaut de l'extinction juridique de la dette, trop difficile ou coûteuse à obtenir, on vise son extinction économique dans la mesure où celle-ci peut se traduire comptablement au bilan de la société.

La délestage est symétrique à la titrisation: la première élimine les risques de passif, alors que la seconde élimine les risques d'actif[171]. Juridiquement, elle repose sur un transfert fiduciaire d'actifs à un tiers en faveur des créanciers de l'emprunt et en une reprise interne de dette par ce tiers qui, parce qu'elle n'est pas acceptée par les créanciers, ne libère pas juridiquement le débiteur. L'opération n'a de sens que si l'extinction économique de la dette se traduit comptablement par sa sortie du bilan. Il appartient au droit comptable de déterminer si le caractère économiquement subsidiaire

---

[167] Cf. GIOVANOLI (1991) p. 45.

[168] Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des Fonds communs de créances (JO du 31.12.1988 p. 16736, corrigé au JO du 17.6.1989 p. 7543), complétée par le décret n° 89-158 du 9 mars 1989 (JO du 11.3.1989 p. 3186).

[169] Cf. COUSSERAN (1989) p. 54. Sur l'examen comparatif des solutions possibles en droit suisse et l'impraticabilité du fonds de placement, cf. OERTLE (1993) pp. 167-170.

[170] Définition inspirée de STEMPNIERWSKY (1990) p. 270. Cf. aussi PEZARD *et al.* (1989).

[171] BERLIOZ, *in* PEZARD *et al.* (1989) p. 54.

de la dette qui continue de grever la société autorise à la mentionner hors bilan, « sous la ligne » au même rang qu'un cautionnement[172].

Pour ce qui nous concerne ici, l'opération repose à nouveau sur une technique fiduciaire: le tiers se charge de la dette contre la remise de valeurs suffisantes. Pour être efficace, les deux affectations doivent être irrévocables et servir exclusivement les intérêts des créanciers. Comme en matière de fiducie-sûreté, avec laquelle cette opération présente des similitudes, irrévocabilité et indépendance du fiduciaire sont nécessaires à son succès, ce que le droit suisse ne garantit pas.

B. Fiducie-libéralité

L'arrêt *Harrison c. Crédit suisse*[173] a attiré l'attention des juristes suisses sur l'impossibilité juridique et pratique de constituer un trust soumis au droit suisse. Pourtant, l'activité des banques et des gérants de fortune suisses en cette matière n'a pas cessé, et connaît même un très sensible regain de faveur. Les habitudes de la clientèle étrangère et la circulation des modèles juridiques, ainsi sans doute qu'un effet de mode, amènent les établissements financiers suisses à proposer la constitution et la gestion de trusts par le truchement de *trust companies*, filiales ou correspondantes établies dans une juridiction favorable et souvent insulaire. La souplesse du trust paraît, à juste titre, se prêter particulièrement à la planification successorale et fiscale d'un patrimoine (*estate planning*). A ces possibilités s'ajoutent celles offertes au Liechtenstein par la *Treuhand*[174] et surtout par l'*Anstalt*.

> Pour citer un exemple très partiel, mais représentatif du problème que l'on veut ici discuter, la transmission successorale d'une entreprise pose souvent de délicats problèmes de pérennité. L'entreprise doit être maintenue sous un contrôle unique et l'indépendance de la direction doit être assurée, alors que la valeur économique de l'entreprise doit être partagée entre tous les héritiers. En raison de ces contraintes, une telle succession suppose une dissociation entre le contrôle de l'entreprise et la distribution des revenus et des plus-values.
>
> Un exemple original de construction fiduciaire s'est développé aux Pays-Bas sous le nom de « bureaux d'administration » (*administratiekantoren*)[175]. Ceux-ci acquièrent la propriété de toutes les actions d'une société anonyme et émettent des certificats qui confèrent à leur titulaire une créance en transmission du dividende, mais ne leur donnent pas le droit de se faire délivrer les actions ni de participer à l'exercice du droit de vote. L'actionnaire à titre fiduciaire exerce donc le contrôle de la société, souvent en lien assez étroit avec la direction de celle-ci, en toute indépendance à l'égard des ayants droit économiques de la société. C'est là un moyen ingénieux pour distribuer entre des héritiers la valeur économique d'une entreprise sans en diluer le contrôle et la direction.

Pour déterminer si la fiducie du droit suisse est ou pourrait devenir un instrument adéquat à satisfaire les mêmes besoins (3), il faut d'abord examiner les autres institutions qu'offre l'ordre juridique suisse en relevant leurs limites et contraintes (1) et s'interroger sur les raisons qui en dissuadent l'emploi (2).

---

[172] Ainsi, l'avis du Conseil national [français] de la comptabilité du 15 décembre 1988 admet le passage au-dessous de la ligne pour autant que le transfert à l'entité juridique distincte soit irrévocable, que les titres transférés soient affectés de manière exclusive au service de la dette, qu'ils soient libellés dans la monnaie de la dette, exempts de risques relativement à leur montant, à leur échéance et au paiement du principal et des intérêts et que les flux de trésorerie qu'ils dégagent permettent de couvrir parfaitement le service de la dette, cf. PEZARD, *in* PEZARD *et al.* (1989) p. 51.

[173] ATF 96 II 79, JdT 1971 I 329, obs. REYMOND, ASDI 1971 223 obs. VISCHER.

[174] Cf. récemment ZOBL (1994).

[175] Les indications qui suivent sont tirées de MEINERTZHAGEN-LIMPENS (1985) pp. 395-396.

1. Les institutions offertes par le droit suisse

Les institutions prévues par notre droit privé pour organiser la dévolution d'un patrimoine dans le temps sont plus nombreuses qu'on pourrait le penser au premier abord. On les rappellera très brièvement[176], sans distinguer ce qui relève des libéralités entre vifs et pour cause de mort: l'allongement de l'espérance de vie, la recomposition des familles et les mécanismes sociaux et privés de prévoyance de la vieillesse amènent à concevoir la transmission du patrimoine comme une opération qui commence déjà du vivant de son titulaire et évolue en fonction des circonstances personnelles de tous les intéressés. Les considérations fiscales sont en outre souvent déterminantes.

a) On recourt souvent au démembrement de la *nue-propriété et* de l'*usufruit*, généralement jusqu'au décès de l'usufruitier, qui peut être le constituant ou un tiers, *e.g.* le conjoint survivant. L'opération est fiscalement avantageuse, car elle évite la perception de l'impôt sur les successions et d'un éventuel droit de mutation au décès de l'usufruitier. Elle est rigide cependant, car elle dissocie durablement la valeur d'actif (nue-propriété) de son revenu (usufruit). La distribution du revenu ne peut pas se faire au fur et à mesure en fonction des besoins des bénéficiaires. En outre, le nu-propriétaire assume des charges et doit acquitter certains impôts alors qu'il ne perçoit pas (encore) de revenu.

b) On peut faire une libéralité en s'obligeant à fournir une *prestation à titre viager*. La rigidité de l'engagement, qui procure une sécurité au bénéficiaire sous réserve toutefois de la solvabilité à long terme du débirentier, est cependant coûteuse au constituant, sauf si le montant de la rente versée est tout à fait minime au regard de sa fortune nette. Dans le cas contraire, la valeur totale de la libéralité (dont la durée est généralement soumise à la double condition de vie du constituant et du bénéficiaire) ne peut être estimée que de manière actuarielle. De plus, la sécurité du bénéficiaire est acquise au détriment de celle du constituant, dont les circonstances personnelles peuvent évoluer de sorte que son sacrifice lui devienne insupportable. La seule solution réaliste consiste, pour le constituant, à souscrire une rente viagère au profit du bénéficiaire en versant un capital unique à un tiers, généralement une institution spécialisée qui compense les risques de survie sur de nombreux contrats.

La prestation viagère présente le même défaut lorsqu'elle est utilisé en sens inverse, soit lorsque le donateur remet un bien ou une somme d'argent à un ou plusieurs gratifiés, à charge pour ceux-ci de lui servir une rente viagère dont la valeur capitalisée est inférieure à celle du bien remis (donation mixte). L'insécurité est ici supportée par les bénéficiaires.

c) La *donation* et le *legs avec charge* permettent de gratifier plusieurs personnes en hiérarchisant les gratifications. On peut formuler la charge pour prévoir la distribution des revenus ou du capital sur une certaine durée[177]. Si elle lui devient onéreuse à l'excès, le donataire grevé peut se libérer aux conditions de l'art. 246 al. 3 CO, le légataire à celles de l'art. 577 CC.

d) La *substitution fidéicommissaire* se prête mieux que le legs avec charge à une attribution successive et hiérarchisée de biens. En particulier, elle permet de désigner comme appelé, c'est-à-dire comme successeur au second degré, une personne physique ou morale qui n'existe pas encore au décès du *de cujus*[178]. Le grevé est tenu de lui

---

[176] Plus en détail sur ces question, cf. REYMOND (1954) pp. 172a-188a.

[177] Ces dispositions, lorsqu'elles servent un but idéal, sont parfois qualifiées de fondation fiduciaire ou fondation indépendante (*fiduziarische Stiftungen*), cf. ATF 46 II 225, JdT 1920 I 610, *Sozialdemokratische Partei Grenchen c. Schw. Grütliverein*; RIEMER (1975) NN. 421 ss Syst. Teil.

[178] PIOTET (1969) p. 93-94.

transmettre, en bon état et en nature, tous les biens qui font l'objet de la substitution[179]. Le testateur peut cependant restreindre cette obligation et instituer ainsi une substitution fidéicommissaire pour le surplus. La substitution ne prend effet qu'avec la mort du constituant. La transmission à l'appelé se fait généralement au décès du grevé, mais le testateur peut stipuler un autre terme, casuel ou potestatif (cf. art. 489 al. 1 CC). Si la substitution fidéicommissaire crée un patrimoine spécial – au sein duquel la subrogation patrimoniale assure qu'un bien est remplacé par les biens acquis en remploi – jusqu'à la dévolution à l'appelé, ce patrimoine n'est pas soustrait à la mainmise des créanciers du grevé[180]. L'assurance que l'appelé, bénéficiaire ultime, recueillera les biens de la substitution dépend donc de la solvabilité du grevé, ce qui limite singulièrement l'utilité du mécanisme.

e) La *fondation de famille*, dont l'objet est limité au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres d'une famille ou à des buts analogues (art. 335 al. 1 CC), offre une souplesse bien plus considérable puisque le conseil de fondation (auquel le constituant peut appartenir de son vivant) détermine les bénéficiaires et les montants des attributions en fonction des besoins et des circonstances. Il y aurait là un mécanisme d'une souplesse et d'une sécurité analogues au trust si l'objet de ces fondations pouvait être étendu. Pour des raisons sur lesquelles on reviendra, la fondation d'entretien et les « fidéicommis de famille » sont prohibés par le droit suisse (art. 335 al. 2 CC) comme c'est généralement le cas dans les pays de droit civil. La fondation ne peut servir à affecter durablement un patrimoine au bénéfice d'héritiers d'une famille au-delà de l'objet restreint autorisé par l'art. 335 al. 1 CC[181].

> Ainsi, parce qu'elle prendrait le caractère d'une fondation d'entretien prohibée, la fondation d'entreprise (*Unternehmensstiftung*) ne se prête pas à organiser la dévolution successorale en assurant la distribution systématique des revenus aux héritiers tout en soustrayant l'entreprise à leur contrôle[182].

f) L'*exécution testamentaire* n'est pas comparable, dans sa souplesse, à ce que permet un trust ou un *Anstalt*. D'une part, elle revêt un caractère transitoire puisqu'elle prend fin avec le partage de la succession. Certes, la jurisprudence admet que le testateur puisse l'instituer pour une durée prolongée, mais seulement en tant qu'elle porte sur la quotité disponible[183]. En outre, l'exécuteur testamentaire ne peut exécuter son mandat que dans un cadre délimité: à défaut d'indications précises concernant les quotes-parts et leur composition, il est renvoyé à la loi (art. 518 al. 2 CC).

Le droit suisse offre ainsi une panoplie d'institutions pour organiser des libéralités à plusieurs échéances ou à plusieurs degrés. Mais ces instruments paraissent insuffisamment flexibles à plusieurs égards.

i) A l'exception de la fondation de famille et de l'exécution testamentaire, ces modes de disposition ne garantissent pas les bénéficiaires actuels ou potentiels de la libéralité contre l'insolvabilité de la personne qui recueille les biens en premier lieu (*i.e.* le grevé dans la substitution fidéicommissaire, le débirentier dans les contrats viagers, etc.). Pour remédier à cet inconvénient, il faudrait pouvoir constituer un patrimoine séparé et affecté, qui ne réponde pas des dettes générales de celui qui détient pour le compte des bénéficiaires.

---

[179] Art. 488 al. 1 CC, raison pour laquelle le grevé qui n'en a pas été dispensé par le testateur doit fournir des sûretés, art. 490 al. 2 CC. Cf. PIOTET (1969) pp. 100, 110-111.

[180] PIOTET (1969) p. 101 et références n. 24; *adde* REYMOND (1954) p. 155a.

[181] Sur la fondation de famille, voir les considérations, toujours actuelles, de REYMOND (1954) pp. 172a-179a.

[182] Cf. ATF 75 II 81 c. 3b, JdT 1949 I 588, 593 s. commenté par RIEMER (1975) NN. 396 s. Syst. Teil.

[183] Cf. ATF 51 II 49, JdT 1925 I 343; REYMOND (1954) pp. 179a-184a; PIOTET (1969) p. 154.

ii) Le montant des attributions qui seront faites dans le futur doit être déterminé d'emblée par le disposant, par une série de sommes ou par une formule déterministe de répartition. Si l'on excepte la fondation de famille pour la poursuite d'un nombre restreint d'objectifs, le droit suisse n'offre pas d'institution qui permette à une personne jouissant de la confiance du donateur de déterminer à des époques successives le montant des libéralités qui corresponde aux ressources à disposition à ce moment-là et aux besoins des bénéficiaires dans le respect des intentions du donateur. Cette souplesse, familière aux ordres juridiques connaissant la figure du trust discrétionnaire (*discretionary trust*), nous est inconnue et, du reste, est peu recherchée par les ressortissants des pays de droit civil. Ce n'est pas dire qu'elle ne serait point désirable et qu'une fois connue et organisée selon notre droit, il n'en serait pas fait usage.

iii) Parce que le droit suisse soumet à maints égards à des régimes différents les dispositions entre vifs et celles à cause de mort[184], la mort du disposant crée une rupture dans l'organisation de son patrimoine. Certains droits s'éteignent (usufruit, rente viagère), d'autres sont transférés (à des héritiers, des légataires). Il est difficile, mais non impossible, d'organiser une dévolution progressive des biens qui ne soit pas bouleversée par cet événement *certus an incertus quando*. Seules les fondations ne sont pas atteintes par ce bouleversement parce que, comme le trust, elles forment un patrimoine d'affectation qui se détache de la personne qui l'a constitué, et échappe donc à sa succession.

2. Le rôle que pourrait jouer la fiducie

La rigidité des possibilités offertes par le droit suisse tient pour une part substantielle à l'idée de propriété privée qui résulte des Lumières et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Prolongement de la personnalité dans la sphère matérielle, la propriété est le moyen de l'autonomie et de la liberté que le contrat social doit garantir. Il faut donc que le patrimoine reste aux vivants et que ceux-ci en disposent librement, sans que les morts puissent, de longues années après leur décès, régir l'existence de ceux qui leur survivent et qui recueillent leur bien. D'où la prohibition des fondations d'entretien et des fidéicommis de famille (art. 335 al. 2 CC)[185] ainsi que la limitation à un degré de la substitution fidéicommissaire (art. 488 al. 2 CC).

L'institution de parts réservataires (art. 471 CC) n'est pas que la juridicisation partielle du devoir moral de transmettre son bien aux membres de sa famille. Elle renforce la vocation naturelle de chacun à recueillir les moyens d'existence que ses prédécesseurs ont pu accumuler, l'impôt sur les successions assurant par ailleurs une certaine justice distributive.

On oppose souvent cette conception bourgeoise de la propriété à celle, plus « féodale », de la *Common law*: celle-ci se traduisait par une totale liberté de disposer pour cause de mort, par l'immense flexibilité du trust qui en est l'instrument privilégié, et par les démembrements de la *legal* et de l'*equitable ownership* sur lesquels le trust repose. Cette opposition perd aujourd'hui de sa pertinence. D'une part, le Royaume Uni et de nombreux législateurs des Etats Unis ont tempéré la pleine liberté de disposer pour cause de mort par le truchement du régime matrimonial ou par la possibilité offerte à la veuve négligée de s'opposer à un testament qui la laisse dans le dénuement. D'autre part, le trust est limité depuis le XIXe siècle au moins par les *rules against perpetuities*,

---

[184] Sans toutefois négliger d'appliquer à certains actes faits du vivant du disposant les remèdes reconnus aux héritiers réservataires contre les lésions que peuvent leur causer les dispositions pour cause de mort, cf. art. 527 et 626 CC.

[185] Sur la genèse de l'art. 335 CC: RIEMER (1975) NN. 133-141 Syst. Teil.

fort complexes, qui limitent la durée pendant laquelle la propriété légale et le bénéfice économique des biens peuvent être dissociés par leur constitution en trust.

Tout en maintenant les grands postulats sur lesquels notre ordre juridique repose, une fiducie moderne devrait offrir une souplesse plus grande à celui qui veut assurer que son patrimoine serve à attribuer au bon moment les ressources qui correspondent aux besoins, jamais totalement prévisibles, des personnes envers qui il a des obligations ou qu'il désire gratifier.

a) A l'évidence, la règle la plus contraignante est celle de l'art. 335 CC. Dans sa volonté d'abolir les biens de mainmorte, c'est-à-dire la constitution de patrimoines considérables perpétués de génération en génération sans que celles-ci en obtiennent la libre disposition, le législateur a trop fortement restreint les buts licites qu'une fondation de famille permet de poursuivre. Alors que le droit des fondations est en cours de révision, il semble que la commission d'experts ait renoncé à tout assouplissement de la règle.

Ce choix est regrettable. Plutôt que de restreindre l'emploi des fonds constitués en fondation par la limitation de l'objet des fondations de famille – ce qui amène en réalité l'accumulation de fortunes considérables dont les héritiers ne peuvent disposer –, il faudrait *limiter la durée* de telles fondations en élargissant leur objet. Dans la mesure où les parts réservataires ne sont point lésées, il n'y a pas de raison fondamentale pour interdire au disposant de prévoir une distribution de la quotité disponible sur une certaine durée. Pour fixer cette durée, on pourrait s'inspirer de la solution adoptée par le législateur pour la substitution fidéicommissaire[186]. En outre, ce mode de disposition ne devrait pas être limité aux membres de la famille, mais pourrait comprendre d'autres personnes que le fondateur entend gratifier.

b) Si l'on admet le principe d'une distribution de la quotité disponible différée pendant un certain temps (ou sur une certaine durée) et soumise à l'appréciation des circonstances du moment, il n'y a point de raison d'imposer la constitution d'une fondation à cette fin. Créer une personne morale pour cette durée limitée, avec les frais et les lourdeurs administratives que cela suppose, devrait être une possibilité, non une incombance.

Il y a donc place pour une fiducie-libéralité, conçue comme un mode de transmission[187]. La fiducie-gestion dont on a esquissé plus haut les contours pourrait parfaitement assurer cette fonction de transmission moyennant cinq conditions:

i) La fiducie devrait pouvoir être stipulée révocable *ou* irrévocable du vivant du disposant. Celui-ci devrait avoir la possibilité de renoncer à toute révocation, y compris pour de justes motifs, quitte à conserver alors le droit de révoquer ou faire révoquer le fiduciaire pour lui (faire) nommer un successeur.

ii) La convention de fiducie peut, mais ne doit pas nécessairement, fixer le montant et le mode précis des attributions futures des revenus et du capital. Le fiduciant doit pouvoir s'en remettre à la discrétion du fiduciaire dans les limites de la convention. Le premier devrait renoncer au droit de donner des instructions au second (art. 397 CO).

iii) La fiducie-libéralité n'est viable que si les biens qui lui sont affectés ne répondent que des dettes qui résultent de leur gestion. Ces biens doivent former un patrimoine séparé, qui ne répond pas des dettes générales du fiduciaire.

---

[186] Art. 488 al. 2 CC. Sur cette limite à deux successions universelles et sur la durée excessive qui peut résulter d'une substitution dont le terme, en dérogation à l'art. 489 al. 1 CC, n'est pas le décès du grevé, cf. PIOTET (1969) pp. 95-96.

[187] Cf. WITZ (1981) pp. 86-90.

iv) Dans la mesure où cela correspond à la volonté du fiduciant, les bénéficiaires de la fiducie devraient se voir reconnaître le droit d'exiger du fiduciaire l'exécution loyale et diligente de la convention, le cas échéant par une action en justice.

v) Enfin, la fiscalité ne devrait pas pénaliser ce mode de transmission par rapport aux autres actes de disposition entre vifs ou pour cause de mort. Les droits successoraux et de mutation, ainsi que l'imposition de la fortune et du revenu, devraient être aménagés de sorte à assurer une neutralité fiscale.

Il n'est pas étonnant que la réforme et le renforcement de la fiducie-gestion et de la fiducie-libéralité reposent sur les mêmes postulats juridiques. Dans la mesure où celle-ci organise une dévolution différée des biens fiduciaires, elle suppose que ces biens soient gérés et a donc pour partie le même objet que la fiducie-gestion. Quant à cette dernière, elle prend nécessairement fin, ce qui donne lieu à la restitution des biens au fiduciant ou à leur remise à des tiers bénéficiaires, incorporant ainsi un élément de transmission différée. La distinction entre fiducie-gestion et fiducie-libéralité ne recouvre pas une différence de nature, mais une simple typologie des domaines d'application de la fiducie.

C. Fiducie-sûreté

Les idées les plus anciennes trouvent parfois une nouvelle jeunesse. Cela paraît bien être le sort de la *fiducia cum creditore*, première sûreté développée par le droit romain, mais qui céda progressivement la place à un double gage mobilier, *pignus* et *hypotheca*[188]. « Lorsque Justinien fit compiler le droit romain dans le *Corpus Juris Civilis*, les dernières traces de la *fiducia* furent liquidées. »[189] Droit réel limité, le gage confère au créancier la faculté de faire réaliser à son profit le bien grevé, sans lui procurer la *plenas potestas* qui caractérise le propriétaire. Il évite cette disproportion entre le but (constituer une sûreté) et le moyen (transférer la propriété) qui résulte de la fiducie-sûreté[190].

Mais le gage romain, comme ceux que connurent les droits continentaux jusqu'au XVIIIe siècle, n'exigeaient pas la dépossession du constituant ni ne s'éteignaient lorsque celui-ci reprenait possession de leur objet. Le principe du nantissement (*Faustpfandprinzip*), conçu comme le moyen de protéger d'abord les tiers qui pourraient être trompés par l'apparence qui résulte de la possession, puis le débiteur lui-même contre un surendettement irréfléchi, n'est reçu pour les gages mobiliers qu'au tournant du XIXe siècle[191]. Consacré par le Code Napoléon à l'art. 2076[192], il figure dans le premier Code fédéral des obligations[193] avant d'être repris aux alinéas 1 et 3 de l'art. 884 CC[194].

---

[188] HROMADAKA (1970) pp. 124-127.

[189] WIEGAND (1980) p. 543.

[190] « … es wird Eigentum zu Pfandzwecken übertragen… Charakteristisch ist…das Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel », pour reprendre les termes de l'étude fondatrice de REGELSBERGER (1880) p. 172-173.

[191] HROMADKA (1970) pp. 131 ss.

[192] « Dans tous les cas, le privilège ne susbsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties. »

[193] Art. 210 al. 1 et 2 aCO: « Le droit de gage sur les meubles corporels ou sur les titres au porteur ne peut s'établir que par voie de nantissement, c'est-à-dire par la remise de la chose au créancier gagiste ou à son représentant. La remise n'est pas réputée faite tant que la chose est encore entre les mains de celui qui constitue le gage. »

[194] Sauf pour l'engagement du bétail, cf. art. 885 CC. Sur l'introduction manquée d'une hypothèque mobilière pour les biens d'équipements, les stocks de matières premières et de produits finis, cf. *infra* III.1.b), pages NNN.

Pourtant, le gage par nantissement ne répond pas à tous les besoins de crédit. L'exigence de dépossession le rend impraticable pour les équipements et pour les stocks que l'industriel ou le commerçant doit financer. Aussitôt le Code de 1881 entré en vigueur, la jurisprudence fédérale nous montre moultes « affaires de couverture », combinant vente à réméré et location au vendeur des machines ou de l'inventaire nécessaires à son entreprise[195]. Fréquentes sous l'empire de l'art. 202 aCO – qui ne rendait ces sûretés inopposables aux tiers que si ceux-ci rapportaient la preuve, difficile, que l'opération avait eu pour but de les léser –, elles furent privées de cette opposabilité avec l'interprétation objective que le Tribunal fédéral donna à l'art. 717 CC dès 1916[196].

L'utilisation de la propriété mobilière comme sûreté n'a pourtant pas disparu. La réserve de propriété (*Eigentumsvorbehalt*), consacrée par le législateur aux art. 715 et 716 CC, conserve une certaine importance pratique, quoique les vendeurs renoncent souvent à la faire inscrire dans le registre idoine, ce qui la rend inefficace. Mais c'est surtout le crédit-bail (*leasing*), une création de la pratique qui n'a encore reçu aucune consécration législative en Suisse, qui atteste la vitalité de l'idée même sur laquelle reposait la *fiducia cum creditore*. Le *lease-back* (*sale-and-lease*)[197], par lequel le preneur vend l'objet du financement au donneur de crédit pour le lui relouer dans le même mouvement, n'est-il pas la forme moderne du *Deckungsgeschäft* du XIXe siècle?

1. Un panorama disparate

L'importance réelle de la fiducie-sûreté en droit suisse est très diverse en matière d'immeubles, de meubles et de créances[198]. C'est pourquoi on la présentera sous ces trois rubriques.

a) Immeubles

Elle est presque inconnue en matière immobilière. D'abord, elle est fiscalement onéreuse. Lorsque l'opération se déroule normalement, c'est-à-dire que le fiduciant retrouve la propriété du fonds après avoir acquitté sa dette, un double droit de mutation aura été perçu, et les frais d'acte encourus deux fois.

Ensuite et surtout, les trois formes de gage foncier autorisées par le Code civil – hypothèque, cédule hypothécaire et lettre de rente – offrent une grande souplesse. Parce que la constitution des droits réels immobiliers repose sur une publicité tabulaire, un débiteur peut engager son bien sans en perdre la possession. Exploitation et usage personnels ne sont donc pas exclusifs de crédit. Le gage peut garantir « une créance quelconque, actuelle, future ou simplement éventuelle » (art. 824 al. 1 CC). Contrairement par exemple au droit français, le propriétaire peut constituer une hypothèque pour garantir une dette dont il n'est pas le débiteur (art. 824 al. 2 CC). Si le créancier veut pouvoir aisément mobiliser sa créance, la cédule hypothécaire facilite son refinancement.

On ne rencontre donc de transfert fiduciaire de la propriété de l'immeuble à fin de garantie que dans des circonstances assez exceptionnelles[199].

---

[195] Cf. *supra* II.A.iii, pages NNN.

[196] ATF 42 II 17 c. 2, 24-26, *Masse Dubois c. Vuagneux*. Autres références *supra* note 40. Cf. surtout WIEGAND (1980) pp. 545-551.

[197] Alors que le Tribunal fédéral a accueilli l'action en revendication du crédit-bailleur dans la masse en faillite du preneur (ATF 118 II 150, JdT 1994 II 98 obs. GILLIERON), il l'a rejetée dans une opération de *lease back* (TF 25.5.1993: SJ 1993 553).

[198] Sur la fiducie-sûreté en général, voir surtout FOËX (1987) pp. 125-156; ZOBL (1982) NN. 1299-1714 Allg. Teil; OFTINGER / BÄR (1981) NN. 234-345 Syst. Teil.

b) Choses mobilières corporelles

L'art. 717 CC n'a pas totalement aboli la fiducie-sûreté en matière mobilière. Si la rétention de la possession par le fiduciant (par exemple par le recours au constitut possessoire, art. 924 CC) élude les règles sur le gage mobilier (art. 884 al. 3 CC), et rend donc le transfert de propriété inopposable aux tiers (art. 717 CC), l'opération reste valable *inter partes*. Elle vaut donc tant que les actifs du débiteur ne doivent pas être réalisés par voie d'exécution forcée[200]. Mais il faut bien admettre qu'une sûreté réelle qui est inopposable aux tiers dans la faillite du débiteur est de peu d'intérêt pratique…

La fiducie-sûreté conserve toutefois quelque importance pour ces choses mobilières particulières que sont les papiers-valeurs. On a vu que la banque émettrice ou confirmatrice d'un crédit documentaire devient propriétaire fiduciaire des connaissements et autres documents lorsque ceux-ci sont endossés à son ordre[201]. Cette position lui confère une sûreté qui la prémunit contre la défaillance de son donneur d'ordre si celui-ci ne lui a pas encore fourni de couverture.

La jurisprudence admet en outre que l'on puisse remettre des cédules hypothécaires à titre fiduciaire: alors que le titulaire pur et simple d'une telle cédule dispose d'un gage immobilier qu'il peut faire valoir par l'exécution forcée du bien-fonds, le propriétaire fiduciaire d'une cédule aurait la faculté de réaliser sa sûreté en revendant la cédule sans réaliser l'immeuble[202].

En revanche, ni le gage mobilier ni la fiducie-sûreté ne permettent à une entreprise d'obtenir du crédit en grevant ses équipements, ses stocks ou d'autres actifs de son fonds de commerce. Puisque la possession et l'utilisation de ces actifs sont indispensables à la poursuite de son exploitation, les art. 884 et 717 CC interdisent de les constituer en une sûreté qui soit opposable aux tiers.

Alors que de nombreux droits cantonaux connaissaient l'hypothèque mobilière[203], conforme au droit commun, le Code des obligations de 1881 l'avait abolie sous l'influence des tendances de l'époque en France et en Allemagne[204]. L'avant-projet de Code civil du Département fédéral de justice et police en proposa la (ré)introduction[205], dont le message du Conseil fédéral souligna l'urgence[206].

---

[199] Cf. ATF 56 II 444, JdT 1931 I 304, *Dame Stadelmann-Vogel c. Lötscher* (voisin intéressé à conserver la parcelle si le fiduciant ne parvient pas à rembourser); ATF 86 II 221, JdT 1961 I 203, Fritschi *c. Kohler et hoirs Studer*.

[200] Ainsi, elle peut survivre à un concordat-dividende. Cf. ATF 78 II 412 c. 4, JdT 1953 I 553, 557, *Frères Hutter c. Imhof*, qui admet que le fiduciaire peut exercer l'action en revendication (art. 641 al. 2 CC) pour contraindre le fiduciant à lui remettre l'objet de la sûreté.

[201] Cf. *supra* III.A.1, pages NNN.

[202] Cf. ATF 119 II 326, *X. c. m.f. Y. AG*; ZOBL (1984) NN. 1300-1301 Syst. Teil. Il y aurait donc trois manières de constituer une sûreté au moyen de cédules hypothécaires: les transférer sans restriction au créancier, les lui transférer à titre fiduciaire et les lui nantir. A lire la jurisprudence récente, on a le sentiment que la délimitation entre ces trois états de fait et l'examen comparatif de leurs conséquences juridiques n'ont pas encore été achevés, cf. notamment TF 24.12.1993: SJ 1994 149; ATF 115 II 149; ATF 115 II 349, JdT 1992 II 34; ATF 105 III 122, JdT 1981 II 75.

[203] HUBER (1893) t. IV p. 816-821.

[204] Réservant toutefois aux cantons la possibilité de la maintenir pour l'engagement du bétail, art. 210 al. 3 aCO.

[205] « Mais la seule possibilité d'abus plus ou moins graves suffit-elle pour restreindre arbitrairement les fonctions économiques [*ökonomische Verwertbarkeit*] de certaines catégories de biens au détriment du commerce honnête? En pesant le pour et le contre, on finit par se persuader que la prohibition absolue de l'hypothèque mobilière dépasse le but qu'on se propose d'atteindre… En réalité, cette institution ne répond à un véritable besoin que dans les circonstances où le propriétaire ne peut remettre en nantissement au créancier les objets destinés à garantir celui-ci, attendu que ces objets lui sont

L'art. 884 de l'avant-projet prévoyait qu'une hypothèque mobilière pût être « constituée sur le bétail, le matériel mobilier d'exploitation, les approvisionnements et les fonds de marchandises, à condition que ces choses servent à leur propriétaire pour l'exercice de sa profession ou de son industrie. »[207] Les risques d'abus étaient limités par trois mesures: la publicité du gage devait être assurée par un registre tenu au lieu de situation de l'objet; sa durée était limitée à deux ans; l'acquéreur de bonne foi d'un gage par nantissement l'emportait sur le titulaire d'un gage par inscription. Non résolu était le problème de l'effet de l'inscription au registre sur la bonne foi des acquéreurs d'autres droits réels sur l'objet. Dans le souci d'éviter les abus, l'art. 890 al. 3 du projet soumis aux Chambres introduisit une quatrième cautèle en limitant les hypothèques sur le bétail, les approvisionnements et les marchandises à la garantie des prêts consentis par les associations et établissements financiers autorisés par l'autorité compétente.

L'hypothèque mobilière, intimément liée au pacte de réserve de propriété auquel elle offre soit une alternative soit une concurrence, fut chaudement débattue devant les Chambres et dans les commissions parlementaires. Le Conseil des Etats opta pour un pacte de réserve de propriété enregistré et une hypothèque mobilière limitée à l'engagement du bétail[208], et sa position prévalut.

L'histoire récente n'a pas donné raison au législateur. Les entreprises ne pouvant obtenir du crédit en nantissant leurs équipements et leurs stocks, la pratique des affaires a inventé le crédit-bail, ou plutôt l'a reçu des pays de *Common law*, lequel est dépourvu de toute forme de publicité[209].

c) Créances: la cession globale

Alors que le législateur suisse a réduit la fiducie-sûreté mobilière à la portion congrue, la jurisprudence a très tôt permis son essor en matière de créances, au point que la cession-sûreté a supplanté le nantissement des créances (art. 899 ss CC)[210]. Quatre raisons au moins expliquent ce succès:

i) Si la validité des deux opérations est soumise à l'observation de la forme écrite (art. 900 al. 1 CC, 165 al. 1 CO), le nantissement exige en outre que le titre de reconnaissance de dette (lorsqu'il existe) soit remis au créancier-gagiste[211].

La dénonciation de la cession ou du nantissement au tiers débiteur n'est pas une condition de validité, mais protège le bénéficiaire de la sûreté contre un paiement libératoire en mains de son débiteur (art. 906 al. 2 CC et 167 CO)[212]. Le plus souvent, l'une et l'autre

---

indipsensables pour l'exercice de sa profession ou de son industrie. » DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE (1902) t. III p. 258.

[206] « Il y avait urgence à créer, en vue de cas pareils, une sûreté réelle, que l'on s'est ingénié à constituer par toutes espèces de moyens détournés, des ventes ou des baux simulés par exemple, et qui sont inférieurs à l'hypothèque mobilière, ne fût-ce qu'à raison de l'absence de toute publicité. » Message du 28 mai 1904, FF 1904 IV 84.

[207] DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE (1900) t. I p. 211

[208] Cf. *Bulletin sténographique* 1906 N pp. 699-717, E pp. 1345-1355, 1907 N pp. 318-320, 336-337 et 343.

[209] Cf. *supra* note 197.

[210] Cf. WIEGAND (1980) pp. 560-564 et surtout (1979) pp. 185-197. Littérature récente: BUCHER (1989); HÄNSELER (1991); SPIRIG (1993) NN. 118-130 Vorb. CO 164-174; WEHRLI (1993); ZOBL (1982) NN. 1506 ss Syst. Teil.

[211] Sur l'ensemble: OFTINGER / BÄR (1981) NN. 28-55 CC 900.

[212] Comme aujourd'hui encore l'art. 2075 CCfr. et le § 1280 BGB, l'art. 215 aCO exigeait que le débiteur fût avisé de l'engagement de sa dette. Par parallélisme avec l'art. 167 CO relatif à la cession de créances, l'art. 885 al. 2 du projet de CC exprima l'idée que cette formalité obligatoire n'était pas une condition de validité du gage, cf. message du 28 mai 1994, FF 1904 IV 83 et 333; DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE (1914) t. II p. 329, ce que les Chambres atténuèrent encore à l'art. 900 al. 2 CC.

restent occultes aussi longtemps que le débiteur n'est pas proche d'une cessation de paiements.

ii) La pleine titularité de la créance qui résulte d'une cession fiduciaire procure au bénéficiaire une position plus indépendante du débiteur que son nantissement, même lorsque celui-ci permet une réalisation sans le concours de l'office des poursuites (clause de la voie parée).

iii) La différence se marque surtout en cas de faillite du constituant de la sûreté. La créance nantie est réalisée par l'administration de la faillite, et son produit revient par préférence au créancier-gagiste. Au contraire, le titulaire fiduciaire d'une créance peut la faire valoir directement, à bref délai, et cas échéant par une poursuite ordinaire contre le *debitor cessus*. Il peut également décider d'en retarder la mise en oeuvre pour des raisons d'opportunité. Il peut enfin vendre la créance à un tiers, ce qui est avantageux lorsque ce dernier peut l'utiliser à concurrence de sa valeur nominale pour acquitter une dette par compensation.

iv) Enfin, la créance nantie devient *ex lege* l'accessoire de la créance garantie, dont elle suit nécessairement le sort. La loi n'impose pas un tel rapport d'accessoriété dans le cas de la fiducie-sûreté: la créance cédée à titre fiduciaire peut être aliénée indépendamment de la créance garantie, et la sûreté peut subsister à l'extinction cette dernière, dont elle n'est pas l'accessoire[213].

La rapide prépondérance de la cession-sûreté sur le nantissement des créances n'était sans doute pas envisagée par les rédacteurs du Code civil et du Code des obligations. Elle fut rendue possible par une jurisprudence que l'on peut qualifier de laxiste.

Dès 1891, le Tribunal fédéral admit qu'un créancier peut non seulement s'engager à céder (*pactum de cedendo*, art. 165 al. 2 CO) une créance encore inexistante, mais d'ores et déjà en disposer (art. 165 al. 1 CO) par anticipation (*Vorauszession*), alors même que le rapport de droit dont cette créance résultera n'existe pas encore[214].

En 1931, il précisa que la créance cédée doit être « suffisamment déterminée ou au moins déterminable quant à la personne du *debitor cessus*, au rapport juridique [dont elle résulte] et au montant »[215]. Les juges de Mon Repos voulaient ainsi traiter de manière semblable la cession du produit d'une revente non encore conclue et celle du produit d'une revente conclue, mais soumise à une condition.

Mais la pratique s'étendit à des cessions dont l'objet est beaucoup plus large, et donc moins précisément décrit. En 1949, le Tribunal fédéral ne trouva rien à redire à une cession de salaire futur alors que l'employeur n'était pas désigné: tant que le salarié ne travaillerait pas de façon indépendante, le cessionnaire saurait toujours à qui s'adresser[216].

Alors que la cession fiduciaire de créances a pu se développer en Allemagne parce qu'elle n'exige pas un avis au débiteur cédé (§§ 319 et 409 BGB), la défiance traditionnelle du droit français à l'égard de la fiducie n'a permis la mobilisation des créances qu'avec l'adoption de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, dite « loi Dailly » (JO du 3 janvier 1981; modifiée par la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984), qui prévoit la cession ou le nantissement des créances professionnelles par simple remise d'un bordereau à un établissement de crédit.

[213] Cf. OFTINGER / BÄR (1981) N. 302 Syst. Teil; WIEGAND (1982a) p. 40; ZOBL (1982) N. 1555 Syst. Teil.

[214] ATF 17 483, 488-489 (« bekanntlich können auch künftige Forderungen cedirt werden »!), confirmé *in* ATF 57 II 537, avec références relatives à la controverse. Jurisprudence constante, cf. SPIRIG (1993) N. 41 CO 164, et références.

[215] ATF 57 II 537, 539. Confirmé notamment par ATF 84 II 355 c.3, JdT 1959 I 203; ATF 112 II 241 c. 2a, JdT 1987 I 4.

[216] ATF 75 III 111, 115. En interdisant désormais presque complètement toute cession de salaire futur, l'art. 325 CO remédie au caractère choquant du considérant 2 de cet arrêt pour le lecteur d'aujourd'hui.

En 1987, le Tribunal fédéral résumait sa jurisprudence en ces termes: « Pour qu'une cession de créance future soit valable, il suffit donc que la créance soit déterminable, c'est-à-dire qu'elle puisse être déterminée au moment où elle prend naissance… De manière générale, la cession de créance est valable, quant à la forme, même si l'un de ses éléments essentiels n'est pas déterminé dans l'acte, pourvu qu'il soit suffisamment déterminable, le cas échéant par l'effet de déclarations subséquentes pouvant même émaner de tiers… »[217].

Ces exigences satisfaites, la validité des cessions globales trouve ses seules limites dans la protection du cédant contre les engagements excessifs (art. 27 al. 2 CC). Alors que la cession de toutes les créances découlant d'une activité commerciale du cédant est admissible, celle de l'ensemble de ses créances futures (*Totalzession*) ne l'est pas[218]. La limite paraît particulièrement éloignée si on la compare aux exigences, bien plus strictes, auxquelles les autres sûretés réelles sont soumises.

Dans plusieurs études remarquées, les Prof. BUCHER et WIEGAND[219] ont émis des critiques à l'encontre de cette jurisprudence et de la pratique bancaire qu'elle autorise. L'institution n'est pas discutable quant à ses buts: elle procure du crédit sur la base du *cash flow*, qui est parfois la seule source de financement qu'une petite entreprise puisse obtenir. Elle est cependant discutable dans son extension, car elle crée, à l'abri de toute publicité, une classe de créanciers privilégiés que la législation sur la faillite n'avait pas prévue: toute la substance vive d'une entreprise peut être grevée au profit d'un seul créancier, sans limitation de durée ni quant au montant de la garantie. En fait, la cession globale correspond à une *floating charge* dépourvue de toute publicité[220].

i) Les *créances cédées* se remplacent l'une l'autre sans limite dans cette succession[221]. Une cession globale conclue il y a dix ans peut aujourd'hui encore déployer tous ses effets: le stock des créances cédées se renouvelle de lui-même, les factures acquittées étant remplacées par de nouvelles factures. Là réside la souplesse du mécanisme, mais aussi son immodération. Elle pose un problème au regard du principe de la spécialité. Car la cession globale n'est pas seulement un contrat générateur d'obligations (celle de céder les créances futures), mais encore un acte de disposition, par lequel ces créances sont d'ores et déjà aliénées. Or il est incontesté que les actes de disposition, en tant qu'ils portent sur des droits réels, sont régis par le principe de spécialité. Ils portent sur des droits individualisés, et non sur des universalités de droits[222]. Comme les droits réels, les créances sont objets d'acte de disposition: elles peuvent être aliénées, nanties, grevées d'un usufruit, etc. On ne voit pas pourquoi la cession de créances échapperait au principe de la spécialité, qui sous-tend l'ensemble des actes de disposition portant sur des droits subjectifs privés sans être pourtant jamais énoncé *expressis verbis* ni à propos des droits réels, ni à propos des créances.

---

[217] ATF 113 II 163, 166 c. 2b et 167 c. 2c.

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

[219] WIEGAND (1979) pp. 185-197, (1980) pp. 560-564 et (1982a); BUCHER (1982) et (1989).

[220] La *floating charge* s'étend à une classe d'actifs (*e.g.* un inventaire) sans entraver la disposition de ceux-ci par le débiteur. Les actifs aliénés étant remplacés par de nouveaux actifs ou par le produit de leur vente. La sûreté se « fixe » au moment où le créancier décide de la faire valoir, ici lorsque le cessionnaire notifie les débiteurs cédés. Cf. DALHUISEN (1994) p. 362.

[221] L'avant-projet et le projet de Code civil réglaient ce problème, en matière d'hypothèque mobilière, en limitant à deux ans la durée de la sûreté constituée et inscrite (qui était renouvelable à son terme sans perte de priorité) et en prévoyant qu'un nouveau bien remplace l'autre dans les limites de l'inventaire remis avec l'inscription.

[222] Sur le principe de spécialité, cf. MEIER-HAYOZ (1981) NN. 75 s. Syst. Teil.

ii) Les *créances garanties* sont généralement définies de manière extensive. « La cession sert à garantir toutes les prétentions de la banque envers le cédant émanant de contrats déjà conclus avec la banque… ou devant ultérieurement être conclus avec elle dans le cadre des relations d'affaires existantes… » L'importance de la sûreté n'est presque jamais limitée par l'indication d'un montant maximum[223]. Comme elle porte sur un ensemble de créances potentiellement indéterminé, la cession fiduciaire acceptée pour garantir un emprunt de 10'000 francs peut se trouver garantir une dette de 100'000 francs douze mois plus tard. Les créances garanties forment également un stock qui se renouvelle tant et aussi longtemps que les relations d'affaires ne sont pas interrompues. Or la constitution d'une sûreté exige un certain lien entre celle-ci et la ou les créances qu'elle garantit. Une sûreté constituée de façon indéterminée pour toute prétention, même purement éventuelle, que le bénéficiaire pourrait avoir contre le constituant, aussi éloignée dans le futur, aussi improbable fût-elle, paraît inadmissible. M. WIEGAND y voit une contradiction au principe de l'accessoriété; le Tribunal fédéral y a vu une violation de l'art. 27 al. 2 CC[224].

Les propositions doctrinales que l'on vient de rappeler ont le mérite de poser la question des limites à une pratique dont certains excès sont nuisibles: par l'étendue de son objet et de sa durée, comme on vient de le voir, mais aussi par l'absence de sécurité juridique pour les autres créanciers du cédant. Ce n'est souvent qu'au moment où l'insolvabilité menace que des fournisseurs ou d'autres tiers qui ont accepté de faire crédit apprennent que la totalité des recettes, qui normalement serait partagée entre tous les créanciers, est en fait grevée au profit d'un seul. L'absence de publicité efficace à l'égard des tiers en matière de cession de créances contraste étrangement avec l'importance, probablement excessive, accordée à la possession comme mode de publicité en matière mobilière.

Le Tribunal fédéral a mentionné ces critiques en 1986[225], pour les réfuter l'année suivante en un paragraphe et deux arguments[226]. « Cette conception, qui n'est certes pas sans valeur théorique, n'est pas en harmonie avec la pratique des cessions globales qui s'est développée en matière de crédit, sur la base de la jurisprudence et de la doctrine… » La déférence des juges envers la pratique paraît un peu hâtive. Les faits peuvent avoir une certaine force normative, et la réalité s'impose parfois contre les principes les plus éminents. Mais on ne saurait se contenter d'un constat posé en une seule phrase, par renvoi à un unique auteur, et sans avoir procédé à une balance de tous les intérêts en présence. « Le principe de la spécialité tel qu'il existe en matière de droits réels, notamment en relation avec la règle de la publicité qui s'applique à cette matière, ne peut être repris sans autre en droit des obligations. » Cette affirmation n'est nullement démontrée. Elle passe sous silence que le mode de publicité prévu pour la cession est la forme écrite (art. 165 al. 1 CO), et que la faiblesse de ce mode pourrait justifier un renforcement du principe de la spécialité plutôt que son affaiblissement. Au reste, l'arrêt confond le principe de la spécialité avec celui de l'accessoriété, qu'il ne discute pas[227].

---

[223] L'indication du montant maximum de la (ou des) créance(s) garantie(s) est exigée par l'art. 794 CC pour la constitution d'un gage immobilier et par l'art. 38 al. 1 de la loi sur le registre des bateaux (RS 747.11), ainsi que par l'art. 493 al. 1 CO pour la sûreté personnelle qu'est le cautionnement.

[224] Pour une hypothèque: ATF 108 II 47 c. 2, JdT 1984 II 92 s.; pour un gage mobilier: ATF 51 II 273, 282.

[225] ATF 112 II 433 c. 2 et 3 *in initio*, JdT 1987 I 162, 164.

[226] ATF 113 II 163, 167. Critique: BUCHER (1989).

[227] « D'ailleurs, même dans le domaine des droits réels, le principe de la spécialité n'est pas appliqué strictement lorsqu'il s'agit non pas du gage, mais de la créance qu'il garantit. » *Loc. cit.*, c. 2c *in fine*.

2. Appréciation globale: pour une réforme des sûretés mobilières

Le tableau que l'on vient de dresser est paradoxal et insatisfaisant. Les développements contemporains du droit des sûretés sur les meubles et les créances ne répondent plus à une politique juridique cohérente, non plus qu'à une rationalité économique.

- La *protection des tiers*, que le législateur a voulu réaliser par la possession ou par divers registres (foncier, réserves de propriété), a motivé l'abandon complet de la fiducie-sûreté en matière mobilière, mais n'a entravé ni le développement du crédit-bail ni la quasi-hégémonie de la fiducie-sûreté en matière de créances.
- Alors que la constitution des sûretés mobilières est régie par le *principe de la spécialité*, la cession (fiduciaire ou non) peut porter sur un ensemble de créances décrites en des termes excessivement vagues.

Notre droit des sûretés réelles connaît donc deux poids et deux mesures. La rigueur des principes qui s'appliquent aux sûretés mobilières réglées par le législateur contraste avec la jurisprudence laxiste relative aux cessions globales de créances, mais aussi avec la sûreté mobilière innommée qu'est le *leasing*. Ce n'est pas que la fiducie qui est en jeu dans ce débat, mais l'ensemble des sûretés, dont il convient d'harmoniser les principes tout en autorisant les développements qu'appellent la pratique moderne du crédit.

Ce droit des sûretés doit principalement coordonner trois intérêts: celui du débiteur à obtenir du crédit, celui du créancier à faire réaliser la sûreté qui lui a été remise, et celui des autres créanciers à se faire une représentation correcte de la substance (fortune nette et *cash flow*) sur laquelle ils pourraient se désintéresser. Le constat que l'on vient de poser démontre que les moyens que le législateur s'est donnés jusqu'ici sont impropres à réaliser cet arbitrage de manière cohérente.

Le problème que l'on discute ici ne concerne pas le crédit aux particuliers. Celui-ci, lorsqu'il n'est pas consenti sans sûretés (petit crédit), est garanti par des gages hypothécaires, qui fonctionnent de manière satisfaisante, ou par des sûretés personnelles – cautionnement, engagement solidaire – étrangères à la fiducie. Notre discussion porte donc sur le crédit aux entreprises.

i) Or la publicité des ressources d'une entreprise et des sûretés qui la grèvent ne repose plus, et depuis longtemps, sur les formes de publicité qui fondent notre droit des sûretés. Ce sont exclusivement les comptes, révisés et cas échéant consolidés, qui servent de base à tout créancier et à tout investisseur pour sa décision.

> Si le crédit-bail – qui déroge pourtant au postulat que les droits réels mobiliers sont rendus publics par la possession de leur objet – est acceptable pour les prêteurs et les fournisseurs, c'est que les équipements achetés en *leasing* ne figurent pas au bilan de leur débiteur et ne suscitent donc aucune apparence erronée d'un accroissement de solvabilité. Sur la base de ce raisonnement, la disqualification du *lease-back* par le refus d'autoriser la revendication de son objet par le crédit-bailleur n'apparaît pas justifiée[228].

ii) Dans une économie de services et de production et de distribution à flux tendus, la valeur économique des entreprises réside davantage dans le chiffre d'affaires que dans les immobilisations, équipements et stocks. Le législateur de 1881 ne l'a pas perçu. Il a certes facilité le nantissement des créances[229], mais c'est par la cession globale de créances que les entreprises obtiennent du crédit sur leurs revenus futurs. L'une et l'autre sûretés sont licites sans devoir satisfaire à aucune forme de publicité qui rende visible l'affectation de ce flux de revenus au profit d'un créancier privilégié[230].

---

[228] Cf. *supra* note 197.

[229] Cf. *supra* note 212.

[230] L'art. 663*b* ch. 2 et 3 CO pour les sociétés anonymes et l'art. 25*c* al. 1 ch. 3.4.2 & 3.6 OB pour les banques exigent l'indication globale du montant des actifs mis en gage ou cédés, des actifs sous réserve de

Les ordres juridiques voisins du nôtre ont depuis plus ou moins longtemps apporté une réponse aux besoins de nouvelles sûretés pour le financement des entreprises[231]. Le droit anglais connaît la *floating charge* par inscription au registre du commerce[232]. Le législateur a institué le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement et celui des fonds de commerce en France[233]. L'Autriche permet l'engagement de ces mêmes biens sans remise de la possession par tradition symbolique au moyen de l'apposition d'une marque[234]. Les nouvelles dispositions du code civil néerlandais relatives aux droits réels a introduit un gage mobilier général sans dépossession[235].

En Suisse également, il conviendrait de préciser les modalités de la mobilisation des créances, les conditions de licéité du crédit-bail, et sans doute d'ouvrir la porte à un gage mobilier sans dépossession, limité dans son objet (*e.g.* les biens d'équipement et les stocks) et dans la finalité de l'opération (crédit commercial, et non crédit à la consommation).

Il ne serait pas judicieux de limiter ce réexamen à la fiducie-sûreté. Ainsi, il n'y aurait guère de sens à prôner un changement de jurisprudence relatif à l'art. 717 CC qui permette la constitution d'une fiducie-sûreté sur les meubles même en l'absence de dépossession. Le développement sauvage de la *Sicherungsübereignung* en Allemagne hors de tout encadrement législatif, a amené les auteurs à parler de « faillite de la faillite ». Il ne serait pas réaliste de penser que les juridictions suisses accepteraient de prendre ce chemin. Si le constat qui précède est pertinent, si notre droit des sûretés est effectivement incomplet, c'est la tâche du législateur de reprendre l'ouvrage là où il l'a laissé le 10 décembre 1907 en votant le Code civil.

C'est pourquoi le chapitre IV, qui a pour objet d'énoncer les principales modifications qu'il convient d'apporter à notre fiducie, ne prend pas pour objet central la fiducie-sûreté. Celle-ci n'est présente qu'en filigrane, sans qu'il faille perdre de vue l'importance qu'a prise la *fiducia cum creditore* en matière de créances, importance qu'elle conservera certainement.

IV. Propositions pour une fiducie renouvelée

En dressant un inventaire partiel des utilisations contemporaines de la fiducie, le chapitre précédent a identifié certaines carences du régime juridique applicable à la fiducie commune. Sur la base de ce constat, le présent chapitre énonce les principales propositions qui devraient fonder un renouvellement de cette institution:

a) Il convient de reconnaître aux biens fiduciaires la nature d'un patrimoine séparé (*Sondervermögen*), affecté exclusivement à l'exécution de la convention de fiducie et

---

proriété ainsi que des dettes découlant de contrats de leasing non portés au bilan. En revanche, le droit comptable ne prescrit pas que le bilan ou l'annexe mette en évidence le lien entre chaque actif constitué en sûreté et le passif qu'il garantit.

[231] Pour un aperçu récent, cf. DALHUISEN (1994) pp. 361-364.

[232] Cf. l'excellent résumé dans ZOBL (1982) NN. 1034-1039 Syst. Teil.

[233] Cf. notamment loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce; loi n° 51-59 du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement. La législation française permet aussi l'engagement de certains biens par l'émission de warrants. Pour la cession de créances par bordereaux, cf. la « loi Dailly » de 1982, *supra* note 229.

[234] ZOBL (1982) N. 985 Syst. Teil, et références.

[235] La *traditio* par remise de la possession au créancier-gagiste ou à un tiers (art. 3:236) est remplacée par un acte authentique ou sous seing privé enregistré (art. 3:237 du nouveau Code). Ce gage sans dépossession a expressément été conçu par le législateur pour remplacer la *fiducia cum creditore*, que celui-ci voulait écarter, cf. HARTKAMP (1990) p. XXXV; CHORUS *et al.* (1993) pp. 84-85.

dont le fiduciaire est le titulaire juridique sans être l'ayant droit économique. Ce patrimoine spécial ne saurait suivre le sort du patrimoine général du fiduciaire au regard du droit des successions, des régimes matrimoniaux et de l'exécution forcée.

b) Ce patrimoine ne répondant que des dettes contractées par le fiduciaire agissant ès qualités, les biens qui le composent doivent être soustraits aux droits de compensation et de rétention des créanciers du fiduciaire pour des dettes sans rapport avec la gestion ou l'affectation de ce patrimoine.

c) Alors que l'art. 398 CO fournit un cadre approprié à la responsabilité pécuniaire du fiduciaire, il faut conférer au fiduciant et aux éventuels bénéficiaires un droit de suite sur les biens que le fiduciaire aurait aliénés à des tiers de mauvaise foi en contravention à la convention de fiducie.

d) L'art. 404 CO restreint sans justification les choix quant à la durée de la fiducie. Le fiduciant doit avoir la possibilité de stipuler une durée déterminée, de limiter son droit de résiliation aux cas de justes motifs, voire de renoncer à tout droit de résiliation mais de conserver celui de révoquer ou de faire révoquer le fiduciaire pour le remplacer. Il convient également de fixer une limite dans le temps au maintien de la fiducie après le décès du fiduciant.

e) Le fiduciant doit pouvoir renoncer, complètement ou partiellement, à donner des instructions au fiduciaire. La convention peut reconnaître à celui-ci un pouvoir discrétionnaire plus ou moins étendu non seulement dans la gestion des biens fiduciaires, mais aussi dans leur distribution en revenu et en capital.

f) Enfin, le fiduciant doit pouvoir conférer à d'éventuels bénéficiaires des droits et des compétences plus ou moins étendus. Il convient également de permettre la désignation d'un protecteur, tiers sans intérêt pécuniaire au patrimoine fiduciaire mais investi de certaines compétences dans l'intérêt du fiduciant et d'éventuels bénéficiaires.

A. La reconnaissance d'un patrimoine fiduciaire

A l'évidence, le point le plus délicat du régime commun de la fiducie suisse, son talon d'Achille, est la conséquence directe de la *Vollrechtstheorie*: les biens fiduciaires sont incorporés au patrimoine général du fiduciaire. Avec tous ses biens personnels, ils forment une seule masse soumise à la mainmise des créanciers pour toutes les dettes du fiduciaire[236] et au principe de succession universelle. Ce principe fait l'objet de diverses exceptions.

1. Le régime actuel et ses exceptions

Au regard du droit des successions, la jurisprudence *Böckli* soustrait les biens fiduciaires aux héritiers du fiduciaire lorsqu'un cofiduciaire (fiduciaire conjoint) ou un fiduciaire suppléant a été désigné[237].

En matière d'exécution forcée, deux dispositions permettent la soustraction des biens fiduciaires à la mainmise des créanciers communs du fiduciaire. L'art. 201 LP s'applique à la cession à fin d'encaissement, lorsque le propriétaire[238] fiduciaire[239] d'un

---

[236] Cf. notamment ATF 117 II 429 c. 3b, JdT 1994 II 4, *X. c. m. f. Y.*; ATF 114 II 45, 50, *T. SA c. BOK Bank of Khartoum*; REYMOND / REVACLIER (1985) p. 423 s., et autres références.

[237] ATF 78 II 445, JdT 1953 I 523, *Bockli*, discuté *supra* II.D.b, pages NNN.

[238] Selon la conception dominante, l'endossement procuratoire occulte transfert la pleine et entière titularité du papier-valeur assortie de l'obligation de l'endossataire de restituer à l'endosseur les sommes recouvrées; il s'agit donc d'un cas de fiducie-gestion, cf. ARMINJON / CARRY (1938) N. 241; JÄGGI / DRUEY / von GREYERZ (1985) p. 183; CJ GE 10.12.1976: SJ 1978 58, 63; *contra* MEIER-HAYOZ / von der CRONE (1985) § 11 NN. 33-37.

titre au porteur ou à ordre ne l'a pas encore encaissé au moment de sa faillite. L'art. 401 CO, dont on a déjà parlé, est la deuxième et principale exception applicable à la fiducie de droit commun. La protection qui en résulte pour le fiduciant est toutefois lacunaire et incertaine[240].

i) Selon la jurisprudence, ferme en dépit des critiques réitérées de la doctrine, l'art. 401 CO ne s'applique pas à tous les biens fiduciaires. Il autorise la distraction des biens et droits acquis de tiers, mais non de ceux que le fiduciant a remis au fiduciaire[241]. Son texte exclut les immeubles. Enfin, le Tribunal fédéral ne l'applique aux sommes d'argent encaissées pour le compte du fiduciant que lorsque celles-ci sont restées individualisées au sein du patrimoine du fiduciaire[242].

ii) L'art. 401 al. 2 et 3 CO ne consacre qu'un droit du mandant à exiger la distraction (*Aussonderungsrecht*) et non une obligation de l'administration de la faillite d'y procéder *ipso jure* (*Absonderung*). Ce droit naît avec la résiliation de la convention de fiducie, laquelle ne coïncide pas nécessairement avec la faillite du fiduciaire (art. 405 CO) mais peut être déclarée en tout temps par le fiduciant, selon l'interprétation que le Tribunal fédéral donne à l'art. 404 CO[243].

iii) La *fiducia cum creditore* reposant sur un contrat *sui generis* proche du contrat de constitution de gage, et non sur un simple mandat, les auteurs refusent de lui appliquer l'art. 401 CO[244].

iv) Enfin, le Tribunal fédéral s'est récemment interrogé sur l'opportunité de restreindre davantage l'application de l'art. 401 CO. « On peut se demander pour des raisons qui méritent que l'on en tienne compte si l'application de cette disposition ne devrait pas être restreinte aux cas dans lesquels la fiducie se réduit pour l'essentiel à un simple mandat dont le but est de procurer au fiduciant le plus rapidement possible les droits acquis par le fiduciaire, tandis qu'elle devrait être refusée dans les cas de rapports de fiducie pure, dans lesquels le plein pouvoir juridique reste au fiduciaire jusqu'au terme de la 'fiducia'. »[245]

Alors que le régime commun de la fiducie fond les biens fiduciaires dans le patrimoine général du fiduciaire, tout en aménageant quelques exceptions dont la portée est restreinte et controversée, le législateur a institué deux régimes particuliers qui, sans le dire en autant de mots ni en tirer les conséquences, font du patrimoine fiduciaire un patrimoine séparé et affecté[246].

La loi sur les *fonds de placement* reconnaît aux porteurs de parts un droit de distraction sur les actifs fiduciaires tout en réservant les créances de la direction (art. 16

---

[239] A la suite de WÄLLI, et contrairement à la doctrine dominante (qu'il cite à la n. 157 p. 167), TSCHUMY (1989) NN. 298-303 nie le caractère fiduciaire de cette opération du fait surtout qu'elle n'est pas destinée à durer. Le débat sur la qualification ne modifie en rien les conséquences de l'application de l'art. 201 LP aux hypothèses visées par son texte.

[240] Sur l'ensemble, cf. *supra* II.D.d, pages NNN.

[241] Cf. en dernier lieu ATF 115 II 429 c. 3b, rés. JdT 1992 I 399, *X. c. m. f. Y.* Pour une critique justifiée de cette restriction, que n'impose pas le texte de la loi, cf. le rapport de M. WATTER (1995) NN. 105 à 111.

[242] Cf. ATF 102 III 103; ATF 102 II 297 c. 3, JdT 1978 II 67, 72 s.; TF 20.7.1990: SJ 1990 637. *Contra* BERTSCHINGER (1983) *passim*.

[243] Sur la durée de la convention de fiducie, cf. *infra* IV.D, pages NNN.

[244] Cf. surtout ZOBL (1982) NN. 1376 & 1381 Syst. Teil, ainsi que FOËX (1987) NN. 268, lequel plaide par ailleurs (NN. 320-332) pour une application excessivement restrictive de l'art. 401 CO. Cf. cependant pour les paiements des débiteurs cédés reçus après la faillite, Aufsichtsbehörde BL 11.9.1981: BJM 1982 83.

[245] ATF 117 II 429 c. 3a, JdT 1994 II 3 *X. c. m. f. Y.*

[246] Sur l'histoire législative de ces deux régimes spéciaux, cf. *supra* II.E, pages NNN.

al. 1 LFP)[247]. L'efficacité de ce droit de distraction est renforcée par l'obligation de déposer les valeurs du fonds auprès d'une banque dépositaire (art. 19 al. 1 LFP), qui doit les conserver séparément des autres avoirs de la direction. L'art. 16 al. 2 LFP précise en outre que les dettes communes de la direction ne peuvent être compensées par des créances appartenant au fonds de placement. La loi sous-entend, sans l'expliciter, une autre caractéristique essentielle d'un patrimoine spécial, à savoir que les valeurs acquises en remploi d'autres valeurs du fonds remplacent automatiquement les premières (subrogation réelle)[248].

Les dispositions spéciales de la *loi sur les banques* procèdent de la même idée, mais sont plus lacunaires. L'art. 37*b* al. 1 LB correspond à l'art. 16 al. 1 LFP, sans en tirer de conséquence quant aux droits de compensation et de rétention des tiers. En outre, l'art. 16 ch. 2 LB n'impose pas que les valeurs détenues à titre fiduciaire soient conservées séparément des autres actifs de la banque, ce qui serait d'ailleurs difficilement réalisable. Il n'est fait aucune allusion au mécanisme de la subrogation réelle.

Il n'y a pas de différence de nature entre la fiducie comme institution générale innommée de notre ordre juridique et les opérations fiduciaires qui font l'objet de ces législations spéciales. Il convient donc de consacrer dans le régime commun ce qui est déjà reconnu dans ces régimes particuliers, et de reconnaître de manière générale que *la fiducie constitue un patrimoine séparé et affecté dont le fiduciaire est le titulaire sans en être l'ayant droit économique*.

2. Les biens fiduciaires, patrimoine spécial, séparé et affecté

A la différence des biens qu'une personne acquiert à titre onéreux ou gratuit et qu'elle peut, en principe librement, utiliser à diverses fins (consommation, production, libéralités en faveur de tiers, thésaurisation, etc.), le fiduciaire acquiert la titularité des biens fiduciaires avec l'obligation de les affecter exclusivement au but convenu avec le fiduciant, c'est-à-dire en principe dans l'intérêt du fiduciant ou de tiers bénéficiaires. Cette affectation se traduit par une double dette du fiduciaire: il doit *administrer* les biens et les *restituer* au fiduciant (ou les *distribuer* aux bénéficiaires) au plus tard lorsque la convention de fiducie prend fin. L'exécution défectueuse ou la violation de ces obligations sont sanctionnées civilement (dommages-intérêts), pénalement (abus de confiance, gestion déloyale), voire même administrativement pour les professions assujetties à une surveillance (banques, notaires, avocats, etc.).

Quoiqu'il ne paie pas de prix pour cette acquisition, le fiduciaire ne bénéficie pas d'une libéralité. Son acquisition est onéreuse, puisque le fiduciant, *do ut des*, acquiert (notamment) une créance en restitution (art. 400 CO) contre le fiduciaire, ou la fait acquérir à un ou plusieurs bénéficiaires (art. 112 CO)[249]. La cause de son acquisition, c'est l'affectation des biens aux buts poursuivis par le fiduciaire et exprimés dans – ou implicites à – la convention de fiducie.

Les biens fiduciaires sont donc des biens affectés. Ils forment une masse distincte, que le fiduciaire doit tenir séparée de sa propre fortune en vertu de son obligation de fidélité et de diligence (art. 398 al. 2 CO), et à laquelle il doit incorporer le produit de toute réalisation. Les revenus et les plus-values accroissent cette masse, les pertes

---

[247] L'art. 16 LFP omet de réserver les dettes et les gages contractés par la direction sur les avoirs du fonds, dans les limites de l'art. 34 LFP.

[248] L'art. 2 al. 1 LFP mentionne que le fonds est constitué par les apports des investisseurs et le chapitre 3 régit les placements. La notion de remploi, que l'on trouve par exemple dans les régimes matrimoniaux, n'est ici qu'implicite.

[249] Cf. *infra* IV.F, pages NNN.

l'amoindrissent sans augmenter ni diminuer la fortune nette du fiduciaire, puisque celle-ci doit toujours restituer l'intégralité de cette masse. Economiquement, la propriété fiduciaire reste (et doit rester) sans effet sur la fortune du fiduciaire. Tout au plus celui-ci acquiert-il une créance d'honoraires contre le fiduciant. La pratique comptable reflète parfaitement cette neutralité patrimoniale du point de vue du fiduciaire. Dans la règle, les valeurs détenues à titre fiduciaire ne figurent pas à son bilan. Si elles sont néanmoins activées (avec la mention de leur statut fiduciaire), on en trouve la contrepartie franc pour franc au passif (dette de restitution)[250].

La traduction juridique de cet état de fait, qui caractérise *toute fiducie*, consiste à reconnaître aux biens fiduciaires le caractère d'un patrimoine séparé (*Sondervermögen*)[251] affecté à un but particulier, comme le législateur l'a fait pour les fonds de placement[252] et les opérations fiduciaires des banques.

Ce patrimoine séparé (du patrimoine général du fiduciaire) et affecté (aux buts de la fiducie) présente trois caractéristiques que l'ordre juridique devrait lui reconnaître:

i) La subrogation patrimoniale[253] assure qu'il comprend tout bien, toute valeur acquis en remploi d'un bien ou d'une valeur fiduciaire.

ii) Il forme une masse distincte du patrimoine général du fiduciaire dans le régime matrimonial et dans la succession du fiduciaire.

iii) Il forme une masse distincte dans l'exécution forcée contre le fiduciaire (par voie de saisie ou par voie de faillite), qui ne répond que des dettes contractées par le fiduciaire dans la convention de fiducie (créances du fiduciant et des bénéficiaires contre le fiduciaire) ou dans le cadre de sa gestion et de son administration (investissements, frais, commissions et honoraires).

3. Discussion

a) Intérêts des créanciers communs du fiduciaire

Parce que les biens qui lui sont remis sont affectés à un but et grevés d'une obligation de restitution, le fiduciaire n'en est pas enrichi: aux biens qui viennent augmenter son actif correspond une dette d'égale valeur, à savoir l'obligation de restituer au fiduciant lesdits biens ou leur remploi, avec tous leurs accroissements ou leurs pertes éventuelles. L'opération est donc à somme nulle pour l'état de fortune du fiduciaire: il ne se trouve ni enrichi, ni appauvri.

Nulle pour le patrimoine du fiduciaire, l'opération fiduciaire ne devrait donc ni enrichir ni appauvrir les créanciers (communs) du fiduciaire. Or, sauf lorsque le fiduciant dispose d'un droit de distraction (art. 201 LP, 401 CO, 16 LFP, 37*b* LB), les

---

[250] « Il n'est pas d'usage en Suisse de faire figurer les biens fiduciaires au bilan comme tels pour un même montant à l'actif et au passif; cela se justifie principalement par le souci d'éviter le gonflement inutile du bilan, ainsi que celui de sauvegarder le 'droit de revendication' en cas de faillite. » CHAMBRE FIDUCIAIRE (1992) § 2.2924 (3), p. 269. La comptabilisation hors bilan est imposée par la législation bancaire, cf. chiffre C 4 de l'annexe II OB. Question discutée par MÜLLER (1972) et par SCHÖNLE (1979).

[251] Cf. MAIER-HAYOZ (1981) N. 156 Syst. Teil.

[252] Cf. ATF 97 II 866, 867, cité *supra* note 118.

[253] « … c'est-à-dire le remplacement d'une chose par une autre dans un patrimoine: le bien acquis (selon les règles ordinaires) prend dans le patrimoine la place du bien aliéné; la subrogation patrimoniale n'est donc pas un mode particulier d'acquisition d'un bien, mais un mode de répartition des biens acquis entre les divers patrimoines séparés de l'acquéreur. » DESCHENAUX / STEINAUER (1987) p. 242 n. 51. Cf. PIOTET (1986) pp. 38-40, qui relève que la subrogation patrimoniale est « une conséquence logique de la coexistence de plusieurs patrimoines ayant le même titulaire et n'a donc pas à être prévue positivement par la loi. »

créanciers communs du fiduciaire bénéficient indûment du patrimoine fiduciaire au détriment du fiduciant. Puisque le fiduciant est un créancier chirographaire de dernière classe[254], les autres créanciers non privilégiés bénéficient à parité avec le premier – et les créanciers privilégiés par préférence – de cet apport de biens.

On met cet effet plus facilement en évidence lorsqu'on examine l'hypothèse où le fiduciaire reçoit les biens alors qu'il est déjà surendetté. Cependant, la démonstration qui suit vaut *pari ratione* pour l'hypothèse normale où le fiduciaire a une valeur nette d'actifs supérieure à zéro au moment où les biens lui sont confiés.

Supposons que A ait des dettes pour un montant total de 100 et des actifs d'une valeur de 70. S'il n'a que des créanciers chirographaires non privilégiés, ceux-ci ne sont couverts qu'à hauteur de 70%. Mal informé, ou trompé, B remet à A à titre fiduciaire un portefeuille de titres valant 50. B acquiert ainsi une créance chirographaire (restitution des biens), sans disposer d'un droit de distraction. A est maintenant endetté pour 150, mais ses dettes sont désormais couvertes par des actifs valant 120, soit à hauteur de 80%. Ainsi, l'opération fiduciaire, qui n'enrichit pas le fiduciaire (A), enrichit en revanche ses créanciers communs (qui voient leur dividende potentiel de faillite passer de 70% à 80%) au détriment du fiduciant (dont l'actif de 50 se transforme en une créance qui ne vaut que 40, soit 80% de 50).

Non moins curieusement, les créanciers communs de A partagent désormais avec B les risques et les profits de la gestion fiduciaire, puisque la valeur d'actifs de leur débiteur augmentera ou diminuera d'autant.

On peut reprendre cette démonstration en prenant en considération les créanciers gagistes et les créances privilégiées dans la faillite. On constate alors: 1° que les créanciers de A titulaires d'un droit de gage sur un actif (non fiduciaire) de A bénéficient également de l'opération au détriment du fiduciaire dans la mesure où leur créance n'est pas entièrement couverte par la valeur du gage; 2° que les créanciers colloqués dans une classe privilégiée profitent plus encore de l'opération fiduciaire puisqu'ils sont désintéressés sur la valeur de réalisation des biens fiduciaires avant les créanciers chirographaires, donc avant le fiduciant.

Cette situation est anormale et inéquitable. Les créanciers communs du fiduciaire sont avantagés par l'opération fiduciaire, sans contrepartie et au détriment du fiduciant. Mais ils en supportent aussi les risques, leur avantage se réduisant des pertes affectant le patrimoine fiduciaire ainsi que de la responsabilité pécuniaire que le fiduciaire peut encourir pour sa mauvaise gestion.

La consécration d'un patrimoine séparé ne désavantage pas les créanciers communs du fiduciaire. Elle ne fait que les priver d'un avantage indu que le régime actuel leur confère sans motif au détriment du fiduciant.

Ce qui distingue le fiduciant du fournisseur et de tout bailleur de fonds à court, moyen ou long terme, c'est que ces derniers acceptent de contribuer à l'exploitation économique de leur débiteur en lui faisant crédit, et qu'ils savent devoir porter un jugement sur sa solvabilité. Le fiduciant n'entend pas affecter des valeurs à l'exploitation économique du fiduciaire, mais affecter des biens à des buts dont le fiduciaire n'est pas le bénéficiaire. Les biens lui seront restitués en nature, et non en argent. Il ne fait pas crédit, mais confiance.

---

[254] La révision de la LP du 16 décembre 1994 réduit de cinq à trois le nombre de classes, le fiduciaire restant un créancier chirographaire non privilégié (art. 219 al. 5 nLP) sauf lorsqu'il est client d'une banque (art. 37*b* al. 1 et 2 LB). Le privilège de deuxième classe accordé « aux personnes dont la fortune se trouvait placée sour l'administration du failli, en vertu de l'autorité parentale, pour le montant qui leur est dû de ce chef » se justifie par le caractère obligatoire de cette administration et par l'absence de choix de la personne dont les biens sont administrés, une justification qui n'existe pas pour une fiducie volontairement contractée.

*b) Intérêts des créanciers communs du fiduciaire (*bis*): l'obligation de ségrégation*

Si les créanciers communs ne doivent pas profiter de l'opération fiduciaire, ils ne doivent pas non plus être trompés par une apparence de solvabilité accrue qu'elle pourrait créer. « Les autres créanciers du fiduciaire doivent pouvoir se fier aux présomptions de droit ou de fait: l'inscription au registre foncier pour un immeuble acheté avec les fonds confiés par le fiduciant; la possession pour les choses mobilières, y compris les papiers-valeurs, achetés avec les fonds confiés par le fiduciaire; l'apparence du droit de disposer d'une créance, par exemple la titularité résultant du titre de créance, telle qu'une créance en remboursement d'un prêt consenti avec les fonds confiés par le titulaire. »[255]

Or cela fait belle lurette qu'entre commerçants, les états comptables révisés sont les seules bases fiables pour la décision de faire ou de ne pas faire crédit. Les « présomptions de droit ou de fait » ne permettent pas d'évaluer la solvabilité réelle d'un débiteur. D'abord, elles se rapportent aux actifs bruts, sans permettre de connaître le passif correspondant ni l'élément le plus souvent déterminant de la décision de crédit: la capacité de réaliser un chiffre d'affaires et de dégager un bénéfice. Ensuite, elles ne sont précisément que des présomptions, entachées de trop nombreuses exceptions pour garantir la titularité de l'actif. Sauf pour les immeubles, les modes de publicité par lesquels le législateur a voulu que se manifeste la titularité des meubles et des créances n'ont plus qu'une importance tout à fait accessoire pour la protection des créanciers.

i) La foi publique attachée au registre foncier impose que l'on puisse se fier aux inscriptions pour savoir si un débiteur est propriétaire d'un *immeuble* et si celui-ci peut être réalisé au profit de l'ensemble de ses créanciers ou de certains d'entre eux seulement (inscription hypothécaire). L'importance déterminante de la publicité tabulaire exige que l'inscription renseigne complètement. Ainsi, l'art. 36 al. 2 lit. a LFP dispose que les immeubles sont inscrits au nom de la direction « avec une annotation précisant leur appartenance au fonds [de placement] immobilier »[256]. *A pari ratione*, la même exigence devrait valoir pour toute fiducie.

> L'annotation du rapport fiduciaire n'a pas à identifier le fiduciant. Ce qui importe aux créanciers du fiduciaire, c'est de connaître les actifs qui sont soustraits à leur mainmise, mais pas le nom du fiduciant[257]. Celui-ci figure en principe dans les pièces justificatives conservées par le registre foncier, mais ni les tiers ni les créanciers du fiduciaire n'ont un intérêt légitime à connaître la personne du fiduciant. On doit interpréter dans ce sens l'art. 970 CC.

ii) A la différence de la publicité foncière assurée par un registre doté de la foi publique, la publicité mobilière n'est que très imparfaitement garantie par la possession. La possession peut reposer sur un contrat. Ainsi, une entreprise de déménagement peut avoir pris ses camions en leasing. Elle est dépositaire des meubles qu'elle prend sous sa garde. Aucun bailleur de fonds ne saurait se fonder sur la possession qu'elle a des uns et des autres pour évaluer sa solvabilité. Celui qui envisagerait de lui acheter camions et meubles pourrait difficilement espérer se prévaloir de sa bonne foi à l'encontre de leurs propriétaires (art. 933 CC), celle-ci paraissant peu compatible avec la diligence que les circonstances permettraient d'exiger de lui (art. 3 al. 2 CC).

---

[255] GILLIERON, *in* JdT 1986 II 12-13.

[256] Cette exigence figurait déjà à l'art. 31 al. 2 lit. a aLFP. L'art. 16 LB exclut les immeubles de son champ d'application.

[257] Cette remarque vaut pour la fiducie-gestion ou transmission, mais non pour la fiducie-sûreté. Cette dernière est cependant quasi-inusitée en matière immobilière, cf. *supra* III.C.1.a, pages NNN.

iii) En matière de créances aussi, l'apparence de titularité qui résulte d'un titre de créance n'est pas protégée à l'égard des tiers de bonne foi. Si la créance a été cédée par un contrat écrit (art. 165 al. 1 CO), et quoique cette cession ne soit pas constatée dans le titre de créance lui-même, le (premier) cessionnaire a un droit préférable à tout acquéreur ultérieur d'un droit sur cette même créance. En d'autres termes, la bonne foi de l'acquéreur d'une créance constatée dans un titre n'est pas protégée, sauf en cas de simulation (art. 18 al. 2 CO). Il n'en va différemment que pour les papiers-valeurs à ordre et au porteur. Ainsi, sauf à consulter l'annexe au bilan[258], une banque peut consentir un crédit moyennant la cession des factures commerciales de son débiteur en ignorant complètement que celui-ci les a déjà cédées à un autre bailleur de fonds. Sa bonne foi n'est pas protégée civilement, alors que son débiteur encourt une poursuite pénale pour escroquerie, voire pour faux dans les titres.

Ainsi, les modes de publicité en matière de meubles et de créances non incorporées, s'ils créent « des présomptions de droit ou de fait », ne protègent pas efficacement les créanciers. Les états comptables révisés seuls sont aptes à fournir une information adéquate aux créanciers. On ne saurait tirer argument des premiers pour prétendre que la reconnaissance d'un véritable patrimoine fiduciaire, qui ne réponde que des dettes relatives aux buts auxquels il est affecté, consacrerait une lésion des intérêts légitimes des créanciers communs du fiduciaire.

La sauvegarde de ces intérêts exige cependant que le fiduciaire conserve son patrimoine fiduciaire sans le mêler à son patrimoine général, afin d'éviter toute erreur des personnes avec lesquelles il entre en relation quant à l'affectation fiduciaire. Cette obligation de ségrégation résulte déjà de l'obligation de fidélité du fiduciaire (art. 398 al. 2 CO), qui l'oblige à ne pas compromettre les droits du fiduciant en mêlant les biens qui lui sont confiés à sa propre fortune commerciale ou privée. Cela implique notamment:

- Que pour tous les fiduciaires qui tiennent une comptabilité, que ce soit en raison d'une obligation tirée du droit commercial (registre du commerce) ou du droit fiscal (contribuable TVA), les actifs détenus à titre fiduciaire et les passifs correspondants, qui sont de valeur identique, figurent hors bilan, c'est-à-dire dans l'annexe[259].
- Lorsque la titularité d'un bien fiduciaire est soumise à une publicité tabulaire – registre foncier pour les immeubles, enregistrement des marques et des brevets d'invention, registre des navires et des aéronefs –, le fiduciaire doit être inscrit ès qualités[260].
- Les avoirs fiduciaires déposés auprès d'un tiers (banque, administration postale, autre intermédiaire financier) doivent être identifiés comme tels (compte de tiers, *Anderkonto*) sans mélange avec le patrimoine général du fiduciaire. Il s'agit là du reste d'une exigence déontologique pour les avocats[261] et pour les notaires. Les documents

---

[258] Dans laquelle l'art. 663*b* ch. 2 CO exige que soit mentionné le montant global des actifs mis en gage ou cédés à titre de sûreté, cf. CHAMBRE FIDUCIAIRE (1992) § 2.2612 (b), p. 86.

[259] Cf. *supra* note 250.

[260] Cf. art. 36 al. 2 LFP. Cf. aussi art. 2070 du projet français de 1991 relatif à une loi sur la fiducie: « Lorsque la fiducie porte sur des droits et biens dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès-qualités. »

[261] Directive de la Fédération suisse des avocats concernant les fonds appartenant aux tiers, du 8 juin 1990. Chiffre 15, 2e alinéa, du *International Code of Ethics* du *International Bar Association* du 15 juillet 1956. Section 3.8 du Code de déontologie des avocats de la Communauté européenne, du 28 octobre 1988.

d'ouverture de compte doivent indiquer que le fiduciaire agit ès qualités[262]. Cette exigence de ségrégation est satisfaite, que le compte recueille les biens d'un seul ou de plusieurs fiduciants (comptes et dépôts dits *omnibus*).

> L'identification par la banque du ou des ayants droit économiques n'est pas une exigence qui dérive du droit civil et des intérêts qu'il protège, mais de l'intérêt public à la lutte contre le blanchissage d'argent et à la bonne réputation de la place financière suisse[263].

c) Intérêts des créanciers du fiduciant

La reconnaissance d'un patrimoine fiduciaire soustrait à la mainmise des créanciers communs du fiduciaire améliore sensiblement la position des créanciers du fiduciant. Ceux-ci peuvent faire réaliser non les biens fiduciaires eux-mêmes – dont la *Vollrechtstheorie* fait d'ores et déjà du fiduciaire l'unique propriétaire –, mais la créance du fiduciant contre le fiduciaire en restitution de ces biens[264]. Or la valeur de cette créance est renforcée par la certitude que, dans l'hypothèse où le fiduciaire tombe en faillite, le patrimoine fiduciaire sera distrait de la masse en faillite.

Certes, les créanciers du fiduciant peuvent être lésés par la constitution d'une fiducie. Si cette fiducie favorise des tiers, il y a une libéralité qui, comme toute libéralité, appauvrit sans contrepartie le patrimoine de leur débiteur. Même si le fiduciant est l'unique bénéficiaire, les clauses de la fiducie peuvent différer le moment de la restitution si l'on admet, comme on le discutera plus loin (*infra* D), que le fiduciant peut fixer une durée déterminée à cette convention et renoncer à tout droit de la révoquer avant terme. Le remède à cette éventuelle lésion des intérêts des créanciers du fiduciant ne tient pas au statut du patrimoine fiduciaire, mais repose sur l'action révocatoire des art. 285 à 288 LP.

d) Le principe de l'unité du patrimoine

La théorie classique du patrimoine affirme le lien intime entre propriété et personnalité[265]. La propriété privée, ou plus précisément le patrimoine comme universalité des droits subjectifs appréciables en argent et des dettes d'une personne[266],

---

[262] Il n'est pas nécessaire que l'intitulé du compte indique « NN. à titre fiduciaire ». Cette indication n'est pas nécessaire à la banque. Quant aux tiers avec lesquels le fiduciaire traite, la protection de leurs intérêts n'exige pas de manière générale qu'ils sachent que celui-ci agit en cette qualité.

[263] Cf. art. 305*ter* CP et la convention relative à l'obligation de diligence des banques du 1er juillet 1992. Sur les conditions auxquelles la banque peut renoncer à se faire communiquer l'identité de tous les ayants droit économiques à un compte *omnibus* (*Sammelkonto*), cf. *supra* note 151.

[264] Cf. ATF 106 III 86 c. 2, JdT 1982 II 82, *Nasser Afshar*; ATF 103 III 86 c. 2b, JdT 1979 II 81, *First National Boston Corporation*.

[265] Voir à ce propos ce passage, fort lyrique, de Eugen HUBER (1900, p. 25) dans l'*Exposé des motifs*: « La législation a de tout temps considéré que la propriété individuelle devait être aussi bien reconnue que la personnalité humaine. Et, d'ailleurs, la notion de la propriété s'impose dès que l'on songe à une société organisée. Le mien et le tien sont, au demeurant, comme les manifestations les plus immédiates du droit. En déterminant ce qui est susceptible d'appropriation privée, on a réglé l'une des fonctions les plus importantes de la vie sociale, car *la personnalité ne serait guère qu'une abstraction si on ne lui accordait pas le pouvoir d'acquérir*; effectivement, elle n'existe au sens juridique du mot, que par la faculté qu'elle a de prendre sa part des biens de la collectivité. Il est impossible de concevoir le droit sans la propriété; elle en est, en quelque sorte, la conséquence logique. » (Italiques ajoutés). Sur cette conception de la propriété, cf. STEINAUER (1981) pp. 148-163.

[266] En Suisse, la doctrine tendrait à privilégier la définition du patrimoine comme *universita bonorum*, cf. MEIER-HAYOZ (1981) NN. 151-155 Syst. Teil et STEINAUER (1990) NN. 86-89. Le droit des obligations et le droit commercial ne connaissent pas cette restriction. Le premier définit le dommage comme la diminution involontaire du patrimoine, qui peut procéder d'une diminution des actifs ou d'une augmentation des passifs. Le second met le patrimoine des personnes morales, actifs et passifs, au centre du droit comptable.

est conçu comme un attribut indissociable de la personnalité. De cette conception, théorisée plus particulièrement en France et formalisée au XIXe siècle par MM. AUBRY et RAU, résultent trois postulats[267]. *Primo*, on ne conçoit pas de patrimoine sans titulaire; à l'inverse, toute personne (physique ou morale) est titulaire d'un patrimoine, même si celui-ci est minime, voire négatif. *Secundo*, une personne n'a qu'un patrimoine qui, comme la République, est unique et indivisible. Ce principe de l'unité du patrimoine est proclamé par le Code civil français[268], mais il est sous-jacent aux autres droits continentaux: en Suisse aussi, tous les créanciers peuvent se désintéresser sur l'ensemble des biens de leur débiteur commun, sous réserve des gages et privilèges (art. 219 LP). *Tertio*, le patrimoine étant lié à la personnalité, il est intransmissible entre vifs; seuls les droits individuels peuvent être aliénés du vivant de leur titulaire. On trouve là le fondement du principe de spécialité qui régit les actes de disposition[269].

Le principe de l'unité du patrimoine, qui nous intéresse ici, semblerait s'opposer à la reconnaissance de compartiments au sein du patrimoine d'une personne, ou à la reconnaissance d'un patrimoine spécial ayant le même titulaire que le patrimoine général mais qui s'en distingue par son but (*Sondervermögen*). Comme les critiques modernes de la théorie du patrimoine l'ont bien mis en évidence[270], celle-ci est trop absolue et fait l'objet, même en France où elle a vu le jour, d'assez nombreuses dérogations législatives. En 1907 déjà, le Code civil suisse organise des masses distinctes dans le cadre des régimes matrimoniaux, caractérisées par la subrogation réelle (remploi), une responsabilité aux dettes (*Haftung*) différenciée dans les rapports internes ou dans les rapports externes, et un mécanisme de récompenses[271]. La substitution fidéicommissaire crée également un patrimoine séparé[272] qui, lors du décès du grevé ou à la survenance du terme de substitution, se détache de la personne du grevé et de son patrimoine général pour échoir à l'appelé. Dans la pratique, les sociétés de capitaux unipersonnelles[273] permettent à quiconque d'affecter une portion de son patrimoine à une activité pour affranchir le solde des risques et des dettes qui y sont associés.

Le principe de l'unité du patrimoine n'est pas un *dogme*, mais un *postulat* de politique législative tendant à la protection des créanciers, qui reste sujet aux dérogations voulues par le législateur. On a vu plus haut que les créanciers du fiduciaire (non plus que ceux du fiduciant) ne sont pas lésés par la constitution des biens fiduciaires en un patrimoine séparé et affecté[274]. Le législateur l'a fait en 1966 pour les fonds de placement après une réflexion approfondie. Il a fait de même en 1994 pour les

---

[267] Pour une présentation et une critique contemporaine de la théorie classique, cf. surtout CARBONNIER (1982) pp. 11-22; MARTY / RAYNAUD (1972) pp. 465-469; ainsi que SEVE (1979) pp. 247-257.

[268] Art. 2092: « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. » Art. 2093: « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

[269] Cf. *supra* III.C.1.c, pages NNN.

[270] Ouvrages cités *supra* note 267.

[271] Le régime légal de la participation aux acquêts, introduit par la révision de 1984, protège mieux les créanciers des époux en supprimant les effets externes de la distinction entre propres et acquêts. Cette distinction subsiste entre propres et communs pour le régime conventionnel de la communauté des biens, cf. art. 233 et 234 CC.

[272] PIOTET (1969) § 20 I p. 94.

[273] En dérogation aux règles qui exigent un nombre minimum d'associés (trois pour la société anonyme, art. 625 CO; sept pour la société coopérative, art. 831 CO) sans y attacher des sanctions particulièrement strictes.

[274] *Supra* IV.A.3.a & b, pages NNN.

opérations fiduciaires des banques, sans cette fois que des doutes dogmatiques l'assaillent[275]. Il s'impose de franchir ce pas pour la fiducie de droit commun.

Un argument pragmatique milite encore pour cette consécration. L'absence d'un véritable patrimoine fiduciaire a incité et incite encore à constituer des sociétés de domicile pour gérer des portions de fortune de manière autonome. La forme corporative n'est alors qu'un pis aller, un médiocre substitut à la fiducie.

e) Argument moral

« Celui qui choisit la fiducie, en raison des avantages qu'elle présente, doit en accepter les inconvénients, dont celui de n'avoir dans la faillite du fiduciaire qu'une créance en restitution des fonds colloquée selon l'art. 219 al. 4 LP. »[276]Cette phrase sentencieuse, souvent entendue, paraît justifier le prix que la *Vollrechtstheorie* fait aujourd'hui payer à celui qui a choisi de transférer à un fiduciaire la propriété juridique de certains biens tout en en conservant le bénéfice économique. Elle sous-entend qu'il y aurait abus (*venire contre factum proprium*) à se prévaloir de la validité et de l'opposabilité de l'acte fiduciaire aux tiers tant que tout va bien, mais à vouloir en supprimer les effets lorsque les choses se gâtent.

Cette affirmation, quasi pédagogique, trouve son origine dans le long processus de différenciation entre fiducie et simulation[277]: vouloir revendiquer les biens fiduciaires dans la déroute du fiduciaire serait admettre que l'on n'a pas voulu tous les effets de leur aliénation, que l'on a donc simulé la volonté de les transférer. Elle exprime surtout une volonté proprement moralisatrice. L'acte fiduciaire reste associé, dans bien des esprits, à la volonté de se dissimuler illégitimement derrière un homme de paille pour mieux tourner la loi: on ne saurait dès lors jouer aux frontières du licite tout en revendiquant le bénéfice de la loi. Que celui qui choisit d'organiser ainsi son patrimoine en assume les conséquences…

Cette approche suspicieuse n'est plus de mise. La fiducie existe à large échelle et sans que, dans la plupart des cas, un intérêt public ou privé soit lésé. Le législateur n'a pas hésité à s'y référer, voire à la consacrer. Certes, comme toute autre institution, elle peut aussi être employée à des fins illégitimes. C'est pourquoi elle trouve ses limites dans les règles impératives du droit privé et du droit public, sauvegardées par la doctrine de la fraude à la loi.

Dès lors qu'on reconnaît, au cas normal, la spécificité de cette institution et l'affectation particulière du patrimoine fiduciaire, dès lors aussi que l'on garantit par ailleurs les intérêts légitimes des tiers, l'intérêt fiscal de la collectivité ainsi que les autres intérêts publics pertinents, il n'y a pas de raison morale à vouloir sanctionner le fiduciant ou les bénéficiaires en les exposant à souffrir l'exécution forcée des créanciers du fiduciaire pour des dettes que celui-ci encourt sans aucun rapport avec l'opération fiduciaire.

4. Première alternative au patrimoine fiduciaire: la Ermächtigungstreuhand

Plutôt que d'attribuer au fiduciaire la propriété des biens remis par le fiduciant et de leur conférer le statut de patrimoine séparé et affecté, on pourrait envisager de conserver au fiduciant la propriété (exclusive) des biens fiduciaires tout en reconnaissant au fiduciaire le pouvoir de les administrer et même d'en disposer en son propre nom.

---

[275] Cf. *supra* II.E, pages NNN.

[276] GILLIERON, *in* JdT 1986 II 12 *in fine*.

[277] Cf. *supra* II.A & C, pages NNN.

Cette notion de fiducie existe en Allemagne sous le nom de *Ermächtigungstreuhand*. Sa licéité n'est pas contestée, elle n'est cependant guère répandue en pratique[278]. Le fiduciaire est habilité (*ermächtigt*) par le fiduciant à disposer en son propre nom de biens et de droits dont son mandant reste l'unique titulaire juridique. Il en résulte une double compétence à l'égard des biens fiduciaires, le fiduciant conservant tous les attributs de la propriété tandis que le fiduciaire peut en exercer certains.

> C'est ainsi que le droit suisse conçoit l'administration officielle de la succession, l'exécution testamentaire ou encore l'administration de la masse en faillite. Une certaine confusion terminologique subsiste d'ailleurs, puisque l'on parle parfois de ces institutions comme de fiducies ou de quasi-fiducies[279]. Cette assimilation est erronée[280] puisque, selon la théorie du transfert intégral des droits réaffirmée constamment par la jurisprudence, le fiduciaire tire son pouvoir de gestion et de disposition de la propriété qu'il acquiert sur les biens fiduciaires, alors que l'administrateur de la succession ou l'exécuteur testamentaire administrent et peuvent disposer en leur propre nom de droits qui appartiennent à des tiers, leurs pouvoirs étant définis par la loi et, pour l'exécuteur testamentaire, par le testament[281].
>
> Une situation similaire résulte de la commission de vente: selon l'opinion dominante, qui doit être approuvée, le commissionnaire n'acquiert pas la propriété des choses qu'il se charge de vendre, mais un simple pouvoir de disposition[282]. Il en va de même de la « cession » des droits litigieux aux créanciers du failli: le « cessionnaire » de l'art. 260 LP n'acquiert que la qualité pour faire valoir le droit « cédé » et le droit de se payer par priorité sur le produit de ses efforts; il doit restituer le surplus à la masse au profit de tous les créanciers[283].

La « théorie de la simulation », énoncée par le Prof. JÄGGI, puis développée par les Prof. SCHÖNLE et von BÜREN, aboutit au même résultat[284]. L'aliénation des biens fiduciaires étant considérée comme toujours simulée parce que tous les effets n'en sont pas voulus par le fiduciant, celui-ci en retiendrait la propriété mais investirait le fiduciaire de la légitimation *erga omnes* pour administrer et disposer des biens.

De lege lata, et en dehors des situations que l'on vient d'énumérer, le droit suisse ne permet pas de manière générale un tel mode d'organisation volontaire des rapports juridiques sur un bien[285]. Faut-il *de lege ferenda* en faire la structure générale des rapports fiduciaires? La réponse est clairement négative.

i) Le but de certaines opérations fiduciaires exige que le fiduciant perde la titularité et tout pouvoir de disposition sur les actifs et/ou les passifs fiduciaires. Ainsi, la constitution des actifs qui font l'objet d'une opération de titrisation en un patrimoine distinct qui répond exclusivement des obligations résultant des titres émis, représente le principe même, et donc la condition *sine qua non* de l'opération.

ii) Dès lors que des tiers bénéficiaires sont désignés par la convention de fiducie, ils ont un intérêt digne de protection à ce que les biens fiduciaires ne soient plus propriété du fiduciant, exposés à la mainmise de ses créanciers, mais soient constitués en un

---

[278] Cf. COING (1973) pp. 123-125; NICKEL-SCHWEIZER (1977) p. 5 et références; SIEBERT (1933) pp. 232-233.

[279] Cf. *supra* II.B *in fine*, pages NNN.

[280] Cf. notamment JÄGGI / GAUCH (1981) N. 181 CO 18; REYMOND / REVACLIER (1985) p. 426.

[281] Cf. *e.g.* ATF 90 II 376 c. 2, JdT 1965 I 338.

[282] Von PLANTA (1992) N. 7 Vorb. et N. 4 CO 434, avec références.

[283] ATF 113 III 135, 137 s.; ATF 116 III 96 c. 4a, 101-102.

[284] Exposée *supra* II.C, pages NNN.

[285] Cf. GUBLER (1954) p. 441a et n. 39; WÄLLI (1969) p. 96.

patrimoine séparé et affecté à leurs intérêts. C'est notamment le cas lorsqu'une opération de transmission d'entreprise vise à dissocier le contrôle et les revenus.

iii) Parce qu'elles font du fiduciant le propriétaire des biens fiduciaires et lui conservent ainsi le pouvoir d'en disposer valablement, la *Ermächtigungstreuhand* et la théorie de la simulation affaiblissent excessivement la protection des tiers qui contractent avec le fiduciaire, que ceux-ci soient ou non conscients de la nature fiduciaire de son intervention. Que se passe-t-il si le fiduciaire cède par écrit une créance dont le titre lui a été confié alors que le fiduciant, qui en est resté le titulaire, l'a déjà cédée à un tiers? Pour éviter les risques que cette solution fait courir aux tiers, il faudrait statuer que le pouvoir d'administration et de disposition du fiduciaire exclut celui du fiduciant. Ce dernier, comme les héritiers en cas d'exécution testamentaire, serait alors un propriétaire dont une compétence essentielle, le pouvoir de disposer, est suspendue pendant toute la durée de la fiducie. Le caractère temporaire et la finalité de l'administration d'une succession ou d'une faillite justifient cette privation du pouvoir de disposer dont l'art. 641 al. 1 CC fait pourtant l'attribut essentiel de la propriété. On ne trouve pas la même justification dans les opérations fiduciaires.

Ainsi, la *Ermächtigungstreuhand*, qui habilite le fiduciaire à administrer et à disposer en son propre nom de biens et de droits dont le fiduciant reste le seul titulaire n'est pas susceptible de généralisation *de lege lata*. Il serait inadéquat de la proposer *de lege ferenda* comme structure générale des opérations fiduciaires, car elle est incapable de répondre aux besoins de la vie des affaires. Elle a été écartée à juste titre pour les fonds de placement[286] et ne saurait être prônée pour la fiducie de droit commun.

5. *Deuxième alternative: un patrimoine* nullius

Une seconde alternative au patrimoine fiduciaire ici proposé est suggérée par la législateur québécois. Au titre sixième, « De certains patrimoines d'affectation » du Code civil du Québec adopté le 18 décembre 1991[287], après quatre dispositions consacrées à la fondation, les art. 1260 à 1298 instituent une fiducie qui peut être établie par contrat, par testament et, dans certains cas, par la loi. L'art. 1260 la définit ainsi:

> « La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer. »

L'art. 1261 précise:

> « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, *sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel*. »[288]

Il se trouve ainsi un système juridique de tradition civiliste, directement issu du droit français, qui a choisi de concevoir la fiducie comme un patrimoine affecté à un but particulier, soumis au pouvoir d'administration et de disposition du seul fiduciaire mais n'appartenant à personne[289]. La solution nous est étrangère. En droit suisse, les *res*

---

[286] Théorie de la copropriété des porteurs de parts, cf. *supra* II.E.1, pages NNN.

[287] Pour une très brève présentation de ce Code, cf. CABRILLAC (1993).

[288] Italiques ajoutés.

[289] Art. 1278 CcQ: « Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom; il exerce tous les droits afférents au

nullius sont devenues choses rares et elles sont sujettes à appropriation originaire par quiconque en prend possession avec l'intention d'en devenir propriétaire (cf. art. 658, 718 et 729 CC), ce qui n'est pas le cas des biens sans propriétaire qui font l'objet de la fiducie québécoise.

La solution québécoise trouve son origine dans la volonté de constituer, sur un îlot de *Civil law* entouré d'un océan de *Common law*, un instrument équivalent au trust et apte à offrir les mêmes services. Il s'agissait de rassurer les intéressés quant à l'intangibilité de l'affectation des biens fiduciaires et à leur immunité à l'égard des créanciers du fiduciant tout autant que du fiduciaire. Le recours à une personne morale devait être évité car trop éloigné de la conception que les juristes anglo-américains ont du trust, dont on voulait s'approcher autant que possible. Il parut plus facile de consacrer un patrimoine d'affectation sous la forme de biens sans propriétaire mais administrés par le fiduciaire que de démembrer la propriété du droit civil entre *legal* et *beneficial ownership*[290]. Encore faudra-t-il vérifier que cet avatar original d'une institution encore peu développée hors de la *Common law* ne reste pas « un exercice académique ayant peu de rapports avec les larges attentes des professions juridiques »[291].

Il est intéressant de relever que le Code civil du Québec règle partiellement l'activité du fiduciaire dans le titre consacré à la fiducie et renvoie pour le surplus (art. 1278 al. 2) aux règles générales, « De l'administration du bien d'autrui » (art. 1299 à 1370 CcQ), applicables à tous ceux (tuteur, exécuteur testamentaire, liquidateur d'une société, etc.) à qui sont confiés de biens qui ne leur appartiennent pas. Ce procédé suggère, à raison, que la fiducie se caractérise moins par l'étendue des compétences et des obligations du fiduciaire que par le statut juridique des biens sur lesquels elle est constituée[292].

Au législateur certes, rien n'est impossible. Mais il ne paraît pas nécessaire de transposer en droit suisse la solution québécoise, influencée largement par le souci de rassurer des particuliers, des entreprises et des juristes familiers du trust. La création d'une nouvelle classe de *res nullius* paraît plus éloignée des principes de notre ordre juridique que la consécration d'un patrimoine fiduciaire.

6. Conclusion

A l'évidence, le statut juridique des biens fiduciaires au regard des droits réels, de l'exécution forcée, du droit des successions et des régimes matrimoniaux constitue la clé de voûte de l'édifice fiduciaire. *De lege lata*, ce statut a été forgé par la jurisprudence, qui a recouru à des innovations parfois hardies pour garantir à la fiducie un minimum de solidité dans les limites, assez étroites, des textes légaux. Le législateur s'est préoccupé à deux reprises de rapports fiduciaires: la loi sur les fonds de placement et celle sur les

---

patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation. Il agit à titre d'administrateur du bien chargé de la pleine administration. »

[290] Pour une description des travaux préparatoires et le questionnement de la notion de propriété qu'ils impliquaient, cf. WATERS (1990) pp. 599-602 et ROSSIER (1989) *passim*.

[291] MCAULEY / TALPIS (1992) p. 55, dont le scepticisme n'est pas partagé par tous les auteurs anglo-saxons, cf. STAPLETON (1992) et MCCLEAN (1992).

[292] Le Code distingue entre la *simple administration* (art. 1301 à 1305 CcQ, auxquels renvoient l'art. 802 pour le liquidateur d'une succession ou l'art. 208 pour le tuteur) et la *pleine administration* du bien d'autrui (art. 1306 et 1307, auxquels renvoient l'art. 1278 al. 2 pour le fiduciaire et l'art. 360 al. 1 pour le liquidateur d'une personne morale). La première consiste à « faire tous les actes nécessaires à la conservation du bien ou ceux qui sont utiles pour maintenir l'usage auquel le bien est normalement destiné. » La seconde oblige à « conserver et faire fructifier le bien, accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation, lorsque l'intérêt du bénéficiaire ou la poursuit du but l'exigent. »

banques reconnaissent la nature particulière du patrimoine fiduciaire et lui réservent un traitement *ad hoc* au regard de l'exécution forcée. Elles ne règlent cependant pas tous les aspects de ce *Sondervermögen* et leur champ d'application n'embrasse pas la fiducie de droit commun.

On vient de démontrer que la consécration d'un patrimoine fiduciaire, dont le fiduciaire est le titulaire mais qui ne partage pas le sort de son patrimoine général au regard de l'exécution forcée, des régimes matrimoniaux et du droit des successions, serait compatible avec les grands principes de notre ordre juridique et sauvegarderait mieux les intérêts des parties en présence (fiduciant, fiduciaire, éventuels bénéficiaires). L'intérêt public comme les intérêts des tiers, et notamment des créanciers, sont assurés par l'interdiction de la fraude à la loi, par la saisissabilité des droits du fiduciant (et des bénéficiaires) et par l'action révocatoire. Aucun argument juridique majeur ne s'oppose à une évolution dont le besoin est devenu manifeste.

B. Compensation et rétention par un tiers

La reconnaissance d'un patrimoine fiduciaire serait imparfaite si, quoique soustrait à l'exécution forcée pour les dettes générales du fiduciaire, il pouvait être soumis à compensation ou à rétention par un tiers chez qui des éléments de ce patrimoine seraient déposés (tiers dépositaire) pour toute créance quelconque que celui-ci pourrait détenir contre le fiduciaire. Le problème a tout particulièrement retenu l'attention à propos des placements fiduciaires sur l'euromarché[293]. Il se pose pourtant dans toutes les situations où le fiduciaire dépose ou place des éléments du patrimoine fiduciaire auprès de tiers[294].

> Agissant à titre fiduciaire pour son client, la banque suisse place les fonds sur le marché interbancaire des eurodevises auprès d'un établissement avec lequel elle entretient le plus souvent d'autres relations d'affaires. La nature fiduciaire du dépôt[295] est parfois expressément mentionnée par la banque déposante[296]. Il se peut aussi que les circonstances – par exemple la constitution d'un nombre important de dépôts de petits montants – obligent la banque dépositaire à en tirer la conclusion que sa correspondante agit à titre fiduciaire (art. 3 al. 2 CC). Mais on ne saurait poser une présomption de fait selon laquelle tout placement de fonds à court terme par une banque suisse auprès d'une banque étrangère est une opération fiduciaire[297].

Dans le cas normal, lorsque le placement n'est pas prorogé à son échéance, la banque dépositaire restitue les fonds à la banque déposante, qui les crédite immédiatement au compte de son client. Toutefois, si la banque déposante est devenue insolvable ou si ses opérations sont suspendues par l'autorité de surveillance, la banque dépositaire peut vouloir compenser sa dette de remboursement avec des créances, libellées dans la même devise, qu'elle aurait par ailleurs contre sa correspondante. Si le fiduciant se prévaut de la cession légale de l'art. 401 al. 1 ou 2 CO pour exiger de la banque dépositaire le remboursement en ses propres mains, celle-ci voudra lui opposer les mêmes objections et exceptions qu'elle pourrait faire valoir contre la banque déposante, sa cocontractante.

---

[293] Cf. *supra* III.A.2, pages NNN.

[294] Cf. ATF 91 III 104, *Humbert* (avoirs bancaires d'un avocat agissant pour le compte d'un client).

[295] La remise de fonds entre banques ne se qualifie généralement pas comme un dépôt irrégulier au sens des art. 472 ss et 481 CO, mais comme un prêt de consommation (art. 312 ss CO), ce qui en modifie le rattachement objectif en droit international privé (comp. art. 117 al. 3 lit. b et c LDIP), cf. ATF 118 II 348, JdT 1993 I 550, *Banco Nacional de Cuba c. Banco Central de Chile*; VASSEUR, note *in* JCP 1993 II 82 N. 17.

[296] Certains établissements suisses l'indiquent sur leur confirmation de placement, dont voici un exemple: « Nous avons effectué ce placement en tant que fiduciaire pour le compte de nos clients, en aucun cas ce dépôt ne pourrait faire l'objet d'une compensation quelconque. » REYMOND *et al.* (1994) p. 237.

[297] Cf. aussi la discussion *in* REYMOND *et al.* (1994) pp. 235-237.

A défaut d'identité des devises[298] ou lorsqu'il ne s'agit pas d'une simple somme d'argent, le tiers dépositaire peut rechercher le même effet par l'exercice d'un droit de rétention réel (cf. art. 895 ss CO) ou personnel (cf. art. 82 CO)[299].

Dans le rapport entre le client et sa banque agissant à titre fiduciaire, il est inéquitable que le premier supporte le risque d'une compensation pour des dettes de la seconde. Les fonds du fiduciant sont placés à ses risques et profits exclusifs; il supporte donc seul le risque d'insolvabilité de la banque dépositaire[300]. Si ses fonds peuvent néanmoins être appelés à répondre des dettes de la banque fiduciaire envers la banque dépositaire, le fiduciant supporte le risque additionnel de l'insolvabilité du fiduciaire, c'est-à-dire un double risque de crédit. Alors que la banque fiduciaire ne garantit pas sur ses avoirs le remboursement des placements fiduciaires, ceux-ci garantissent les dettes de la banque fiduciaire, une situation dont le fiduciant peut tout ignorer[301]!

Ce problème apparut en 1989 lorsque la Commission fédérale des banques ferma les guichets de deux banques suisses, lesquelles effectuaient des placements fiduciaires auprès d'établissements bancaires étrangers dont elles obtenaient par ailleurs un refinancement de leurs opérations[302]. De l'avis de la CFB, la banque fiduciaire doit, en tant que mandataire diligent, éviter ce risque de compensation[303]. Modifié la même année, l'art. 44 lit. g OB charge désormais l'organe de révision de vérifier l'adéquation de la protection du fiduciant par rapport à ce risque.

En l'absence d'une renonciation expresse de la banque dépositaire aux droits de compensation et de rétention, le droit suisse des obligations – à le supposer applicable – offre-t-il *de lege lata* une parade à cette compensation?

L'arrêt *Vallugano* envisage le problème et, sans devoir le trancher, mentionne en *obiter dictum* que la banque dépositaire serait protégée par les règles applicables à la cession conventionnelle de créances, notamment par l'art. 169 CO qui l'autoriserait à faire valoir contre le fiduciant la compensation qu'elle aurait déjà pu exercer contre la banque fiduciaire[304].

Dans un jugement de 1979, le Tribunal de commerce de Zurich se fonda sur la *ratio legis* de l'art. 401 CO pour trancher en sens contraire. Il estima que les art. 164 ss CO visent la cession contractuelle d'une créance, mais non la cession légale statuée à l'art. 401 al. 2 CO. Il jugea que le tiers ne peut faire valoir contre le fiduciant subrogé que les créances qui découlent de leurs rapports personnels et celles qui résultent pour lui de ses prestations relatives au placement fiduciaire (remboursement des impenses, honoraires ou commissions) à l'exception de toute créance qu'il pourrait avoir par ailleurs contre le fiduciaire[305].

Sur recours, le Tribunal fédéral contredit cette opinion en réaffirmant que les art. 164 ss CO « sont applicables à la cession légale de l'art. 401 CO » et qu'il n'y a pas lieu de privilégier le fiduciant au-delà de ce qui résulte de son arrêt *Vallugano*. Le fiduciant peut éviter « les inconvénients de la représentation indirecte » en exigeant du fiduciaire qu'il

---

[298] Controversé s'agissant de devises, cf. AEPLI (1991) NN. 64-70 CO 120.

[299] Différente est la situation qui résulte d'un nantissement général ou spécial constitué par le fiduciaire sur les biens fiduciaires. Ce grèvement entre sans conteste dans son pouvoir d'administration et de disposition, même s'il se peut qu'il viole par là son obligation de loyauté à l'égard du fiduciant ou des bénéficiaires. Les réflexions qui suivent concernent les droits de compensation et de rétention légaux. Cf. aussi ATF 91 III 104, *Humbert*.

[300] Sous réserve que le choix d'un tiers dépositaire à la solvabilité douteuse engage la responsabilité du fiduciaire selon l'art. 398 al. 2 CO.

[301] Cf. GIOVANOLI (1991) p. 46.

[302] *Rapport de gestion 1989*, pp. 191-192.

[303] *Loc. cit.*

[304] ATF 99 II 393 c. 8a, JdT 1974 I 588, 594.

[305] HGr. Zurich 26.6.1979, reproduit *in* NOBEL (1984) pp. 201-204, rés. SAS 1981 67.

révèle au tiers la nature fiduciaire des fonds qu'il lui remet. L'art. 401 CO ne s'applique que parce que le tiers ne peut pas conclure à l'existence d'un rapport de représentation ou parce qu'il ne lui est pas indifférent de savoir avec qui il contracte (art. 32 al. 2 CO). Comme on ne saurait admettre qu'il est indifférent à une banque d'identifier son cocontractant, le Tribunal fédéral suggère donc au fiduciant de recourir à la représentation directe ouverte (art. 32 al. 1 CO) pour éviter de se voir opposer les créances du tiers contre le fiduciaire[306]. L'arrêt se termine toutefois par une phrase que la plupart des commentateurs et les juridictions ultérieurement saisies détacheront du raisonnement qui la fonde: « S'il s'avère que la banque londonienne était de bonne foi, la compensation doit être admise en principe, mais refusée dans le cas contraire. »[307]

La Cour de justice de Genève connut en 1992 des suites de l'un des deux retraits d'autorisation prononcés par la Commission fédérale des banques en 1989[308]. Elle appliqua le droit suisse à la subrogation légale des fiduciants ainsi qu'à la compensation déclarée par la banque dépositaire. Se référant à « un arrêt non publié » du Tribunal fédéral, qu'elle ne prend pas la peine d'identifier, et sans examiner la base légale de son raisonnement, elle rejeta la compensation après avoir constaté que la banque genevoise avait indiqué, sur chaque avis de confirmation, qu'elle agissait pour le compte d'un client.

En 1992 toujours, le Tribunal de commerce de Paris fut saisi des suites de l'autre retrait de licence prononcé en 1989[309]. Sans citer ses sources, le jugement mentionne « qu'il aurait pu être également fait échec à la compensation si la [banque fiduciaire] avait pu utilement démontrer la connaissance réelle par la [banque dépositaire] que l'argent placé à ses caisses provenait de contrats de fiducie ». Il admit la compensation après avoir constaté que cette hypothèse n'était pas réalisée puisque la banque suisse avait délibérément omis d'indiquer la nature fiduciaire de ces opérations sur les bordereaux qu'elle avait adressés à la banque française[310].

Cette jurisprudence, qui n'admet le tiers dépositaire à exercer un droit de compensation que lorsqu'il ignorait et pouvait ignorer la nature fiduciaire du placement, paraît difficilement soutenable *de lege lata*[311].

En l'absence de dispositions spécifiques à la cession légale de créances, l'application des règles sur la cession conventionnelle s'impose[312]. L'art. 169 al. 1 CO permet au débiteur cédé d'opposer au cessionnaire toutes les objections et exceptions dont il disposait contre

---

[306] Les deux termes sont mutuellement exclusifs: « La caractéristique des rapports fiduciaires est précisément que le mandataire-fiduciaire agit en son propre nom mais pour le compte de son mandant. Ce dernier n'est pas – et ne peut pas être – partie contractante envers le tiers, étant donné que le fiduciaire est privé de la volonté et du pouvoir d'agir comme représentant. Les deux conditions sont toutefois essentielles également pour l'application de l'art. 32 al. 2 CO. » ATF 109 III 112 c. 4b, JdT 1984 II 2, 10, *Weissbank in compulsory liquidation c. Weisscredit en liq. conc.* Mais le client de la banque suisse n'a vraisemblablement pas le choix: il ne peut accéder au marché interbancaire que parce que sa banque est la contrepartie de la banque dépositaire.

[307] TF 8.7.1980, reproduit *in* NOBEL (1984) pp. 201-204, rés. SAS 1981 67.

[308] CJ GE 20.3.1992, rés. ECS 1993 100 obs. CUENDET, RSDA 1944 44 r56. Bien que les placements fussent déposés auprès de la succursale luxembourgeoise d'une banque française, la compétence des tribunaux genevois résultait du *forum arresti*, cf. art. 4 LDIP, devenu inapplicable aux séquestrés luxembourgeois depuis l'entrée en vigueur de la convention de Lugano.

[309] TComm. Paris 1.10.1992 (frappé d'appel): JCP 1993 II 76 [n° 22005], obs. VASSEUR, *ATAG Ernst & Young, adm. à faillite de Mebco Bank, c. Banque Marocaine du Commerce Extérieur*. Pour une discussion approfondie de cet arrêt et du précédent, cf. GIOVANOLI (1994) pp. 203-208.

[310] Les relevés adressés à sa clientèle parlaient de « purchase of/investment in fiduciary time deposit with BMCE » alors que ceux adressés à la BMCE omettaient le mot « fiduciary », *ibidem*, p. 78.

[311] Cf. toutefois l'art. 37*b* al. 2 LB nouveau, discuté par GIOVANOLI (1994) p. 221 s.

[312] Cf. SPIRIG (1993) NN. 65 ss CO 166. Il s'agit en fait d'un comblement d'une lacune de la loi *modo legislatoris* (art. 1 al. 2 CC), où le juge doit s'inspirer des arbitrages faits par le législateur entre les intérêts divers (art. 169 CO: entre cessionnaire et *debitor cessus*) sauf s'il existe des raisons majeures de s'en écarter.

le cédant au moment où il a eu connaissance de la cession. A la différence de l'art. 167 CO, il ne repose pas sur la bonne foi du débiteur mais sur l'idée que la cession ne saurait aggraver sa dette en le privant de certaines défenses[313]. *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*. Ce postulat de la raison et de l'équité vaut aussi pour le transport des créances opéré par la loi, dont la cession légale de l'art. 401 CO[314].

De lege ferenda, dès lors que l'on reconnaît un véritable patrimoine fiduciaire, il convient de refuser aux tiers tout droit de compensation et de rétention pour des créances dont le patrimoine fiduciaire ne répond pas. L'intérêt du fiduciant doit toutefois être mis en balance avec celui du dépositaire, qu'il n'est pas équitable de priver celui-ci de ses objections et exceptions à l'encontre de son cocontractant s'il ne peut pas reconnaître que ce dernier agit à titre fiduciaire. C'est pourquoi le fiduciaire à l'obligation de conserver le patrimoine fiduciaire séparément de son patrimoine général et d'identifier comme tels les biens fiduciaires qu'il dépose auprès de tiers, sans qu'il doive identifier le fiduciant ni diviser son dépôt en autant de compartiments qu'il a de fiduciants[315].

La jurisprudence que l'on vient de rappeler est en harmonie avec la notion de patrimoine séparé et affecté. Si le fiduciaire a satisfait à son obligation d'identifier les biens fiduciaires, ou si l'ignorance du tiers dépositaire n'est pas compatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui (art. 3 al. 2 CC), il convient de refuser au tiers dépositaire tout droit de rétention ou de compensation sur des éléments du patrimoine fiduciaire.

L'opposabilité de cette règle de droit suisse devant une juridiction étrangère dépendrait du droit applicable selon les règles de rattachement du for. Dans la mesure, qui restera à examiner, où la fiducie dont on façonne ici les contours entre dans le champ d'application matériel de la convention de La Haye de 1985, la règle ici proposée devrait être reconnue sans trop de difficulté dans les Etats signataires.

C. Responsabilité du fiduciaire, droit de suite du fiduciant

1. Le principe de la responsabilité

L'art. 398 CO, qui met une obligation de diligence et une obligation de fidélité à la charge du mandataire, fournit le cadre approprié à la *responsabilité contractuelle* du fiduciaire, lequel s'oblige à administrer un patrimoine conformément aux termes de son contrat, aux intérêts du fiduciant et, lorsqu'il en existe, à ceux des bénéficiaires. Comme de nombreuses règles relatives au contrat de mandat, l'art. 398 CO est applicable à la fiducie-gestion. Moyennant la prise en considération de l'intérêt propre du fiduciaire à la fiducie-sûreté, qui suppose une atténuation de l'obligation de fidélité à l'égard du fiduciant, cette même disposition est transposable à la fiducie-sûreté[316]. La responsabilité du fiduciaire peut être engagée notamment:

---

[313] L'art. 1007 CO, qui prévoit la purge des exceptions au profit de l'acquéreur de bonne foi d'un effet de change, est propre au droit cambiaire: la circulation des effets de commerce exige une confiance accrue dans la teneur des inscriptions, un besoin qui n'existe pas dans la cession civile.

[314] Cf. SPIRIG (1993), N. 68 CO 166, NN. 2, 3 et 5 CO 169; OSER / SCHÖNENBERGER N. 15 CO 169.

[315] Comme on l'a déjà retenu *supra* IV.A.3.b *in fine*, pages NNN.

[316] WERRO (1994), NN. 492 ss, not. 504, a mis en évidence le caractère fiduciaire (au sens large que lui donne la terminologie anglo-saxonne) de l'obligation de fidélité, et propose d'en restreindre l'application à l'intermédiaire, c'est-à-dire au mandataire qui agit pour le compte d'un tiers, ce qu'est bien sûr le fiduciaire gérant. A mon avis, l'art. 398 CO est aussi applicable à la fiducie-sûreté, où le fiduciaire agit *mea et tua gratia*, puisqu'au cas normal il devra restituer l'objet de la sûreté une fois remboursé.

- lorsque sa gestion est défectueuse parce qu'il manque à la diligence que l'on est en droit d'attendre de lui;
- lorsqu'il utilise des biens fiduciaires contrairement aux buts et aux directives de la convention ou aux instructions qu'il a pu recevoir du fiduciant ou d'une personne autorisée;
- en particulier, lorsque le fiduciaire mêle des biens fiduciaires à son patrimoine général, et ce faisant il prive le fiduciant de la protection dont bénéficie le patrimoine fiduciaire.

Cette responsabilité contractuelle est doublée d'une *responsabilité pénale*. Le fiduciaire peut se rendre coupable de gestion déloyale (art. 159 ch. 1 CP). Lorsqu'il mêle intentionnellement des biens fiduciaires à son patrimoine général et compromet ainsi le droit de distraction du fiduciant, il commet un abus de confiance en employant à son profit des valeurs patrimoniales qui lui ont été confiées (art. 138 ch. 1 al. 2 CP)[317].

La réalisation d'une infraction pénale constituant un acte illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO, il en résulte une *responsabilité extracontractuelle* de l'auteur qui, selon la jurisprudence, entre en concours avec sa responsabilité contractuelle.

Dans la mesure enfin où le fiduciaire exerce une profession assujettie à des règles de conduite ressortissant au droit public cantonal ou fédéral – avocats, notaires, banques et sociétés financières, négociants en titres, etc. –, la violation de ses obligations civiles constitue en principe une violation simultanée de ces règles de conduite qui le rend passible des *sanctions administratives*.

2. L'absence de lege lata *d'un véritable droit de suite*

a) La responsabilité contractuelle et extracontractuelle du fiduciaire donne lieu à une réparation pécuniaire (dommages-intérêts). L'indemnisation effective du fiduciant (ou des bénéficiaires) suppose donc la solvabilité du fiduciaire ou la présence à ses côtés d'une assurance de responsabilité civile.

Lorsque le fait générateur de responsabilité consiste en la soustraction de certains biens au patrimoine fiduciaire – que le fiduciaire les ait incorporés à son patrimoine général ou qu'il les ait aliénés à un tiers – le fiduciant (ou les bénéficiaires) a un intérêt à ce que ces biens soient réintégrés *in corpore* au patrimoine fiduciaire. Un tel droit de suite (*Folgerecht*)[318] n'existe *de lege lata* qu'indirectement et dans des limites étroites.

i) Lorsque le fiduciaire a mélangé ou laissé mélanger certains biens fiduciaires à son patrimoine général en violation de ses obligations, le fiduciant peut exiger que ces biens soient à nouveau ségrégués, pour autant qu'ils n'aient pas entre temps été valablement aliénés à des tiers. Le fiduciant exerce ainsi l'*action en exécution* que lui confère la convention de fiducie, qui peut donner lieu à des mesures provisionnelles conservatoires de droit cantonal assorties de la menace des peines de l'art. 292 CP ou d'une astreinte civile. Cette action existe indépendamment de toute condition de dommage ou de faute.

Dans ce dernier cas, on pourra également s'inspirer de la jurisprudence relative à la responsabilité du créancier qui réalise son gage, cf. ATF 118 II 112, JdT 1993 I 384, SJ 1992 461; TApp. Tessin 30.9.1991: Rep. 1992 277.

[317] L'art. 138 ch. 1 al. 2 CP a été étendu (comp. art. 140 ch. 1 al. 2 aCP) à l'emploi indu de toutes les « valeurs patrimoniales » qui sont confiées à l'auteur, qui en devient le propriétaire, cf. message du 24 avril 1991, FF 1991 II 933, 969.

[318] *Stricto sensu*, le droit de suite est la prérogative qui permet à tout titulaire d'un droit réel d'exercer ce droit contre toute personne en main de laquelle se trouve l'objet de son droit, sous réserve d'un droit préférable du possesseur, cf. STEINAUER (1990) N. 24. Sans que le fiduciant soit titulaire d'un droit réel sur le patrimoine fiduciaire, il convient de s'interroger sur ses moyens pour obtenir la reconstitution de ce patrimoine. C'est dans ce sens particulier que l'on parle ici de droit de suite.

ii) La situation est plus délicate lorsque l'exécution par le fiduciaire de son obligation est devenue impossible parce qu'il a aliéné ces biens à un tiers. Comme il en était propriétaire et qu'il avait ainsi le pouvoir d'en disposer (art. 641 al. 1 CC) – quand bien même il n'en avait pas le droit à l'égard du fiduciant ou des bénéficiaires –, l'aliénation est valable et le tiers protégé dans son acquisition indépendamment de sa bonne ou de sa mauvaise foi[319]. La *résiliation* subséquente de la convention de fiducie reste sans effet sur la validité du transfert initial de propriété au fiduciaire et donc sur celle de son aliénation ultérieure. De même, une *résolution* de la convention de fiducie fondée sur les art. 107 al. 2 et 109 CO est dépourvue d'effets réels puisqu'elle entraîne l'obligation des parties de se restituer les prestations initialement échangées[320]. Toutes deux obligent le fiduciaire à restituer les biens au fiduciant (ou à les transmettre aux bénéficiaires), une obligation qu'il n'est plus capable d'exécuter *in natura* à l'égard des biens qu'il a indûment aliénés, ce qui le rend redevable de dommages-intérêts.

Ainsi, la dilapidation du patrimoine fiduciaire ne donne naissance qu'à une créance indemnitaire[321] du fiduciant à concurrence du dommage subi. Celui-ci consiste dans la diminution de la valeur de la créance en restitution du patrimoine fiduciaire: il n'existe que si le bien fiduciaire a été aliéné sans contreprestation ou moyennant une contreprestation inférieure à sa valeur réelle. L'action en dommages-intérêts n'assure pas la représentation des biens en nature et n'offre guère d'intérêt lorsque le fiduciaire est devenu insolvable.

b) Si le fiduciant se trouve démuni à l'égard du tiers acquéreur de bonne foi, l'*acquéreur de mauvaise foi* encourt, sous certaines conditions, une responsabilité extracontractuelle personnelle à l'égard du fiduciant. Certes, selon la jurisprudence actuelle[322], le tiers ne commet pas un délit civil sanctionné par l'art. 41 al. 1 CO du seul fait qu'il sait que le fiduciaire viole la convention de fiducie en lui aliénant un bien[323].

---

[319] Les art. 933 à 936 CC sont inapplicables car il ne s'agit pas d'une acqusition *a non domino*. Contrairement à la réserve exprimée par le Tribunal fédéral (ATF 91 II 104, 108 c. 6), la question n'est pas véritablement controversée, cf. ZOBL (1981) N. 1427 Syst. Teil et ses très nombreuses références. Seuls de l'avis contraire: OFTINGER / BÄR (1981) N. 251 Syst. Teil, pour un excellent motif *de lege ferenda*: l'acquéreur qui sait ou doit savoir que le fiduciaire viole ses obligations ne mérite pas d'être protégé.

[320] La convention de fiducie fondant un rapport durable, sa résolution aux conditions de l'art. 107 al. 2 CO ne déploie pas d'effets rétroactifs, cf. ATF 97 II 58, 65 s. et références. Même s'il ne s'agissait pas d'un rapport durable, la jurisprudence admet à raison que cette résolution modifie les obligations contractuelles des parties qui tendent désormais à la restitution de prestations, cf. ATF 114 II 152, JdT 1988 I 523, rés. SJ 1989 148.

[321] Le fondement de cette responsabilité contractuelle est controversé. La jurisprudence et la doctrine dominante voient dans l'incapacité subjective du débiteur de fournir sa prestation (le fiduciaire ne peut plus restituer au fiduciant les biens en question, mais la prestation n'est pas objectivement impossible puisque leur propriétaire actuel peut fournir cette prestation) un cas d'application de l'art. 97 al. 1 CO (« Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation… »), alors qu'une doctrine minoritaire, mais qui doit être approuvée, estime que cette hypothèse est un cas de demeure du débiteur, le créancier pouvant à son choix (art. 107 al. 2 CO) continuer d'exiger la prestation en nature, à charge pour le débiteur de s'en procurer l'objet, exiger l'indemnisation de son intérêt à la pleine exécution du contrat (dommages-intérêts positifs) ou encore résoudre le contrat et exiger des dommages-intérêts négatifs. Cf. GAUCH / SCHLUEP (1991) t. II NN. 3139-3147.

[322] Cf. ATF 114 II 91 c. 4/a/aa, rés. JdT 1988 I 310, 313, et références; CJ GE 14.10.1977: SJ 1978 465, 469. Cette jurisprudence, qui se fonde sur une stricte distinction entre droits absolus opposables *erga omnes* et droits relatifs qui ne sont pas opposables aux tiers, a été critiquée par GROSSEN (1968) et SCHLUEP (1989). Tous deux considèrent que l'incitation à violer un contrat ou l'exploitation délibérée d'une telle violation est un acte illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO. Ces propositions sont pour l'instant restées sans écho dans la jurisprudence.

[323] Il faut réserver les actes de concurrence déloyale visés par l'art. 4 LCD, lesquels supposent l'existence d'un rapport de concurrence qui fait en principe défaut entre le fiduciant et le tiers acquéreur.

Sauf circonstances aggravantes qui feraient apparaître son acte comme particulièrement choquant, il ne commet pas davantage un acte contraire aux moeurs qui engagerait sa responsabilité aux conditions de l'art. 41 al. 2 CO[324]. Néanmoins, le tiers qui consciemment et volontairement décide le fiduciaire à violer ses obligations est l'instigateur de l'abus de confiance du fiduciaire (art. 24 al. 1 et 138 ch. 1 al. 2 CP). En outre, l'acquisition de biens dont il sait ou doit présumer qu'ils lui sont acquis par l'effet de l'abus de confiance du fiduciaire fait de lui un receleur (art. 160 ch. 1 CP) voire, suivant les circonstances, le complice d'un abus de confiance (art. 25 et 138 ch. 1 al. 2 CP).

Un acte pénalement illicite du tiers de mauvaise foi entraîne sa responsabilité délictuelle à l'égard du fiduciant ou du bénéficiaire (art. 41 al. 1 CO), pour autant que ceux-ci en subissent un dommage. Cette prétention contre l'acquéreur de mauvaise foi présente un double intérêt:

- Le lésé peut s'en prendre solidairement au fiduciaire et au tiers[325] pour obtenir la réparation de son préjudice, ce qui le protège contre l'insolvabilité de l'un des responsables.
- Dans la mesure où le tiers acquéreur est toujours en possession du bien qui lui a été indûment aliéné, la réparation peut avoir lieu par la restitution *in natura specifica*. En effet, l'art. 43 al. 1 CO charge le juge de déterminer « le mode et l'étendue de la réparation »; il permet notamment d'ordonner une réparation en nature en condamnant l'auteur à transmettre au lésé la propriété d'un objet[326].

iii) La convention de fiducie peut-elle remédier à l'insuffisance des remèdes légaux en stipulant une condition résolutoire (art. 154 CO)? On pourrait ainsi convenir qu'elle prend fin, avec effet rétroactif (art. 154 al. 2 CO) aussitôt que le fiduciaire convient d'aliéner un bien du patrimoine fiduciaire en violation de ses obligations, indépendamment de la reconnaissabilité de cette violation pour le tiers acquéreur.

Comme MM. FOËX et PIOTET l'ont démontré de manière définitive[327], l'avènement de la condition résolutoire ne saurait opérer *ipso iure* la retransmission de la propriété au fiduciant. Admettre un retour immédiat et automatique du droit réel enfreindrait le

---

[324] ATF 114 *loc. cit.*, et références; ATF 108 II 305 c. 2c, rés. JdT 1983 I 610; cf. BREHM (1986) NN. 255 s. CO 41 et ZUFFEREY-WERRO (1983) NN. 1057 à 1077.

[325] Solidarité parfaite au sens de l'art. 50 al. 1 CO dans la mesure où ceux-ci ont consciemment collaboré à l'infraction (ce qui est notamment vrai en cas d'instigation ou de complicité), solidarité imparfaite de l'art. 51 al. 1 CO dans le cas contraire.

[326] *Sic* OFTINGER (1975) p. 68 n. 64. Le Tribunal fédéral s'est, en 1924, montré plus réticent en matière d'immeubles, considérant qu'un jugement ne saurait créer un titre d'acquisition qui n'existe pas par ailleurs, cf. ATF 50 II 380 s. Cette affirmation excessive paraît moins justifiée par le formalisme du droit foncier que par les circonstances du cas d'espèce: le président d'une commune zurichoise s'était déclaré prêt à réparer les conséquences de la violation de son devoir de fonction en transmettant à la commune quatre parcelles qu'il avait acquises. Le droit cantonal de procédure ne permettait pas d'assimiler cette déclaration, formulée devant un fonctionnaire, à un jugement au sens de l'art. 665 CC.

GUBLER (1954 pp. 265a s.) reconnaît au fiduciant une action en revendication contre le tiers acquéreur lorsque celui-ci et le fiduciaire ont sciemment agi de concert au préjudice du fiduciant. Le contrat conclu en fraude des droits du fiduciant est nul pour contrariété aux bonnes moeurs (art. 20 al. 1 CO), et le tiers n'a donc acquis aucun droit réel sur le bien fiduciaire. Cependant, si le tiers n'est pas devenu propriétaire, c'est le fiduciaire félon qui l'est resté et qui peut seul exercer l'action en revendication (art. 641 al. 2 CC) contre son complice! La résiliation de la convention de fiducie ne transmet pas cette action au fiduciant.

[327] FOËX (1987) NN. 338 à 422; PIOTET (1988). Le premier considère que, même lorsque la condition résolutoire modalise l'acte de disposition lui-même (*dinglicher Vertrag*), son avènement ne peut opérer le retour de la propriété sans tradition. Le second, qui considère que le contrat réel est étranger au système du droit suisse, constate que la condition grève le contrat générateur d'obligations, et que son avènement fait naître l'obligation de restituer la propriété.

principe de tradition (qui exige la mise en possession pour toute acquisition d'un droit réel[328]), mettrait en péril la sécurité du droit (le changement de titulaire opérerait sans qu'aucun fait extérieur ne le manifeste et sans même que le fiduciant sache qu'il est à nouveau propriétaire) et consacrerait une propriété conditionnelle contraire au *numerus clausus* des droits réels. Le législateur a réglé exhaustivement l'aliénation conditionnelle en autorisant le pacte de réserve de propriété, qui doit être inscrit dans un registre spécial (art. 715 CC). Une propriété conditionnelle occulte du fiduciaire ne saurait être créée en vertu de la liberté contractuelle, qui trouve ici sa limite dans des principes fondamentaux de notre droit des biens[329].

Ainsi, le droit suisse actuel ne confère pas au fiduciant– ni ne permet de stipuler – un véritable droit de suite sur les biens fiduciaires contre le tiers qui les acquiert des mains du fiduciaire agissant en contravention de ses obligations. Le seul remède repose sur la responsabilité délictuelle du tiers acquéreur de mauvaise foi (art. 41 al. 1 et 43 CO). Ce moyen de droit est limité à trois égards au moins:

- Le fiduciant doit prouver que le tiers acquéreur a commis un délit pénal. Ce fardeau est particulièrement lourd et incite le fiduciant à saisir les autorités pénales. Le recours à l'art. 41 al. 2 CO n'offre pas des conditions plus favorable au fiduciant.
- Le fiduciant doit prouver un dommage. Or il n'y a dommage que si le fiduciaire a aliéné sans contrepartie ou moyennant une contreprestation de moindre valeur que le bien fiduciaire.
- A supposer que le tiers ait de bonne foi acquis à titre gratuit le bien soustrait au patrimoine fiduciaire, son intérêt au maintien de cette acquisition l'emporte sur celui du fiduciant à la reconstitution du patrimoine fiduciaire: le bénéficiaire de la libéralité faite par le fiduciaire félon est préféré à sa victime.

3. La reconnaissance d'un véritable droit de suite

De lege ferenda, il conviendrait de consacrer un droit de suite qui permette au fiduciant et, le cas échéant, aux bénéficiaires d'exiger la reconstitution du patrimoine fiduciaire lorsque le fiduciaire en a disposé en violation de ses obligations et que l'acquéreur le savait, ou que les circonstances ne lui permettaient pas de l'ignorer (art. 3 al. 2 CC).

Ce droit de suite serait fondé sur l'absence du *droit* du fiduciaire de disposer aux termes de la convention de fiducie. Il présenterait une certaine analogie avec l'action mobilière de l'art. 936 CC, fondée sur l'absence du *pouvoir* de disposer de l'aliénateur. Du point de vue de l'acquéreur, il n'y a pas de différence substantielle entre l'absence du *pouvoir* de disposer et l'absence du *droit* de disposer. Dans l'un et l'autre cas, dès lors qu'il sait ou doit savoir que son cocontractant n'agit pas pour son propre compte, la validité de son acquisition dépend en fait du contenu du contrat entre l'aliénateur et celui pour le compte de qui il agit, lequel contrat lui est pourtant une *res inter alios acta*. Mais cette particularité caractérise déjà l'action mobilière de l'art. 936 CC sans que l'on ait jamais trouvé à y redire.

Cette identité de régime repose sur le même jugement de valeur. L'intérêt de l'acquéreur de mauvaise foi au maintien de son acquisition cède le pas devant l'intérêt du possesseur antérieur (dans l'action mobilière) ou du fiduciant, respectivement du bénéficiaire de la fiducie (dans le droit de suite). Dans les deux cas, il n'y a pas de raison de protéger la mauvaise foi de celui qui prétend avoir acquis un bien dont il sait ou doit savoir que son cocontractant n'est pas autorisé à disposer.

---

[328] Ou, pour les immeubles, son inscription constitutive au registre foncier, cf. art. 656 CC.

[329] *Contra* GUBLER (1954) pp. 263a s et WATTER (1994) NN. 149-150.

> Lorsque l'aliénateur est « simple » possesseur, le tiers qui le sait ou doit le savoir (art. 3 al. 2 CC) n'acquiert valablement que si le possesseur a le pouvoir de disposer. Ainsi, il doit distinguer entre le dépositaire, qui n'a pas le pouvoir de disposer, et le commissionnaire de vente, qui peut disposer. Je propose de traiter de la même manière le tiers qui sait ou doit savoir qu'il contracte avec un fiduciaire: pour n'être pas exposé au droit de suite, il devrait distinguer entre le fiduciaire qui a le pouvoir d'aliéner et celui qui ne l'a pas.

Ce droit de suite n'est pas susceptible de nuire à la sécurité des affaires auxquelles des fiduciaires interviennent. Lorsque la transaction se fait *at arm's length* et ressortit de manière reconnaissable à une activité de gestion usuelle pour un fiduciaire (*e.g.* vente de papiers ou de droits-valeurs en bourse), le tiers acquéreur peut considérer sans autre que son cocontractant agit dans le cadre de son mandat. La situation est différente s'il s'agit de la vente d'un objet rare ou important (*e.g.* vente d'un immeuble dont l'inscription révèle que le propriétaire le détient à titre fiduciaire), où la prudence exige que l'acquéreur qui connaît ou ne peut ignorer la qualité de fiduciaire de son cocontractant se fasse renseigner sur l'étendue de ses pouvoirs, à défaut de quoi il ne saurait se prévaloir de sa bonne foi.

D. Durée de la fiducie

L'intérêt du créancier au maintien de sa sûreté fiduciaire jusqu'au complet remboursement de sa créance est reconnu par la jurisprudence et par la doctrine, qui excluent tout droit de révocation du fiduciant et rejettent donc l'application de l'art. 404 CO[330]. La fiducie-sûreté est ainsi constituée pour une durée déterminée, son terme étant le remboursement intégral de la dette garantie.

Curieusement, l'application de l'art. 404 CO à la fiducie-gestion, affirmée par le Tribunal fédéral[331], n'a guère retenu l'attention des auteurs[332]. Or la révocation (par le fiduciant) ou la répudiation (par le fiduciaire) met fin au rapport fiduciaire et rend immédiatement exigible l'obligation du fiduciaire de restituer au fiduciant (ou de transmettre au bénéficiaire) le patrimoine fiduciaire. Les parties peuvent avoir un intérêt légitime à exclure cette faculté et à stipuler une durée déterminée. Ainsi:

- La titrisation d'actifs suppose que les porteurs de titres puissent compter sur l'affectation irrévocable des actifs « titrisés » à la satisfaction de leur créance[333]; l'éventuel retour des actifs résiduels n'est envisageable qu'une fois tous les investisseurs désintéressés.
- Pour être crédible, la fiducie-gestion instituée pour résoudre un conflit d'intérêts temporaire ou durable doit être irrévocable pendant la durée où ce conflit subsiste[334].

---

[330] ATF 71 II 167 c. 2, JdT 1945 I 570, 572; FOËX (1987) N. 321-323; ZOBL (1982) N. 1381 Syst. Teil, et références. Différent, GAUTSCHI (1971) N. 11d CO 404: la convention de fiducie mixte serait révocable en tout temps en raison du caractère impératif de cette norme que l'auteur estime applicable à toutes les conventions de fiducie, mais l'obligation de restituer l'objet de la sûreté ne deviendrait exigible qu'avec l'avènement de la condition que le fiduciant a remboursé sa dette, ce qui résulte aussi de l'art. 82 CO. Alors que la créance garantie peut n'être pas encore exigible, admettre la révocabilité en tout temps de la sûreté tout en différant l'effet principal de cette révocation pour préserver la valeur de la sûreté personnelle relève d'une construction bien artificielle.

[331] ATF 91 II 442 c. 4b, JdT 1966 I 338, 346, *Thorwart*; ATF 94 II 263 c. 1, JdT 1970 I 41, 42, *Egger c. Matzinger*.

[332] Cf. cependant WÄLLI (1969) pp. 81-86; HELG (1982) pp. 228-232. L'art. 405 CO ne pose pas les mêmes problèmes en raison des dérogations que la convention ou la nature de l'affaire peuvent y apporter.

[333] Cf. *supra* III.A.6.a, pages NNN.

[334] Cf. *supra* III.A.4, pages NNN.

- D'une manière générale, les intérêts des tiers auxquels une fiducie confère des droits ou des expectatives peuvent exiger non seulement que le fiduciant ne puisse révoquer sans le concours des bénéficiaires, mais encore que le fiduciaire ne puisse répudier pendant la durée prévue[335].

Quelle que soit l'interprétation que l'on donne à l'art. 404 CO, cette disposition est inadéquate non seulement pour la fiducie-sûreté, mais aussi pour la fiducie-gestion. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, maintes fois réaffirmée, l'art. 404 CO serait de droit impératif, de sorte que mandant et mandataire conserveraient chacun le droit de résilier le contrat en tout temps et sans préavis[336]. Un fort courant doctrinal a proposé, dès les années soixante-dix, d'assouplir les rigueurs de cette interprétation en limitant la faculté de résilier en tout temps aux mandats reposant sur un lien de confiance particulier, aux mandats gratuits ou aux mandats « atypiques »[337]. Le Tribunal fédéral mentionna cette opinion en 1983, sans s'y rallier, pour ensuite la balayer d'un vigoureux revers de manche[338]. Il est vrai que les critères proposés pour distinguer les mandats auxquels l'art. 404 CO s'appliquerait à titre impératif de ceux pour lesquels cette disposition serait de droit dispositif souffrent tous d'une certaine imprécision et ne contribuent pas à la sécurité juridique, laquelle constitue peut-être le seul mérite de la jurisprudence obstinée de Mon Repos[339].

La récente opinion du Prof. WERRO, minutieusement fondée sur l'histoire de notre Code des obligations et sur une étude comparative, distingue entre pouvoir et droit de révoquer. L'art. 404 al. 1 CO confère au mandant et au mandataire le *pouvoir* de mettre fin au mandat en tout temps, sans préavis, sans justification et avec effet immédiat. L'exercice de ce pouvoir peut être néanmoins contraire au droit parce que la résiliation intervient en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO) ou parce que l'auteur de la résiliation avait renoncé à son *droit* de résilier en temps opportun. Ainsi, les mandats de durée déterminée sont licites. Chaque partie à un tel mandat conserve le pouvoir de résilier en tout temps, mais elle l'exerce contrairement au droit lorsqu'elle le fait sans de justes motifs, ce qui l'oblige à indemniser son cocontractant[340].

Je me rallie à cette interprétation de l'art. 404 CO, qui répond aux besoins de la vie des affaires et supprime une anomalie apparente du droit suisse[341]. Mais elle ne résout pas le problème – propre à la fiducie et à quelques rares autres conventions telles que la convention d'arbitrage – où *les intérêts de tiers, et parfois ceux du mandant, voire du mandataire, exigent une limitation* non seulement du droit, mais encore *du pouvoir de résilier*.

Ainsi, la loi sur les fonds de placement reconnaît de tels intérêts en atténuant le droit des porteurs de part de révoquer en tout temps le contrat de placement collectif. Le

---

[335] Le point est réglé par les 112 al. 3, 468 al. 1 et 470 al. 1 et 2 CO lorsque la convention de fiducie confère aux tiers une véritable créance, cf. WÄLLI (1969) p. 84.

[336] Dernier arrêt de principe: ATF 115 II 464, JdT 1990 I 312, rés. RSDA 1991 35 obs. HOMBURGER. Réaffirmation incidente *in* ATF 117 II 466 c. 5c *i.f.* Voir déjà ATF 59 II 260, 261.

[337] Ainsi ma thèse, THEVENOZ (1987) NN. 347-355, à la suite des auteurs cités n. 112 p. 137.

[338] Premier arrêt cité *supra* note 336, au considérant 2a, cc.

[339] Et encore ce mérite est-il relatif. Plus d'une fois, le Tribunal fédéral s'est fondé sur la volonté des parties d'exclure une résiliation en tout temps pour refuser de qualifier de mandat un contrat de services qu'elle traite alors comme contrat mixte ou *sui generis*, cf. ATF 62 II 140 c. 3a, JdT 1936 I 552, 560, *Aktiebolaget Obligationsinteressenter c. Banque des règlements internationaux* (« emprunt Young ») et ATF 83 II 525, 530, ou comme contrat d'entreprise cf. ATF 59 II 260, 261 s., JdT 1933 I 620, 622 (contrat d'insertion d'annonces publicitaires). Voir aussi les difficultés de la jurisprudence relative au mandat d'arbitrage (ATF 117 Ia 166 c. 6c, JdT 1982 I 315 s.), et références citées.

[340] WERRO (1981) et surtout (1993) pp. 87 à 148, résumé p. 375 s.

[341] Cf. WERRO (1993) N. 337.

règlement du fonds peut limiter le droit de dénonciation pour les fonds dont les placements présentent des difficultés d'évaluation ou qui ont un accès limité au marché, voire l'exclure pour les fonds immobiliers (art. 24 et 25 LFP). Souvent en matière de fiducie-gestion, plus souvent encore de fiducie-libéralité, il existe un intérêt légitime à ce que ni le fiduciant ni le fiduciaire ne puisse mettre un terme au rapport fiduciaire, ce qui provoquerait la désaffectation du patrimoine fiduciaire.

Certes, l'interdiction des travaux forcés et de la contrainte par corps ne permet pas d'imposer au fiduciaire qui se dérobe la poursuite effective de son activité conformément à la convention de fiducie. Reste seule possible une exécution par substitution (art. 98 al. 1 CO). Mais le maintien de la fiducie, c'est-à-dire de l'affectation du patrimoine, fût-ce au prix d'une substitution de fiduciaire, permet à tout le moins d'éviter la restitution des biens au fiduciant ou leur transmission aux bénéficiaires en dehors des prévisions de la convention. Comme on l'a admis sans problème au profit du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, on doit reconnaître aux parties à une fiducie-gestion la possibilité d'imposer contractuellement le maintien de l'affectation du patrimoine fiduciaire jusqu'à l'échéance convenue – satisfaction intégrale des bénéficiaires, durée d'un mandat politique générateur de conflits d'intérêts, etc. – malgré les revirements toujours possibles du fiduciant et en dépit d'éventuelles défaillances du fiduciaire.

De lege ferenda, il convient de soustraire la convention de fiducie au champ d'application de l'art. 404 CO. La résiliation du rapport fiduciaire (qui entraîne l'obligation de restituer les biens conformément à la convention) doit être distinguée de la révocation et du remplacement du fiduciaire. Le fiduciant peut stipuler une durée déterminée, ou une durée indéterminée assortie d'un délai de dénonciation, et renoncer à toute résiliation anticipée du rapport fiduciaire sauf justes motifs. Il peut même renoncer au droit de résiliation pour de justes motifs. En revanche, il ne saurait renoncer au pouvoir de révoquer (ou de faire révoquer par un juge) le fiduciaire pour de justes motifs et de lui (faire) désigner un remplaçant. Il conviendrait enfin de lui reconnaître la possibilité de conférer cette compétence à un *protecteur*, c'est-à-dire à un tiers auquel la convention de fiducie reconnaît certaines prérogatives sans qu'il soit intéressé au résultat économique de la fiducie (*infra* F. b).

E. Exclusion et limitations conventionnelles des instructions du fiduciant

Les règles du mandat reconnaissent au mandant le pouvoir de donner des instructions relatives à l'exécution du mandat dans le cadre de l'activité initialement convenue. Ces instructions obligent le mandataire. L'art. 397 CO précise les conditions auxquelles le mandataire peut s'en écarter et les conséquences d'une éventuelle contravention.

La doctrine dominante considère cette compétence du mandant comme inaliénable: l'art. 397 CO relèverait du droit impératif[342]. A raison me semble-t-il, M. FELLMANN défend l'opinion contraire[343]. En effet, l'art. 27 CC ne prohibe pas toute limitation du pouvoir d'instruction du mandant, mais seulement son aliénation dans une mesure inadmissible. Quant aux règles spéciales de l'art. 34 al. 1 et 2 CO, elles valent pour la représentation directe, mais il ne se justifie pas de les transposer à tous les autres mandats, y compris à la convention de fiducie-gestion. Enfin, si l'on reconnaît au

[342] Cf. surtout GAUTSCHI (1971) N. 5a s. CO 397; DERENDINGER (1988) N. 118; ainsi que les auteurs cités par FELLMANN (1992) N. 27 CO 397, qui n'offrent pas d'argumentation. Les quatre arrêts cités par GAUTSCHI – et toujours repris à l'appui de cette doctrine – ne se prononcent pas sur le caractère impératif de l'art. 397 CO! Seul à ma connaissance, le TC VS (7.6.1978: RVJ 1979 68, 71) l'a faite sienne.

[343] FELLMANN (1992) NN. 27-29 CO 397.

fiduciant la faculté de limiter son pouvoir de résilier le rapport fiduciaire (*supra* D), l'argument *a maiore ad minus* ne s'oppose pas à une restriction de son pouvoir de donner des instructions.

Parce qu'elle ne relève pas des règles du mandat, la fiducie-sûreté, échappe à ce problème. Comme elle est convenue dans le double intérêt du fiduciaire (bénéficiaire de la sûreté) et du fiduciant (intéressé à la gestion de l'objet, qui lui reviendra une fois la dette payée), on conçoit aisément les limitations qui en résultent pour le pouvoir du second de donner des instructions au premier.

Dans la mesure où l'on applique généralement les règles du mandat à la convention de fiducie-gestion, l'interprétation dominante de l'art. 397 CO interdirait au fiduciant de limiter, et *a fortiori* de renoncer à sa prérogative de donner des instructions. Certes, toute instruction du fiduciant n'oblige pas le fiduciaire. Celui-ci n'est pas tenu d'accomplir (ou d'omettre) n'importe quel acte contraire aux règles impératives, à la déontologie ni même à ses intérêts ou à sa dignité[344]. Comme celui de tout mandant, le pouvoir du fiduciant de donner des instructions s'inscrit dans les limites que posent la loi, les bonnes moeurs ainsi que les droits de la personnalité du mandataire (art. 19 et 20 CO, 27 CC).

Outre ces restrictions légales, il convient pourtant de reconnaître au fiduciant la possibilité de restreindre son pouvoir de donner des instructions au fiduciaire, de remettre ce pouvoir à un tiers – qu'il s'agisse du bénéficiaire ou, sur le modèle du trust, d'un protecteur, sorte de gardien privé de la fiducie (*infra* F. b) – voire d'y renoncer complètement, le fiduciaire n'étant alors plus tenu que par la lettre et l'esprit de la fiducie.

D'abord, toute la controverse sur la distinction entre acte fiduciaire et acte simulé tient à la dépendance parfois excessive dans laquelle se trouve le fiduciaire, c'est-à-dire à la possibilité d'une ingérence du fiduciant telle qu'elle contredise la volonté apparente de transférer au fiduciaire la pleine titularité du patrimoine fiduciaire[345]. Bien que la portée pratique de cette controverse soit aujourd'hui fort réduite[346], il serait paradoxal de dénier aux parties la possibilité de garantir l'indépendance de la gestion du fiduciaire en restreignant le pouvoir du fiduciant d'émettre des instructions.

Ensuite, l'intérêt des bénéficiaires – qu'il s'exprime en de véritables créances ou en de simples expectatives – et parfois l'intérêt de tiers peut justifier des restrictions étendues aux possibilités d'immixtion du fiduciant dans la gestion fiduciaire, voire son exclusion pure et simple. On songe en particulier:

- aux opérations fiduciaires qui visent à dissocier le bénéfice économique d'une entreprise du contrôle effectif de sa gestion;
- à certaines opérations d'amélioration du bilan (délestage), où l'intérêt des créanciers obligataires exige généralement que le fiduciant – c'est-à-dire l'entreprise qui transfert au tiers la dette et les actifs qui permettent de la couvrir – soit écarté de la gestion des actifs;

---

[344] Cf. en particulier GAUTSCHI (1971) N. 12c CO 397: « Denn niemand kann mich verbindlich verpflichten, auf eigene Rechte zu verzichten, selbst wenn diese eigenen Rechte in fremdem Interesse ausgeübt werden sollen. » *Idem* N. 12b: « Habe ich mich im eigenen Namen, aber in fremdem Interesse verbindlich verpflichtet, so kann der Drittgläubiger die Erfüllung *erzwingen*, gleichgültig, was mein Fiduziant will, der zu den Schuldverhältnissen des Fiduziars die Stellung einer (zwar interessierten, aber) rechtlich unbeteiligten Drittperson einnimmt. »

[345] Cf. YUNG (1952) *passim*.

[346] Voir *supra* II.3, pages NNN. cf. néanmoins CJ GE 4.12.1981: SJ 1982 232, *Rieder c. Lloyds Bank International Ltd.*

- à la fiducie instituée pour prévenir des conflits d'intérêts, dont la crédibilité même repose sur l'indépendance totale du fiduciaire à l'égard du fiduciant.

On ne s'étonnera donc pas que la jurisprudence et la doctrine relatives à la fiducie se montrent souples. « La convention de fiducie… détermine dans quelle mesure le fiduciaire est lié à des instructions ou agit de manière indépendante. »[347] Le législateur a également tenu compte des particularités du contrat de placement collectif, qui rendraient impraticable un pouvoir d'instruction des investisseurs à titre individuel, pour l'exclure complètement, la direction gérant les avoirs du fonds « de façon indépendante » (art. 11 al. 1 LFP) et dans les seules limites de la loi et du règlement du fonds.

Ainsi, en dérogation aux règles générales sur le mandat, il convient *de lege ferenda* d'autoriser le fiduciant à prévoir, dans la convention de fiducie, que son pouvoir de donner des instructions au fiduciaire est limité, voire exclu. Cela ne signifie pas que le fiduciaire agisse sans aucun contrôle. *Primo*, l'action en exécution permet au fiduciant et, le cas échéant, aux bénéficiaires d'exiger du fiduciaire le respect de la convention de fiducie, qui fixe les buts et les moyens de sa mission. *Secundo*, comme je l'ai proposé plus haut, le fiduciant ou un protecteur désigné par celui-ci doit conserver le droit de révoquer et de remplacer le fiduciaire. *Tertio*, la convention de fiducie peut également conférer à un protecteur le pouvoir de donner certaines instructions au fiduciaire quant à la gestion ou l'attribution du patrimoine fiduciaire.

F. Bénéficiaires et protecteur de la fiducie

On a jusqu'ici souvent mentionné d'éventuels bénéficiaires, auxquels la convention de fiducie peut conférer de simples expectatives, mais aussi de véritables droits. On a en outre envisagé la possibilité de désigner un protecteur à qui la convention, sans reconnaître d'avantage patrimonial, pourrait conférer des prérogatives qui sont habituellement celles du fiduciant: donner des instructions au fiduciaire, le révoquer et le remplacer, voire résilier le rapport fiduciaire. Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient encore de préciser leurs statuts respectifs.

a) La désignation d'un (ou de plusieurs) bénéficiaire par le fiduciant procède le plus souvent de la volonté de faire une libéralité, soit du vivant, soit au décès du fiduciant. Le rapport de base entre le fiduciant et le bénéficiaire est alors une donation entre vifs ou pour cause de mort. Dans la première hypothèse, un contrat écrit signé par le fiduciant-donateur paraît nécessaire (art. 243 et 13 al. 1 CO)[348], lequel n'est valablement conclu que lorsque le bénéficiaire l'a accepté expressément ou par acte concluant[349]. Après que cette donation a été portée à sa connaissance, le silence du bénéficiaire peut aussi valoir acceptation (art. 6 CO)[350]. Dans la seconde hypothèse, la jurisprudence paraît exiger que les conditions de forme des dispositions pour cause de mort soient respectées (art. 245

[347] ATF 85 II 97, 99, *Cyma Watch Co. SA c. Société de contrôle fiduciaire SA*. Ainsi, on trouve la clause suivante dans le modèle de contrat fiduciaire (pour plusieurs placements) figurant en annexe à la circulaire n° 1079 D de l'Association suisse des banquiers: « La banque agit… selon sa libre appréciation. Le client reste cependant dûment légitimé, à teneur du présent contrat, à donner à la banque toutes directives *écrites* spéciales concernant de tels placements. » Cf. notamment GUGGENHEIM (1986) pp. 259 s.; REYMOND (1948) p. 36; YUNG (1952) p. 170; WÄLLI (1969) pp. 68-70.

[348] Il peut s'agir d'un contrat entre le fiduciant et le bénéficiaire auquel le fiduciaire n'est pas partie ou de la convention de fiducie à laquelle le bénéficiaire intervient comme troisième partie.

[349] ATF 67 II 88 c. 1a, JdT 1941 I 618; ATF 96 II 79 c. 8c, JdT 1971 I 329, 343, *Harrison*.

[350] ATF 110 II 156, 161 c. 2d; ATF 69 II 305, 310.

al. 2 CO, art. 467 ss CC)[351]. Il se peut cependant que le fiduciant veuille acquitter une dette à l'égard du bénéficiaire, cette attribution étant alors faite en vue de paiement (*solutionis causa*) plutôt qu'à titre de paiement (*datio in solutum*)[352].

La fiducie reposant sur une convention, c'est essentiellement dans la stipulation pour autrui qu'il convient de rechercher le mécanisme juridique par lequel le bénéficiaire peut acquérir de véritables créances à l'encontre du fiduciant. Cette institution est particulièrement souple et fait la plus large place à la liberté contractuelle. Pour autant que les parties à la convention de fiducie ne se limitent pas à désigner le bénéficiaire comme un simple destinataire de prestations du fiduciaire (art. 112 al. 1 CO), mais entendent lui conférer la position d'un créancier (art. 112 al. 2 CO), ce qu'elles ont intérêt à exprimer sans ambiguïté, elles peuvent lui conférer des droits étendus.

- Le bénéficiaire peut 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.
- Puisque la convention lui reconnaît un intérêt et 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)[353].
- *De lege lata*, cette créance du bénéficiaire est armée du droit de distraction de l'art. 401 al. 2 et 3 CO[354]. *De lege ferenda*, il convient de lui reconnaître le bénéfice de la distraction des biens fiduciaires ainsi que du droit de suite que l'on a proposés plus haut.
- Rien ne s'oppose à ce que la convention confère au bénéficiaire la faculté de donner certaines instructions au fiduciaire[355].

Ces brèves remarques montrent l'éventail des possibilités qui s'offrent au fiduciant, qui appellent un soin particulier lors de la rédaction des clauses relatives aux bénéficiaires. Il convient toutefois de relever les faiblesses de cette position, faiblesses qui sont consubstantielles à la stipulation pour autrui.

Tant que le bénéficiaire n'a pas manifesté à l'égard du fiduciaire son « acceptation » (art. 112 al. 3 CO) des droits qui lui sont conférés, le fiduciant reste libre de modifier les termes de la convention à son détriment. La créance du bénéficiaire fondée sur une stipulation pour autrui parfaite n'existe que dans la mesure où la convention de fiducie est valable et obligatoire. Le fiduciaire peut opposer au bénéficiaire toutes les objections

---

[351] ATF 67 II 88 c. 1a, JdT 1941 I 618. Cf. toutefois ATF *Harrison*, *loc. cit.*, qui semble se satisfaire d'une acceptation de la donation pour cause de mort émise du vivant du donateur, sans que soient respectées les formes applicables aux dispositions pour cause de mort. Voir aussi les références citées *in* von TUHR / ESCHER (1974) p. 252 n. 46a.

[352] GAUTSCHI (1960) N. 46c CO 394.

[353] *Loc. cit.* Von TUHR / ESCHER (1974) p. 237 relèvent que, même lorsque la stipulation pour autrui ne confère pas de créance au bénéficiaire (stipulation pour autrui imparfaite, art. 112 al. 1 CO), la désignation de ce tiers comme destinataire de la prestation autorise le stipulant (seul créancier) à exiger l'indemnisation de l'intérêt du bénéficiaire à la prestation, c'est-à-dire une réparation pour le dommage subi par le bénéficiaire en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution de l'obligation contractée (*Drittschadensliquidation*).

[354] La stipulation pour autrui porte sur une partie de la créance en reddition de compte (art. 400 CO), *ibidem*, N. 47b CO 394, qui bénéficie du privilège de l'art. 401 CO dans la faillite du fiduciaire.

[355] La stipulation pour autrui porte alors sur le droit de donner des instructions, GAUTSCHI (1960) N. 4a CO 397, droit formateur qui peut être conféré comme accessoire de la créance en exécution.

et exceptions tirées de la convention elle-même[356]. En revanche, il ne peut compenser ses dettes envers le bénéficiaire avec des créances qu'il aurait contre le fiduciant (art. 122 CO)[357]. La stipulation pour autrui confère des droits, mais ne peut grever son bénéficiaire de dettes sans son consentement. Ainsi, l'*action mandati contraria* du fiduciaire reste dirigée contre le seul fiduciant. La convention peut néanmoins prévoir que seul le produit net de la gestion, après déduction des frais et honoraires du fiduciaire, sera distribué aux bénéficiaires.

La stipulation pour autrui est imparfaite (art. 112 al. 1 CO) lorsque la convention de fiducie confère au bénéficiaire non une créance, mais une simple expectative à la distribution des revenus ou du capital, par exemple parce qu'elle réserve une part préférable à un autre bénéficiaire ou au fiduciant ou parce qu'elle attribue au fiduciaire un pouvoir d'appréciation quant à la distribution. Cette distinction entre bénéficiaires créanciers et bénéficiaires expectatifs n'est pas nouvelle en droit suisse: elle caractérise aussi les fondations du Code civil.

b) La situation du protecteur, qui se voit investir de compétences à l'égard du rapport fiduciaire sans y avoir d'intérêt patrimonial (créance ou expectative), se heurte à une difficulté *de lege lata*. Ces compétences (donner des instructions, révoquer, résilier, voire exercer le droit de suite) s'analysent comme des droits formateurs. Or la stipulation pour autrui porte sur une « obligation »[358], non sur un droit formateur. De même, la cession a des créances pour objet[359]. Notre ordre juridique connaît cependant plusieurs institutions qui confèrent à une personne des compétences étendues sur un patrimoine auquel elle n'est pas intéressée. C'est notamment le cas de l'exécuteur testamentaire. *De lege ferenda*, rien ne s'oppose à permettre au fiduciant de désigner un protecteur pour lui conférer des compétences plus ou moins étendues.

V. Conclusion

La fiducie dont le chapitre précédent a dessiné les contours[360] repose sur deux fondements: la consécration d'un patrimoine affecté aux buts énoncés dans la convention de fiducie, et pour cette raison distinct du patrimoine général du fiduciaire; la possibilité (mais non l'obligation) pour le fiduciant de conférer une position largement indépendante au fiduciaire, à l'abri de ses propres instructions et d'une résiliation avant terme, mais sous le contrôle éventuel d'un protecteur qui n'a pas d'intérêt au patrimoine fiduciaire.

Une telle fiducie n'est pas un corps étranger à notre ordre juridique. Elle présente le développement logique et désirable de l'institution que la jurisprudence a reconnue dès 1905 et dont, aidée de la doctrine, elle a peu à peu façonné le régime juridique. Le législateur suisse en a jusqu'ici relevé – et parfois consacré – l'existence sans éprouver la nécessité de lui fournir une réglementation générale. En 1966, il lui a emprunté la structure juridique des fonds de placement. En 1994, il a instauré une protection en cas d'insolvabilité en faveur des clients des opérations fiduciaires des banques. Ce faisant, il

---

[356] Il n'est pas vraisemblable que le fiduciaire accepte de s'engager inconditionnellement au sens de l'acceptation d'une assignation (art. 468 al. 2 CO), c'est-à-dire qu'il accepte d'encourir une dette indépendante du rapport fiduciaire.

[357] Von TUHR / ESCHER (1974) p. 249.

[358] Art. 112 al. 1 CO, et donc sur une prestation.

[359] Certains droits formateurs peuvent être cédés avec les créances dont ils sont l'accessoire, mais non pas séparément. Cf. GAUCH / SCHLUEP (1991) t. II NN. 3556-3557, et références.

[360] Résumés en tête du chapitre IV, *supra* IV *in initio*, pages NNN.

n'a pas levé l'insécurité qui entoure l'application de l'art. 401 CO ni remédié aux faiblesses de cette disposition: il n'a fait que les contourner.

Ainsi, malgré les soins de la jurisprudence – favorable au renforcement de la fiducie jusqu'à l'arrêt *Vallugano* et depuis lors bien plus réticente –, malgré ces deux interventions parlementaires et quelques rapiéçages réglementaires[361], malgré encore la pratique plutôt libérale des autorités fiscales, la fiducie m'apparaît comme une Cendrillon dont le vêtement législatif tout neuf cache mal les haillons et dont le carosse n'est qu'une citrouille longuement bricolée:

i) Les opérations fiduciaires des banques, qui représentent l'emploi le plus visible de la *fiducia cum amico*, ne font l'objet que d'une réglementation parcellaire et quelque peu improvisée. La distraction des valeurs fiduciaires en cas de faillite du fiduciaire est un aspect déterminant, mais cependant partiel, du régime de la fiducie.

ii) Parce qu'elles reposent sur des normes disparates et lacunaires, les opérations fiduciaires de tous les prestataires de services qui n'ont pas le statut bancaire sont alourdies d'incertitudes. Celles qui entourent l'art. 401 CO n'en sont qu'une petite partie. Les risques de compensation et de rétention, l'impossibilité de convenir d'une durée déterminée pendant laquelle la fiducie (mais non le fiduciaire) ne puisse être révoquée, le caractère apparemment inaliénable du pouvoir d'instructions du fiduciant, la position juridique insuffisante des éventuels bénéficiaires condamnent la fiducie de droit commun à séjourner dans les limbes.

iii) La fiducie bancaire et la fiducie commune souffrent du même handicap dans les situations internationales: la reconnaissance des règles suisses protégeant fiduciants et bénéficiaires n'est pas garantie devant les juridictions étrangères, ainsi que plusieurs jugements récents l'ont montré[362]. Cette situation compromet la vocation internationale de l'économie suisse à l'heure où les modèles juridiques étrangers font l'objet d'une circulation croissante, ce qu'atteste la vitalité du trust dans les pays de *Common law* et dans un nombre croissant de pays de tradition juridique différente, qui en ont adopté un avatar (Liechstenstein, Québec, Louisiane, Japon, Vénézuela, Pérou, Philippines, etc.).

A. Réformer le régime commun de la fiducie

C'est le génie de notre droit privé de préférer des règles applicables à toutes les opérations de même nature, quels qu'en soient les acteurs, plutôt que de développer des règles spécifiques à chaque profession[363]. La fiducie est une institution générale du droit suisse des relations patrimoniales et devrait le rester.

Certes, les établissements bancaires et de nombreux autres intermédiaires financiers (gérants de fortune, négociants en titres et sociétés fiduciaires surtout) se taillent la part

---

[361] Art. 25 al. 1 ch. 3.6, 44 lit. g et annexe II de l'ordonnance sur les banques.

[362] Outre l'affaire *Mebco* tranchée par les juridictions françaises, rapportée *supra* note 309, deux ordonnances de 1989 rendues à Luxembourg par un juge des référés ont nié l'opposabilité de l'art. 401 CO à l'établissement local dépositaire de fonds fiduciaires pour des motifs tirés du droit international privé et du souci « que la situation du débiteur [ne] se trouve aggravée par un contrat – à savoir une convention fiduciaire régie par le droit suisse – auquel il n'a pas été partie », cf. GIOVANOLI (1994) p. 206 et DAUNIZEAU (1993).

[363] Ce refus de spécialisation des règles tend parfois à l'excès, ce qu'illustre la qualification de nombreux contrats bancaires, généralement considérés comme des contrats mixtes ou *sui generis* pour permettre à la jurisprudence de leur reconnaître un régime particulier et toujours plein d'incertitudes. Je pense notamment à cette opération pourtant élémentaire, le dépôt de fonds, dont les circonstances de chaque espèce (durée, taux d'intérêt, autres services) font plutôt un prêt de consommation, un dépôt irrégulier ou un mandat. En l'absence de certitudes – par exemple quant aux conditions de résiliation (art. 318, 404 ou 475 CO ?) ou quant au droit de compensation du débiteur des fonds (art. 125 ch. 1 CO ?) –, les conditions générales des banques suppléent aux carences de la loi.

du lion. Certes, les applications financières de haute technologie que la fiducie permet (ou permettrait) retiennent davantage l'attention. Mais il ne se justifie pas de restreindre à celles-ci ou à ceux-là un effort de consolidation et de codification. C'est le régime commun de la fiducie qui présente des carences, c'est donc lui qu'il convient d'amender. Il n'y a point de raisons de réserver à certains opérateurs économiques les bénéfices de cet effort. Les clients des notaires et des avocats, mais aussi ceux qui, pour une raison quelconque, ont confié leurs biens à un parent, un proche ou un ami – que l'on songe aux affaires *Thorwart* et *Böckli* – ne méritent pas moins que ceux des banques la protection de la loi et la certitude du droit. Il serait illusoire de vouloir restreindre la pratique de la *fiducia cum amico* aux seuls opérateurs économiques astreints à une surveillance étatique ou déontologique.

Certes, les accents sceptiques d'une partie de la doctrine récente marquent un regain de critiques à l'encontre de la fiducie[364]. Depuis fort longtemps, la crainte de la fraude aux créanciers, aux héritiers ou au fisc, et plus récemment le souci de lutter contre le blanchissage de capitaux obtenus illicitement, expliquent cette réticence sans la justifier. La fiducie est seulement l'un des nombreux moyens qui peuvent servir à détourner la loi sur les poursuites, à éluder le droit des successions ou à se soustraire aux poursuites pénales. C'est pourquoi les normes qui luttent contre ces détournements ont un caractère général. Pour ne prendre que la lutte contre le blanchissage d'argent sale, l'obligation de vigilance des intermédiaires financiers n'est ni écartée ni amoindrie du fait qu'ils peuvent avoir pour client un fiduciaire, un *trustee* ou l'administrateur unique d'une *Anstalt* liechstensteinoise ou d'une société panaméenne. C'est précisément pour traiter adéquatement ces situations qu'ils ont l'obligation d'identifier non seulement leur client, mais encore l'ayant droit économique. Ce n'est pas en refusant d'améliorer le régime juridique applicable aux fiducies constituées sous l'empire du droit suisse que l'on privera les malfrats des produits de leurs méfaits…

B. Assurer sa reconnaissance internationale

La fiducie est plus complexe qu'un « simple contrat ». Elle met en présence de nombreuses parties (fiduciant, fiduciaire, bénéficiaires, tiers dépositaires, tiers acquéreurs, créanciers du fiduciant et du fiduciaire, etc.) dont les intérêts doivent être arbitrés. En outre, la spécificité du patrimoine fiduciaire situe certains de ces arbitrages à la frontière du droit des obligations, des droits réels et de l'exécution forcée. La complexité analytique de la fiducie en droit interne rend son rattachement difficile et incertain en droit international privé: *lex contractus*, *lex rei sitae* ou *lex fori*?

La convention de La Haye de 1985, relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, offre une solution optimale à ce double problème de circulation des institutions juridiques. Une ratification suisse n'aurait pas pour seul effet d'assurer dans notre pays la reconnaissance des principaux effets d'un trust étranger. Elle offrirait aussi une fiducie renforcée dans le sens proposé au chapitre précédent un passeport garantissant sa reconnaissance dans les Etats contractants et probablement, par entraînement, dans les Etats non contractants qui reconnaissent déjà les effets du trust.

Cette fiducie améliorée, issue des conceptions et des instruments de notre ordre juridique sans emprunter à la tradition anglo-américaine sa distinction entre *legal* et *equitable ownership*, répond à la définition, très pragmatique, que la convention donne du trust. En effet:

[364] Même constat chez GIOVANOLI (1994) p. 197. *Adde* à la liste des réticences: GILLIERON (1989) cité en exergue à l'introduction.

- elle est constituée volontairement par le fiduciant qui place les biens de son choix sous le contrôle du fiduciaire dans l'intérêt d'un (ou de plusieurs) bénéficiaire(s), qu'il peut être lui-même[365];
- le fiduciaire est le titulaire juridique de ces biens, qui forment une masse distincte de son patrimoine général et échappent au sort de celui-ci dans l'exécution forcée, dans sa succession et dans son régime matrimonial[366];
- le fiduciaire a le pouvoir d'administrer, de gérer et de disposer des biens fiduciaires en même temps que l'obligation d'en rendre compte; il a la légitimation active et passive relativement aux biens et aux dettes qui forment le patrimoine fiduciaire[367].

La convention pose toutefois une condition supplémentaire à cette reconnaissance: la preuve écrite de l'acte constitutif de la fiducie[368]. Les réglementations bancaires et fiscales suisses l'exigent déjà. Il n'y aurait pas d'inconvénient à ce que le droit privé sans l'ériger en condition de validité, en fasse une prescription d'ordre destinée à faciliter la preuve du rapport fiduciaire[369]. Sanctionner de nullité les conventions orales de fiducie et frapper d'inefficacité le transfert des biens au fiduciaire péjorerait sans justification la protection des tiers et nuirait inutilement à la sécurité juridique.

C. Le paramètre fiscal

Pour sûr, cela fait longtemps que les contraintes posées par le droit privé et les éventuelles réglementations de police économique ne déterminent plus seules l'attrait ou l'insuccès d'une institution juridique. Son régime fiscal est le paramètre déterminant de bien des choix, et il en va de la fiducie comme de toute autre opération. Il peut paraître discutable d'achever un rapport proposant une consolidation substantielle de la fiducie sans l'assortir de propositions à cet égard. Outre l'incompétence de son auteur, la meilleure des raisons et la plus mauvaise des excuses, cette lacune est justifiée par deux autres considérations.

Le traitement fiscal de la fiducie-gestion en Suisse est plus souvent un incitant aux opérations fiduciaires – que l'on songe à l'économie d'impôt anticipé que les placements fiduciaires sur l'euromarché permettent au fiduciant étranger, mais aussi au fiduciant suisse qui se soustrait à son obligation de déclarer – qu'une entrave. Là où il devient dissuassif, notamment pour certaines applications financières complexes, la difficulté ne tient pas au régime fiscal général de la fiducie qui serait fondamentalement désavantageux, mais à une cascade d'impositions[370] à laquelle un remède ne peut être recherché que de cas en cas.

Certes, l'imposition du patrimoine fiduciaire lui-même, sans rattachement à l'un des trois sujets fiscaux qui entrent en considération (le fiduciant, le fiduciaire et le bénéficiaire), reste inconnue du droit suisse. Cette carence limiterait dans un premier temps l'attrait de la fiducie-libéralité, que les propositions formulées plus haut permettraient par ailleurs de développer. Mais le droit fiscal est plus pragmatique que le droit privé. Le choix déterminant de politique législative se concentre sur l'opportunité de faire de la fiducie un véritable instrument de gestion et de transmission de

---

[365] Cf. art. 2 al. 1 et 3 de la convention.

[366] Cf. art. 2 al. 2 lit. a et b et 11 al. 2; cf. aussi art. 11 al. 3 lit. a, b et c.

[367] Cf. art. 2 al. 2 lit. c et 11 al. 2.

[368] Art. 3.

[369] C'est-à-dire en dérogation à l'art. 11 al. 2 CO.

[370] Ainsi OERTLE (1993 pp. 166 s.) indique que la titrisation d'actifs est fiscalement sensiblement plus onéreuse en Suisse qu'à l'étranger. Ce surcoût pour l'investisseur résulte du cumul des droits de timbre (émission et négociation) et de l'impôt anticipé.

patrimoines. Cette question est déterminée par l'arbitrage des intérêts des parties en présence: fiduciant, fiduciaire, bénéficiaire, héritiers, créanciers, etc. Le droit privé au sens large (y compris celui de l'exécution forcée) doit être le lieu de ce débat. Si une décision y est prise, je ne doute pas que, comme l'intendance, la fiscalité suivra. Sans nier l'importance souvent déterminante de celle-ci, il serait erroné d'en faire le point de départ ou la pierre d'achoppement de la réforme ici proposée.

Les propositions ici formulées n'épuisent pas le sujet. Elles n'embrassent pas le problème, particulièrement délicat, de l'admission d'un gage mobilier sans dépossession, ce que la *Sicherungsübereignung* allemande a réalisé hors de toute procédure législative. Elles ne tendent qu'à l'amélioration de la *fiducia cum amico* instituée dans l'intérêt du fiduciant ou de bénéficiaires avec un effet incident favorable pour la cession fiduciaire des créances à fin de sûreté.

Il est temps de donner à Cendrillon un habit et un attelage qui ne risquent pas l'étiolement. Les tribunaux suisses s'y sont bien employés, mais le vêtement en *patchwork* qu'ils lui ont jusqu'ici cousu, et partiellement décousu, ne fait pas l'affaire. C'est aujourd'hui au législateur de s'atteler à la tâche. Cendrillon attend encore, mais ce siècle finissant ne paraît pas très propice aux princes charmants…

VI. Bibliographie

A. Bibliographique topique

La fiducie et le trust (1992). *Aspects juridiques*. Paris [s.n.], juin 1992. [Sénat français, Service des affaires européennes, Cellule de législation comparée, n° 36].

AEBY Pierre (1912). «L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse». In *Revue de droit suisse* 1912 pp. 149-206.

AMONN Kurt (1965). *Über die Eigentumsverhältnisse bei den schweizerischen Investmenttrusts*. Berne (Stämpfli) 1965.

ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (1988). *Probleme im Wertpapierbereich*. Bâle 1988 [multicopié].

BÄR Rolf (1962). «Zum Gesetzesentwurf über die Anlagefonds (Investment Trusts)». In *Revue de la Société des juristes bernois* 1962 pp. 289-311.

BAUMS Theodor (1993). «Asset-Backed Finanzierungen in deutschem Wirtschaftsrecht». In *Wertpapier-Mitteilungen* (Francfort s.M.) 1993 1-12.

BEAULNE Jacques (1993). «La nouvelle fiducie en droit civil québécois et l'intégration de la doctrine moderne du patrimoine d'affectation». In *Revue du notariat belge* (Bruxelles) 1993 pp. 530-547.

BÉRAUDO Jean-Paul (1992). *Les trusts anglo-saxons et le droit français*. Paris (LGDJ) 1992. [Droit des affaires].

BERGMAIER Hans (1945). *Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht*. Thèse de Zurich, 1945.

BERTI Stephen V. (1994). «Der trust, das Lugano Übereinkommen und das schweizerische IPR». In *Aspekte des Wirtschaftsrechts - Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994*, pp. 223-238. Zurich (Schulthess) 1994.

BERTSCHINGER Urs (1993). «Für eine Neuorientierung bei der Aussonderung im Konkurs des Beauftragten». In *Pratique juridique actuelle* 1993 pp. 1440-1446.

BIEDERMANN Klaus (1991). «La fiducie liechstensteinoise inspirée du trust». In *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, pp. 77-86. Paris (GLN) 1991.

BIEDERMANN Klaus (1981). *Die Treuhänderschaft des Liechstensteinischen Rechts, dargestellt an ihrem Vorbild, dem Trust des Common Law*. Thèse, Berne (Stämpfli) 1981. [Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, n° 470].

BLASS Jürg (1953). *Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom fiduziarischen Rechtsgeschäft*. Thèse de Zurich, 1953.

BLOCH Konrad (1955). «Die gesetzliche Ausgestaltung des Treuhandvertrages im schweizerischen Recht». In *Revue suisse de jurisprudence* 1955 pp. 51-53.

BONNEAU T. (1991). «Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil». In *Revue trimestrielle de droit civil* (Paris) 1991 pp. 1-48.

BRUNNER Thomas (1968). *Das Treuhandverhältnis im Steuerrecht*. Thèse, Zurich (Juris Druck+Verlag) 1968.

BUCHER Eugen (1982). «Kreditsicherung durch Zession». In *Probleme der Kreditsicherung - Berner Tage für die juristische Praxis 1981*, pp. 9-29. Berne (Stämpfli) 1982.

— (1989). «Zur Gültigkeit von Globalzessionen». In *recht* 1989 pp. 12-21.

BÜRGIN Rolf (1959). *Die Rechtsstellung des Fiduzianten*. Thèse de Bâle, 1959.

CANTIN CUMYN Madeleine (1992). «L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-Atlantique». In *Dalloz* (Paris) 1992 Chronique pp. 117-120.

CARBONETTI Francesco (1992). *I contratti di intermediazione mobiliaria*. Milan (Giuffrè) 1992.

CERESOLI Michèle, GUILLAUD Michel (1992). *Titrisation et gestion financière de la banque*. Paris (ESKA) 1992.

CHAMPAUD Claude (1991). «La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant». In *Revue du droit des affaires* (Paris) 1991 pp. 689-705.

CHARLIN Jacques (1985). «La fiducie-libéralité - Essai de synthèse en vue d'un contrat». In *Les opérations fiduciaires - Colloque de Luxembourg*, pp. 135-152. Paris (Feduci, LGDJ) 1985.

COING Helmut (1973). *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäftes*. Munich (Beck) 1973.

— (1984). «Treuhandverhältnis und abhängige juristische Person». In *Festschrift Winfried Werner*, pp. 101-106. Berlin, New York (de Gruyter) 1984.

— (1991). «Übernahme des Trusts in unser internationales Privatrecht?». In *Festschrift Theodor Heinsius*, pp. 80-88. Berlin, New York (de Gruyter) 1991.

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (1985). *Actes et documents de la Quinzième session (1984)*. Tome II: *Trust - loi applicable et reconnaissance*. La Haye (Bureau permanent de la Conférence) 1985.

CONVEGNI DI STUDIO - MADONNA DI CAMPIGLIO (1991). *Fiducia, trust, mandato ed agency*. Milan (Giuffrè) 1991.

COOTER Robert D., FREEDMAN Bradley J. (1991). «The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences». In *New York University Law Review* 1991 pp. 1045-1075.

COUSSERAN O. (1989). «La titrisation des crédits bancaires». In *Bulletin trimestriel de la Banque de France* (Paris) n° 70 (mars-avril 1989), pp. 45-59.

CUENDET André (1992). «Les rapports fiduciaires dans la jurisprudence suisse». In *L'expert-comptable suisse* 1992 pp. 130-132, 187-192 et 361-366.

DALHUISEN Jan H. (1994). «Security in Movable and Intangible Property. Finance Sales, Future Interests and Trusts». In HARTKAMP Arthur S. et al. (dir.), *Toward a European Civil Code*, pp. 361-389. Nimègue (Ars Aequi Libri), Dordrecht e.a. (Martinus Nijhoff) 1994.

DAUNIZEAU Jean-Michel (1993). «Le dépôt fiduciaire». In *Banque & Droit* (Paris) n° 30 (juillet-août 1993), pp. 14-16.

DESPLAND Pierre-Yves (1994). «Aspects prudentiels des opérations fiduciaires, surveillance des banques et des marchés financiers, diligence et vigilance». In *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, pp. 109-130. Lausanne (CEDIDAC) 1994.

DREYER Dominique Alois (1981). *Le trust en droit suisse*. Thèse de Fribourg, Genève (Georg) 1981. [Etudes suisses de droit international, n° 21].

DROIN Jacques (1959). «Acte fiduciaire et représentation indirecte». In *Revue suisse de jurisprudence* 1959 pp. 137-141.

ELLAND-GOLDMITH Michael (1991). «Le trust: ses emplois bancaires et financiers». In *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, pp. 69-75. Paris (GLN) 1991.

ERZER Hans (1938). *Das fiduciarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Recht. Insbesondere die Möglichkeit einer beschränkten Aussonderung gemäss OR Art. 401*. Thèse de Bâle, 1938.

FERRERO Gérald (1994). «Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire». In *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, pp. 89-106. Lausanne (CEDIDAC) 1994.

FERRY Claude J. (1992). «The Fiducie: A Trust à la Française». In *Journal of international banking law* (Oxford) 1992 pp. 462-465.

FLATTET Guy (1990). «Le trust en droit suisse». In *Revue juridique et politique* (Le Vésinet Paris) 1990 pp. 263-272.

GAILLARD Emmanuel (1990). «Les enseignements de la convention de La Haye du 1.7.85 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance». In *Revue juridique et politique* (Le Vésinet Paris) 1990 pp. 304-320.

GAILLARD Emmanuel, TRAUTMAN Donald T. (1986). «La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance». In *Revue critique de droit international privé* (Paris) 1986 pp. 1-31.

— (1987). «Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts». In *American Journal of Comparative Law* (Baltimore) 1987 pp. 307-340.

GAUTSCHI Georg (1958). «Die Causa fiduziarischer Rechtsübertragungen». In *Revue suisse de jurisprudence* 1958 pp. 245-253 et 268-272.

— (1967). «Eigentumsverhältnisse am Treuhandvermögen». In *Revue suisse de jurisprudence* 1967 pp. 5-8.

— (1976). «Subrogation und Aussonderung von beweglichen Treuhandvermögen». In *Revue suisse de jurisprudence* 1976 pp. 317-328.

GERSTER Stefan (1991). *Das Escrow Agreement als obligationenrechtlicher Vertrag*. Thèse, Zurich (Schulthess) 1991. [Zürcher Studien zum Privatrecht, n° 87].

GERSTLE Leo (1917). *Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht*. Thèse de Berne, 1917. [Abhandlungen zum schweiz. Recht, n° 78].

GERVEN Walter van (1960). «La forme juridique d'un 'investment trust' en Belgique, en France et aux Pays-Bas». In *Revue internationale de droit comparé* (Paris) 1960 pp. 527-558.

GIOVANOLI Mario (1991). «Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse». In *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, pp. 31-55. Paris (GLN) 1991.

— (1994). «La fiducie suisse aujourd'hui: bilan, stratégies et perspectives». In *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, pp. 189-229. Lausanne (CEDIDAC) 1994.

GOYET Charles (1990). «Remarques sur la cession de créances au Fonds commun de créances». In *Revue de jurisprudence commerciale* (Paris) 1990 pp. 241-246.

GRAZIADEI Michele (1990). Proprietà fiduciaria, e proprietà mandatorio. In *Quadrimestre Rivista di diritto privato* (Milan) 1990 pp. 1-13.

GROB Gerhard (1985). «Rechtliche Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders». In *L'expert-comptable suisse* 1985 pp. 225-229.

— (1986). «Rechtliche Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders». In *Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs* 1986 pp. 1-10.

GUBLER Friedrich T. (1940). *Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach schweizerischem Recht. Rechtswirklichkeit, Rechtsdogma, Rechtskritik. Mit einem Beitrag zum Problem des Treuhandrechtes*. Thèse de Zurich, 1940. [Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft n.F., n° 71].

— (1954). «Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?» Rapport présenté au Congrès de la Société suisse des juristes. In *Revue de droit suisse* 1954 II pp. 215a-476a.

GUISAN François (1937). «La fiducie en droit suisse». In *La fiducie en droit moderne - Rapports préparatoires à la Semaine internationale de droit*, pp. 93-116. Paris (Association des juristesd e langue française) 1938.

GUTZWILLER Peter Max (1985). «Der Trust in der Schweizerischen Rechtspraxis». In *Annuaire suisse de droit international* 1985 pp. 53-56.

HÄNSELER Peter (1991). *Die Globalzession*. Thèse, Zurich (Schulthess) 1991.

HANSMANN Henry, MATTEI Ugo (1994). *The comparative law and economics of trusts*. version préliminaire, décembre 1994. [multicopié].

HATEBUR Martin (1992). *Die Treuhandanlage, ein fiduziarisches Bankgeschäft*. Thèse de Bâle, 1992.

HEINI Anton (1991). «Der treuhänderische Gesellschafter und Art. 401 OR». In *Richter und Verfahrensrecht - Festgabe 150 Jahre Obergericht Luzern*, pp. 187-195. Berne (Stämpfli) 1991.

HELG Pierre (1982). *Le placement et le crédit fiduciaires en droit suisse*. Thèse de Genève, 1982.

HIRSCH Alain (1967). «Le champ d'application de la loi fédérale sur les fonds de placement». In *Septième journée juridique*, pp. 65-80. Genève (Georg) 1967. [Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n° 23].

— (1977). La loi fédérale sur les fonds de placement. I: Généralités et bibliographie. II: Champ d'application. III: Le contrat de placement collectif. Genève 1977. [Fiches juridiques suisses n° 1306, 1307 et 1308].

HONSELL Heinrich (1993). «Treuhand und Trust in Schuldbetreibung und Konkurs». In *recht* 1993 pp. 73-76.

HOSS Philippe (1991). «L'expérience luxembourgeoise». In *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, pp. 21-28. Paris (GLN) 1991.

IMBACH Martin (1992). «Perspektive der schweizerischen Treuhandbranche». In *Bewertung, Prüfung und Beratung in Theorie und Praxis - Festschrift für Carl Helbling*, pp. 235-244. Zurich (Treuhand-Kammer) 1992.

JÄGGI Peter (1962). «Die Eigentumsverhältnisse bei Anlagefonds». In *Revue suisse de jurisprudence* 1962 pp. 129-133.

— (1967). «La loi sur les fonds de placement». In *Journal des Tribunaux* 1967 I pp. 266-241.

JAHN Uwe (1991). «La Treuhand dans la pratique bancaire allemande». In *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, pp. 61-67. Paris (GLN) 1991.

JAUFFRET-SPINOSI Camille (1987). «La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985)». In *Journal du droit international* (Paris) 1987 pp. 23-73.

JEANPRETRE Raymond (1969). «Le contrat de placement collectif dans le système du droit des obligations». In *Mélanges Wilhelm Schönenberger*, pp. 287-307. Fribourg (Ed. Universitaires) 1969.

JEANTET Fernand-Charles (1990). «Projet d'introduction du trust en France sous le nom de fiducie». In *Revue juridique et politique* (Le Vésinet Paris) 1990 pp. 280-293.

JOST Arthur (1953). «Der Übergang von Eigentums- und Forderungsrechten vom Beauftragten auf den Auftraggeber (Art. 401 OR)». In *Revue de droit suisse* 1953 I pp. 131-142.

KELLER Rolf (1944). *Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Zivilrecht*. Thèse de Berne, 1944.

KLEIN Frédéric-Edouard (1989). «De la cession globale de créances à titre de garantie». In *Mélanges Pierre Engel*, pp. 207-219. Lausanne (Faculté de droit) 1989.

— (1990). «A propos de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance». In *Mélanges Paul Piotet*, pp. 467-483. Berne (Stämpfli) 1990.

KOLLHOSSER Helmut (1989). «Drittaufrechnung und Aufrechnung in Treuhandfällen». In *Festschrift für Rudolf Lukes*, pp. 721-742. Cologne e.a. (Heymanns) 1989.

KREFT Gerhard (1992). «Treuhandkonto und Geschäftsfortführung bei Insolvenz». In *Festschrift für Hans Merz*, pp. 313-331. Cologne (Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern) 1992.

LANDOLF Urs, GRAF Thomas (1994). «Der Trust im schweizerischen Steuerrecht». In *Archives de droit fiscal suisse* 1994 pp. 1-29.

LEFEBVRE Olivier (1990). *Sécuritisation et intermédiation financière de dépôts*. Louvain-la-Neuve (CIACO) 1990.

LE GALL Jean-Pierre (1992). «Le concept de fiducie dans le projet de loi sur la fiducie». In *Gazette du Palais* (Paris), juillet-août 1992, pp. 507-510.

LEMAITRE Henri, GLANSDORF François (1990). «La titrisation des créances bancaires au regard du droit belge». In *Revue de la Banque* (Bruxelles) 1990 pp. 561-574.

LEPAULLE Pierre (1929). *Les fonctions du trust et les institutions équivalentes en droit français*. Agen (Imp. Moderne) 1929.

— (1932). Traité théorie et pratique des trusts, en droit interne, en droit fiscal et en droit international. Paris (Rousseau) 1932.

LOMBARDINI Carlo (1988). «Il contratto fiduciario nel diritto bancario svizzero». In *Diritto della banca e del mercato finanziario* (Padoue) 1988 pp. 313-328.

LUPOI Maurizio (1994). *Introduzione ai Trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto italiano*. Milan (Giuffrè) 1994.

MADAY Denis (1942). *Actes fiduciaires. I: Notion. II: Effets. Cessions fiduciaires. Homme de paille. I: Notion. II: Effets, cas d'intervention*. Genève 1942. [Fiches juridiques suisses, n° 732, 732a, 733 à 736].

MAILLARD Philippe (1994). «Le régime fiscal et comptable des opérations fiduciaires». In *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, pp. 57-87. Lausanne (CEDIDAC) 1994.

MAZZONI A. (1985). «Les opérations fiduciaires en droit italien». In *Les opérations fiduciaires - Colloque de Luxembourg*, pp. 335-353. Paris (Feduci, LGDJ) 1985.

McAULEY Michael, TALPIS Jeffrey (1992). «The Quebec Trust in the "Real World"». In *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec - Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991*, pp. 53-72. Cowanswille, Québec (Y. Blais) 1992.

McCLEAN A.J. (1992). «The Trust in the Civil Code of Quebec». In *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec - Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991*, pp. 89-108. Cowanswille, Québec (Y. Blais) 1992.

MEDUS Jean-Louis (1993). «Conventions de portage et information comptable et financière». In *Revue des sociétés* (Paris) 1993 pp. 509-560.

MEINERTZHAGEN-LIMPENS Anne (1985). «Les opérations fiduciaires en droit néerlandais». In *Les opérations fiduciaires - Colloque de Luxembourg*, pp. 391-420. Paris (Feduci, LGDJ) 1985.

MERZ Hans (1975). «Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR». In *Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse*, pp. 451-464. Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1975.

MÜLLER Viktor (1972). «Zur Frage der Bilanzierung von Treuhandverhältnissen». In *Aspekte der Rechtsentwicklung*, pp. 117-125. Zurich (Schulthess) 1972.

— (1974). «Das Treuhandverhältnis». In *Revue suisse du notariat et du registre foncier* 1974 pp. 257-277.

NICKEL-SCHWEIZER Gaby (1977). *Rechtsvergleichender Beitrag zum fiduziarischen Eigentum in Deutschland und in der Schweiz*. Thèse de Bâle, Bâle e.a. (Helbing & Lichtenhahn) 1977. [Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen].

OERTLE Matthias (1993). «Asset Securitization in der Schweiz». In *Revue suisse de droit des affaires* 1993 pp. 153-171.

OMMESLAGHE Pierre van (1985). «Rapport de synthèse». In *Les opérations fiduciaires - Colloque de Luxembourg*, pp. 421-453. Paris (Feduci, LGDJ) 1985.

OVERBECK Alfred von (1985a). «Rapport explicatif». In *Actes et documents de la Quinzième session (1984)*. Tome II: *Trust - loi applicable et reconnaissance*, pp. 370-417. La Haye (Bureau Permanent de la Conférence) 1985.

— (1985b). «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* 1985 pp. 30-38.

PAULTRE de LAMOTTE Jacques (1992). «L'utilisation du trust par les institutions financières». In *Banque & Droit* (Paris) 1992 pp. 168-170.

PEGUET Patrick, FRANÇOIS-MARSAL Hubert (1991). «Fiducie et portage, quelques remarques complémentaires». In *Banque & Droit* (Paris) 1991 pp. 64-65.

PELICHET Michel (1994). «Le trust et les institutions analogues - La Convention de La Haye du premier juillet 1985». In *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, pp. 133-186. Lausanne (CEDIDAC) 1994.

PEZARD Alice (1990). «Les diverses applications de la fiducie dans la vie des affaires». In *Revue de droit bancaire et de la bourse* (Paris) 1990 pp. 108-110.

PEZARD Alice et al. (1989). «La defeasance». In *Revue de droit bancaire et de la bourse* (Paris) 1989 pp. 51-62.

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*, pp. 25-54. Lausanne (CEDIDAC) 1994.

REGELSBERGER Ferdinand (1880). «Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession». In *Archiv für die civilistische Praxis* (Heidelberg, Tubingue) 63 [1880] pp. 157-207.

REYMOND Claude (1948). *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*. Thèse de Lausanne, 1948.

— (1954). «Le trust et le droit suisse». Rapport présenté au Congrès de la Société suisse des juristes. In *Revue de droit suisse* 1954 II pp. 121a-214a.

— (1971). «Le trust et l'ordre juridique suisse». In *Journal des Tribunaux* 1971 I pp. 322-329.

— (1974). «L'arrêt Feras Anstalt et consorts c. Vallugano SA et l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'acte fiduciaire». In *Journal des Tribunaux* 1974 I pp. 596-600.

— (1989). «Acte fiduciaire ou acte simulé? Réflexions sur quelques arrêts récents». In *Semaine judiciaire* 1989 pp. 649-663.

— (1991). «Réflexions de droit comparé sur la Convention de La Haye sur le trust». In *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruxelles) 1991 pp. 7-24.

REYMOND Claude *et al.* (1994). *Droit et pratiques des opérations fiduciaires en Suisse*. Lausanne (CEDIDAC) 1994. [Publications CEDIDAC, n° 29].

REYMOND Claude, REVACLIER Jacques (1985). «Les opérations fiduciaires en droit suisse». In *Les opérations fiduciaires - Colloque de Luxembourg*, pp. 421-453. Paris (Feduci, LGDJ) 1985.

ROSSIER Yves (1989). «Etude comparée de certains aspects patrimoniaux de la fiducie». In *Revue de droit de McGill* (Montréal) 34 [1989] pp. 816-907.

RÜEDE-BUGNON Ute (1978). *Fiduziarische Rechtsgeschäfte, die ein Markenrecht zum Gegenstand haben*. Thèse, Berne (Stämpfli) 1978.

RYSER Walter (1988). «Convention de diligence et trusts». In *Société anonyme suisse* 1988 pp. 49-54.

SANTONI Giuseppe (1993). «Fideiussione omnibus ed eredi del fideiussore». In *Banca Borsa e Titoli di Credito* (Milan) 1993 pp. 15-48.

SCHMIDT D., WITZ C., BISMUTH J.L. (1985). «Les opérations fiduciaires en droit français». In *Les opérations fiduciaires - Colloque de Luxembourg*, pp. 305 ss. Paris (Feduci, LGDJ) 1985.

SCHNITZER Adolf Friedrich (1963). «Die Treuhand (der Trust) und das internationale Privatrecht». In *Gedächtnisschrift Ludwig Marxer*, pp. 53-113. Zurich (Schulthess) 1963.

— (1965). «Trust und Stiftung». In *Revue suisse de jurisprudence* 1965 pp. 197-207 et pp. 213-218.

SCHÖNLE Herbert (1957). *Die Einmann- und Strohmanngesellschaft*. Thèse de Fribourg (Suisse), Linden b. München (Baumann) 1957.

— (1959). *Le rapport fiduciaire en droit suisse*. Thèse d'habilitation, Genève 1959. [Mémoire présenté à la Faculté de droit de Genève en vue de l'obtention du Prix Joseph-des-Arts. Multicopié].

— (1979). «Inscription au bilan de placements et de crédits fiduciaires ?». In *Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer*, pp. 395-410. Genève (Georg) 1979.

SCHWARTZ Martin (1966). «Essai d'analyse de la propriété en main commune de plusieurs fiduciaires». In *Revue suisse de jurisprudence* 1966 pp. 319-322.

Securitization (1993). *An international guide*. Londres (Euromoney) 1993. [Supplément à *International Financial Law Review*, août 1993].

SERVIEN Louis-M. (1958). *Les fonds de placement collectif en Suisse (investment trusts).* Thèse de licence, Lausanne 1958.

SIEBERT Wolfgang (1933). *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem*. Thèse d'habilitation de Halle, Marbourg (N.G. Elwert, G. Braun) 1933. Réimpression 1971. [Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, n° 68].

STAEHELIN Thomas (1973). *Die Treuhandanlage. Ein Beitrag zur Frage des Treuhandrechts im Bankgeschäft*. Thèse de Bâle, 1973.

STAPLETON Basil D. (1992). «Codification of Trust Law: Who Needs it?». In *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec - Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991*, pp. 73-88. Cowanswille, Québec (Y. Blais) 1992.

STAUDER Bernd et Hildegard (1986). «Wirksamkeitsvorsaussetzungen für Forderungsabtretungen, insbesondere zu Sicherungszwecken, in der Schweiz». In HADDING Walther, SCHNEIDER Uwe H. (éd.), *Die Forderungsabtretung insbesondere zur Kreditsicherung, in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen*, pp. 291-312. Berlin (Duncker & Humblot) 1986.

STEIGER Fritz von (1936). «Fiduziarische Aktienzeichnung». In *Société anonyme suisse* 9 [1936-1937] pp. 95-97.

STEMPNIERWSKY Yvan (1990). «L' in-substance defeasance». In *Revue générale de fiscalité* (Belgique) 1990 pp. 270-280.

SUPINO Pietro (1994). *Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht*. Thèse de Saint-Gall, Zurich 1994. [St. Galler Studien zum international Recht, n° 17].

TERRAY Jacques (1990). *La titrisation des crédits.* Paris (Gide Loyrette Nouel; Joly) 1990.

THORENS Justin (1989). «Le trust de Common Law dans les systèmes de droit civil et l'arrêt Tucker de la Cour suprême du Canada». In *Festschrift für Walther J. Habscheid*, pp. 325-334. Bielefeld (Gioeseking) 1989.

VALUET Jean-Paul, SEKFALI Zina (1993). «La société émettrice et l'intermédiaire financier français face au trustee et au nominee». In *Revue de droit bancaire et de la bourse* (Paris) 1993 pp. 147-155.

WACH Th. (1987). «Die angelsächsischen Trusts und die schweizerische Rechtsordnung». In *Revue suisse de jurisprudence* 1987 pp. 209-211.

WALDIS Markus J. (1981). *Analyse der Haftpflichtsituation des Treuhänders*. Thèse, Zurich (ADAG) 1981.

WÄLLI Pierre (1969). *Das reine fiduziarische Geschäft*. Thèse, Zurich (Schulthess) 1969.

WATERS Donovan W.M. (1990). «Unification or Harmonization? Experience with the Trust Concept». In *Mélanges Alfred E. von Overbeck*, pp. 591-609. Fribourg (Ed. Universitaires) 1990.

WALTER Gerhard (1974). *Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Treuhand*. Tubingue 1974.

WATTER Rolf (1995). «Die Treuhand im Schweizer Recht». Rapport présenté à la Société suisse des juristes. In *Revue de droit suisse* 1995 II ....

WEHRLI Thomas (1993). *Die vertragliche Abtretung von Forderungen: insbesondere Voraus- und Globalzession und deren Behandlung bei Konkurs des Zedenten*. Thèse, Berne (Stämpli) 1993. [Abhandlungen zum schw. Recht, n° 541].

WIEGAND Wolfgang (1979). «Kreditsicherung und Rechtsdogmatik». In *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, pp. 283-308. Berne, Stuttgart (Haupt) 1979.

— (1980). «Fiduziarische Sicherungsgeschäfte». In *Revue de la Société des juristes bernois* 1980 pp. 537-567.

— (1982a). «Akzessorietät und Spezialität. Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand». In *Probleme der Kreditsicherung - Berner Tage für die juristische Praxis 1981*, pp. 35-54. Berne (Stämpfli) 1982.

— (1982b). «Trau, schau, wem - Bemerkungen zur Entwicklung des Treuhandrechts in der Schweiz un in Deutschland». In *Festschrift für Helmut Coing*, pp. 565-591. Munich (Beck) 1982.

WITZ Claude (1981). *La fiducie en droit privé français*. Paris (Economica) 1981.

— (1991). «Rapport introductif. Les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe, et observations finales». In *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, pp. 9-20, 83-86. Paris (GLN) 1991.

WITZ Claude *et al.* (1991). *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens - Allemagne, Angleterre, Liechstenstein, Luxembourg, Suisse*. Paris (GLN) 1991. [Bulletin Joly 1991, n° 4bis].

WOLF Ernst (1955). «Bemerkungen zum Aussonderungsrecht des Fiduzianten bei der Zwangsvollstreckung gegen den Fiduziar». In *Aequitas et bona fides - Festgabe August Simonius*, pp. 425-435. Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1955.

WYLER Marcus (1935). «Für ein schweizerisches Treuhandrecht». In *Revue suisse de jurisprudence* 1935 pp. 129-134.

— (1937). «Über das Treuhandrecht». In *Revue de droit suisse* 1937 pp. 293-351.

YUNG Walter (1952). «Simulation, fiducie et fraude à la loi». In *Mélanges Sauser-Hall* (1952), pp. 139-161; reproduit in *Etudes et articles*, pp. 162-184. Genève (Georg) 1971.

ZOBL Dieter (1981). «Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen». In *Revue suisse du notariat et du registre foncier* 1987 pp. 281-294.

— (1989). «Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung - eine Standordtbestimmung». In *Revue suisse de jurisprudence* 1989 pp. 349-359.

— (1994). Die Aussonderung von liechstensteinischem Treuhandgut in der schweizerischen Zwangsvollstreckung. Zurich (Schulthess) 1994. [Schw. Schriften zum Bankrecht, 21].

ZWICKER Stefan (1988). «Verrechnugsverbot zulasten des treuhänderischen Vermögensverwalters?». In *L'expert-comptable suisse* 1988 pp. 44-46.

B. Autres références

AEPLI Viktor (1991). *Zürcher Kommentar*, t. V/1h: *Das Erlöschen der Obligationen* [Art. 114-126 OR]. 3e éd., Zurich (Schulthess) 1991.

ARMINJON Pierre, CARRY Paul (1938). *La lettre de change et le billet à ordre*. Bruxelles (Larcier), Paris (Dalloz) 1938.

BANQUE NATIONALE SUISSE (1993). *Les banques en Suisse 1993* [n° 78]. Zurich (BNS, Direction de la statistique) 1994.

BREHM Roland (1986-1990). Berner Kommentar, t. VI/1/3: *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen* [Art. 41-61 CO]. Berne (Stämpfli) 1986-1990.

BÜREN Bruno von (1964). *Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil*. Zurich (Schulthess) 1964.

CABRILLAC Michel (1993). «Le nouveau code civil du Québec». In *Dalloz* (Paris) 1993 Chronique pp. 267-271.

CABRILLAC Michel, MOULY Christian (1993). *Droit des sûretés*. 2e éd., Paris (Litec) 1993.

CARBONNIER Jean (1991). *Droit civil*, t. 3: *Les biens*. 11e éd., Paris (PUF) 1991.

CHAMBRE FIDUCIAIRE [Chambre suisse des experts comptables, fiduciaires et fiscaux] (1992). *Manuel suisse de révision 1992*. 2 tomes, Zurich (Chambre fiduciaire) 1992.

CHORUS J.M.J et al. (1993). *Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers*. 2e éd., Deventer, Boston (Kluwer) 1993.

COING Helmut (1989). *Europäisches Privatrecht*, t. II: *19. Jahrhundert*. Munich (Beck) 1989.

COOPERS & LYBRAND, RIVETT Phil, SPEAK Peter (dir.) (1991). *The financial jungle - a guide to financial instruments*. 2e éd., Londres (IFR Publishing) 1991.

DALLÈVES Louis (1985). «Exécution forcée dans les opérations d'accréditif». In *Société anonyme suisse* 1985 pp. 14-23.

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE (1900-1902). *Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet*. 3 vol., Berne (Büchler) 1900-1902.

— (1914). Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. 2e éd., 2 vol., Berne (Buchdruckerei Büchler & Co.) 1914.

DERENDINGER Peter (1988). *Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*. Thèse, Fribourg (Ed. Universitaires) 1988. [Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg Suisse, n° 87].

DESCHENAUX Henri, STEINAUER Paul-Henri (1987). *Le nouveau droit matrimonial*. Berne (Stämpfli) 1987.

DESSEMONTET François (1987). «Les contrats de service». Rapport présenté à la Société suisse des juristes. In *Revue de droit* suisse 1987 II pp. 93-224.

ENGEL Pierre (1973). *Traité des obligations en droit suisse*. Neuchâtel (Ides et Calendes) 1973.

FELLMANN Walter (1992). *Berner Kommentar*, t. VI.2.4: *Der einfache Auftrag* [Art. 394-406 OR]. Berne (Stämpfli) 1992.

FOËX Bénédict (1987). *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*. Thèse de Genève, Payot (Lausanne) 1987. [Collection juridique romande].

FRANKEL Tamar (1991). *Securitization: structured financing, financial assets pools, and asset-backed securities*. 2 vol., Boston e.a. (Little Brown) 1991.

GAUCH Peter, SCHLUEP Walter R. (1991). *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*. 2 vol., 5e éd., Zurich (Schulthess) 1991.

GAUTSCHI Georg (1971). *Berner Kommentar*, t. VI/2: *Der einfache Auftrag* [Art. 394-406 OR]. 3e éd., Berne (Stämpfli) 1971.

GILLIÉRON Pierre-Robert (1989). «Les laissés-pour-compte dans l'exécution forcée selon la LP». In *Centenaire de la LP*, pp. 87-114. Zurich (Schulthess) 1989.

GROSSEN Jacques-Michel (1968). «La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat». In *Festgabe für Wilhelm Schönenberger*, pp. 121-136. Fribourg (Ed. Universitaires) 1968.

HARTKAMP Arthur S. (1990). «La révision du droit civil aux Pays-Bas 1947-1992». In *New Netherlands Civil Code / Nouveau Code civil néerlandais*, pp. XXVII-XLI. Deventer, Boston (Kluwer) 1990.

HARTWIEG Oskar (1994). «Die Publizität von Mobiliarsicherheiten im deutschen, US-amerikanischen und japanischen Recht». In *ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Cologne) 1994 pp. 96-115.

HOFSTETTER Josef (1994). *Traité de droit privé suisse*, t. VII/II,1: *Le mandat et la gestion d'affaires*. Fribourg (Ed. Universitaires) 1994.

HROMADKA Wolfgang (1970). «Geschichtliche Beiträge zu Fragen des Faustpfandprinzips im schweizerischen Zivilgesetzbuch». In *Revue de droit suisse* 1970 I pp. 117-158.

HUBER Eugen (1886-1893). *System und Geschichte des Schwerischen Privatrechts*. 4 vol., Bâle (Reich) 1886-1893.

JÄGGI Peter, DRUEY Nicolas, GREYERZ Christoph von (1985). *Wertpapierrecht*. Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1985.

JÄGGI Peter, GAUCH Peter (1980). *Zürcher Kommentar*, t. V.1.b: *Kommentar zu Art. 18 OR*. 3e éd., Zurich (Schulthess) 1980.

MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre (1972). *Droit civil*, t. I: *Introduction générale à l'étude du droit*. 2e éd., Paris (Sirey) 1972.

MAZEAUD Henri et al., GIANVITI François (1984). *Leçons de droit civil*, t. II/2: *Biens: Droit de propriété et ses démembrements*. 6e éd., Paris (Montchrestien) 1984.

MEIER-HAYOZ Arthur (1981). Berner Kommentar, t. IV/1/1: Das Eigentum [Syst. Teil & Art. 641-654 ZGB]. 5e éd., Berne (Stämpfli) 1981.

MEIER-HAYOZ Arthur, CRONE Hans-Caspar von der (1985). *Wertpapierrecht*. Berne (Stämpfli) 1985.

NOBEL Peter (1994). «Überblick über die neuere bankrechtliche Rechtsprechung im Zivilrecht». In *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, pp. 154-164. Berne (Stämpfli) 1994.

OFTINGER Karl (1975). *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, t. I. 4e éd., Zurich (Schulthess) 1975.

OFTINGER Karl, BÄR Rolf (1981). *Berner Kommentar*, t. IV.2c: *Das Fahrnispfand* [Art. 884-918 ZGB]. 3e éd., Zurich (Schulthess) 1981.

PERRIN Jean-François (1991). «Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique». In *Etudes Pierre Lalive*, pp. 141-150. Bâle, Francfort s.M. (Helbing & Lichtenhahn) 1991.

PIOTET Paul (1965). «Les actes de disposition de l'héritier ou du légataire grevé d'une substitution fidéicommissaire». In *Revue suisse de jurisprudence* 1965 pp. 249-258.

— (1969). *Traité de droit privé suisse*, t. IV: *Droit successoral*. Fribourg (Ed. Universitaires) 1969.

— (1986). *Le régime matrimonial suisse de la participation aux acquêts.* Berne (Stämpfli) 1986.

— (1988). «La réalisation d'une condition peut-elle avoir un 'effet réel'? Théorie du transfert de propriété». In *Revue de droit suisse* 1988 I pp. 359-373.

PLACE Marie-Hélène, CAUCHOIS LE MIERE Patrick (1993). *Guide pratique de la transmission du patrimoine en Europe*. Paris (Litec) 1993.

PLANTA Andreas von (1992). «Art. 425-438 CO». In [*Basler] Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*. Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1992.

REGELSBERGER Ferdinand (1893). *Pandekten*. 2 vol., Leipzig (Duncker & Humblot) 1893. [Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft].

REYMOND Jacques-André (1991). «Sociétés étrangères en Suisse: exit fraus legis». In *Etudes Pierre Lalive*, pp. 173-179. Bâle, Francfort s.M. (Helbing & Lichtenhahn) 1991.

RIEMER Hans Michael (1975). *Berner Kommentar*, t. I/3: *Die Stiftungen* [Art. 80-89bis ZGB]. 3e éd., Berne (Stämpfli) 1975.

RIVIER Jean-Marc (1980). *Droit fiscal suisse - L'imposition du revenu et de la fortune*. Neuchâtel (Ides & Calendes) 1980.

SCHLUEP Walter R. (1989). «Schuldrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch». In *Festschrift Max Keller*, pp. 261-298. Zurich (Schulthess) 1989.

SÈVE R. (1979). «Déterminations philosophiques d'une théorie juridique: La 'Théorie du patrimoine' d'Aubry et Rau». In *Les biens et les choses en droit*, pp. 247-257. Paris (Sirey) 1979.

SPIRIG Eugen (1993). *Zürcher Kommentar*, t. V.1k: *Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme* [Art. 164-174 OR]. Zurich (Schulthess) 1993.

STEINAUER Paul-Henri (1981). «La propriété privée aujourd'hui». Rapport présenté à la Société suisse des juristes. In *Revue de droit suisse* 1981 II pp. 117-246. .

THÉVENOZ Luc (1985). «Propriété et gage sur la marchandise et son titre représentatif dans le crédit documentaire». In *Société anonyme suissse* 1985 pp. 1-13.

— (1987). *Le travail intérimaire*. Thèse de Genève, Lausanne (Payot) 1987. [Collection juridique romande].

— (1990). «L'action de groupe en procédure civile suisse». In *Rapports suisses présentés au XIIIème Congrès international de droit comparé*, pp. 129-155. Zurich (Schulthess) 1990.

TSCHUMY Jean-Luc (1986). *La revendication de droits de nature à soustraire un bien à l'exécution forcée*. Thèse de Lausanne, 1986.

TUHR Andreas von, PETER Hans (1979). *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*. 3e éd., t. I, Zurich (Schulthess) 1979.

WEBER Rolf H. (1992). «Aktuelle Probleme des einfachen Auftrages». In *Pratique juridique actuelle* 1992 pp. 177-189.

WEISER Felix (1936). *Trusts on the Continent of Europe. A study in comparative law with an annex containing suggestions for the drafting of general bonds of international government loans*. Londres (Sweet & Maxwell) 1936.

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

— (1991). «La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier: la clé de l'interprétation de l'art. 404 CO». In *Droit de la construction* 1991 pp. 55-61.

ZOBL Dieter (1982). *Berner Kommentar*, t. IV/2/5/1: *Das Fahrnispfand* [Art. 884-887 ZGB]. 2e éd., Berne (Stämpfli) 1982.

ZUFFEREY-WERRO Jean-Baptiste (1988) (1988). *Le contrat contraire aux bonnes moeurs. Etude systématique de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux bonnes moeurs en droit suisse des contrats*. Thèse, Fribourg (Ed. Universitaires) 1988. [Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, n° 89].

ZULAUF Urs (1994). «Gläubigerschutz und Vertauensschutz - zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz». Rapport présenté à la Société suisse des juristes. In *Revue de droit suisse* 1994 II pp. 359-535.

VII. Abréviations

Outre les abréviations usuelles et celles figurant dans la table publiée chaque année au *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral*, on a employé les abréviations suivantes:

aCO	Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 (RO V [1880-1881] 577)
aCP	Code pénal suisse dans sa teneur antérieure à la modification du 17 juin 1994 (RO 1994 2290)
aLFP	Loi fédérale sur les fonds de placement du 1er juillet 1966 (RO 1967 125)
c.	considérant
CcC	Code civil du Québec du 18 décembre 1991
e.g.	*exempla gratia*
ECS	*L'expert-comptable suisse*
JO	Journal officiel
LFP	Loi fédérale sur les fonds de placement du 18 avril 1994 (RO 1994 2523)
nLP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1989 (RS 281.1) telle qu'elle résulte de la modification du 16 décembre 1994 (FF

	1994 V 977-1068)
rés.	résumé
RGZ	*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*