



Chapitre de livre

2000

Published version

Open Access

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

Patrimoines fiduciaires et exécution forcée

Thévenoz, Luc

How to cite

THÉVENOZ, Luc. Patrimoines fiduciaires et exécution forcée. In: *Insolence, désendettement et redressement : études réunies en l'honneur de Louis Dallèves*. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2000. p. 345–369.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8301>

Patrimoines fiduciaires et exécution forcée

Luc Thévenoz

*Professeur à l'Université de Genève
directeur du Centre d'études juridiques européennes*

Dans un environnement juridique qui évolue toujours plus rapidement, il est frappant de constater combien chaque juriste reste marqué par les principes essentiels qu'il a appris de ses maîtres sur les bancs de la faculté. C'est là sans doute l'une des explications du conservatisme intrinsèque, quasi institutionnel, du barreau et de la magistrature. Et pourtant, le véritable talent d'un professeur ne se mesure pas seulement aux énoncés fondamentaux que ses étudiants retiennent de son enseignement, mais aussi – et peut-être plus encore – à l'art particulier avec lequel il en montre la portée et les limites, il explique de quelle manière ces principes interagissent et comment ils évoluent au gré des changements de la société civile et politique et des transformations économiques. La présente contribution se veut un hommage au talent particulier du professeur Louis Dallèves qui, en s'intéressant au nombre remarquable de domaines juridiques dont sa bibliographie atteste, l'a toujours fait en conciliant le souci de la cohérence de l'ordre juridique avec une liberté sereine face aux tentations dogmatiques.

Chacun répond de ses dettes sur tous ses biens. Ce principe, dit de l'*unité* (ou de l'*unicité*) du patrimoine¹, est sans doute le point de départ de tout enseignement de l'exécution forcée². Même si le droit suisse³ ne l'énonce pas

¹ Cf. L. THÉVENOZ, "La fiducie, cendrillon du droit suisse", RDS 1995 II 253 ss, 322-324 et références. Adde A.M. FRISON-ROCHE *et al.*, *Sociologie du patrimoine: La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine (dans la perspective de la fiducie)*, Paris (Université Panthéon-Assas, Laboratoire de sociologie juridique), juillet 1995 [multicopié].

² P.-R. GILLIÉRON, *Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne 1999, n° 31 ad remarques introductives; A. VON TUHR & H. PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht*, vol. 1, 3^e éd., Zurich 1974, p. 18 s.

³ Cf. art. 197 al. 1 LP: "Tous les biens saisissables du failli au moment de l'ouverture de la faillite forment une seule masse, quel que soit le lieu où ils se trouvent, et sont affectés au paiement des créanciers."

avec la même force que le Code civil français⁴, il en est néanmoins imprégné. En atteste l'absence, aujourd'hui encore, d'une véritable théorie des patrimoines spéciaux (ou séparés, *Sondervermögen*). Une lecture superficielle de nos codes pourrait faire croire que le seul moyen de séparer certains actifs de son patrimoine général pour limiter sa responsabilité en les affectant exclusivement à une activité ou à un but particuliers consiste à créer avec d'autres une association (sans but lucratif), une société de capitaux (il faut être plusieurs, mais la pratique a pris de grandes libertés par rapport à la loi) ou à conférer à un patrimoine la personnalité juridique en l'érigéant en fondation (dont les buts sont limités par la loi). Lorsque du reste le droit suisse n'est pas assez accommodant, on peut constituer une société conformément à un droit étranger plus tolérant, dont notre droit international privé, très libéral, assurera presque inmanquablement la reconnaissance⁵.

Si, d'un point de vue socio-psychologique, la personnalité juridique est une forme particulière de fiction, elle ne met pas en cause les certitudes viscérales du juriste puisqu'elle respecte le principe que toute personne (naturelle ou morale) a un et un seul patrimoine.

Chaque juriste sait que notre ordre juridique reconnaît néanmoins certaines masses patrimoniales particulières qui sont, dans une mesure plus ou moins grande, soumises à un régime juridique distinct du patrimoine général de son propriétaire. Ces masses sont étudiées pour elles-mêmes, certains parallèles relevés, mais il nous manque encore une théorie opérationnelle des patrimoines spéciaux. J'aimerais ici montrer qu'une telle théorie est nécessaire pour comprendre et justifier le sort particulier des biens fiduciaires dans l'exécution forcée, *de lege lata et ferenda*.

I. Distraction des biens fiduciaires dans l'exécution forcée

On sait que l'histoire moderne de la fiducie en Suisse repose d'abord sur la reconnaissance jurisprudentielle d'une institution née de la vie des affaires

⁴ Art. 2093 CCfr.

⁵ Cf. ATF 117 II 494, confirmé par TF, SJ 1998 167; J.F. PERRIN, "Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique" et J.A. REYMOND, "Sociétés étrangères en Suisse: exit fraus legis", in *Etudes Pierre Lalive*, Bâle 1991.

qui fut simplement ignorée lors de la rédaction de nos codes⁶. Analysée comme une combinaison particulière (et déconcertante) d'un acte de disposition opposable *erga omnes* (transfert de la titularité de droits du fiduciaire en faveur du fiduciaire) et d'un contrat ne déployant en principe que des effets *inter partes* (obligations du fiduciaire de détenir, gérer voire disposer de ces droits conformément aux obligations qu'il a contractuellement assumées), la fiducie a servi de cadre juridique pour la gestion collective des droits d'auteur⁷. Elle a été explicitement adoptée par le législateur pour les fonds de placement⁸ et, plus récemment, pour les portefeuilles internes des banques⁹. Les opérations fiduciaires des banques ont enfin reçu une consécration remarquable lors de la révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite¹⁰.

La déficience la plus remarquable et la plus critiquée de notre fiducie de droit commun est l'absence d'un régime particulier des biens fiduciaires dans l'exécution forcée requise par les créanciers personnels du fiduciaire¹¹. La discussion ne porte pas sur le *pourquoi* d'un tel traitement privilégié: depuis vingt ans au moins, il paraît acquis que les biens fiduciaires ne devraient pas répondre des dettes personnelles du fiduciaire et devraient donc recevoir un traitement particulier – et le fiduciaire être préféré aux autres créanciers du fiduciaire – parce qu'ils ne sont détenus par le fiduciaire que pour le compte, aux risques et profits exclusifs du fiduciaire. C'est d'ailleurs pourquoi ils sont comptabilisés "sous la ligne", hors-bilan. Les justifications de ce postulat sont rares cependant¹².

⁶ THÉVENOZ (n. 1), pp. 263-279.

⁷ THÉVENOZ (n. 1), pp. 322-324.

⁸ Loi fédérale sur les fonds de placement du 1^{er} juillet 1996 (RO 1967 125, 1971 808, 1974 1857). Le législateur choisit le modèle contractuel qui repose sur une structure fiduciaire, de préférence au modèle fondé sur la copropriété des porteurs de parts et à un troisième modèle, dit corporatif, reposant sur des sociétés de capitaux (SICAV); cf. THÉVENOZ (n. 1), pp. 279-282.

⁹ Art. 4 de la loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (RS 951.31).

¹⁰ Art. 16 et 37b de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0), introduits lors de la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 16 décembre 1994 (RO 1995 1227). Cf. en particulier U. BERTSCHINGER, "Zum Neuen bankengesetzlichen Aussonderungsrecht (Art. 16 und 37b BankG) – Parallelen und Unterschiede zu Art. 401 OR", PJA 1995 426-434; D. ZOBL, "Kollisionen zwischen Sachen- und Zwangsvollstreckungsrecht: Gedanken und Bemerkungen zum Ausbau der Aussonderungsrechte im Bankenkonskurs", in *Festschrift für Anton Heini*, Zurich 1995, pp. 543-560.

¹¹ Cf. en particulier R. WATTER, "Die Treuhand im Schweizer Recht", RDS 1995 II 179 ss, 219-226; H. HONSELL, "Treuhand und Trust in Schuldbetreibung und Konkurs", recht 1993 73 ss; THÉVENOZ (n. 1), pp. 314-328.

¹² Cf. THÉVENOZ (n. 1), pp. 316-325.

La discussion porte aujourd'hui sur le *comment*. Un grand pas fut franchi par le Tribunal fédéral dans son arrêt *Feras Anstalt c. Banque Vallugano* lorsque, en soumettant le contrat de fiducie-gestion (*fiducia cum amico*) aux règles du mandat, il appliqua l'art. 401 du Code des obligations pour permettre au fiduciaire de soustraire à la banqueroute de la banque le produit d'un dépôt interbancaire que celle-ci avait placé auprès d'un établissement étranger en son propre nom mais pour le compte de son client¹³. Ce droit de distraction (*Aussonderung*), que le législateur a formulé en des termes relativement étroits parce qu'il l'a conçu non pas pour les rapports fiduciaires mais pour des mandats de représentation indirecte tels que la commission d'achat¹⁴, présente cependant des lacunes évidentes: il porte sur les meubles et les créances, à l'exclusion des immeubles; il ne s'applique qu'aux biens acquis par le fiduciaire pour le compte du fiduciaire, mais pas à ceux que le fiduciaire a originellement remis au fiduciaire; enfin, la fongibilité des sommes d'argent empêche généralement leur distraction par le truchement de l'art. 401 CO¹⁵.

Malgré ces appels vigoureux, les tribunaux n'ont jusqu'ici pas estimé pouvoir s'écarter du texte légal pour étendre le champ d'application de l'art. 401 CO¹⁶. Même si le "carton jaune" que d'aucuns ont lu dans un arrêt du 13 août 1991¹⁷ semble avoir été implicitement "annulé" par les arbitres de Mon Repos¹⁸, il est évident que cette disposition légale n'offre qu'une protection partielle et donc lacunaire au fiduciaire. En particulier, elle ne garantirait pas aux auteurs la distraction des droits économiques cédés à titre fiduciaire aux sociétés commerciales qui exploitent ces droits si l'une d'elles devenait insolvable, une éventualité qui ne semble heureusement pas présenter une grande probabilité.

Alors que le législateur ne s'en est pas ému lorsqu'il remplaça la loi fédérale concernant la perception de droits d'auteurs de 1940 par la loi fédé-

¹³ ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, obs. Cl. REYMOND.

¹⁴ Les privilèges de faillite des art. 201 (titres au porteur ou à ordre remis à fin d'encaissement) et 202 (commission de vente) LP reposent sur la même idée que la masse ne doit pas être enrichie d'une valeur patrimoniale qui y transite exclusivement pour le compte d'autrui.

¹⁵ ATF 102 II 103, 106; 102 II 297, JdT 1978 II 67; TF, SJ 1990 637. Voir aussi la critique de U. BERTSCHINGER, "Für eine Neuorientierung bei der Aussonderung im Konkurs des Beauftragten", PJA 1993 1440-1446.

¹⁶ Intervention du Juge fédéral H.P. Walter, RDS 1995 II 521.

¹⁷ ATF 117 II 429 c. 3a, JdT 1994 II 2.

¹⁸ ATF 124 III 350 c. 2, JdT 1999 I 362 et ATF 122 III 361 c. 3a, JdT 1997 I 206, qui tous deux ne font aucune mention de l'arrêt de 1991, *supra* note 17.

rale sur le droit d'auteur de 1992, il a en revanche pris un soin particulier à régler cette éventualité pour les fonds de placement, les portefeuilles collectifs internes et les opérations fiduciaires des banques. Dès 1966 pour les premiers¹⁹, 1994 pour les deuxièmes et 1995 pour les dernières, il consacra la distraction automatique (*Absonderung*) des valeurs détenues à titre fiduciaire pour le compte des investisseurs. Outre qu'elle opère d'office, cette distraction se distingue de celle statué à l'art. 401 CO en ce qu'elle porte autant sur les biens acquis du fiduciaire que ceux acquis de tiers pour le compte du fiduciaire, qu'elle concerne les immeubles²⁰ autant que les meubles et les créances, et que les sommes d'argent détenues à titre fiduciaire sont suffisamment identifiées par leur comptabilisation hors bilan pour qu'il ne soit pas nécessaire que leur contre-valeur, lorsqu'elle est déposée auprès d'un tiers, le soit sur un compte séparé²¹.

Pour utile qu'elle soit, cette réglementation de certaines opérations financières fiduciaires reste notablement lacunaire. Ainsi, la LFP prévoit certes que les actifs du fonds ne répondent que des rémunérations et des frais dus à la direction conformément au règlement; elle ne dit pas si et comment ces actifs échappent au droit de compensation ou de rétention que des tiers dépositaires feraient valoir en raison d'autres créances qu'ils détiennent contre la direction du fonds. La loi sur les banques présume certes que les valeurs déposées chez des tiers sont "celles de ses clients"²²; mais on voit mal dans quelle mesure cette présomption est opposable à des établissements étrangers et comment elle parvient à soustraire ces valeurs à un droit de rétention ou de compensation. Un doute subsiste quant aux opérations fiduciaires des banques dans la mesure où l'on peut se demander si les valeurs remises à la banque à titre de sûretés fiduciaires (*fiducia cum creditore*) sont "détenues... pour le compte des clients déposants", conformément à la définition de l'art. 16 ch. 2 LB²³.

¹⁹ Art. 17 al. 1 de la loi du 1^{er} juillet 1996, *supra* note 8.

²⁰ L'art. 36 al. 2 lit. a LFP prescrit une publicité particulière en statuant que les immeubles "sont inscrits au registre foncier au nom de la direction, avec une annotation précisant leur appartenance au fonds immobilier".

²¹ Cf. *supra* note 15.

²² Art. 37b al. 2 LB.

²³ "für Rechnung von Depotkunden", "per conto dei clienti deponenti". Cf. B. FOËX, "Les actes de disposition sur les cédulas hypothécaires", in *Les gages immobiliers*, Bâle 1999, pp. 113-143 p. 128 s.

La raison de ce traitement législatif pointilliste et lacunaire de la fiducie tient précisément à la motivation de ces réglementations spéciales: le législateur a voulu garantir et améliorer le régime déficient de l'art. 401 CO. Bien qu'il consacre par là des patrimoines spéciaux distincts du patrimoine social des banques et des directions de fonds de placement, il n'en règle qu'un aspect particulier. C'est frappant pour les opérations fiduciaires des banques, où la retouche législative (art. 16 et 37b LB) se donne pour être le simple accessoire de l'*aggiornamento* de la LP. Cette approche est trop étroite parce qu'elle postule l'existence de masses de biens fiduciaires, identifiées par la comptabilité²⁴, mais ne règle pas les questions de droit matériel qui doivent être résolues pour assurer ce privilège de faillite. Pour ne mentionner que les deux principales: que se passe-t-il lorsqu'un bien fiduciaire est aliéné? Et de quelles dettes la masse des actifs fiduciaires répond-elle ou ne répond-elle pas?

II. Patrimoines spéciaux

Comme on l'a déjà relevé, il n'y a pas de théorie générale des patrimoines spéciaux (patrimoines séparés, *Sondervermögen*). Tous ne sont d'ailleurs pas dotés des mêmes propriétés ni ne sortissent les mêmes effets. La doctrine s'est attachée à définir la notion elle-même. MEIER-HAYOZ et STEINAUER exposent qu'un patrimoine spécial existe lorsque certains biens sont soumis à un régime juridique différent de celui qui caractérise le patrimoine général d'un sujet de droit, par exemple quant à la responsabilité aux dettes, l'administration des biens, leur jouissance ou encore leur transmissibilité en cas de décès²⁵. PIOTET relève qu'un patrimoine spécial constitue une universalité juridique susceptible de transmission par succession universelle²⁶. PIOTET et ENGEL

²⁴ La réglementation comptable qui figure aujourd'hui au chiffre 3.6 de l'art. 25 OB, au chiffre 4.4 de l'art. 25c OB et à l'art. 44 lettre g OB est bien antérieure aux art. 16 et 37b LB.

²⁵ "Zur Entstehung von Sondervermögen kommt es dort, wo ein bestimmter Vermögensteil rechtlich anders behandelt werden soll als das übrige Vermögen..." A. MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, t. IV.1, 1981, N. 57 Syst. Teil; P.H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. I, 3^e éd., Berne 1997, N. 90.

²⁶ P. PIOTET, *Le droit successoral*, Fribourg 1975 [Traité de droit privé suisse, t. IV], p. 11.

notent en outre qu'un patrimoine spécial est statué par le législateur pour être affecté à un but spécial²⁷.

Ainsi, ce qui est commun à tous les patrimoines spéciaux, c'est l'existence d'un régime juridique distinct du patrimoine général de leur(s) titulaire(s). Ce régime varie d'un cas à l'autre, mais il est possible de relever certains effets qui permettent un début de classement.

a) Certains patrimoines spéciaux ne déploient en réalité aucun effet externe particulier pendant toute leur existence. Ainsi les biens propres et les acquêts de chaque époux forment, dans le régime matrimonial légal, deux patrimoines séparés appartenant au même sujet du droit²⁸. Ces deux patrimoines répondent de la même manière de toutes les dettes contractées par leur propriétaire (art. 202 CC). Ils ne bénéficient d'aucun privilège de faillite. Leurs effets ne se manifestent en réalité qu'au moment de la liquidation du régime matrimonial²⁹. Encore sont-ils essentiellement limités aux ex-époux: les acquêts de chaque époux servent de base de calcul à la participation au bénéfice de l'autre (art. 215 CC). Le seul effet externe notable est l'action qui peut être dirigée contre les tiers bénéficiaires d'aliénations sujettes à réunion lorsque les biens d'un époux ne couvrent pas sa dette envers l'autre (art. 208 et 220 CC).

b) La plupart des patrimoines spéciaux connaissent un régime de *responsabilité aux dettes* particulier. Il en va ainsi:

- de la succession tant que l'héritier unique peut encore la répudier³⁰;
- de la succession en cas de liquidation officielle³¹;
- de la masse en faillite³², pour laquelle on distingue les dettes contractées par l'administration de la faillite (dettes *de* la masse) de celles qui forment la masse passive (dettes *dans* la masse);

²⁷ PIOTET (n. 26), p. 11; P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997, p. 39.

²⁸ H. DESCHENAUX & P.H. STEINAUER, *Le nouveau droit matrimonial*, Berne 1987, p. 224; C. HEGNAUER, *Basler Kommentar*, 1996, N. 16 ad art. 196 CC.

²⁹ HEGNAUER, *loc. cit.*

³⁰ PIOTET (n. 26), p. 17.

³¹ Art. 593 al. 3 CC; STEINAUER (n. 25), N. 91.

³² L. HANDSCHIN, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Bâle 1998, N. 6 ad art. 197 LP; K. AMONN & D. GASSER, *Grundriss des Schuldbetreibung und Konkursrecht*, 6^e éd., Berne 1997, § 40, N. 2; H. FRITZSCHE & H. U. WALDER, *Schuldbetreibung und Konkurs*, 3^e éd., Zurich 1993, § 35, n.4. La même chose vaut pour les actifs faisant l'objet d'un concordat par abandon d'actifs, cf. A. WINKELMANN *et al.*, *Basler Kommentar*, N. 5 ad art. 317 LP.

- de la société en nom collectif ou en commandite, dépourvue de la personnalité juridique, dont les actifs sont la propriété en mains communes des associés mais servent à désintéresser les “créanciers sociaux”³³; ceux-ci bénéficient ainsi d’un privilège par rapport aux créanciers personnels de chaque associé, avec lesquels ils ne se retrouvent en concours que lorsque l’“actif social” n’a pas suffi à les désintéresser³⁴;
- des actifs d’une société anonyme ou d’une société coopérative dissoute sans liquidation³⁵;
- des biens libérés de l’enfant³⁶.

c) À la différence des patrimoines fiduciaires, nombre de patrimoines spéciaux sont caractérisés par une *dissociation* entre celui ou ceux qui en sont propriétaires et celui qui en a l’*administration* et le pouvoir de *disposition*. Il s’agit notamment:

- des successions faisant l’objet d’une administration d’office, d’une exécution testamentaire ou encore d’une liquidation officielle³⁷;
- du patrimoine dit administratif (*Verwaltungsvermögen*) de la propriété par étages, qui appartient aux copropriétaires mais dont les droits sont exercés par la communauté des copropriétaires³⁸;
- de la masse en faillite, qui appartient certes au failli, mais dont celui-ci n’a plus ni l’administration ni le bénéfice économique³⁹; GILLIÉRON relève d’ailleurs que la communauté des créanciers n’est pas le successeur du failli, car non seulement elle n’acquiert pas la propriété de la masse ac-

³³ R. RUEDIN, *Droit des sociétés*, Berne 1999, N. 759; A. MEIER-HAYOZ & P. FORSTMOSER, *Schw. Gesellschaftsrecht*, 8^e éd., Berne 1998, § 13 NN. 19 & 34; HARTMANN, *Berner Kommentar*, t. VII 1, 1943, N. 19 ad art. 562 CO; ATF 116 II 651 c. 2d; AGVE 1995 34 c. 1.

³⁴ On retrouve d’ailleurs le même privilège en faveur des créanciers d’une succession acceptée par plusieurs héritiers, qui subsiste comme patrimoine séparé jusqu’au partage, PIOTET (n. 26), p. 18.

³⁵ Art. 748 ch. 5 et 914 ch. 5 CO; ENGEL (n. 27), p. 38. Le tiers peut néanmoins, après la fusion, compenser une dette envers l’une des deux sociétés fusionnées au moyen d’une créance qu’il avait contre l’autre: LGVE 1996 I 7.

³⁶ Art. 321, 323, 412 & 414 CC; MEIER-HAYOZ (n. 25), N. 156; DESCHENAUX & STEINAUER (n. 28), § 8 N. 259.

³⁷ Art. 554, 518 et 593 ss CC.

³⁸ Art. 712f CC; MEIER-HAYOZ & REY, *Basler Kommentar*, NN. 10-14 ad art. 712f CC; H. REY, “Strukturen des Stockwerkeigentums”, RDS 1980 I 249 ss, pp. 262-264.

³⁹ PKG 1995 42 c. 2.; PKG 1989 53.

tive, mais la loi lui confère encore des droits propres qui n'appartiennent pas au failli⁴⁰.

d) Même si la loi ne l'exprime en fait qu'au chapitre des régimes matrimoniaux en parlant de remploi⁴¹, tous les patrimoines spéciaux impliquent un principe de *subrogation patrimoniale* (ou réelle): tout bien, toutes valeurs patrimoniales remplacent le bien ou les valeurs patrimoniales au moyen desquels il a été acquis⁴². En revanche, les *revenus* d'un bien, qui accroissent le plus souvent le patrimoine dont ce bien relève, peuvent exceptionnellement être acquis à un autre patrimoine. C'est en particulier la règle par défaut pour les revenus des biens propres dans le régime légal, qui sont des acquêts⁴³. Ce peut être le cas des revenus du patrimoine faisant l'objet d'une substitution fidéicommissaire lorsque le *de cuius* en a disposé ainsi⁴⁴.

e) La question n'est pas systématiquement examinée, mais il semble également que la co-existence de plusieurs patrimoines pour un même sujet de droit entraîne nécessairement un système de récompenses. Le législateur a soigneusement réglé la question pour le régime de la participation aux acquêts et pour celui de la communauté⁴⁵. PIOTET reconnaît de telles récompenses dans la substitution fidéicommissaire, entre le patrimoine personnel du grevé et le patrimoine faisant l'objet de la substitution⁴⁶. Et même si elle n'a pas attiré l'attention dans l'examen d'autres patrimoines spéciaux, la question se pose en fait chaque fois que des dépenses grevant un patrimoine ou des investissements bénéficiant à un patrimoine sont financées en tout ou partie par des moyens provenant d'un autre patrimoine. Lorsque ces patrimoines appartiennent à ou sont contrôlés par des personnes différentes, la question relève d'un contrat (e.g. prêt, société simple), de l'enrichissement illégitime, voire de la gestion d'affaires sans mandat. Lorsqu'en revanche les deux masses appartiennent ou sont contrôlées par la même personne, il est inusuel que

⁴⁰ P.R. GILLIÉRON, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 2^e éd., Lausanne 1993, pp. 277 s.

⁴¹ Art. 197 al. 2 ch. 4, 198 ch. 4 CC; cf. aussi art. 774 CC (usufruit).

⁴² ATF 116 II 259 c. 4a, rés. JdT 1992 I 94 (succession en cas de pluralité d'héritiers); J.N. DRUEY, *Grundriss des Erbrechts*, 4^e éd., Berne 1997, § 13 N. 3; PIOTET (n. 26), p. 18; P.H. STEINAUER, (n. 26), N. 91. Cf. en outre V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Paris (LGDJ) 1985, p. 31 s.

⁴³ Art. 197 al. 2 ch. 4 CC.

⁴⁴ PIOTET (n. 26), p. 98.

⁴⁵ Art. 209 et 239 CC.

⁴⁶ PIOTET (n. 26), p. 98.

celle-ci règle d'emblée la question comme le font deux co-contractants. Un système de récompenses tel que celui prévu par la loi pour les régimes matrimoniaux est l'équivalent des règles sur l'enrichissement illégitime et la gestion d'affaires. Lorsque le législateur n'a rien prévu, on pourrait d'ailleurs envisager d'appliquer ces dernières si l'on retient, à juste titre, que l'extinction d'une obligation par confusion (art. 118 CO) n'intervient pas lorsqu'une obligation a certes pour créancier et débiteur la même personne, mais qu'elle relève de deux patrimoines différents⁴⁷.

III. Les biens fiduciaires forment-ils un patrimoine spécial?

Comment situer les diverses fiducies connues du droit suisse — le régime commun de la fiducie, créé par la jurisprudence⁴⁸, et les régimes particuliers statué par le législateur pour les fonds de placement, les portefeuilles internes et les opérations fiduciaires des banques — dans cette typologie sommaire que l'on vient d'esquisser?

A. Le droit commun de la fiducie

La fiducie de droit commun, celle qui fut créée par la pratique des affaires et consacrée au fur et à mesure des développements de la jurisprudence, ne crée pas un patrimoine spécial distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Celui-ci est propriétaire des biens qui lui ont été confiés et répond sur tout son patrimoine des dettes qu'il encourt dans son activité. Les biens fiduciaires ne sont pas soustraits *ipso iure* à la mainmise de tous ses créanciers. Lorsqu'il est applicable, l'art. 401 CO permet la distraction, à la requête du fiduciaire, de certaines choses qui ont été acquises par le fiduciaire pour le compte du fiduciaire. Cette distraction est singulière; elle ne s'applique pas à l'ensemble

⁴⁷ V. AEPPLI, *Zürcher Kommentar*, 1991, N. 20 ad art. 118 CO, avec références. Sic ATF 71 II 219, JdT 1946 I 168. *Contra* ATF 103 II 137. Indécis: PIOTET (n. 26), p. 98.

⁴⁸ La gestion collective des droits auteurs, bien qu'organisée de manière fiduciaire (*supra* note 7), est assortie d'un régime de surveillance administrative des sociétés qui la pratiquent mais ne fait pas l'objet de dispositions de droit civil dérogeant au droit commun.

des actifs d'un patrimoine, mais à certains biens qualifiés par leur nature (meubles et créances⁴⁹) et par leur individualisation⁵⁰. Les règles professionnelles qui exigent, notamment des avocats, qu'ils conservent les avoirs de tiers sur un compte spécial servent à favoriser l'exercice du droit de distraction⁵¹.

Le seul arrêt dans lequel le Tribunal fédéral a soustrait les biens fiduciaires au régime successoral applicable aux fiduciaires décédés, et sans doute aussi à leur régime matrimonial, est resté isolé⁵². Seule la pratique comptable, en exigeant que les actifs et les passifs fiduciaires soient comptabilisés hors bilan, traite ainsi systématiquement ces biens comme formant des patrimoines spéciaux⁵³.

B. Fonds de placement et opérations fiduciaires des banques

Bien que le législateur ne l'ait expressément reconnu que pour les portefeuilles internes des banques (*bankinterne Sondervermögen*, art. 4 LFP), il faut constater que les fiducies régies par la législation sur les banques et les fonds de placement donnent naissance à de véritables patrimoines spéciaux. Des règles comptables expresses⁵⁴ et la distraction d'office de ces actifs sous déduction des dettes dont ils répondent⁵⁵ traitent chacune de ces masses actives et les passifs correspondants comme autant de patrimoines séparés. Il y a autant de patrimoines spéciaux que de portefeuilles internes⁵⁶, de fonds de

⁴⁹ On doit probablement y ajouter les droits de propriété intellectuelle, cf. ATF 117 II 429, JdT 1994 II 2 (brevet); U. RÜEDE-BUGNION, *Fiduziarische Rechtsgeschäfte, die ein Markenrecht zum Gegenstand haben*, thèse, Berne 1978.

⁵⁰ Cf. *supra* note 15.

⁵¹ FÉDÉRATION SUISSE DES AVOCATS, Directives concernant les fonds appartenant à des tiers du 8 juin 1990, reproduites notamment in *Statuts et lignes directrices*, Zurich (FSA) 1993, p. 43.

⁵² ATF 78 II 445, JdT 1953 I 523, *Böckli*.

⁵³ CHAMBRE FIDUCIAIRE, *Manuel suisse de révision*, Zurich 1992, t. 1, p. 268. L'avant-projet de loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA), mis en consultation en septembre 1998 (FF 1998 4442), ne contient aucune règle concernant la comptabilisation des opérations fiduciaires. Cette lacune est tout à fait regrettable. Sur la comptabilité des banques et fonds de placement, cf. note suivante.

⁵⁴ Art. 25 OB; art. 47 al. 1 LFP, 3 al. 4 et 62 al. 2 OFP.

⁵⁵ Art. 16 LFP; art. 37b LB.

⁵⁶ Art. 4 LFP; art. 3 al. 4 OFP.

placement⁵⁷, voire de segments de fonds⁵⁸ et, malgré le silence de la loi sur les banques⁵⁹, d'opérations fiduciaires. Les directions de fonds étant toujours, et les banques presque toujours⁶⁰ des sociétés de capitaux, la question du traitement matrimonial et successoral de ces masses ne se pose pas.

Si l'on peut donc à juste titre parler de patrimoines spéciaux pour les fonds de placement, leurs segments, les portefeuilles internes des banques ainsi que pour leurs opérations fiduciaires, le régime légal de ces masses n'en reste pas moins lacunaire. Les propriétés fondamentales de tels patrimoines ne sont pas explicitées par la loi, des questions importantes sont ignorées. C'est pourquoi nous allons maintenant identifier les propriétés que ces patrimoines fiduciaires partagent avec d'autres patrimoines spéciaux et celles qui les en distinguent. Les unes et les autres sont les fondements ce que pourrait et devrait être un régime légal de la fiducie, que j'ai ailleurs appelé de mes vœux⁶¹.

IV. Les patrimoines fiduciaires comme patrimoines spéciaux

A. Propriété et pouvoir de disposition

Les patrimoines fiduciaires – à la différence par exemple d'une succession soumise à administration officielle – sont caractérisés par une coïncidence entre la titularité juridique des biens et le pouvoir de disposition sur ces biens en même temps que par une dissociation entre la titularité juridique du patrimoine et son bénéfice économique. Le législateur, la jurisprudence et la doc-

⁵⁷ Art. 6 al. 1, 14, 16 et 47 al. 1 LFP. Cf. ATF 110 II 74 c. 2, JdT 1984 I 590; ATF 93 I 476, JdT 1969 I 2.

⁵⁸ Art. 23 al. 2 LFP; 7 al. 3 OFP; 62 al. 2 OFP.

⁵⁹ À la différence des dispositions correspondantes relatives aux fonds de placement, les art. 25 OB au ch. 3.6, art. 25c OB au ch. 4.4 et 44 lettre g OB (qui se réfèrent à l'ensemble des opérations fiduciaires sans distinguer entre chaque masse fiduciaire) ne concernent que la structure des comptes publiés (où ces masses ne doivent pas être individualisées) et non la comptabilité elle-même de la banque.

⁶⁰ À l'exception des banquiers privés, qui sont organisés en raisons individuelles, sociétés en nom collectif ou sociétés en commandites, art. 1^{er} al. 1 LB.

⁶¹ THÉVENOZ (n. 1), pp. 313 ss & 348-351.

trine (non controversée depuis maintenant plus de quarante ans⁶²) voient dans le fiduciaire le (seul) titulaire de tous les biens qui lui sont remis par le fiduciaire ou qu'il a acquis en remploi. La *Vollrechtstheorie* est désormais l'un des paradigmes de l'institution. Elle distingue la fiducie suisse de son homonyme québécois selon le nouveau Code civil⁶³, du *bewind* néerlandais⁶⁴, mais aussi du trust anglo-saxon⁶⁵.

Titulaire juridique unique des actifs fiduciaires et donc du pouvoir illimité d'en disposer qui est l'un des attributs de cette titularité, le fiduciaire peut valablement les aliéner ou les grever d'un gage ou d'un autre droit réel limité. La validité de cette aliénation ne dépend pas du fait que le fiduciaire agisse en conformité ou en violation de ses obligations à l'égard du fiduciaire, qui n'ont d'effet qu'*inter partes*. L'acte de disposition est valable; le fiduciaire n'est susceptible que d'engager sa responsabilité contractuelle, voire délictuelle (abus de confiance, gestion déloyale), à l'égard du fiduciaire ou des bénéficiaires. À la différence des choses confiées (art. 933 CC) ou volées (art. 934 CC), l'aliénation sans droit des biens fiduciaires ne crée pas de droit de suite à l'encontre des tiers acquéreurs, même lorsque ceux-ci savaient ou ne pouvaient ignorer que cette aliénation était contraire aux obligations du fiduciaire. En particulier, les biens fiduciaires ne sont pas confiés au fiduciaire (art. 933 CC): ils lui sont aliénés sans que son pouvoir de disposition

⁶² L'opinion contraire exprimée par Peter JÄGGI lors d'une intervention à la Société suisse des juristes en 1954 (RDS 1954 II 536a ss), n'a pratiquement pas été reprise dans la littérature ultérieure et n'a trouvé aucun écho dans la jurisprudence.

⁶³ Art. 1261 du Code civil du Québec (1991): "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."

⁶⁴ Où le "fiduciaire" n'est en fait que l'administrateur du bien d'autrui, C.A.E. UNIKEN VENEMA, "Trust-like devices under Dutch law", in *Trusts and trust-like devices*, W.A. WILSON (ed.), Londres (United Kingdom Committee of Comparative Law) 1981. DUTOIT, "Du Québec aux Pays-Bas: les mues du droit de la propriété dans deux codes civils récents", in *Rapports suisses présentés au Xvème Congrès international de droit comparé*, Zurich 1998, pp. 199 ss, 211-212.

⁶⁵ Où la titularité juridique du trustee sur le bien coexiste avec une *equitable ownership* des bénéficiaires qui leur confère des droits opposables à des tiers: "Because both the trustee and the beneficiary have, concurrently, *in rem* interests in the same subject matter, the creation of a trust normally involves a splitting of ownership of the subject matter between the trustee, who has some or all of the powers of a proprietor, and the beneficiary, who has beneficial ownership of the subject matter." W.F. FRATCHER, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, chap. 11, *Trust*, Tubingue (Mohr) & Paris (Mouton) 1974, N. 4 p. 8.

erga omnes puisse être restreint. La différence peut paraître convaincante au juriste car elle repose sur des rapports de propriété différents. Est-elle vraiment justifiée par d'autres raisons que purement dogmatiques? La LB et la LFP n'ont en tout cas rien changé sur ce point au régime commun de la fiducie⁶⁶.

J'ai défendu ailleurs l'idée que l'acquéreur d'un droit réel sur un bien fiduciaire devrait se laisser opposer la violation des obligations du fiduciaire dans la mesure où il la connaissait ou ne pouvait l'ignorer (art. 3 al. 2 CC)⁶⁷. Mais je conviens que le droit de suite qui en résulterait à l'encontre des acquéreurs de mauvaise foi n'est pas une conséquence nécessaire de la consécration d'un patrimoine fiduciaire comme patrimoine séparé.

B. Subrogation patrimoniale

Du côté des actifs, et comme dans tout patrimoine spécial, on trouve tous les biens remis par le fiduciaire au titre de la fiducie et tous ceux acquis en remploi, c'est-à-dire en échange d'autres biens fiduciaires ou au moyen de leur produit de réalisation. Comme tout patrimoine spécial, la fiducie est caractérisée par la subrogation patrimoniale⁶⁸. Les prescriptions comptables ne font qu'assurer la transcription, dans les livres du fiduciaire, des effets de cette règle qui paraît si évidente que le législateur n'a pas jugé utile de l'exprimer dans la LB ou dans la LFP.

Même si ce n'est pas une caractéristique inhérente à tous les patrimoines spéciaux⁶⁹, le but poursuivi par les parties au contrat fiduciaire implique que les revenus des actifs fiduciaires accroissent le patrimoine fiduciaire.

C. Passifs fiduciaires

Du côté des passifs, la distraction automatique statuée par la LB et la LFP en cas de faillite soustrait les biens fiduciaires aux créanciers personnels du

⁶⁶ Cf. B. LUTZ, in *Kommentar zum Bankengesetz*, Zurich (livraison février 1999), N. 17 ad art. 37b.

⁶⁷ THÉVENOZ (n. 1), pp. 338 s.

⁶⁸ *Supra* note 42.

⁶⁹ Cf. *supra* II d).

fiduciaire et sous-entend donc nécessairement que ces biens ne répondent pas des mêmes dettes que les biens personnels (ou l'actif social) du fiduciaire. Ne répondent-ils alors d'aucune dette? La réponse est bien sûre négative. Les deux lois réservent d'abord la rémunération et le remboursement des frais de la banque ou de la direction du fonds⁷⁰. Elles envisagent également les créances de tiers dépositaires des biens fiduciaires, la LFP en excluant leur droit de compensation pour les créances "ne découlant pas du contrat de placement collectif", la LB en prévoyant l'exécution des "obligations relatives au dépôt"⁷¹. Les créanciers autres que les dépositaires ou débiteurs du patrimoine fiduciaire ne sont pas mentionnés.

On ne trouve donc, dans aucun de ces textes, une définition des passifs fiduciaires ou un critère qui permette de distinguer les dettes dont les biens fiduciaires répondent — et qui sont dans cette mesure soumises à l'exécution forcée de ces créanciers privilégiés — de celles auxquelles ces biens échappent grâce à leur distraction de la masse en faillite.

a) Que ce soit dans le cours normal des opérations (art. 14 al. 2 LFP) ou en cas de faillite de la direction (art. 16 al. 1, 2^e phrase LFP), ne peuvent être prélevées sur les actifs d'un fonds de placement que la rémunération prévue par le règlement et les moyens nécessaires à rembourser les frais exposés et à exécuter les obligations contractés par la direction "en exécution régulière du contrat de placement collectif". Le système est emprunté au droit du mandat (art. 402 al. 1 CO), qui a servi de modèle et de réglementation par défaut dans la loi de 1966⁷². Il implique que la direction répond sur son actif social de toutes les obligations qu'elle contracte pour le compte du fonds, mais qu'elle dispose d'un droit au remboursement, c'est-à-dire d'une récompense de son actif social contre le fonds concerné, lorsque les frais et avances exposés et les obligations encourues l'ont été en conformité avec ses obligations fiduciaires. Cette réglementation paraît devoir s'appliquer *a pari ratione* à chaque segment d'un fonds de placement⁷³ ainsi qu'aux portefeuilles internes des banques⁷⁴.

⁷⁰ Art. 37b al. 1 LB; art. 14 et 16 al. 1, 2^e phrase LFP.

⁷¹ Comp. art. 16 al. 2 LFP et art. 37b al. 3 LB.

⁷² Art. 8 al. 3 aLFP: "Le contrat de placement collectif est soumis aux règles du mandat, dans la mesure où la présente loi n'en dispose pas autrement."

⁷³ Art. 7 al. 3 lettre d OFF. Cf. également art. 23 al. 2 LFP et art. 7 al. 3 lettre a et 62 al. 2 OFF.

⁷⁴ L'art. 4 al. 4 prévoit la distraction des portefeuilles internes dans la même mesure que l'art. 16 al. 4 LFP pour les véritables fonds de placement.

En réservant les seules créances de la direction, l'art. 16 al. 1, 2^e phrase LFP paraît soustraire les actifs du fonds aux (autres) créanciers, y compris ceux dont la créance grève indirectement (par le mécanisme du remboursement) ces actifs parce qu'elle a été contractée par la direction dans l'exécution régulière du contrat de placement collectif. L'art. 16 al. 2 LFP corrige cependant cette première conclusion. En excluant la compensation d'un actif du fonds avec une dette de la direction "ne découlant pas du contrat de placement collectif", la loi reconnaît que les actifs du fonds répondent des passifs du fonds. Ce qui vaut par l'exercice d'un droit de compensation devrait aussi valoir pour un droit de rétention, réel ou contractuel.

En pratique, celui qui est créancier de la direction à raison d'un engagement résultant du contrat de placement collectif est presque toujours en même temps un débiteur ou un dépositaire d'actifs du fonds. C'est bien sûr le cas de la banque dépositaire, mais cela peut aussi concerner d'autres sociétés (e.g. sociétés immobilières) auprès desquelles la direction réalise des investissements conformes au règlement du fonds. Il se peut cependant que le droit de compensation ne suffise pas à éteindre la créance du tiers ou que les deux qualités soient dissociées (e.g. cession de créance).

Dans le prolongement du texte légal, il faut reconnaître que les "créanciers du fonds" (en fait: les créanciers de la direction à raison d'engagements contractés en conformité au règlement du fonds) peuvent se désintéresser sur les actifs du fonds. Il n'y aurait pas de sens à interpréter le dispositif législatif en admettant que les actifs du fonds ne sont grevés qu'indirectement de tels passifs (par le truchement de la créance en remboursement de la direction), mais ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée à raison des mêmes dettes.

La solution contraire aboutirait à des difficultés paradoxales lorsque de telles créances sont contestées par l'administration de la faillite. La question, qui relève pourtant exclusivement du droit de fond ("exécution régulière du contrat de placement collectif"), serait-elle tranchée sur plainte par les autorités de surveillance et de recours? Le créancier concerné devrait-il demander la cession de cette créance selon l'art. 260 LP, créance qu'il exercerait ensuite... contre l'administration de la faillite et dont il devrait partager le produit avec les créanciers communs qui auraient fait la même demande? L'art. 260 LP est impraticable lorsqu'on cherche à l'appliquer à des récompenses entre plusieurs patrimoines dont le failli est titulaire, c'est-à-dire à des prétentions où l'administration de la faillite intervient tout à la fois comme

représentante du failli en tant que débiteur et comme représentante du failli en tant que créancier. Il convient bien plutôt de reconnaître que lorsque les créanciers d'engagements contractés par la direction dans le cadre du règlement du fonds ne peuvent pas se désintéresser par l'exercice du droit de compensation réservé par l'art. 16 al. 2 LFP, ils doivent être désintéressés directement (sans passer par le mécanisme du remboursement) sur les actifs du fonds, ce qui donne lieu à une procédure de réalisation distincte de la réalisation de la masse active.

Les actifs du fonds répondent-ils de toute dette "découlant... du contrat de placement collectif" (art. 16 al. 2 LFP) ou seulement de celles qui ont été contractées "en exécution régulière" dudit contrat (art. 14 al. 1 LFP, réservé à l'art. 16 al. 1, 2^e phrase LFP)? En d'autres termes, les actifs du fonds répondent-ils des engagements qui ont été contractés par la direction en contrariété du règlement du fonds?

Dans une procédure administrative sanctionnant la direction d'un fonds de placement immobilier qui, malgré des avertissements répétés, maintenait un endettement supérieur au plafond de 50% inscrit dans le règlement du fonds, le Tribunal fédéral semble avoir admis que les intérêts des porteurs de parts étaient mis en péril parce que tous les emprunts devaient être remboursés à la charge des actifs du fonds, même au-delà dudit plafond⁷⁵. Cette opinion paraît certes compatible avec le texte de l'art. 17 al. 2 aLFP, qui parlait des "dettes... résultant... du contrat de placement collectif", et celui de l'art. 16 al. 2 de la loi de 1994 qui parle des "dettes... découlant... du contrat de placement collectif". Mais il en résulte une différence entre le régime externe des dettes (les actifs du fonds répondent des engagements "résultant" ou "découlant" du contrat de placement collectif) et leur régime interne (la direction n'a droit au remboursement que pour les engagement qu'elle contracte "en exécution régulière du contrat de placement collectif"). Cela a pour conséquence que si l'actif social de la société qui dirige le fonds ne permet pas de couvrir la part des financements qu'elle a contractés à la charge du fonds mais en violation du règlement de ce fonds, ce sont les investisseurs qui en subissent la perte plutôt que les bailleurs de fonds.

Cette solution est critiquable car elle privilégie les co-contractants de la direction, même lorsque ceux-ci sont de mauvaise foi (parce qu'ils savaient ou ne pouvaient ignorer que la direction agissait en violation du règlement du

⁷⁵ ATF 97 I 866 c. 2.

fonds) au détriment des porteurs de parts qui ne peuvent exercer de contrôle régulier (*monitoring*) sur l'activité de la direction. Est-elle vraiment voulue par le législateur? Un examen du message de 1965 et de celui de 1993 ne le révèle pas⁷⁶. Les commentateurs ne semblent pas avoir examiné cette question.

b) La même question se pose d'ailleurs pour les opérations fiduciaires des banques. Elle ne semble pas avoir été envisagée par les rédacteurs des art. 16 et 37b LB. On trouve cependant à l'art. 37b al. 3 LB ce qui paraît être une restriction par rapport à la LFP en impliquant que l'administration de la faillite de la banque n'est tenue de remplir, à charge des valeurs déposées, que "les obligations relatives au dépôt". Par une interprétation stricte du texte légal, on peut en déduire que le tiers dépositaire ne saurait exercer de droit de compensation ou de rétention sur les biens fiduciaires que pour les créances qui résultent des services fournis en rapport avec ceux-ci (e.g. droits de garde, d'administration, courtages, etc.) à l'exclusion de toute autre prétention contre la banque dépositante (e.g. frais et commissions relatifs à d'autres opérations, remboursement d'un prêt interbancaire, etc.)⁷⁷.

c) À ce stade de notre examen, nous avons ainsi constaté que la loi sur les banques et celle sur les fonds de placement (i) ne définissent pas complètement les passifs fiduciaires, c'est-à-dire les dettes qui grèvent les actifs fiduciaires dont elles ordonnent la distraction dans la faillite, et (ii) qu'elles ne règlent pas la procédure par laquelle ces dettes sont acquittées avant que les actifs soient remis au fiduciaire ou au bénéficiaire (LB) ou réalisés au profit exclusif des porteurs de parts (LFP). Le législateur ne s'est préoccupé que de la rémunération et du défraiement du fiduciaire et des droits de compensation et de rétention des tiers dépositaires des biens fiduciaires. L'examen comparatif de ces dispositions ne révèle pas un principe clair sur lequel on pourrait fonder la distinction entre passifs fiduciaires et autres dettes du fiduciaire.

Cette lacune de la loi doit être comblée en admettant que les biens fiduciaires ne répondent que des dettes stipulées dans le contrat de fiducie et de celles encourues par le fiduciaire dans l'exécution régulière de ce contrat⁷⁸.

⁷⁶ FF 1965 III 264, spéc. 299 ss et 329; FF 1993 I 189, spéc. 214 s. et 239.

⁷⁷ Sic Ch. BRUNNER, *Wertrechte: nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion wie Wertpapiere*, Berne 1996, pp. 288-290. *Contra* ZOBL (n. 10), p. 559.

⁷⁸ L'exécution régulière des obligations du mandataire (art. 402 CO) ou de la direction d'un fonds de placement (art. 14 LFP) est le critère du droit au remboursement des frais et à la libération des engagements du fiduciaire.

Le créancier du fiduciaire qui a souscrit des engagements en violation de ses obligations fiduciaires a accès au patrimoine personnel du fiduciaire, mais pas aux biens fiduciaires. La solution est justifiée. Soit en effet le premier ignorait que le second agissait à titre fiduciaire et il ne peut avoir d'attente légitime à se désintéresser au moyen des actifs fiduciaires. Soit au contraire il le savait (ou ne pouvait l'ignorer): si la solvabilité personnelle du fiduciaire ne lui paraissait pas suffisante et la garantie des biens fiduciaires était pour lui un élément déterminant, il lui appartenait alors de s'assurer que le fiduciaire s'engageait valablement en conformité de ses obligations à l'égard du fiduciaire ou du bénéficiaire.

Cette solution fait coïncider la mainmise des créanciers sur le patrimoine fiduciaire et la créance en remboursement du fiduciaire à charge du patrimoine fiduciaire.

Les tiers "dépositaires" de biens fiduciaires se trouvent cependant dans une situation différente des autres créanciers. C'est la situation (imparfaitement) réglée aux art. 37b al. 3 LB et 16 al. 2 LFP. Lorsque la loi attache à la détention d'un bien une forme de garantie, que ce soit par un droit de rétention réel (e.g. art. 895 CC) ou contractuel (e.g. art. 82 CO) ou par un droit de compensation (art. 120 ss CO), celui qui ignore de bonne foi la nature fiduciaire de cet actif forme une attente digne de protection à pouvoir exercer cette garantie pour toute créance qu'il aurait à l'encontre du fiduciaire. Celui qui sait ou ne peut ignorer la qualité fiduciaire du bien ne peut légitimement exercer cette garantie que pour les créances qui résultent des services dont il est chargé en rapport avec ce bien. Cette solution reprend et précise celle à laquelle les tribunaux sont arrivés *praeter legem* en reconnaissant que le tiers dépositaire peut exercer son droit de compensation ou de rétention dans la seule mesure où il ignorait de bonne foi la nature fiduciaire de ces biens⁷⁹.

⁷⁹ Tribunal fédéral (SAS 1981 67), Cour de justice de Genève (20.3.1992, rés. ECS 1993 100 obs. CUENDET, RSDA 1994 44 r56) et Cour d'appel de Paris (22.9.1994, JCP 1995 II n° 22427 obs. VASSEUR) et plus récemment par le Handelsgericht de Zurich (16.1.1997, n.p.; cassation et réforme en cours). Cf. THÉVENOZ (n. 1), pp. 331-333. Cf. également le projet rédigé par M. GIOVANOLI, "Les opérations fiduciaires au regard du droit suisse: Bilan, stratégies et perspectives", in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne (CEDIDAC) 1994, pp. 189 ss, notamment art. 8 en p. 226.

D. Récompenses

On a déjà vu qu'en reconnaissant à la banque ou à la direction du fonds de placement certaines créances en remboursement à charge des actifs fiduciaires, la loi instaure partiellement un système de récompense⁸⁰. L'actif social du fiduciaire se fait rembourser à charge du patrimoine fiduciaire les *dépenses consenties pour éteindre les dettes* qui, en fait, grevaient ce patrimoine fiduciaire.

Ni la LB ni la LFP ne traite de l'autre catégorie de récompenses, celles qui compensent les *sacrifices consentis par un patrimoine pour l'acquisition ou l'amélioration d'un investissement* qui profite à un autre patrimoine. La situation se présente assez fréquemment dans les régimes matrimoniaux, de sorte que le législateur a eu soin de la régler dans ce contexte. Ainsi, entre les biens propres et les acquêts d'un époux, la récompense est variable en fonction de la plus-value ou de la moins-value de cet investissement (art. 209 al. 3 CC): elle participe donc pleinement aux profits et aux pertes qui affectent cet investissement. Entre les patrimoines des deux époux en revanche, la récompense augmente avec la plus-value de l'investissement, mais elle ne peut se réduire à un montant inférieur au montant nominal de la contribution faite pour cet investissement (art. 206 al. 1 CC).

En matière de fiducie, des situations semblables peuvent se présenter, notamment, lorsqu'un patrimoine fiduciaire contribue au financement d'un investissement qui figure à l'actif d'un autre patrimoine fiduciaire ou encore à l'actif du patrimoine personnel du fiduciaire. Quel type de récompense faut-il alors inscrire à l'actif du patrimoine qui a contribué et au passif du patrimoine qui a bénéficié de l'investissement?

a) La première situation se présente lorsque le fiduciaire prélève des liquidités disponibles dans un patrimoine fiduciaire pour exercer une option comptabilisée dans un autre patrimoine fiduciaire qui ne dispose pas de ces liquidités. Elle se présente également lorsque de telles liquidités servent à entreprendre des travaux d'amélioration sur un immeuble appartenant à un autre patrimoine fiduciaire. En principe, les exigences d'une comptabilité distinguant systématiquement les divers patrimoines fiduciaires impose au fiduciaire, au moment où il procède à un investissement au profit de plusieurs patrimoines fiduciaires, de comptabiliser clairement:

⁸⁰ Correspondant aux art. 209 al. 1 et 238 al. 1 CC dans les régimes matrimoniaux.

- soit une créance de montant fixe – portant vraisemblablement intérêt – au crédit du compte fiduciaire qui finance et au débit de celui qui reçoit le financement et réaliser l’investissement; cela correspond à un prêt, dont le fiduciaire est à la fois le prêteur et l’emprunteur, mais à charge de patrimoines différents;
- soit une part de l’investissement réalisé à l’actif de chaque compte fiduciaire proportionnellement aux contributions respectives.

La première méthode correspondrait à un prêt, la seconde à une forme de société simple. Mais il faut garder présent à l’esprit que ces modalités sont fixées par le fiduciaire qui agit, simultanément comme créancier et comme débiteur, pour le compte de deux patrimoines différents, avec bien évidemment un conflit d’intérêts potentiel entre leurs bénéficiaires respectifs.

Les règles fiduciaires de la LB et de la LFP sont silencieuses sur cette situation. Cette lacune n’est pas dirimante si l’on considère que banques et directions de fonds de placement sont soumises à une surveillance administrative tendant à garantir l’intégrité de leur fonctionnement, à des exigences comptables élevées en même temps qu’à une révision plus étendue que toute autre entreprise.

La règle désirable devrait se fonder sur le *principe* de la participation proportionnelle de tous les patrimoines fiduciaires aux profits et aux pertes des placements qu’ils ont financé conjointement. Il en résulte une récompense intégralement variable dans les deux sens (cf. art. 209 al. 3 CC), ce qui est adéquat lorsqu’il n’y a pas de conflit d’intérêts entre les bénéficiaires des patrimoines concernés. Une *exception* doit cependant être faite lorsque l’investissement réalisé répond davantage aux intérêts ou aux besoins des bénéficiaires de l’un des patrimoines qui y participe (par exemple, prêt à une société ou achat d’actions d’une société non cotée contrôlée par les bénéficiaires d’un patrimoine). Le conflit d’intérêts qui en résulte disparaît si l’on reconnaît (comme le législateur l’a fait entre époux, art. 206 al. 1 CC) que les patrimoines qui contribuent à l’investissement qui profite plus particulièrement à un seul bénéficiaire participent pleinement aux plus-values mais retrouvent au moins la valeur nominale de leur contribution en cas de moins-value.

b) Si la coïncidence des intérêts motive des récompenses intégralement variables tandis que le conflit d’intérêts justifie une récompense variable assortie d’un plancher, la situation où un patrimoine fiduciaire contribue à un

investissement figurant à l'actif du patrimoine personnel du fiduciaire ou profitant autrement au fiduciaire est simple à résoudre. Cette situation-là est presque inévitablement caractérisée par un conflit d'intérêts intrinsèque. La solution est la même que précédemment: il faut reconnaître au patrimoine fiduciaire concerné une récompense variable assortie d'un plancher.

E. Distraction en cas de faillite du fiduciaire

C'est là bien sûr le principal problème que le législateur a eu le souci de régler en matière de fonds de placement et d'opérations fiduciaires des banques. En préférant une distraction d'office (*Absonderung*) au droit de distraction qui doit être exercé par son bénéficiaire (*Aussonderung*, art. 401 al. 2 & 3 CO), il a choisi un mécanisme qui correspond à l'idée que les actifs fiduciaires forment masse et constituent un patrimoine séparé.

Si elle est exacte et bien tenue, la comptabilité du fiduciaire distingue clairement les actifs et les passifs qui figurent à son propre bilan (patrimoine personnel ou social) de ceux qui, hors bilan, forment des masses distinctes sujettes à distraction en cas de faillite. L'exactitude de la comptabilité n'est cependant pas une condition de la distraction. En outre, même si cette situation n'est pas souhaitable⁸¹, le législateur a pris note qu'une banque peut déposer des actifs fiduciaires auprès de tiers (banques correspondantes, dépositaires collectifs de valeurs mobilières) sans nécessairement les y distinguer de ses comptes propres (cf. art. 37b al. 2 LB). En d'autres termes, une ségrégation permanente des avoirs n'est pas exigée, la comptabilité de la banque étant présumée suffire à démêler le mien du tien en cas de besoin.

Deux remarques s'imposent. *Primo*, la ségrégation effective et reconnaissable aux tiers des avoirs fiduciaires n'est pas une condition de leur distraction dans la faillite du fiduciaire. C'est là une différence notable par rap-

⁸¹ Lorsque la banque fiduciaire est débitrice de la banque auprès de laquelle des avoirs fiduciaires sont déposés, ceux-ci sont exposés à un risque de compensation. Les *recommandations relatives aux opérations fiduciaires* émises le 22 juin 1993 par l'Association des banquiers (BF 45-8) exige alors (ch. III.1.b) que la première informe la seconde de la nature fiduciaire des avoirs (empêchant ainsi toute rétention ou compensation à raison des dettes propres de la banque fiduciaire), voire obtienne une renonciation contractuelle à la compensation. L'une et l'autre mesure imposent en pratique que les dépôts fiduciaires soient distingués et identifiés par rapport à d'éventuelles comptes propres (e.g. comptes de correspondant) de la première banque auprès de la seconde.

port à l'art. 401 CO tel qu'interprété par la jurisprudence⁸². La solution est tout à fait cohérente avec la notion même de patrimoine fiduciaire⁸³. *Secundo*, l'absence d'une transparence systématique à l'égard des tiers (et notamment des dépositaires) est néanmoins une source de problèmes. La présomption posée par l'art. 37b al. 2 LB qui veut que les valeurs déposées par la banque auprès de tiers "seront présumées être celles de ses clients" ne sortit en réalité aucun effet pour les tiers: elle prescrit seulement que lorsque les valeurs en dépôt chez des tiers ne couvrent pas le total de celles qui reviennent aux clients de la banque plus le stock propre de celle-ci, les clients sont préférés au compte *nostro* de la banque et que la distraction intervient en faveur des premiers, même si c'est au préjudice de l'actif social et donc des créanciers de la banque⁸⁴.

F. Succession universelle

En tant que patrimoines spéciaux, les patrimoines fiduciaires sont susceptibles de transmission par voie de succession universelle. Cela ne concerne pas leur constitution, qui repose sur un acte juridique entre le fiduciaire et le fiduciaire (convention de fiducie) et, au moins pour les droits réels, sur des actes de disposition singuliers (principe de spécialité)⁸⁵. La restitution des biens fiduciaires au fiduciaire (ou leur attribution aux bénéficiaires) au terme de la fiducie ne procède pas non plus par succession universelle. Le patrimoine fiduciaire doit en effet être liquidé et ses passifs acquittés avant que l'actif net soit distribué. Le processus est semblable à la liquidation d'une personne morale. On ne peut pas imposer aux créanciers du fiduciaire une substitution de débiteurs et la dispersion des biens qui (en plus du patrimoine personnel du fiduciaire) garantissent leurs droits. Le changement *ipso iure* de débiteur qui résulte d'une succession pour cause de mort (art. 560 al. 2 CC) ou encore

⁸² *Supra* note 15.

⁸³ Par exemple, les actifs d'une succession répudiée répondent seuls des dettes de la succession, même s'ils ne sont pas individualisés et peuvent être mélangés aux biens de certains héritiers.

⁸⁴ B. LUTZ, in *Kommentar zum Bankengesetz*, N. 13 ad art. 37b; ZOBL (n. 10), pp. 557-560.

⁸⁵ La même exigence n'est pas appliquée aux créances, qui peuvent faire l'objet d'une cession globale (générique, et non individuelle) et ne pas encore exister au moment de celle-ci (créances futures), cf. THÉVENOZ (n. 1), pp. 307-310; N. DE GOTTRAU, "Transfert de propriété et cession à fin de garantie...", in *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne (CEDIDAC) 1997, pp. 173-257, pp. 237 et 240 ss.

d'une dissolution de société sans liquidation (e.g. art. 748 ch. 5 CO), est justifié par la disparition du sujet passif et par le maintien temporaire du patrimoine. Aucune de ces deux conditions n'est réalisée lorsqu'un fiduciaire achève sa mission et restitue les biens fiduciaires au fiduciaire ou les transmet à un ou plusieurs bénéficiaires: ceux-ci et celui-là sont d'ailleurs inconnus des créanciers du patrimoine fiduciaire. La résiliation de la relation fiduciaire à l'initiative du fiduciaire ou du fiduciaire ne permet pas d'imposer à ces derniers une substitution de débiteur: le patrimoine fiduciaire doit être liquidé avant que l'actif net puisse être transmis à qui de droit.

En revanche, pendant la durée d'une fiducie, il n'y a pas de difficulté à reconnaître que le patrimoine fiduciaire se transmet d'un fiduciaire à l'autre par voie de succession universelle. Dans la pratique fiduciaire suisse actuelle, la situation est relativement rare. Elle n'est pas inexistante cependant, comme le démontre l'arrêt *Böckli* de 1952⁸⁶. Le fiduciaire avait désigné deux fiduciaires et ceux-ci avaient choisi un fiduciaire suppléant. Les deux fiduciaires originaux étant décédés, le Tribunal fédéral reconnut que les actifs fiduciaires avaient été automatiquement transmis au fiduciaire suppléant, sans passer par la succession d'aucun des fiduciaires décédés. La question revêtait une importance particulière puisque celle du second fiduciaire décédé avait été répudiée parce qu'insolvable. La doctrine a mis en doute le fondement dogmatique de ce résultat heureux en soi⁸⁷. L'arrêt s'explique cependant tout naturellement si on admet – comme le Tribunal fédéral l'a fait implicitement – que le patrimoine fiduciaire se transmet entre fiduciaires par succession universelle.

V. Conclusion

Peut-être le lecteur achève-t-il cette étude avec l'impression que l'exécution forcée ne fut ici que le prétexte à une discussion, un peu longue et abstraite, des patrimoines fiduciaires. Cette impression n'est pas toute fautive: dans la discussion sur la fiducie, le sort des biens dans l'exécution forcée a jusqu'ici été l'arbre qui cache la forêt. L'extension du droit de distraction en faveur du

⁸⁶ ATF 78 II 445, JdT 1953 I 523.

⁸⁷ Cf. en particulier M. SCHWARTZ, "Essai d'analyse de la propriété en main commune de plusieurs fiduciaires", RSJ 1966 319-322.

fiduciant, réclamée de manière insistante par la doctrine, n'a pas suffi à emmener la jurisprudence au-delà de l'arrêt *Vallugano*. En revanche, la distraction d'office fut tout naturellement retenue par le législateur lorsque, en 1966, il adopta le modèle contractuel des fonds de placement de préférence à celui de la copropriété ou de la société d'investissement. Pour les opérations fiduciaires des banques, le régime des valeurs déposées, ébranlé par l'arrêt *Banque Leclerc*⁸⁸, servit de Cheval de Troie lors de la révision de la LP en 1995. L'exécution forcée était toujours au centre des préoccupations, comme elle l'est d'ailleurs pour le sort en Suisse des biens soumis à un régime de fiducie ou de trust relevant d'un droit étranger⁸⁹.

Pourtant, on ne prend la véritable mesure du problème que lorsqu'on explicite la raison d'un régime privilégié: les avoirs fiduciaires forment un patrimoine spécial, grevé de ses propres dettes parce qu'affecté exclusivement aux intérêts des bénéficiaires de la fiducie, qu'il s'agisse du fiduciant (comme dans la fiducie-gestion la plus fréquente en Suisse), du fiduciaire (comme dans notre fiducie-sûreté actuelle) ou encore de tiers. Seule la reconnaissance d'un patrimoine spécial pour chaque relation fiduciaire permet d'expliquer pourquoi les biens fiduciaires répondent de certaines dettes, mais non de toutes les dettes personnelles du fiduciaire, et donc de justifier le sort particulier de ces biens dans l'exécution forcée contre le fiduciaire.

Reconnaître les patrimoines fiduciaires comme des patrimoines spéciaux est un préalable nécessaire à une bonne application des régimes particuliers prévus par la législation sur les banques et les fonds de placement en même temps qu'une condition incontournable à un renforcement, jurisprudentiel ou législatif, de notre fiducie de droit commun. La présente ébauche d'une théorie des patrimoines spéciaux ne fait que répondre à la nécessité qui fut d'abord ressentie dans l'application des règles de l'exécution forcée aux biens fiduciaires. Une fois de plus, l'exécution forcée soumet au "test à l'acide" la solidité des créations de la pratique des affaires.

⁸⁸ ATF 112 II 444.

⁸⁹ Cf. D. ZOBL, *Die Aussonderung von liechtensteinischem Treuhandgut in der schw. Zwangsvollstreckung*, Zurich 1994; B. BARTHOLD, *Aussonderung von Treugut im schw. Partikular Konkurs*, thèse de Bâle, Zurich 1997 (à propos de la *Treuhand* allemande et liechtensteinoise et du trust des États-Unis d'Amérique).