

## **LA CONFIANCE EST BONNE, MAIS UN *DUAL OWNERSHIP* EST PREFERABLE**

### **ONZE ELEMENTS ESSENTIELS A PRENDRE EN CONSIDERATION LORS DE L'INTRODUCTION D'UNE FIGURE SIMILAIRE AU TRUST OU CONTRAT FIDUCIAIRE EN DROIT BELGE**

CONTENU : ONZE THESES.

- I. Le *trust* ou la fiducie ne sont pas une obligation, mais un droit réel, et son introduction présuppose donc nécessairement l'introduction d'un nouveau droit réel.
- II. Les opérations fiduciaires à titre de sûreté et celles à titre de gestion (administration) doivent être bien distinguées et séparées. Les besoins de sûretés doivent être réalisés par une adaptation de certaines règles concernant le gage et/ou l'hypothèque.
- III. Le meilleur modelage des opérations fiduciaires à titre de gestion (administration) consiste à réserver la notion de propriété pour le droit du bénéficiaire, et non pour celui de l'administrateur.
- IV. La nécessité d'un patrimoine séparé ne peut être réduite à un problème du droit des obligations (comme une obligation de l'administrateur); il s'agit d'un problème du droit des biens avec des implications "réelles".
- V. Le droit de l'administrateur d'une part, et celui des titulaires d'autre part, font l'un et l'autre en principe partie de leur patrimoine privée.
- VI. Le droit des titulaires a un caractère "collectif".
- VII. La détermination des pouvoirs de l'administrateur n'est pas simplement une question du droit des obligations, mais également un problème du droit des biens.
- VIII. Il ne faut pas exclure qu'un droit d'administration du bien d'autrui puisse être constitué autrement que par contrat ou testament.
- IX. Il faut bien distinguer d'une part le démembrement du droit de propriété par la constitution du droit d'administration, et d'autre part la disposition, par le titulaire, de sa part, à titre onéreux ou gratuit, simultanée ou postérieure.
- X. Il n'y a pas de raison de prévoir des conditions de fond, de forme ou de publicité spécifiques, ni pour la constitution d'un droit d'administration, ni pour la disposition des droits qui résultent de cette constitution, ni, plus généralement, pour les transactions sur ces droits.
- XI. Il faut distinguer d'une part le démembrement de la propriété et d'autre part la titularité du droit d'administration (la personne qui exerce le droit). Ensuite, afin de régler de manière judiciaire une opération fiduciaire, et surtout sa fin, il faut se demander

- a) dans l'intérêt de qui la mise sous administration et dès lors le démembrement de la propriété a eu lieu, et
- b) qui est tenu à l'égard de qui de maintenir cette mise sous administration et ce démembrement de la propriété.

XII. Projet de loi.

XIV. Annexe : dispositions relative à la publicité mobilière.

\* \*

\*

### Considérations en guise d'introduction.

1. Le *trust* est une figure juridique dont nous savons qu'elle n'existe pas en tant que tel dans notre droit, bien que nous connaissons des figures fiduciaires similaires, et dont l'introduction dans notre droit est souhaitable si elle a lieu de manière judicieuse, et au contraire peu souhaitable si tel n'est pas le cas. Cette contribution vise à exprimer des positions claires concernant la plupart des questions de droit privé qui se posent ou devraient se poser lors du modelage des opérations fiduciaires en droit belge<sup>1</sup>.

a) Il s'agit d'un exposé *de lege ferenda*, ce qui apparaît déjà par l'annexe contenant une proposition de loi (infra XII). Puisque le législateur n'est évidemment pas lié par le catalogue existant des droits réels, et peut évidemment créer un nouveau droit réel, même sans toucher au principe même du *numerus clausus* de droits réels - ce que des parties privées ne peuvent pas faire justement à cause de ce principe -, je n'ai pas hésité à proposer la seule solution judicieuse, notamment l'introduction d'un nouveau droit réel (plus correctement, ce droit n'est pas entièrement nouveau, puisqu'il existe plus ou moins dans la société simple).

b) Même si cette manière d'imiter le *trust* pourrait sembler à certains une rupture radicale avec le droit existant, c'est exactement le contraire qui vaut. Il est impossible d'imiter le *trust*, autrement que par l'introduction d'un nouveau droit réel, sans porter atteinte à un grand nombre de règles importantes de notre droit privé (droit des obligations, des biens, des successions etc.). J'espère vous montrer que tout cela peut précisément être évité par

---

<sup>1</sup> A cause du caractère de cette contribution, le nombre des notes est délibérément limité. Je voudrais quand-même référer ici à l'article qui m'a inspiré le plus, notamment celui de B. RUDDEN "Things as Thing and Things as Wealth", 14. *Oxford Journal of legal studies*, 1994, 81 suiv.

l'introduction d'un nouveau droit réel, et que ce nouveau droit réel peut justement être intégré plus facilement dans notre droit. Chacune des règles proposées correspond à des règles qui existent déjà à propos de figures juridiques analogues (société simple, mandat et représentation immédiate, usufruit, etc.); évidemment, leur combinaison est originale. Le résultat global n'est à mon avis pas plus bouleversant que par ex. la nouvelle loi sur la copropriété d'appartements de 1994.

c) Notre l'approche diffère de certaines autres par la préférence donnée à une modification ouverte de certaines règles de notre droit, plutôt qu'à une modification en cachette. Si l'on estime que certaines règles de notre droit des biens, de successions, etc., sont trop restrictives, on doit les changer à découvert, plutôt que de cacher l'atteinte à ces règles sous des paroles magiques comme le (caractère *sui generis* d'un) contrat fiduciaire. Cette idée est développée spécialement dans la XIème thèse.

d) L'histoire du droit et le droit comparé - et spécialement l'œuvre magistral de A. WATSON<sup>2</sup> - nous enseignent que pendant toute notre histoire du droit des figures et règles juridiques ont été transplantées à grande échelle d'un système juridique à d'autres, souvent même entre pays ayant des systèmes politiques, sociaux ou économiques très différents (p. ex. la réception du droit romain, l'introduction du BGB allemand au Japon, du code civil suisse en Turquie après la première guerre mondiale, etc.). Il est dès lors très peu crédible de soutenir lors que l'introduction d'un concept analogue au *trust* anglo-américain et sa distinction entre le *legal* et le *beneficiary ownership*, ne serait pas possible dans notre pays, dont le système politique, économique et social n'est pas plus écarté de l'Angleterre que de la plupart des autres pays de droit romaniste ou germaniste.

I. Le trust n'est pas une obligation, mais un droit réel, et son introduction exige dès lors nécessairement l'introduction d'un nouveau droit réel.

2. UN PROBLEME DU DROIT DES BIENS - Le *trust* est parfois défini comme une obligation à charge d'une personne de gérer un patrimoine dans l'intérêt exclusif d'un ou plusieurs bénéficiaires. A mon avis, cette définition est incorrecte. Le problème du *trust* est un problème du droit des biens, et non pas du droit des obligations. L'introduction du *trust* ne requière pas l'introduction d'un nouveau genre d'obligations, ni d'un nouveau type de contrat, mais bien d'un nouveau droit réel<sup>3</sup>. Si ce n'est pour l'introduction d'un

<sup>2</sup> Entre autres A. WATSON, *Legal transplants. An approach to comparative law*, Edinburgh 1976.

<sup>3</sup> Vo. déjà la critique du projet français par - entre autres - A. GAMBARO, "Il "trust" in Italia e Francia", in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Giuffrè Milan 1994, (497) 522 suiv.

droit réel, une intervention du législateur serait inutile et même contreproductive.

A part le problème de la propriété fiduciaire purement à titre de sûreté - traité sous II - le *trust* et les figures qui l'imitent impliquent toujours une certaine répartition des droits (et pouvoirs) concernant les biens concernés entre deux personnes, d'une part un administrateur et d'autre part un bénéficiaire. Alors c'est de deux choses l'une : ou bien l'on veut accoupler à cette répartition des effets réels, et alors créer un nouveau droit réel, ou bien l'on s'y refuse, et alors toute modification législative est superflue. Un petit tour de ce qui est possible dans l'état actuel de notre droit devrait montrer ce qui y est déjà possible et ce qui ne l'y est pas, et démontrer que les problèmes ne se situent pas dans le droit des obligations, mais dans le droit des biens.

3. POSSIBILITES DE LA REPRESENTATION INDIRECTE - Une première possibilité connue de notre droit actuel est la *r e p r é s e n t a t i o n i n d i r e c t e*<sup>4</sup>. Par ce moyen, il est déjà maintenant parfaitement possible de faire gérer des biens par quelqu'un d'autre que le titulaire, et ceci non pas seulement en tant que représentant (mandataire) dans le sens strict (agissant en nom du mandant), mais également en tant que représentant indirect, agissant en son propre nom pour le compte d'autrui (ce qui peut d'ailleurs se faire publiquement, c'est-à-dire *és* qualités, ou de manière cachée, c'est-à-dire par prête-nom).

A la différence de certains autres systèmes de droit (p.ex. le droit allemand), notre droit reconnaît en plus l'effet *d i r e c t* du transfert de propriété et d'autres droits réels entre le mandant (le commettant) et le tiers-cocontractant, même s'il n'y a pas d'action directe sur le plan obligationnel.

Le pouvoir du représentant (mandataire) peut être circonscrit conventionnellement (ou par la loi, par le juge, etc.), mais les limitations du pouvoir ne seront pas opposables aux tiers de bonne foi (ayant une confiance légitime).

En plus, le principe de liberté contractuelle nous permet de restreindre le droit du mandant (commettant) de résilier le mandat à des cas de "motif sérieux, comme p.ex. l'inexécution du représentant (mandataire) (soi-disant "mandat d'intérêt commun"<sup>5</sup>).

---

<sup>4</sup> Comp. P.A. FORIERS, "La fiducie en droit belge", in C. WITZ & B. OPPETIT (red.), *Les opérations fiduciaires*, Feduci - LGDJ, Paris 1985, (263) 265 suiv. en 299 suiv. - sauf qu'à notre avos, cet auteur limite à tort le nombre des cas où c'est bien le commettant qui est le propriétaire des biens concernées.

<sup>5</sup> Pour une analyse plus approfondie, voy. mon "Hoever reikt de regel van de onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappelijk belang - in het bijzonder bij enkele toepassingen in de notariële praktijk",

Ensuite, cette construction ne risque pas de porter préjudice aux créanciers du mandant, puisqu'en cas de faillite du mandant, les biens gérés pour lui font en principe partie de son patrimoine et qu'inversément il peut les revendiquer dans la masse de l'administrateur.

Sans doute, un certain nombre de conflits réels peuvent surgir (p.ex. le représentant excède ses pouvoirs en aliénant en faveur d'un tiers de bonne foi; ou le cas des créanciers du représentant indirect qui se fient à sa solvabilité apparente du fait qu'il gère les biens d'autrui en son propre nom, etc...) sans qu'il y ait une solution satisfaisante dans notre droit. Mais il s'agit alors d'un problème plus général, qui existe également en dehors de toute relation fiduciaire ou analogue au *trust*.

4. LIMITES AUX POSSIBILITES DE LA REPRESENTATION INDIRECTE - Comparée au *trust*, la représentation indirecte a ses limites, limites qui concernent toutes les règles de notre droit des biens (et non pas de celui des obligations).

a) Il n'est pas possible de priver de cette manière le mandant-propriétaire du pouvoir d'agir (gérer) lui-même. Sans doute, le contrat peut le prohiber, mais cette prohibition n'a pas d'effet réel, autrement dit ne prive pas le propriétaire de son pouvoir de disposer de ses biens. En effet, l'on ne peut pas conférer conventionnellement un effet réel à des limitations de la propriété, lorsque tel effet n'est pas reconnue par la loi (principe du *numerus-clausus*-). Il est vrai qu'il existent dans notre droit des cas où le titulaire d'un bien ne peut agir lui-même; mais en dehors des quelques cas exceptionnels de gestion ou administration aux fins de libéralité (*begunstigingsbewind*), il s'agit ou bien d'une incapacité (d'exercice) ou bien d'une saisie ou d'une autre forme de gestion ou administration aux fins de liquidation (*vereffeningsbewind*) - comme p.ex. dans le cas du failli. Une incapacité ne peut toutefois découler d'un contrat, et son effet concerne en plus toujours le patrimoine global de l'incapable. Une *administration aux fins de liquidation* par contre peut parfois être institué par contrat ou autre acte juridique (une société peut se mettre en liquidation, en concordat, etc.), mais a toujours pour but la liquidation d'un patrimoine, et non sa gestion. Par contre, il n'est pas possible de confier à quelqu'un d'autre le droit de disposer d'un ou plusieurs de ses biens en privant en même temps totalement ou partiellement le titulaire des biens de ce droit.

b) Ensuite, le pouvoir du représentant indirect ne résiste en principe pas à la faillite et aux

autres formes de concours, n'est pas "*konkursfest*" comme disent les allemands. La faillite est pourtant l'épreuve de (papier de) tournesol du droit privé : c'est précisément dans la situation fallimentaire qu'apparaît la nature essentielle des règles et concepts juridiques. Eh bien, en cas de faillite du mandataire (représentant) et dans les autres cas de concours des créanciers du mandant (commettant), ces derniers ne doivent tenir compte ni se soucier des pouvoirs du mandataire (représentant, commissionaire, etc.) et le curateur qui les représente indirectement peut les révoquer sans plus.

Le représentant indirect n'a aucun droit (réel) sur les biens qu'il gère et ne peut se présenter que comme créancier chirographaire, à l'exception des cas où il bénéficierait d'un droit de rétention ou du privilège du commissionaire (privilège qui est en réalité un droit de gage, cfr. l'art. 11 L. 5-5-1872 en matière de gage commercial). Plus généralement, les biens gérés par lui ne forment pas de patrimoine séparé, de sorte que ces biens tombent "brut" dans la masse du mandant et que les créanciers des dettes contractées en vue de l'administration de ces biens n'ont pas de priorité à l'égard des autres créanciers du mandant (ce qui est différent p.ex. en cas de société simple, en cas de liquidation (dettes de la masse), etc.). Le représentant ne bénéficie d'une meilleure position que dans le cas où il pourrait exercer son droit de gage pour garantir le remboursement des dettes contractées en vue de l'administration des biens desquelles il serait tenu à l'égard des tiers.

c) S'il y a plusieurs mandants ou commettants, leurs droits n'ont pas davantage un caractère "collectif" : chacun d'entre eux peut à tout moment provoquer le partage des biens administrés, et même - selon la jurisprudence étonnante et critiquable de notre Cour de cassation (arrêt-*Molenaers* du 9-9-1994) - disposer de sa part dans chaque bien séparément !

d) Ensuite, il est douteux que les droits de créance acquis par le représentant indirect contre des tiers, font partie (du point de vue du droit des biens) du patrimoine du mandant et non de celui du mandataire. Du point de vue du droit des obligations, le mandant ne peut en tout cas les exercer, sauf si le mandataire les lui cède (bien qu'une telle cession peut, à moins depuis la modification de l'art. 1690 C.C. en 1994, être stipulée d'avance dans le contrat de commission ou mandat indirect).

e) Finalement, toutes ces désavantages de la représentation indirecte en comparaison avec le *trust* ne peuvent être levés au moyen d'autres constructions purement obligatoires, comme p.ex. la stipulation en faveur d'autrui. De telles constructions ne peuvent résoudre les problèmes posés, précisément parce qu'elles n'ont pas davantage un effet "réel".

5. POSSIBILITES ET LIMITATIONS DU TRANSFERT FIDUCIAIRE EN PLEINE PROPRIETE - Certains des effets auxquels la représentation indirecte ne peut arriver, peuvent être atteints lorsque le "bénéficiaire" ne donne à l'administrateur (*trustee*) pas seulement le droit de les administrer, mais les lui transfère simplement en pleine propriété. Un tel transfert fiduciaire en pleine propriété diffère pourtant tout autant du *trust* et ne satisfait même pas aux conditions posées par la Convention de la Haye pour la reconnaissance à l'étranger en tant que "trust". En effet :

a) Lorsque l'administrateur (fiduciaire) dispose de la pleine propriété des biens, propriété non pas grevée d'un droit réel du fiduciaire / bénéficiaire, son rapport de droit avec le bénéficiaire est un rapport purement obligationnel. Si l'administrateur (fiduciaire) manque à ses devoirs envers le fiduciaire / bénéficiaire, il s'agit bien d'une inexécution d'une obligation, mais le fiduciaire / bénéficiaire ne jouit d'aucune protection "réelle". Même si, dans certains cas, il peut agir contre le tiers sur base de la théorie de la tierce-complicité, cette action du bénéficiaire contre le tiers reste une action "personnelle" et non "réelle", et ne résiste dès lors pas davantage au concours des créanciers (n'est pas "*konkursfest*") - sauf le cas spécifique de l'action paulienne.

b) Ainsi, en cas de faillite de l'administrateur, les biens qui lui ont été transférés ou qu'il gère font partie de la masse et le bénéficiaire / fiduciaire n'est qu'un créancier chirographaire.

c) En plus, les créanciers des dettes contractées pour l'administration des biens fiduciaires ne sont pas des créanciers "de la masse", mais des créanciers dans la masse, et n'auront aucune priorité à l'égard des autres créanciers de l'administrateur, puisque les biens fiduciaires ne forment pas de patrimoine séparé, mais tombent "brut" dans la masse de l'administrateur failli.

d) Inversement, les biens fiduciaires échappent au recours des créanciers du bénéficiaire / fiduciaire, qui ne peuvent réaliser ou recevoir que les créances de leur débiteur à l'égard de l'administrateur.

En considérant ainsi la position globale de toutes les parties concernées, et surtout celle des créanciers du bénéficiaire, il apparaît à mon avis, que cette construction - le transfert en pleine propriété - est encore beaucoup moins équilibrée que la précédente (c'est-à-dire la représentation indirecte). Cela doit nous inciter à préférer, dans l'état actuel de notre droit, clairement une qualification des opérations et contrats fiduciaires en termes de représentation

indirecte<sup>6</sup>. Ainsi p.ex. on doit qualifier le bénéficiaire d'un compte tiers ou "compte de qualité" (*kwaliteitsrekening, Anderkonto*) comme propriétaire de la créance à l'égard de l'institution financière, et le titulaire du compte comme représentant indirect. Aussi longtemps que notre droit des biens n'est pas modifié de telle manière qu'un vrai *trust* peut être constitué, cette solution reste la moins mauvaise.

6. POSSIBILITES DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE (MORALE) - Evidemment, les parties concernées pourraient également se servir des différents types de personnes morales qui peuvent être constituées dans notre droit, ainsi que de certaines autres constructions juridiques utilisables à des fins "fiduciaires". La constitution d'une personne morale a notamment les avantages suivants :

- a) Les biens restent en dehors du patrimoine des administrateurs.
- b) En cas de société, les créanciers du bénéficiaire - c'est-à-dire de l'actionnaire - conservent leur gage commun, bien qu'uniquement l'actif net.
- c) Les droits des bénéficiaires - c'est-à-dire des actionnaires - ont un caractère "collectif". Ils peuvent disposer de leur part dans la société en tant que tel, mais pas de leur part dans chacune des biens particuliers de la société.
- d) Les créanciers de la société jouissent, sur les biens de la société, d'une préférence à l'égard des créanciers privés des actionnaires ou des administrateurs.
- e) Enfin, il existe des possibilités, au moins par le moyen d'un a.s.b.l. ou fondation, de faire bénéficier au futur des personnes qui n'existent pas encore ou sont encore insuffisamment déterminées.

Malgré tout cela, l'on doit constater - et il nous mènerait trop loin d'en rechercher ici les causes (p.ex. l'aspiration à la neutralité ou transparence fiscale) - qu'il existe toujours une demande assez forte d'autres constructions à côté des personnes morales, constructions qui nécessitent toujours une modification de notre droit des biens. La preuve en est que bien de constructions fiduciaires sont montées, malgré le flou juridique. Une des raisons importantes

---

<sup>6</sup> Cette tendance se retrouve également dans le droit suisse. Voy. p.ex. W. WIEGAND, "Trau, schau wem - Treuhandrecht in der Schweiz und in Deutschland", *Festschrift für Helmut Coing*, München 1982, II, (565) 585 suiv.

est probablement la séparation de la propriété et de la gestion (administration) séparation difficilement réalisable en forme de société.

7. NECESSITE DE DEVELOPPER UNE POSITION “REELLE” DE PART ENTIERE POUR LES DEUX PARTIES - Le développement d’une telle alternative requière nécessairement une modification du droit des biens, et notamment :

a) La possibilité de former un patrimoine séparé en dehors des cas de patrimoine séparés déjà existants (à part la personne morale, il s’agit de l’acceptation sous bénéfice d’inventaire, de la séparation des patrimoines de l’art. 881 C.C., de la société simple (civile et maintenant également commerciale), dans un certain sens aussi de la communauté entre époux et de quelques autres cas). Voy. l’élaboration sous IV. et à l’art. 710-8 de notre proposition.

b) La création d’un nouveau droit réel, ou autrement dit un démembrement supplémentaire de la propriété à côté des possibilités déjà existantes (notamment la division entre usufruit et nue-propriété, entre droit de gage ou hypothèque et propriété, entre droit de superficie et propriété, etc.), par lequel aussi bien l’administrateur que le bénéficiaire jouissent d’un droit réel ou d’une position “réelle”. La doctrine ne se rend souvent pas compte de ce que telle création est aussi importante que celle d’un patrimoine séparé. Il s’agit pourtant précisément d’attribuer le droit (réel) de jouissance à l’une des parties et le droit (réel) d’administration (ou la “légitimation”<sup>7</sup>) à l’autre. Indépendamment de la qualification du premier ou du second comme (droit de) propriété, l’autre partie doit nécessairement avoir une position “réelle” afin de rendre son droit “résistant à la faillite” (*konkursfest*). La manière de réaliser ceci est élaborée sous III., ainsi qu’aux articles 710-3 en 710-14 de notre proposition.

Evidemment, un tel démembrement ne procure pas tout les résultats que l’on peut obtenir au moyen du *trust* dans le droit anglo-américain (p.ex. les *charitable trusts*), mais un tel résultat nécessiterait des changements beaucoup plus profondes, et n’est d’ailleurs pas indispensable à cause de l’existence d’autres figures qui souvent n’existent pas ou de manière plus limitée dans le droit anglo-américain (certaines personnes morales, stipulations pour autrui, etc.).

## II. Les opérations fiduciaires à titre de sûreté et celles à titre de gestion (administration)

---

<sup>7</sup> Comp., concernant la séparation de propriété et légitimation, M. GRAZIADEI, "Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario", lezing studiedag "Fiducia e trust" van de Association Capitant 1988, in *Quadrimestre* 1990, 1 suiv.

doivent être bien distinguées et séparées. Les besoins de sûretés doivent être réalisés par une adaptation de certaines règles concernant le gage et/ou l'hypothèque.

8. S'il est vrai qu'il n'existe, dans notre droit, pas de figure juridique généralement approprié à des fins de gestion ou administration, la situation est tout à fait différente en matière de fiducie-sûreté (*Sicherungstreuhand*). Pour peu qu'ils soient adaptées tant soit peu, le droit de gage et d'hypothèque sont presque toujours propres à satisfaire les besoins légitimes de sûreté des créanciers. Une propriété fiduciaire à titre de sûreté n'a aucune justification autre qu'une éventuelle inadaptation des règles du gage et/ou de l'hypothèque. Elle n'est utilisée que pour se soustraire aux conditions de constitution ou opposabilité du gage ou de l'hypothèque ou aux limitations ou charges (p.ex. procédurales) imposées au créancier gagiste ou hypothécaire. La raison la plus importante est évidemment la possibilité limitée de constituer un gage "sans (dé)possession". Mais la tentative d'utiliser la propriété comme sûreté pour y remédier n'est inspirée que par des différences injustifiées avancées pour le traitement du gage sans (dé)possession et de la propriété sans (dé)possession. Pourtant, la chose devrait être claire : ou bien les règles en matière de gage et hypothèque sont trop restrictives et doivent dès lors être adaptées, ou bien elles ne le sont pas, et alors il n'est pas acceptable que l'on puisse s'en débarrasser en donnant une qualification différente à une construction qui n'a d'autre but qu'une sûreté (réelle). Le transfert de propriété à des fins de sûreté doit dès lors être rejeté. Le *trust* anglo-américain n'a d'ailleurs que rarement une telle fonction.

Dans notre proposition, l'usage d'une construction fiduciaire aux fins de sûreté n'est pas explicitement exclue, mais son régime (notamment celui d'une administration du bien d'autrui avec l'obligation de lui faire bénéficier de toute sa valeur) est tel qu'en tant que telle cette construction ne s'y prête guère. Ce que l'on pourrait s'imaginer, c'est plutôt l'usage de cette construction de manière additionnelle. Le créancier gagiste ou hypothécaire pourrait être investi également d'un droit d'administration des biens gagées ou hypothéquées. Mais cette possibilité existe déjà dans le code civil, notamment dans l'antichrèse, qui est complètement tombée en désuétude. En pratique, les créanciers demandent plutôt la nomination d'un administrateur provisoire ou séquestre comme mesure conservatoire ou pratiquent une saisie-gagerie ou saisie-revendication (fonds de commerce p.ex.), au lieu de prendre, dès le début, la gestion des biens en main.

En ce qui concerne le problème de l'élargissement du gage sans (dé)possession, l'introduc-

tion d'une possibilité générale de publicité mobilière (au lieu de la publicité fragmentaire qui existe aujourd'hui) est proposée *in fine* de cette contribution.

III. Le meilleur modelage des opérations fiduciaires à titre de gestion (administration) consiste à réserver la notion de propriété pour le droit du bénéficiaire, et non pour celui de l'administrateur.

9. TERMINOLOGIE : ADMINISTRATEUR ET TITULAIRES - Comme nous avons exposé, une telle réforme nécessite en tout cas un nouveau démembrement du droit de propriété et donc la création d'un nouveau droit réel. Les deux parties doivent notamment disposer de droits réels de nature différente, dont l'un comprend le pouvoir de gestion (y compris de disposition) et l'autre la propriété "économique" (de la valeur).

Dans cette contribution, j'appellerai le *trustee* "administrateur" (au C.C. du Québec, le fiduciaire est également qualifié comme administrateur; en néerlandais "*bewindvoerder*) et sa position réelle à l'égard des biens un "droit réel d'administration" (en néerlandais *bewindsrecht*). Je préfère appeler le bénéficiaire, c'est-à-dire celui qui jouira de l'administration d'autrui, "titulaire" (*rechthebbende*) d'une "part fiduciaire" (*bewindsdeel*) (Voy. les articles 710-3 et 710-34 de notre proposition). Je n'exclue évidemment pas qu'une amélioration de cette terminologie est possible, pourvu qu'elle ne trahit pas la nature "réelle" des deux positions en cause.

10. LA "PROPRIETE" APPARTIENT AU BENEFICIAIRE - On peut évidemment discuter longuement la question à savoir laquelle des deux parties, l'administrateur ou le bénéficiaire, doit être qualifié comme propriétaire au sens de notre droit civil. On pourrait nommer l'administrateur propriétaire et qualifier la position des bénéficiaires comme un nouveau droit réel grevant le droit de l'administrateur. Mais on peut également qualifier le bénéficiaire comme propriétaire (et dès lors titulaire) et limiter son droit de propriété en le grevant d'un droit réel de l'administrateur.

L'important, c'est de délimiter clairement la position "réelle" des deux parties. A cette condition, l'attribution de la qualification de "propriété" à l'un ou à l'autre est moins importante. Pourtant, il est beaucoup plus cohérent de qualifier la position du bénéficiaire comme "propriété" (limitée ou grevée) plutôt que celle de l'administrateur.

Il n'est pas difficile de trouver des arguments pour cette thèse en regardant simplement les

propositions concrètes qui partent de la position inverse. J'en vois au moins six.

#### 11. C'EST TOUJOURS LE DROIT RESIDUAIRE QUI S'APPELLE PROPRIETE -

Dans tout les cas de scission (démembrement) du droit de propriété (par la création de droits réels limités), le terme propriétaire est dans notre droit toujours réservé à la personne qui jouira de la pleine propriété lorsque la scission prend fin. Ainsi, l'usufruitier, le titulaire du droit de superficie ou l'emphytéote ne sont pas nommés propriétaire, non pas par ce qu'ils ne disposeraient pas de la plupart des pouvoirs et droits d'un propriétaire, mais justement par ce qu'à la fin de l'usufruit, du droit de superficie ou de l'emphytéose c'est l'autre partie qui aura la pleine propriété. Il s'agit ici de la qualification traditionnelle de droit de propriété comme "droit-mère" ainsi que de l'élasticité du droit de propriété.

Tout le monde s'accorde que le régime d'une administration fiduciaire à introduire dans notre droit devrait impliquer qu'à la fin (dissolution) de cette administration, la pleine propriété revient non pas à l'administrateur, mais aux bénéficiaires (dès lors les titulaires), et ceci de plein droit (sans transfert de propriété).

Il est dès lors beaucoup plus cohérent avec notre droit des biens d'appeler la position du bénéficiaire (sa part fiduciaire) une propriété, bien qu'une propriété grevée du droit réel de l'administrateur, du droit d'administration.

Le choix inverse s'intègre beaucoup plus difficilement dans notre droit. Il implique p.ex. l'introduction d'une notion de propriété "temporaire" de l'administrateur, afin d'éviter la nécessité d'un transfert de propriété à la fin de son administration avec tout ce que cela emporte. La propriété temporaire n'existe actuellement pas dans notre droit<sup>8</sup>. Evidemment, on peut l'introduire comme on peut introduire également un nouveau droit réel. Mais les effets visés peuvent être atteints beaucoup plus facilement en partant de l'idée que la propriété résiduaire revient simplement aux bénéficiaires - titulaires.

En plus, la notion de propriété temporaire peut jouer un rôle beaucoup plus fructueux en l'utilisant pour scinder le droit des bénéficiaires (un titulaire pour une durée déterminée, suivi d'un autre titulaire à partir de ce terme), ce qui provoquerait d'ailleurs moins de difficultés vu la nature incorporelle de leur droit de propriété (voy. infra n° 40).

---

<sup>8</sup> Elle n'existe dans notre droit que dans un sens figuré, notamment en forme de droit réel limité (p.ex. le droit de propriété du titulaire d'un droit de superficie pendant la durée de ce droit; à la fin de la superficie, le propriétaire du sol en redevient automatiquement le (plein) propriétaire).

12. PAS DE PROPRIETE EN DEHORS DU PATRIMOINE DU PROPRIETAIRE - L'introduction d'un patrimoine séparé - visé à juste titre - s'intègre également plus facilement dans notre droit en attribuant la propriété résiduaire aux bénéficiaires. De telles constructions existent déjà dans notre droit; pensons p.ex. à la société simple, où les associés qui ne sont point administrateurs restent néanmoins propriétaires du patrimoine commun. Bien qu'à première vue, la situation inverse semble exister également dans notre droit, il s'agit là d'une illusion d'optique. Ainsi p. ex. l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, où c'est l'héritier acceptant qui est administrateur (liquidateur), ou la liquidation d'une société avec personnalité juridique, doivent plutôt être comparées à une saisie (générale et collective) et le droit des créanciers à un droit de gage général, plutôt qu'à la position du bénéficiaire d'un *trust*.

Si l'on choisit l'autre position, cela nécessite l'introduction de toute une série de dispositions dictants que malgré le droit de propriété de l'administrateur, les biens fiduciaires ne font pas partie de son patrimoine en cas de faillite, de saisie, de décès (sa succession), etc. Mais dans quel sens font ils alors encore partie de son patrimoine et en a-t-il encore la propriété ? Non seulement, une telle énumération sera rarement complète (il manque p. ex. la communauté conjugale), mais en plus de telles dispositions créent sans nécessité un patrimoine sans titulaire, figure qui n'existe actuellement pas dans notre droit, et bien superflue dans la solution inverse.

13. CLARTE CONCERNANT LE DROIT DU BÉNÉFICIAIRE - Ensuite, la position juridique du bénéficiaire s'intègre beaucoup mieux dans notre droit en le considérant comme une propriété grevée d'un droit réel d'administration. Une telle position est de nouveau très comparable à celle des associés dans la société simple ou l'association momentanée, ou des époux en communauté. Si l'on considère l'administrateur comme propriétaire, la position des bénéficiaires reste très vague; il n'est même pas clair s'il s'agit d'un droit réel ou d'une simple créance. Le flou règne quant à la question à savoir si leur droit peut être saisi par leurs créanciers, s'il tombe dans la masse de leur faillite, etc. Leur position en cas de faillite ou décès de l'administrateur reste également vague, etc. etc.

Le *trust* anglo-américain au contraire est concurrentiel précisément à cause du caractère plutôt réel et donc impersonnel du droit du bénéficiaire. C'est donc bien dans cette direction que l'on doit regarder lors de l'introduction d'une construction fiduciaire. Ce problème ne se résout pas avec une formule incantatoire comme "relation de confiance". Tout contrat, au moins tout contrat qui fait crédit, c'est-à-dire où l'autre partie ne doit pas exécuter immédiatement, présuppose une

relation de confiance. Conjurant les problèmes en invoquant cette nécessité de confiance ressemble à une législation purement précative. Le bénéficiaire n'est pas protégé juridiquement par l'usage d'une telle incantation, mais bien par l'attribution d'une position "réelle" clairement définie, position qui fera qu'il ne dépend pas purement de la fidélité de l'autre partie.

Dans les projets ou propositions belgo-françaises, le flou règne encore plus sur la position des créanciers du bénéficiaire, p.ex. en cas de faillite du bénéficiaire. Ici de nouveau, seulement une qualification claire du droit de leur débiteur en tant que droit réel évite qu'ils soient abandonnés à leur triste sort ...

14. MEILLEURE INTEGRATION DANS LE DROIT DES SUCCESSIONS - Une qualification de l'administrateur comme propriétaire des biens fiduciaires cause en plus un appel à toutes sortes de restrictions peu souhaitables et superflues de la possibilité de mettre des biens sous administration (fiduciaire). En effet, lorsqu'on qualifie une telle mise sous administration comme un transfert de propriété, il est difficile de faire échapper ce transfert aux règles de la réduction et des rapports, parce qu'un tel transfert devra probablement être qualifié d'acte à titre gratuit. A mon avis, il est complètement excessif de protéger les héritiers (réservataires) contre une telle mise sous administration lorsque'elle n'entraîne pas un enrichissement personnel de l'administrateur (au-delà d'un salaire normal pour son administration). Mais l'inapplicabilité des règles de la réduction et des rapports se justifie plus facilement lorsque la mise sous administration n'est pas qualifiée comme un transfert de propriété, mais uniquement comme la constitution d'un droit réel limité. En effet, il est facile à démontrer que la constitution de ce droit réel d'administration ne constitue, dans la grande majorité des cas, pas un acte à titre gratuit : la limitation du droit de propriété par ce droit d'administration est compensée par une contreprestation de l'administrateur, notamment par ses obligations d'administration etc. La valeur patrimoniale des biens reste auprès du bénéficiaire et fait donc partie de sa succession. Ses héritiers peuvent parfaitement exercer leur droit à une réserve en nature sur le droit de propriété, c'est-à-dire la part fiduciaire du défunt en restant soumis à l'administration de l'administrateur. L'adaptation du droit des successions peut ainsi rester minimale.

15. SOLUTION PLUS FACILE EN CAS DE REMPLACEMENT OU ABSENCE DE L'ADMINISTRATEUR - L'argument suivant regarde la situation d'une administration "vacante", c'est-à-dire où il n'y a pas d'administrateur. Pensons p. ex. au cas où le droit d'administration a été concédé *intuitu personae* et l'administrateur décède. En général, il sera contraire au but de l'acte ou de la décision qui a fait naître le droit d'administration, de

faire cesser ce droit de plein droit dans un tel cas. Le droit d'administration et la scission de la propriété doivent dès lors continuer à exister, même lorsque ce droit est temporairement vacant. Il est maintenant plus facile d'intégrer dans notre droit le cas d'un patrimoine sans administrateur (notre droit en connaît plusieurs cas, comme p.ex. la succession vacante), que celui d'un patrimoine sans titulaire. A part la constitution d'une personne morale, un patrimoine appartient nécessairement à une personne physique (ou à l'état). Un droit d'administration sans titulaire s'intègre donc plus facilement dans notre droit que tout un patrimoine séparé sans titulaire.

Le régime de remplacement de l'administrateur est également plus facile à intégrer lorsque cet administrateur n'est pas le propriétaire, mais seulement titulaire d'un droit d'administration. S'il est propriétaire, tout remplacement de l'administrateur devrait être qualifié comme un transfert de propriété de tout les biens fiduciaires ! Il est plus facile de mettre de côté les règles qui régissent le transfert de propriété lorsque ce transfert ne concerne qu'un droit réel d'administration limité.

16. MAINTIEN DE L'ANALOGIE AVEC LA REPRESENTATION IMMEDIATE ET AVEC LA SOCIETE SIMPLE - Finalement, la construction proposée dans cette contribution ne déroge pas inutilement des figures existantes les plus proches du *trust*, notamment la représentation immédiate (dans notre droit actuel la figure la plus appropriée pour une opération de fiducie-gestion) et la société simple. Evidemment, l'introduction d'un droit réel d'administration est motivée précisément par les restrictions susmentionnées de la représentation immédiate et de la société simple. Mais cela n'empêche que l'intégration du *trust* dans notre droit est mieux assurée en faisant correspondre le régime nouveau-né autant que possible au régimes déjà existants, régimes qui attribuent la propriété aux bénéficiaires.

17. CONCLUSION DE LA IIIième THESE - En bref, une figure fiduciaire s'intègre plus facilement dans notre droit et son introduction posera le moins d'insécurité juridique possible en attribuant le droit de propriété - bien que limité (grevé) - aux bénéficiaires et un nouveau droit réel, nommé droit d'administration au *trustee* (administrateur) C'est dans ce sens que l'article 710-3 de notre proposition est rédigé. On peut d'ailleurs remarquer que le nouveau code civil du Québec va dans la même direction, en nommant le fiduciaire un administrateur du bien d'autrui (art. 1278) et en lui déniait même tout droit réel sur les biens fiduciaires (art. 1261).

Un tel droit réel d'administration pourra être constitué sur toute espèce de biens, non seulement sur des biens corporels, mais également sur des biens incorporels, y compris des

droits réels limités (p.ex. un droit d'usufruit). Comp. l'article 710-6 de notre proposition.

Un tel régime s'insère le mieux au Livre second du Code civil, notamment comme Vième Titre après les Titres concernant la propriété, l'usufruit et les servitudes. Il ne serait, au contraire, pas à sa place entre les contrats spéciaux, précisément par ce qu'il s'agit d'un problème du droit des biens.

IV. La nécessité d'un patrimoine séparé ne peut être réduite à un problème du droit des obligations (comme une obligation de l'administrateur); il s'agit d'un problème du droit des biens avec des implications "réelles".

18. LA SEPARATION DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE EST D'ABORD UN PROBLEME DU DROIT DES BIENS ET NON DES CONTRATS - Le manque de clarté au plan "réel" (du droit des biens) des propositions belgo-françaises en matière de *trust* résulte du perspectif purement contractuel de leurs auteurs. Les considérations et propositions concernant le caractère de patrimoine séparé du patrimoine fiduciaire témoignent également de cette dénaturation.

Ainsi, l'art. 2069 du projet de fiducie français l'envisage seulement sous l'angle d'une obligation - même purement contractuelle - du fiduciaire, notamment l'obligation de "prendre toutes mesures propres à éviter la confusion des biens et droits transférés ainsi que des dettes s'y rapportant, soit avec ses biens personnels, soit avec d'autres biens fiduciaires".

Il n'y a évidemment aucune objection à l'imposition d'une telle obligation à l'administrateur (comp. les articles 710-23 et surtout 710-24 de ma proposition). Mais la toute première question ne concerne pas les obligations de l'administrateur, mais la reconnaissance des biens fiduciaires comme un patrimoine ou une masse séparé du point de vue du droit des biens (comp. l'article 710-8 § 1 de ma proposition). Il est essentiel de reconnaître explicitement l'existence d'un tel patrimoine séparé (patrimoine de gestion ou d'administration). Même la proposition des notaires belges dit seulement que le patrimoine fiduciaire est soumis à un régime spécial au lieu de parler explicitement de patrimoine ou masse séparé (le terme technique courant).

La reconnaissance d'un patrimoine séparé dans ce sens modifie l'application des règles du droit des biens sur deux points essentiels, qui sont discutés sous 19 et 20.

19. SUBROGATION REELLE - Un patrimoine séparé a pour effet une subrogation réelle

généralisée, tandis qu'en dehors des patrimoines séparés, la subrogation réelle n'est reconnue dans notre droit que dans les cas régis spécialement par la loi, ainsi que lorsqu'il s'agit d'une créance (et non d'un bien corporel) qui remplace un autre bien<sup>9</sup>. Cette subrogation réelle n'est pas mentionnée p.ex. dans le projet français. Elle est pourtant essentielle pour le *trust*. A mon avis, elle doit être prévue explicitement dans la loi à intervenir - voy. dès lors art. 710-8 § 2 de ma proposition.

La subrogation réelle généralisée en cas de patrimoine séparé ne bénéficie qu'à ceux qui ont un droit à titre universel sur ce patrimoine, c'est-à-dire les titulaires et les créanciers de l'administration fiduciaire (voy. le n° suivant) en général. En ce qui concerne les titulaires de droits sur un bien spécifique du patrimoine fiduciaire au contraire (spécialement les droits attribués par l'administrateur dans le cadre de ses pouvoirs), ce sont les règles de droit commun qui jouent, de sorte que la subrogation réelle reste limitée.

20. PRIORITE AUX CREANCIERS DE L'ADMINISTRATION FIDUCIAIRE - Ensuite, un patrimoine séparé a pour effet l'existence de deux catégories de créanciers : 1° les créanciers du patrimoine séparé (patrimoine fiduciaire), pour les dettes contractées pour ou nées de l'administration ou des biens fiduciaires, et 2° les créanciers du solde - qui ne peuvent se payer que sur - la part du - produit net après le paiement des premiers. Les créanciers de l'administration ont dès lors une préférence à l'égard de 1° les titulaires et 2° Les autres créanciers des titulaires. Ce phénomène apparaît clairement lors de la séparation d'un patrimoine social, aussi bien en cas de société avec personnalité juridique qu'en cas de société simple, lors de la séparation des patrimoines de l'art. 881 ou en cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, et en cas de faillite (priorité des créances de la masse, c'est-à-dire de l'administration du patrimoine, aux créanciers dans la masse). Dans une certaine mesure, ce phénomène se trouve également dans le cas d'une communauté conjugale. Comp. dès lors l'article 710-9 de notre proposition.

Cette préférence donnée aux créanciers de l'administration à l'égard des titulaires fait que le droit de propriété de ces derniers, comme p. ex. dans la société simple, reste limité à la *valeur nette* du patrimoine fiduciaire, constatation qui nous mène à un autre aspect, étudié sous VI.

21. REGIME DE LA CONFUSION - Une question additionnelle qui devrait probablement être réglée, concerne les effets d'une confusion de fait de biens d'un patrimoine fiduciaire

---

<sup>9</sup> Voy. pour plus de détails E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *R.W.*, 1993-94, 273.

avec des biens d'autres patrimoines d'administration ou du patrimoine personnel de l'administrateur. La seule solution consiste, à mon avis, à construire ou reconnaître une copropriété des biens confus. En vertu de sa relation juridique avec les titulaires, l'administrateur est obligé de tenir les biens fiduciaires exclusivement en qualité; en cas de confusion de biens de ce patrimoine avec d'autres biens de même nature, il est de même obligé de tenir ces biens, à concurrence de la part des biens fiduciaires dans la masse confuse, en qualité d'administrateur. Pour autant que la séparation du patrimoine fiduciaire en tant que tel soit opposable aux tiers, il n'y a pas d'objection à faire valoir la même chose pour cette part indivise dans les biens confus. Une réglementation légale de ce problème pourrait d'ailleurs s'inspirer de l'article 1848 du C.C.

Le problème se complique lorsque l'administrateur a dépensé ou consommé, à l'encontre de ses obligations, une partie des biens confus. Peut-on dire que l'administrateur est toujours censé d'avoir dépensé d'abord sa propre part dans les biens confus, précisément à raison de ses obligations envers les titulaires du patrimoine fiduciaire ?<sup>10</sup> Prenons un exemple pratique : une personne qui gère des fonds de tiers de manière girale néglige de le faire à comptes séparés. Sur le même compte se trouvent des fonds personnels et des fonds de tiers. Supposons que 100 unités de fonds personnels et 100 unités de fonds de tiers ont été virées sur ce compte, et que le titulaire du compte (titulaire ès qualités en ce qui concerne les fonds de tiers) en utilise 150 unités pour des dépenses personnelles. Est-ce que le solde de 50 unités appartient entièrement (50 unités) aux tiers, ou uniquement la moitié (25 unités) ? La dernière solution doit être préférée. Mais quelque soit la solution choisie, une réglementation explicite s'impose (voy. une réglementation possible à l'article 710-27 de ma proposition).

Le sort des avantages que l'administrateur obtient grâce aux biens fiduciaires, est plus simple à déterminer : sauf le salaire convenu (ou déterminé par le juge ou la loi), l'administrateur ne peut tirer aucun avantage du patrimoine fiduciaire. Tout ce qu'il obtient avec les actifs du patrimoine fiduciaire fait de plein droit partie de ce patrimoine. En vertu de sa relation juridique avec les titulaires, il ne peut garder les avantages pour lui-même et est obligé de les tenir en qualité. Cela veut dire que, juridiquement, il ne sait même pas les garder pour lui-même et qu'il les détient nécessairement en qualité, sauf "*interversion de titre*", contradiction publique du droit des titulaires sur ce bien (comp. art. 2238 C.C.). Mais il serait quand-même souhaitable de consacrer cette solution de manière explicite en ajoutant

---

<sup>10</sup> Ce raisonnement se retrouve dans le droit anglo-américain du trust, où une telle présomption est faite de plein droit par le biais du *constructive trust* et peut également être opposée aux tiers. Voy. F.P. van KOPPEN, "Bestaan er echte trustverhoudingen in Nederland, Duitsland en Luxemburg", *WPNR* 1989, n°. 5906-5907, p. 130.

l'administrateur dans la liste de l'art. 2236, al. 2 C.C. Comp. également l'article 710-8 § 2 *in fine* de ma proposition.

V. Le droit de l'administrateur d'une part, et celui des titulaires d'autre part, font l'un et l'autre en principe partie de leur patrimoine privée.

## 22. LEUR PART FIDUCIAIRE FAIT PARTIE DU PATRIMOINE DES TITULAIRES -

La constitution d'un droit réel d'administration sur des biens qui forment ainsi un patrimoine séparé, signifie que ni l'administrateur ni les titulaires ont la pleine propriété de ces biens; leurs droits sont précisément limités par ceux de l'autre partie. Mais cela signifie nullement que les droits respectifs de chaque partie ne feraient pas partie de leur patrimoine propre. Pourtant, les propositions d'introduction d'une fiducie dans nos droits semblent le nier, puisqu'elles impliquent que l'administrateur n'a aucun droit réel sur les biens fiduciaires qui ferait partie de son patrimoine privé, et que le bénéficiaire y aurait uniquement un droit plutôt obligatoire. De telle manière, les biens fiduciaires échapperaient à un principe fondamental de notre droit patrimonial, notamment que tout bien, sauf les biens insaisissables en vertu de la loi pour des raisons humanitaires ou d'ordre public, appartient toujours au gage commun des créanciers du titulaire de ces biens.

L'introduction d'une figure fiduciaire doit dès lors rester aussi neutre que possible à l'égard de ce principe fondamental de notre droit patrimonial, et ne peut pas porter plus d'atteinte à la position des créanciers du bénéficiaire que p. ex. en cas d'apport de biens en société simple ou indivision conventionnelle. La part fiduciaire des titulaires (une part abstraite dans le patrimoine fiduciaire) doit dès lors pouvoir être saisie - mais non pas une part dans chacune des biens particuliers de ce patrimoine (voy. pour plus d'explications *infra* VI, ainsi que l'article 710-34 de notre proposition). Les créanciers des titulaires doivent également, et ceci sans préjudice de leur droit d'attaquer éventuellement la constitution même (du droit) de l'administration au moyen d'une action paulienne, avoir le droit de demander la dissolution-liquidation du patrimoine fiduciaire dans des conditions semblables au cas de la société simple.

Un autre avantage de l'appartenance de la part fiduciaire au patrimoine personnel des titulaires et de la saisissabilité de cette part réside dans le fait que ces parts deviennent ainsi susceptibles d'être données en gage ou en usufruit. La manière dont ces droits réels pourraient être constitués est discutée également *infra*, VI., ainsi que dans les articles 710-34 en 710-35 de ma proposition.

On objectera peut-être que tout ceci serait quand-même possible également lorsqu'on attribuerait aux bénéficiaires uniquement un droit de créance. Nous constatons d'abord que les propositions qui circulent sont assez silencieuses sur ce point et ne disposent p.ex. pas explicitement que seuls les créanciers du bénéficiaire peuvent exécuter leurs créances sur le patrimoine fiduciaire net - ou la créance du bénéficiaire à l'égard de ce patrimoine -. Ensuite, les parties qui créent un droit de créance (notamment les futurs débiteur et créancier) peuvent faire naître la créance comme une créance insaisissable<sup>11</sup>, ce qui est à mon avis inadmissible en cas de transfert fiduciaire; la qualification du droit des bénéficiaires comme un droit réel exclue cette possibilité, puisqu'elle n'existe que pour les droits de créance nés de la volonté des parties et non pas pour des droits réels). Enfin, les droits de créance du bénéficiaire seraient en grande partie des droits futurs ou éventuels, de sorte que les créanciers du bénéficiaire seraient en fait abandonnés et que la fiducie serait, encore plus que l'apport en société, une méthode de rendre la vie dure à ses créanciers. Le résultat serait évidemment un grand nombre de litiges pauliennes avec toute l'insécurité que cela emporterait.

23. LE DROIT D'ADMINISTRATION FAIT PARTIE DU PATRIMOINE PERSONNEL DE L' ADMINISTRATEUR - Inversement, le droit de l' administrateur à l'égard des biens fiduciaires - son droit d'administration - devrait faire partie de son patrimoine personnel. Cela n'exclut pas que ce droit pourrait être un droit *intuitu personae* et prendre fin par le décès de l'administrateur (comme p. ex. le droit d'usufruit) (comp. l'article 710-31 de ma proposition). De même, ce droit en tant que tel devrait pouvoir être déclaré, dans tel cas, insaisissable (le droit au salaire qui en découle éventuellement devrait par contre rester saisissable) (comp. l'article 710-17 de ma proposition). Mais il reste quand-même utile de modeler le droit d'administration de manière à ce qu'il ne soit pas nécessairement *intuitu personae*, à ce qu'il soit donc un droit transmissible qui fait partie du patrimoine de l'administrateur (comp. l'article 710-16 de ma proposition). De même, le droit d'administration peut parfois jouer le rôle de sûreté pour des créances de l'administrateur (p.ex. un droit d'administration d'un institution financière sur certains biens de leur débiteur), et doit alors être transmissible, comme un droit accessoire, avec les créances qu'il garantit, ce qui suppose qu'il fait partie du patrimoine de l'administrateur.

#### VI. Le droit des titulaires a un caractère "collectif".

---

<sup>11</sup> E. DIRIX & K. BROECKX, *APR, Beslag*, n° 645.

24. LA PART FIDUCIAIRE EST UN BIEN INCORPOREL - D'importance au moins égale au caractère séparé du patrimoine fiduciaire est son caractère "collectif" (*Gesamthand*). Le caractère collectif signifie que les bénéficiaires n'ont aucun droit sur les biens particuliers du patrimoine fiduciaire, mais uniquement une part incorporelle du patrimoine fiduciaire global en tant que tel. L'administration d'un patrimoine fiduciaire serait impossible si les bénéficiaires pourraient disposer de leur part dans chaque bien de ce patrimoine séparément. Cela devient évident lorsqu'il y a une pluralité de bénéficiaires. Les discussion concernant la fiducie et le *trust* se concentrent à mon avis beaucoup trop sur les cas à bénéficiaire unique; il est, au contraire, beaucoup plus intéressant de partir de l'hypothèse que dans la plupart des cas, il y aura plusieurs bénéficiaires, qui seront dès lors dans une sorte d'indivision entre eux. Pensons p.ex. aux fonds communs de placement.

Le droit de propriété des titulaires doit dès lors être compris comme une part indivise du patrimoine fiduciaire global, nommé ici part fiduciaire. Il s'agit d'une part nette de l'actif du patrimoine fiduciaire moins son passif. La nature de ce droit est très comparable au droit des associés qui n'ont point l'administration d'une société simple : eux aussi ont ni l'administration des biens ni une part dans chaque bien séparément, mais uniquement une part abstraite du (dans le) patrimoine social. De la même nature est également le droit de l'associé occulte dans l'association en participation. Une comparaison avec la nature incorporelle de la part ou action dans les autres formes de société, par contre, est moins propre, puisqu'il s'agit alors de société ayant la personnalité juridique.

La part fiduciaire en tant que bien incorproel peut être l'objet de dispositions par son titulaire : il peut l'aliéner, donner en gage ou en usufruit, etc. Les ayants droit auront alors un droit de la même nature, notamment une part abstraite (ou l'usufruit ou droit de gage d'une part abstraite) du patrimoine fiduciaire. Comp. les articles 710-34 et suiv. de ma proposition.

VII. La détermination des pouvoirs de l'administrateur n'est pas simplement une question du droit des obligations, mais également un problème du droit des biens.

25. POSITION DU PROBLEME - L'administrateur a un pouvoir d'administration qui comprend aussi bien le pouvoir d'engager le patrimoine fiduciaire en contractant des dettes pour le compte de ce patrimoine que le pouvoir de disposer des biens fiduciaires. Le revers en est un manque de pouvoir de disposition des titulaires, dont la position juridique est de

nouveau comparable à celle d'un commanditaire dans une société en commandite ou d'un associé occulte dans une association en participation (qui - en tant que tel - ne sont p.ex. pas des commerçants).

Ce pouvoir de disposition - ou peut-être plus correctement "l'autorité" ou "compétence" de l'administrateur (voir ci-dessous) - connaît souvent des limitations, qui découlent notamment des obligations de l'administrateur envers les titulaires.

Il serait pourtant erroné de voir ces limitations uniquement sous l'angle du droit des obligations.

Le pouvoir de disposition dans un sens très large (non seulement le sens technique) connaît dans notre droit des limitations de nature diverse, limitations qui forment le revers de différents mécanismes de protection que notre droit offre aux personnes en faveur desquelles le pouvoir est limité. Les limitations les plus importantes sont a) le manque de pouvoir de disposition dans le sens strict, c'est-à-dire le fait de ne pas pouvoir disposer en raison d'un droit réel ou aux effets réels (donc d'un droit qui vaut en principe *erga omnes*) antérieur d'un tiers; b) des nullités et des causes de dissolution (du titre) de la disposition, dont certaines concernent des droits de tiers (p.ex. la réduction en cas d'atteinte à la réserve héréditaire; certaines nullités prescrites pour la protection de l'époux (épouse) et de la famille; le droit de retrait successoral ou en cas de dissolution de la communauté conjugale, de la société simple, etc.); c) l'inopposabilité à l'égard des tiers-créanciers par l'action Paulienne et les sanctions de la tierce-complicité à la violation des droits de créance de tiers.

On doit des lors se demander quelle est la nature de la limitation des pouvoirs de administrateur et dès lors de la protection des titulaires.

26. NATURE EN PRINCIPE REELLE DE LA LIMITATION DES POUVOIRS - Puisque les titulaires jouissent dans notre conception d'un droit réel (un droit de propriété résiduaire), il est presque évident que les limitations du pouvoir de l'administrateur seront des limitations de nature réelle, et découlants du droit des biens, notamment des limitations du pouvoir de disposition dans le sens technique. On pourrait les comparer avec les limitations du pouvoir de l'usufruitier (qui ne peut disposer que des fruits et non du capital); le nu-propriétaire dispose en principe d'un droit réel (revindication) à l'égard du tiers-acquéreur.

La protection des tiers-acquéreurs doit, à mon avis, être régie par les règles du droit commun en cette matière, règles qui donnent au titulaire une plus grande protection que la théorie de la

tierce-complicité<sup>12</sup> (comp. l'article 710-14 de ma proposition). Le tiers-acquéreur doit dès lors satisfaire à plusieurs conditions, dont la bonne foi (critère qui est plus strict à l'égard du tiers que celui de la tierce-complicité à la violation d'un droit de créance).

L'art. 11, alinéa 3 du Traité de la Haye (Reconnaissance du trust) oblige également les états contractants de reconnaître le principe selon lequel les biens du trust (biens fiduciaires) peuvent être revendiqués dans les cas où le trustee les aurait aliénés en violation de ses obligations en tant que trustee. Cette revendication y est bien comprise comme une action de nature réelle. L'effet réel du droit du *beneficiary / equitable owner* dans le droit anglo-américain est d'ailleurs, quoi que l'on en dit, clairement plus fort que chez nous, puisque le tiers-acquéreur de mauvaise foi et même le tiers-acquéreur à titre gratuit y sont qualifiés comme "*constructive trustee*" (comme censés avoir accepté la qualité de *trustee*), de sorte que, dans les cas où les biens fiduciaires auraient été aliénés, confus, etc. par eux, les biens qui ont remplacés les biens fiduciaires dans leur patrimoine peuvent être revendiqués.

27. DEVELOPPEMENT - En cas d'introduction d'une figure analogue au *trust* dans notre droit, la revendication devrait être régie autant que possible par les règles du droit commun des biens. Cela veut dire que les tiers-acquéreurs devraient être protégés - en dehors des cas de prescription trentenaire - à condition d'avoir acquis de bonne foi et :

- en cas de meubles corporels: d'en avoir la possession de fait (possession réelle);
- en cas de droits de créance : par juste titre et à condition que le débiteur cédé n'avait pas connaissance du caractère fiduciaire de la position de l'administrateur;
- en cas d'immeubles : par juste titre et à condition de le transcrire avant la partie à l'égard de laquelle on doit être protégée, ainsi que dans quelques autres cas (p.ex. la prescription abrégée de 10 ou 20 ans)<sup>13</sup>.

Pour être complet, l'on devrait y ajouter que cette protection plutôt "forte" des titulaires (surtout en cas d'immeubles et même en cas de droits de créance), peut, dans certains cas, encore être mise de côté sur base de la théorie de la confiance (ou de l'apparence), notamment dans les cas où l'administrateur pourrait être qualifié de mandataire apparent des titulaires. Comp. à cet égard 710-14 de ma proposition.

---

<sup>12</sup> Pour la relation entre les deux, voy. M.E. STORME, "De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken", in *Overeenkomsten en derden : De externe gevolgen van overeenkomsten en de derde-medeplichtigheid*, BVBJ, Vlaams Pleitgenootschap, Jeune Barreau Bruxelles 1995.

<sup>13</sup> Pour plus de détails, voy. mon *Overdracht van eigendom en verkrijging van zakelijke rechten*, sous presse 1996.

Inversement, il n'est pas exclu que les titulaires soient protégés même en dehors des cas d'application des règles du droit des biens concernées, notamment par le biais d'une *action Paulienne*<sup>14</sup>, et ceci spécialement lorsqu'un acquéreur (de meubles corporels) a acquis de bonne foi, mais à titre gratuit, et que l'administrateur a agi frauduleusement.

28. (PAS D') EFFET REEL DES LIMITATIONS CONVENTIONNELLES DU POUVOIR DE DISPOSITION ? - En ce qui concerne les limitations légales que connaîtrait le pouvoir de disposition de l'administrateur, l'application du droit commun des biens est certainement préférable à une réglementation plus spécifique qui s'inspirerait plutôt de la théorie de la tierce-complicité.

Cela ne vaut pas nécessairement pour les limitations conventionnelles. Dans ce cas, le degré de prudence à imposer au tiers-acquéreur est moins aisément déterminable. On pourrait donner un effet réel à de telles limitations du pouvoir de disposition, mais uniquement à condition d'organiser une certaine publicité de ce genre de limitations. Cette publicité pourrait s'inspirer p.ex. de celle en matière des sociétés. En tout cas, lorsque l'acte constitutif de l'administration fiduciaire n'est pas soumis à une publicité facilement consultable, il n'est pas souhaitable d'imposer aux tiers un devoir de le réclamer et de le vérifier, sauf circonstances spécifiques.

29. INTERDICTION DE LA MAIN MORTE - Afin d'éviter la "main morte", il faut qu'il y ait toujours quelqu'un qui ait effectivement le pouvoir de disposer des biens fiduciaires : ou bien l'administrateur, ou bien le titulaire, ou peut-être les deux conjointement. Mais une limitation du pouvoir de disposition qui rendrait toute aliénation impossible - indépendamment de la personne qui aurait ce pouvoir - doit être rejetée. Comp. l'article 710-14, deuxième phrase, de ma proposition. Pour autant qu'un assouplissement de notre droit s'imposerait à cet égard, il appartient au législateur d'énumérer de manière limitative les cas où

---

<sup>14</sup> L'action paulienne a d'ailleurs le grand avantage - en comparaison avec l'action basée sur une tierce-complicité - d'avoir un caractère "réel". Ce caractère apparaît surtout lorsque le complice devient insolvable : l'action paulienne reste alors opposable à la masse de ses créanciers (Comp. Cass. 30-1-1965, *R.C.J.B.* 1966, note DABIN; E. DIRIX, "De vergoedende functie van de actio Pauliana", *R.W.*, 1992-93, 331 n°. 3; voy. plus en général N. GEELHAND, *Belangenafweging in het huwlijksvermogensrecht : de belangen van de niet-contracterende echtgenoot versus de belangen van de derde-medcontractant*, Mys & Breesch Gent 1995, Dl. II, nos. 1994-1995 et 1997; M.E. STORME, "De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken", in *Overeenkomsten en derden*, p. 111 et suiv n° 13).

une telle inaliénabilité pourrait être admise, mais alors indépendamment de la nature du contrat et non pas limité aux cas de fiducie ou similaires.

VIII. Il ne faut pas exclure qu'un droit d'administration du bien d'autrui puisse être constitué autrement que par contrat ou testament.

30. *TRUST* ET FIDUCIE NE SONT PAS DES ACTES JURIDIQUES - Bien qu'un avant-projet belge définit la fiducie en tant qu'acte juridique, ceci est inexact. Le *trust* et la fiducie ne sont pas des actes juridiques, mais des situations juridiques relevant du droit des biens. Ce qui est exact, c'est seulement que le *trust* et la fiducie pourraient être constitués par acte juridique, et que dès lors un contrat fiduciaire ou d'administration pourrait être à la base de cette constitution.

Un tel contrat doit en effet être considéré comme un acte "constitutif", puisqu'il s'agit en tout cas de la constitution d'un droit réel limité (et ceci indépendamment de la qualification de l'administrateur ou du fiduciaire comme propriétaire : dans les deux cas, l'autre partie jouit d'un droit réel limité). Ce qui pourrait être discuté, c'est la question à savoir si telle constitution devrait pouvoir avoir lieu également à titre universel ou uniquement à titre particulier (concernant des biens particuliers) (voir *infra*).

31. LE REGIME DE LA FIDUCIE NE DEVRAIT EXCLURE A PRIORI L'ADMINISTRATION DU BIEN D'AUTRUI EN VERTU D'UNE DECISION JUDICIAIRE - A part cette question terminologique, la question de fond se pose, s'il est avisé de limiter a priori le *trust* ou l'administration fiduciaire aux cas de constitution par acte juridique - c'est-à-dire par contrat ou testament. En effet, nous connaissons déjà maintenant des formes analogues d'administration du bien d'autrui, où l'administrateur est nommé par le juge dans toutes sortes de cas où la loi le permet.

Il ne s'agit pas tellement de l'administration des biens des personnes incapables ou dont la capacité d'exercice est limitée (mineurs, personnes hors d'état de gérer leurs biens, interdits, prodiges) - administration qui est bien à certains égards analogue à l'administration fiduciaire, mais qui en diffère quand-même assez largement. Il ne s'y agit notamment pas d'un patrimoine séparé, mais d'un patrimoine tout court, et le titulaire des biens ne perd pas le pouvoir de disposer de ces biens spécifiques, mais perd de manière générale une capacité d'agir. Une telle administration s'apparente donc plutôt à la représentation indirecte en vertu de la loi (ou d'une décision judiciaire) qu'au droit réel de l'administrateur fiduciaire.

Par contre, le phénomène d'un patrimoine séparé couplé à un manque de pouvoir de disposition du propriétaire (titulaire) se retrouve dans presque tous les cas d'administration aux fins de liquidation, comme p. ex. la faillite, le concordat, la cession des biens (art. 1265 suiv. C.C.), la liquidation d'une personne morale, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire d'une succession, la succession vacante, la séparation des patrimoines de l'art. 878 C.C., la responsabilité limitée de l'art. 1084 C.C., le fonds de limitation de la Convention LLMC<sup>15</sup>, etc. On pourrait y ajouter également le cas de saisie exécutoire. Dans ces cas, on parle souvent de dépossession du propriétaire, là où il serait plus correct de parler de perte du pouvoir de disposition concernant les biens qui tombent dans la masse (comp. les art. 444 et 603 L.Faill. de 1851), perte du pouvoir de disposition qui survient également lorsqu'il n'y a pas de dépossession de fait (voy. p. ex. les art. 803, 806 et 813, 2 C.C.; art. 11 L. Concordat judiciaire).

Indépendamment de la question à savoir si l'administrateur, comme notamment le curateur de faillite, peut y être considéré comme un représentant indirect des créanciers en concours ou pas, il n'est certainement pas le représentant du failli, du saisi, etc. Le failli, le saisi, etc. perd son pouvoir de disposition à l'égard de ces biens. Toute limitation du pouvoir de disposition du propriétaire implique nécessairement un droit à caractère réel d'une ou plusieurs autres personnes au profit desquelles ce pouvoir est limité. *In casu* il s'agit du droit de gage commun ou collectif des créanciers (art. 8 L. Hyp.), droit de gage qui se constitue par la saisie, la faillite, etc. et qui s'accompagne de la nomination d'un tiers comme administrateur (parfois il s'agit aussi d'un droit de gage individuel). Ce fait à lui seul constitue à mon avis une raison suffisante de formuler le régime légal du trust ou administration fiduciaire de telle manière qu'il puisse en principe - bien que non pas dans tous ses aspects - s'appliquer aux administrations du bien d'autrui qui ne sont pas constituées par acte juridique (comp. l'article 710-5 de ma proposition). On peut d'ailleurs provisoirement se contenter de laisser simplement cette possibilité ouverte, sans nécessairement créer dès le début d'autres formes spécifiques d'administration fiduciaire ou de qualifier des figures existantes en tant que telle.

Prenons l'exemple de l'art. 1278, alinéa 2 du C.C. du Québec, disposition-connecteur par laquelle les règles de "*l'administration du bien d'autrui*" s'appliquent à la fiducie.

Ceela n'empêche évidemment pas qu'il serait utile de vouer certaines dispositions

---

<sup>15</sup> Il s'agit du fonds de limitation de la responsabilité des propriétaires de navire, réglée par la Convention LLMC de Londres du 19 novembre 1976, dont la constitution est réglée en droit belge par l'art. 48 L. Navigation (Livre II C. Comm.), et qui remplace l'ancienne "fortune de mer".

spécialement aux cas où l'administration serait constituée par acte juridique (contrat, testament). Comp. les articles 710-12 et 710-13 de ma proposition.

32. ACTE JURIDIQUE UNILATERAL - Ensuite, il n'est pas nécessaire de limiter la constitution par acte juridique aux contrats et testaments. Le fait que la constitution par testament est généralement envisagée prouve déjà que l'acte juridique unilatéral ne peut être exclu. Il n'y a pas de raison non plus d'exclure l'acte unilatéral entre vifs : la mise sous administration pourrait de cette manière être efficace même avant l'acceptation par l'administrateur; un patrimoine séparé se formerait immédiatement, bien que l'administration serait entretemps "vacante".

IX. Il faut bien distinguer d'une part le démembrement du droit de propriété par la constitution du droit d'administration, et d'autre part la disposition, par le titulaire, de sa part, à titre onéreux ou gratuit, simultanée ou postérieure.

33. POSITION DU PROBLEME - Le *trust* cadrant souvent dans une opération à trois parties ou multipartite, on confond trop souvent deux aspects d'une telle opération qui doivent être nettement distingués, notamment le démembrement du droit de propriété (division des pouvoirs concernant le bien) d'une part, et le transfert de la jouissance à un nouveau bénéficiaire d'autre part. Cette distinction est très importante pour comprendre qu'une partie qui a constitué un droit d'administration, mais qui n'est resté ni administrateur ni titulaire, n'est en principe plus partie à la relation fiduciaire, bien qu'il ait été partie au contrat constitutif de cette relation. Il se trouve en principe dans la même situation qu'un ancien propriétaire qui a aliéné aussi bien l'usufruit que la nue-propriété d'un bien.

Il se peut qu'exceptionnellement, le constituant ait encore un intérêt juridiquement protégé, donc un droit subjectif, à la survie de l'administration fiduciaire (donc du démembrement de la propriété), comme un tiers peut également p.ex. avoir droit à la survie d'un mandat irrévocable. Cette question sera traitée *infra*, sous XI.

N'oublions finalement non plus qu'une administration fiduciaire ne peut pas uniquement être constitué par le "transfert" d'un droit d'administration à un administrateur, mais également par un transfert de biens avec réserve d'un droit d'administration. Cette possibilité est exprimée à l'article 710-13 de ma proposition.

Vu ces différentes situations, une réglementation solide des problèmes qui pourraient se poser suppose une nette séparation des questions qui se posent du fait même du

démembrement de la propriété et de la constitution d'une administration fiduciaire d'une part, et des questions qui pourraient se poser concernant le transfert d'une ou plusieurs parts fiduciaires d'autre part. Ceci est vrai même lorsqu'un même acte comprend les deux types de disposition. Pour comprendre plus facilement cette distinction, il est mieux de séparer les deux opérations chronologiquement et donc de ne pas partir du modèle tripartite, mais bien de a) un modèle bipartite et b) transactions postérieures sur parts fiduciaires. L'idée que la constitution d'une administration fiduciaire implique normalement trois parties risque d'obscurcir l'analyse. Si l'on part du modèle bipartite, plusieurs questions s'avèrent être pas du tout *sui generis*, mais au contraire des questions qui se résolvent simplement moyennant l'application des règles normales de notre droit civil (patrimonial).

34. QUALIFICATION DE LA CONSTITUTION DE L'ADMINISTRATION FIDUCIAIRE - La distinction proposée est surtout importante afin de décider sur l'applicabilité des règles concernant les dispositions à titre gratuit. Tout se simplifie considérablement dans les cas où l'acte de constitution de l'administration fiduciaire ne doit pas être qualifié comme un acte à titre gratuit.

C'est dès lors essentiel de comprendre que la constitution d'un droit d'administration en tant que tel n'est jamais une disposition à titre gratuit, lorsque le titulaire reste propriétaire des biens, malgré le fait que son droit de propriété des biens particuliers est converti dans un droit de propriété collective ou abstraite de l'ensemble ou d'une certaine part du patrimoine fiduciaire. Par la constitution de l'administration fiduciaire, on perd en effet la propriété des biens particuliers, mais l'on obtient en contrepartie un droit de propriété abstrait de valeur comparable, de l'ensemble ou d'une certaine part du patrimoine fiduciaire. Une telle opération est donc essentiellement une disposition à titre onéreux, de la même manière qu'un apport en société. Le droit de propriété est bien grevé d'un droit d'administration d'autrui, mais ce droit procure au titulaire également des avantages. Sauf lorsque l'administrateur a droit à un salaire hors proportion avec les charges de l'administration, la constitution du droit d'administration ne peut dès lors être qualifiée d'acte à titre gratuit. Comp. la clarification proposée de l'article 893 alinéa 2 C.C.

Il en suit que la constitution d'un droit d'administration entre vifs en tant que tel ne pose aucun problème de rapport ou de réduction. Une telle constitution peut dès lors parfaitement "excéder" la partie disponible de la succession.

La seule question qui se pose alors concerne la constitution du droit d'administration *mortis*

*causa* (par testament). Ne serait-il pas souhaitable de traiter telle constitution exactement de la même manière ? Une réponse positive suppose un léger assouplissement des règles qui s'y rapportent, et notamment des 893 alinéa 2, 899 *bis* et 832 lid 2 C.C., assouplissement dès lors proposé *infra*.

35. QUALIFICATION DES DISPOSITIONS DES PARTS FIDUCIAIRES ELLES-MÊMES - La qualification de la constitution du droit d'administration (la mise sous administration) comme une disposition à titre onéreux n'exclue évidemment pas qu'il y ait en même temps ou postérieurement également une transaction sur une ou plusieurs parts fiduciaires qui, elle, pourrait constituer une disposition à titre gratuit, notamment lorsque, dans un même acte ou après coup, le fiduciaire donne sa part fiduciaire à un tiers - en propriété ou en usufruit -. Une disposition concomitante à titre gratuit se retrouve également dans le cas où la constitution de l'administration fiduciaire a lieu moyennant un transfert des biens à titre gratuit mais avec réserve du droit d'administration (le cas où l'aliénateur se constitue lui-même en administrateur en transférant le bénéfice à un tiers et sans stipuler de prix). L'important, c'est d'analyser la relation juridique entre le constituant (c'est-à-dire le fiduciaire, sauf dans le cas de la réserve d'administration, ou c'est l'administrateur) et le nouveau titulaire indépendamment du fait de la constitution de l'administration même.

Il en suit qu'il faut en principe appliquer les règles de droit commun en matière de dispositions à titre gratuit à une acquisition directe à titre gratuit d'une part fiduciaire, par un tiers-bénéficiaire, de la part de l'ancien propriétaire (constituant). La constitution d'une administration fiduciaire en faveur d'un tiers-bénéficiaire - opération tripartite dès le début - qui aura lieu à titre gratuit dans le chef de ce tiers, doit alors être qualifiée, non pas comme une donation indirecte, mais bien comme une donation directe (évidemment sauf intervention législative à effet contraire). Une telle opération doit dès lors obéir à toutes les règles concernant les donations directes, comme l'acte authentique et le transfert immédiat et irrévocable (exception faite pour le cas où les biens mis sous administration sont des biens incorporels), et ceci en plus des règles générales concernant les actes à titre gratuit (rapport, réduction, action paulienne etc.).

Si d'autre part, la disposition à titre gratuit des parts fiduciaires a lieu après la constitution de l'administration fiduciaire, c'est-à-dire lorsqu'il y a non pas une opération tripartite, mais plusieurs opérations bipartites, cette disposition postérieure constitue toujours une transaction sur biens incorporels à laquelle s'appliquent évidemment les règles de fond concernant les actes à titre gratuit (rapport, réduction, action paulienne etc.), mais non pas les

règles de la donation formelle (acte authentique etc.).

36. LA REVOCABILITE DE LA DISPOSITION EN FAVEUR DU TIERS-BENEFICIAIRE EST REGIE PAR LES REGLES DE DROIT COMMUN - Finalement, la question à savoir si le constituant qui avantage en même temps ou postérieurement un tiers comme bénéficiaire-titulaire peut révoquer cette disposition en faveur du tiers, doit être résolue également par les règles normales en matière de dispositions directes. Le tiers-bénéficiaire n'est pas un vrai tiers - simple bénéficiaire -, comme dans le cas d'une stipulation pour autrui, mais partie au contrat initial ou postérieur par lequel il acquiert un droit réel sur les biens fiduciaires. Une telle "faveur" ne peut dès lors être révoquée que dans les cas où toute disposition contractuelle peut être révoquée. Une clause de révocabilité est dès lors sans valeur lorsqu'il s'agit d'une donation (ou plus correctement : elle n'aura de valeur que dans les cas où la loi permet de révoquer une donation, c'est-à-dire les cas énumérés au C.C. ainsi que les cas développés par la jurisprudence, comme celle de la disparition de la "cause" ou motif déterminant). En cas de dispositions à titre onéreux, il n'y a pas de limitation légale à la possibilité de stipuler leur révocabilité (au moins en ce qui concerne la relation entre parties; leur opposabilité aux tiers est souvent limitée).

Il est évidemment possible de limiter la libéralité à la vie du bénéficiaire, notamment en lui accordant un droit d'usufruit de la part fiduciaire au lieu de la lui transférer en propriété (comp. art. 949 C.C.). Mais si le droit du bénéficiaire est un droit de propriété et non pas un simple usufruit, ce droit fera évidemment partie de sa succession lors de son décès.

X. Il n'y a pas de raison de prévoir des conditions de fond, de forme ou de publicité spécifiques, ni pour la constitution d'un droit d'administration, ni pour la disposition des droits qui résultent de cette constitution, ni, plus généralement, pour les transactions sur ces droits.

37. PRISE DE POSITION GENERALE - Les avant-projets de fiducie belgo-français pullulent de règles dérogatoires au droit commun. Presqu'aucune de ces règles est nécessaire. Certaines de ces règles sont utiles, mais alors non pas spécifiquement pour la fiducie, mais de manière plus générale. L'introduction de règles dérogatoires en matière de fiducie seulement (au lieu de modifications plus générales) amplifierait de nouveau la fragmentation et l'incohérence de notre droit des biens, et de notre droit civil en général. L'introduction de règles spécifiques concernant la révocabilité (de dispositions à titre gratuit) a déjà été rejetée *supra*. Je m'attaquerai dès lors aux autres exemples les plus importants de ce morcellement.

38. DEROGATION A L' ART. 1130 ALINEA 2 C.C. - Une première dérogation proposée concerne l'interdiction des pactes sur successions futures, et spécialement la règle selon laquelle l'on ne peut disposer entre vifs avec effet différé au jour du décès (sauf d'une part les dispositions permises explicitement au code civil et d'autre part la disposition avec réserve d'usufruit, qui a indirectement le même effet). L'art 2070-6 C.C. du projet français y déroge. Mais pourquoi ces règles devraient-elles être assouplies ou même abolies en cas de fiducie et non pas dans d'autres cas ? Pourquoi un assouplissement pour les transactions sur biens fiduciaires et non pas un assouplissement plus général ? En plus, la règle proposée en France n'aura en fait seulement l'effet d'une disposition testamentaire, puisque le texte prévoit qu'une telle disposition entre vifs reste toujours révocable. Mieux vaut dès lors ou bien convertir la nullité globale de pactes sur successions futures en révocabilité, ou bien ne pas y toucher.

39. DEROGATION AUX CONDITIONS DE DETERMINABILITE ET D'EXISTENCE DU BENEFICIAIRE - Le droit de *trust* anglo-américain est certainement plus souple que notre droit en ce qui concerne les conditions auxquelles doit satisfaire la personne du *beneficiary*, notamment son existence (être déjà en vie) et sa déterminabilité. Certaines propositions voudraient assouplir les règles de notre droit à cet égard, en introduisant la possibilité d'avantager (avec des parts fiduciaires) des personnes non encore nées ou des personnes à déterminer par l'administrateur lui-même. De nouveau, j'estime qu'il est un non-sens de déroger au droit commun en matière d'opérations fiduciaires et de maintenir la rigidité existante dans tous les autres cas.

40. FRACTIONNEMENT DU DROIT DU BENEFICIAIRE DANS LE TEMPS - Le droit de *trust* anglo-américain connaît également la possibilité de fractionner la part fiduciaire (le droit du *beneficiary*) de différentes manières non (ou ne plus) admises pour le fractionnement (démembrement) du *legal ownership*<sup>16</sup>. Certains s'en sont inspirés pour proposer encore d'autres règles dérogatoires pour les opérations fiduciaires, là où ils s'opposent à tout autre démembrement de la propriété en général - autre que les démembrements existants comme l'usufruit p.ex. -.

De nouveau, il faut éviter d'introduire des règles dérogatoires qui ne concerneraient que les opérations fiduciaires. D'autre part, il n'est peut-être pas nécessaire de déroger vraiment au

---

<sup>16</sup> Voy. entre autres B. RUDDEN "Things as Thing and Things as Wealth", 14. *Oxford Journal of legal studies*, 1994, 81 suiv.

droit commun afin d'atteindre le but visé. En effet, la part fiduciaire devant selon nous être qualifiée comme un bien incorporel, notre droit civil commun reconnaît déjà un assouplissement substantiel en ce qui concerne les biens incorporels. Cet assouplissement est très clair en matière de droits de créance en tant que biens incorporels. Ces biens incorporels peuvent être fractionnés ou modifiés à leur gré par convention entre le créancier et le débiteur. Il est parfaitement possible de fractionner un droit de créance de manière à accorder le droit à des prestations successives successivement à plusieurs créanciers. Il est également possible d'accorder à une personne le droit sous condition suspensive et à une autre le "même" droit sous condition résolutoire inverse. Une telle souplesse pourrait s'appliquer également en matière de transactions sur parts fiduciaires, qui sont également des biens incorporels. Puisque cela n'est pas évident dans l'état actuel de la législation, il serait cette fois-ci souhaitable de le prévoir explicitement - ce que je propose à l'article 710-36.

Un tel assouplissement en matière de biens incorporels ne crée pas le risque d'une "main morte", puisque les biens fiduciaires eux-mêmes restent à la disposition de l'administrateur, et que ce n'est que la part fiduciaire elle-même qui est grevée de termes et/ou conditions<sup>17</sup>.

Afin de limiter certains dangers, on pourrait maintenir la limitation traditionnelle de 99 ans, bien que je ne l'estime pas nécessaire. D'autres limitations, comme p. ex. la restriction des dispositions à titre gratuit par la réserve héréditaire, restent en tout cas d'application (non pas à la mise sous administration, mais aux transactions sur parts fiduciaires, cfr. *supra*).

41. RESTRICTIONS POSSIBLES A UNE CONSTITUTION D'UN DROIT D'ADMINISTRATION A TITRE UNIVERSEL - La question se pose également s'il faut permettre la mise sous administration fiduciaire de son patrimoine entier ou d'une part indivise de son patrimoine, autrement dit la constitution d'un droit d'administration à titre universel. Certains y voient un danger pour l'autonomie de la personne.

Le danger ne me semble pas trop réel, puisque'une possibilité analogue, notamment celle d'apporter tout son patrimoine en société, a toujours existé dans notre code civil, notamment aux articles 1836 et suiv. C.C. (la société universelle), et ceci sans que cela ait souvent donné lieu à une mise en garde. L'introduction d'une restriction de cette possibilité spécifiquement en matière de fiducie (à part des restrictions générales) me semble dès lors superflue.

---

<sup>17</sup> Comp. pour le droit anglais C. DE WULF, "De trust en enige vergelijkingen met het belgische recht", in *Droit anglo-saxon et droit continental*, Fédération Royale des Notaires de Belgique, Mys & Breesch, Gent 1995, (115) 133.

Ce qui devrait d'autre part être envisagé, ce sont des mesures de publicité; leur nécessité est plus grande dans le cas des dispositions à titre universel. Des dispositions analogues, comme p. ex. la modification du régime matrimonial et certaines situations en droit des sociétés (bien que non pas la société universelle) ont été soumises à une certaine publicité, qui pourrait être prescrite *mutatis mutandis* pour les opérations fiduciaires à titre universel (voy. L'article 710-12 § 2 de ma proposition).

Une telle publicité spécifique aux dispositions à titre universel serait d'autre part superflue, lorsqu'une publicité générale en matière de biens meubles serait introduite, ce qui sera discuté *infra*.

42. PAS DE RESTRICTIONS DE BUT - Ce serait une mauvaise politique de vouloir limiter l'usage du *trust* ou de la fiducie à certains buts déterminés. La tâche du législateur consiste à mettre à la disposition des citoyens des figures juridiques, chacune ayant ses conditions d'usage et ses effets juridiques indépendamment des buts poursuivis par ceux qui les utilisent. Ainsi, l'usage de l'usufruit, de l'emphytéose ou de la superficie n'a pas été limitée à certains buts, et ces droits sont indubitablement utilisés à toutes sortes de fins auxquelles le législateur n'a certainement pas pensé; mais cette possibilité est unanimement considérée comme bénéfique. C'est à raison que le projet français ne vise pas à introduire une limitation des buts auxquels la fiducie pourrait être utilisée.

43. CONDITIONS DE FORME - Notre position générale, notamment le refus d'introduire des règles spécifiques à la constitution d'une administration fiduciaire qui ne vaudraient pas pour des constitutions analogues d'autres droits réels ou transferts de biens, s'applique également en ce qui concerne les conditions de forme. Si certaines conditions de forme - p. ex. l'exigence d'un écrit pour des actes translatifs ou constitutifs de droit réels immobiliers - sont jugées nécessaires, elles doivent être introduites de manière générale et non pas uniquement pour la constitution d'une administration fiduciaire.

44. CONDITIONS DE PUBLICITE - La même chose vaut enfin pour les règles de publicité. Le problème des droits réels sans publicité n'est pas un problème spécifique aux opérations fiduciaires. Au contraire, ce problème y est même moins aigu que dans beaucoup de figures déjà existantes. En effet, ce problème n'existe vraiment qu'en matière de meubles corporels (et en matière de droit d'auteur, les autres droits intellectuels étant soumis à une publicité instrumentaire), et beaucoup moins en matière immobilière ou de droits de créance. Les situations de droit réel sans publicité sont surtout celle du propriétaire en cas d'usufruit de meubles, celle du gage sans dépossession, celle de la réserve de propriété, celle de la

consignation et du dépôt des meubles, etc. En cas d'administration fiduciaire, le problème ne se pose vraiment que pour les meubles corporels dont l'administrateur aurait la possession de fait - situation plutôt marginale. Des règles de publicité spécifiques aux opérations fiduciaires n'ont dès lors pas de sens. On pourrait certes envisager une publicité en matière de droits réels sur des biens meubles détenus (possédés de fait) par des tiers. Une telle publicité devrait être facilement consultable - au greffe du Tribunal ou à l'office des hypothèques - moyennant l'identité du détenteur. Mais surtout, elle devrait être plus générale que les opérations fiduciaires, et applicable p. ex. en cas d'usufruit de biens meubles, de réserve de propriété, de leasing, de gage sans dépossession, de consignation ou dépôt, etc. Puisque le droit du bénéficiaire constitue un bien incorporel, un droit sur une universalité de biens, une publicité en matière fiduciaire pourrait s'inspirer notamment de l'inscription du nantissement du fonds de commerce.

Une publicité serait surtout utile en ce qui concerne les limitations conventionnelles au pouvoir de disposition de l'administrateur.

Enfin, la loi devrait indiquer clairement la publicité à laquelle seraient soumises les transactions sur parts fiduciaires (de la part du titulaire). Il y a peu de doute que, la part fiduciaire étant un bien incorporel, cette publicité devrait être analogue à celle qui existe pour les actions de société ou pour les droits de créance. L'article 710-35 de ma proposition introduit dès lors le critère de la connaissance de l'administrateur, sauf pour les parts qui seraient converties en parts au porteur ou à ordre. L'administrateur de sa part, devrait avoir l'obligation de tenir un registre des parts nominatives, avec la désignation précise de chaque titulaire et l'indication de sa quote-part et celle d'y inscrire toute communication ultérieure d'une disposition d'une ou plusieurs parts.

XI. Il faut distinguer d'une part le démembrement de la propriété et d'autre part la titularité du droit d'administration (la personne qui exerce le droit). Ensuite, afin de régler de manière judiciaire une opération fiduciaire, et surtout sa fin, il faut se demander

a) dans l'intérêt de qui la mise sous administration et dès lors le démembrement de la propriété a eu lieu, et

b) qui est tenu à l'égard de qui de maintenir cette mise sous administration et ce démembrement de la propriété.

45. FIN DU MANDAT DE L'ADMINISTRATEUR - Un dernier problème qui a attiré pas mal d'attention les dernières années, concerne les causes de cessation de l'administration du bien d'autrui ou de mandats comparables. La réponse nécessite de nouveau une distinction

nette entre, d'une part, la cessation du mandat d'un administrateur spécifique, et, d'autre part, la cessation de l'administration fiduciaire en tant que telle, c'est-à-dire du démembrement de la propriété des biens fiduciaires par l'existence d'un droit d'administration appartenant à quelqu'un d'autre que leur titulaire.

Le mandat de l'administrateur doit être considéré comme un mandat *intuitu personae* et les règles de droit commun devraient dès lors s'y appliquer *mutatis mutandis*. Voy. les articles 710-16 et surtout 710-21 et suiv. de ma proposition.

46. FIN DE L'ADMINISTRATION FIDUCIAIRE (DU DROIT D'ADMINISTRATION) EN TANT QUE TELLE - Par contre, en ce qui concerne la cessation de l'administration fiduciaire elle-même (du démembrement de la propriété), l'on ne doit pas s'inspirer des règles normales du mandat, mais bien de celles du "mandat d'intérêt commun".

Comme on sait, notre Cour de cassation a jugé dans son arrêt du 28 juin 1993 en cause *Dupuis*<sup>18</sup> que, autrement que dans le cas d'un "mandat, qu'il soit gratuit ou salarié, dont l'objet n'intéresse que le mandant", le mandat "d'intérêt commun" est en principe irrévocable (sauf consentement mutuel des parties, motif légitime reconnu en justice ou en application des clauses et conditions spéciales du contrat). Cette formule ne pêche pas par clarté évidente, et j'ai développé ailleurs une série de précisions et nuances nécessaires<sup>19</sup>. Ces précisions et nuances sont également utiles en ce qui concerne la cessation d'une administration fiduciaire<sup>20</sup>.

Une réglementation judiciaire de ce problème est impossible sans poser préalablement la question qui est obligé envers qui de respecter le démembrement de la propriété et donc la mise des biens sous administration fiduciaire et puis classer les situations typiques sur base de la réponse à cette question.

---

<sup>18</sup> Voy. I. DEMUYNCK, "Het mandaat "van gemeenschappelijk belang" en zijn herroepbaarheid", *Recente cassatie*, 1993, 191 suiv.; A. van OEVELEN, "De principiële onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappelijk belang", *R.W.*, 1993-94, 1426 suiv.

<sup>19</sup> "Hoever reikt de regel van de onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappelijk belang - in het bijzonder bij enkele toepassingen in de notariële praktijk", *T. Not.* 1996, 7 suiv.

<sup>20</sup> Comp. également L. THEVENOZ, "La fiducie, cendrillon du droit suisse. Propositions pour une réforme", *ZSR* 1995, (253) 339 suiv.

En effet, l'irrévocabilité éventuelle ne découle pas de la nature de l'administration fiduciaire ou de la fiducie ou du trust en tant que tels, mais bien d'un aspect extérieur à cette administration, notamment les intérêts et obligations préalables des parties, dont la constitution de l'administration fiduciaire ne forme que l'exécution<sup>21</sup>. Cette analyse a été faite de manière judicieuse<sup>22</sup> pour le mandat dans la contribution classique de Sallé de la Marnierre, qui déduisait l'irrévocabilité du mandat du fait que sa procuration au mandataire avait pour but d'assurer l'exécution d'une obligation du mandant à l'égard du mandataire ou d'un ou plusieurs tiers<sup>23</sup>. L'irrévocabilité doit à vrai dire être stipulée au moins tacitement.

La même analyse vaut à mon avis pour l'administration fiduciaire.

47. DEUX CATEGORIES - Sur base de cette analyse, l'on peut distinguer deux catégories de base :

(A) Plusieurs parties conviennent qu'une bonne administration de certains biens - souvent des biens communs - requière que les actes d'administration ou de disposition ne nécessiteraient pas chaque fois le consentement *in concreto* de chacune d'elles, et que le pouvoir de disposition soit au contraire confié à un (ou plusieurs) administrateur. Dans tel cas, ce sont les parties qui ont formé une telle convention avant de constituer l'administration fiduciaire, qui se sont obligés l'une à l'égard de l'autre à l'irrévocabilité de cette administration. Il s'agit d'une obligation mutuelle entre les futurs titulaires des parts fiduciaires, et l'administrateur n'y est partie que pour autant qu'il est lui-même un de ceux-ci.

(B) Deux ou plusieurs parties conviennent que l'intérêt d'une d'entre eux requière que les biens de l'autre ou certains de ses biens pourraient être aliénés ou grevés sans son consentement *in concreto*, et qu'à cette fin le pouvoir de disposition à l'égard de ces biens devrait être confié à la première partie ou à un tiers en tant qu'administrateur. Dans tel cas, c'est la partie dont les biens sont grevés d'un droit d'administration, qui s'oblige à l'égard de cette première partie à l'irrévocabilité de cette administration. L'administrateur n'a alors droit à cette irrévocabilité pour autant qu'il soit lui-même cette première partie.

---

<sup>21</sup> Comp. en matière de mandat SALLE DE LA MARNIERRE, "Le mandat irrévocable", *R.T.D.Civ.*, 1937, (241) 257 suiv.

<sup>22</sup> Je ne me rallie donc pas à l'opinion exprimée par A. van OEVELEN, *R.W.*, 1993-94, 1429, qui juge cette définition incomplète et insuffisamment concrète. Au contraire, c'est la seule définition que couvre aussi bien les cas mentionnés sous A et B et qui accentue à juste titre le fait que la cause de l'irrévocabilité doit, par nature, être recherchée en dehors du mandat lui-même.

<sup>23</sup> "Le mandat irrévocable", *R.T.D.Civ.*, 1937, (241) 260 : "Le mandat est irrévocable par nature lorsqu'il a pour but, grâce à l'exercice par le mandataire de son pouvoir de faire des actes juridiques pour le compte du mandant, d'assurer l'exécution d'une obligation de ce dernier, à son profit ou à celui d'un tiers".

48. PREMIERE CATEGORIE - Dans la première catégorie (A), les causes de cessation de l'administration fiduciaire doivent nécessairement être cherchées dans la relation entre les parties ayant l'intérêt commun (catégorie dont l'administrateur ne fait pas nécessairement partie). Ainsi, une partie peut mettre fin à l'administration fiduciaire :

- en cas de consentement mutuel des parties - étant entendu qu'il s'agit uniquement des parties qui se sont obligées mutuellement à l'irrévocabilité (dont l'administrateur ne fera souvent pas partie). Si le droit d'administration n'a pas été attribué à une de ces parties, l'administrateur ne doit pas consentir.
- en application des clauses et conditions spéciales du contrat préalable, c'est-à-dire conclu avant la constitution de l'administration fiduciaire (contrat préalable qui souvent ne deviendra explicite que lors de cette constitution).
- pour motif légitime reconnu en justice, dont surtout a) une inexécution suffisamment sérieuse de la part d'une des parties obligées par ce contrat préalable envers les autres ou b) en cas de contrat à durée indéterminée. La cessation de l'administration fiduciaire n'est ici que la suite de la résolution pour inexécution de ce contrat préalable, résolution qui délie les parties de leur obligation de ne pas révoquer le droit d'administration.

49. DEUXIEME CATEGORIE - Dans la seconde catégorie (B) par contre, c'est le consentement ou l'inexécution sérieuse de la partie dans l'intérêt de laquelle les biens ont été grevés d'un droit d'administration attribué à quelqu'un d'autre que le propriétaire - cela peut être aussi bien l'administrateur lui-même qu'un tiers-intéressé - qui compte. C'est de nouveau le contrat préalable qui détermine les possibilités de révocation ou dont la résolution (pour inexécution, en cas de durée indéterminée, etc.) compte.

Dans ces cas, l'inexécution de l'administrateur qui ne serait pas la partie intéressée, ou sa renonciation au mandat d'administrateur, ne met pas fin à l'administration fiduciaire (le démembrement de la propriété) en tant que telle, et le titulaire reste tenu à l'égard de la partie intéressée à respecter cette administration, pourvu qu'un autre administrateur soit nommé; il n'en déduit en tout cas pas le droit mettre fin à cette administration et de reprendre lui-même en main l'administration des biens fiduciaires.

L'article 710-37 de ma proposition essaye de "mettre en règle" les idées expliquées ci-dessus.

\* \*

\*

## **XII. PROPOSITION DE DISPOSITIONS A INSERER DANS LE CODE CIVIL**

*Lors de la formulation des dispositions suivantes, nous avons essayé de les rapprocher autant que possible de règles existantes, ainsi que de laisser jouer les principes généraux du droit des biens aussi largement que possible.*

### A. LIVRE II, TITRE V. DROIT REEL D'ADMINISTRATION DU BIEN D'AUTRUI.

#### Chapitre Ier. Dispositions générales

Art. 710-3.

Le droit réel d'administration (du bien d'autrui) est le droit d'une personne, nommée administrateur, d'avoir à son nom, d'administrer à son nom et de disposer d'un ou plusieurs biens ou d'une universalité de biens, appelés biens fiduciaires, dont une ou plusieurs autres personnes, nommées titulaires, ont la propriété, tout ceci pour le compte de ces titulaires et avec l'obligation de les faire bénéficier exclusivement de la valeur de ces biens.

Art. 710-4.

L'obligation de faire bénéficier exclusivement les titulaires des biens de leur valeur n'exclue pas que la constitution du droit d'administration peut avoir lieu aussi bien dans l'intérêt exclusif des titulaires que dans l'intérêt exclusif ou commun de l'administrateur et/ou de tiers.

Est considérée comme "partie intéressée" dans le sens de ce Titre, toute personne dans l'intérêt de laquelle la constitution du droit réel d'administration a eu lieu, aussi longtemps que cet intérêt subsiste.

Art. 710-5.

Le droit réel d'administration du bien d'autrui peut être constitué par acte juridique, par le juge ou en vertu de la loi.

Art. 710-6.

Le droit réel d'administration du bien d'autrui peut être constitué sur toute espèce de biens.

Art. 710-7.

Le droit réel d'administration du bien d'autrui ne peut être constitué pour un terme excédant

99 années, sauf la faculté de le renouveler<sup>24</sup>.

Art. 710-8.

§ 1. Les biens grevés d'un droit réel d'administration forment un patrimoine séparé, nommé patrimoine fiduciaire.

§ 2. Sauf disposition contraire, le patrimoine fiduciaire comprend également les biens, y compris les créances, qui sont censés remplacer un bien grevé d'un droit réel d'administration, ainsi que les fruits et autres avantages qu'un tel bien procure. L'administrateur détient ces biens au même titre que celui qu'ils remplacent.

Art. 710-9.

Peuvent se poursuivre sur le patrimoine fiduciaire, toutes créances contractées pour ou nées de l'administration ou de la conservation des biens fiduciaires, y compris les créances de l'administrateur même. D'autres créances ne peuvent être poursuivies sur le patrimoine fiduciaire, ni payées par compensation avec des créances de ce patrimoine ou garanties par la rétention de biens de ce patrimoine, sauf la protection des tiers de bonne foi conformément aux dispositions qui s'y rapportent.

Art. 710-10.

Ne peuvent être administrateur du bien d'autrui, ceux qui n'ont pas la capacité contracter, qui ont été déclarés en faillite ou qui sont déchues du droit d'administrer une société.

*(ou une disposition analogue)*

Art. 710-11.

§ 1. L'indication requise de la qualité d'administrateur comprend également celle de la dénomination du patrimoine fiduciaire ainsi que l'endroit où l'administration est menée.

§ 2. Les administrateurs ou liquidateurs sont censés avoir fait élection de domicile à cet endroit pour tout ce qui concerne leur administration, y compris leur responsabilité comme administrateur.

## Chapitre II. Dispositions concernant le droit réel d'administration constitué par acte juridique

---

<sup>24</sup> Je ne suis pas convaincu de la nécessité d'une telle limitation. Il est vrai que l'introduction d'un droit réel sans limitation de durée constituerait une déviation assez importante de notre droit actuel. Il est évident que le législateur a le pouvoir de l'introduire, mais on semble reculer devant cette idée.

Art. 710-12.

§ 1 Le droit réel d'administration est constitué entre vifs conformément aux modes admis pour la vente de choses de même nature. Les règles en matière de transfert de propriété s'appliquent *mutatis mutandis* quant à l'opposabilité de la constitution aux tiers.

§ 2. Un droit réel d'administration entre vifs se rapportant à l'universalité ou une quote-part de ses biens, doit être constituée par acte authentique, passé dans la forme ordinaire des contrats. La constitution n'est opposable aux tiers qu'à partir du jour de leur publication par extrait aux annexes du Moniteur belge, sauf s'il est prouvé que ces tiers en avaient antérieurement connaissance.

(variante : inscription aux registres hypothécaires ou dépôt au greffe du Tribunal civil - voy. infra)

Art. 710-13.

Le droit réel d'administration de biens peut également être constitué par acte juridique moyennant la réserve qui en est faite par l'aliénateur lors de l'aliénation de ces biens.

### Chapitre III. Droits de l' administrateur .

Art. 710-14.

§ 1. Sauf disposition contraire, l'administrateur a le pouvoir le plus large de disposer des biens fiduciaires autrement qu'à titre gratuit et d'agir en justice en relation avec le patrimoine fiduciaire. Sauf disposition contraire, toute disposition gratuite nécessite l'accord des titulaires ainsi que des autres parties intéressées.

§ 2. Le pouvoir de disposition de l'administrateur peut être précisé par convention avec les titulaires ainsi que les autres parties intéressées, sans préjudice de la protection des tiers-acquéreurs de bonne foi et des tiers qui se sont légitimement fiés à son pouvoir conformément aux dispositions qui s'y rapportent. Le pouvoir de disposition ne peut être limité pour autant que l'acte que l'administrateur ne peut faire seul, peut être fait ou bien par le titulaire seul ou bien par le titulaire et l' administrateur conjointement.

Art. 710-15.

Sauf disposition contraire, le mandat de l' administrateur est gratuit.

Art. 710-16.

§ 1. Sauf disposition contraire, le droit réel d'administration peut être cédé en tout ou en partie.

§ 2. Sauf disposition contraire, la cession du droit réel d'administration ne peut être partielle.

Art. 710-17.

Le droit réel d'administration est insaisissable. Peuvent être saisies, les avantages auxquels l'administrateur a droit personnellement.

Art. 710-18.

L'administrateur a le droit de demander l'inscription à son nom avec mention de sa qualité dans les registres tenus pour les biens concernés.

Art. 710-19.

Le droit commun du mandat s'applique au mandat donné par l'administrateur.

Art. 710-20.

S'il y a plusieurs administrateurs, chacun d'eux peut poser seul tout acte relevant du droit d'administration, sauf disposition contraire. En cas de désaccord, le juge statuera.

#### Chapitre IV. Obligations de l'administrateur.

Art. 710-21.

L'administrateur est tenu d'administrer le patrimoine fiduciaire, pour le compte des titulaires, en bon père de famille et en tenant compte des buts définis lors de la constitution du droit réel d'administration.

Art. 710-22.

Il répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise administration ou de l'inexécution de ses obligations.

Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.

Art. 710-23.

L'administrateur est tenu de procéder, lors du commencement de son administration, à

l'inventaire conformément aux articles 1175 et suiv. du Code judiciaire. Il n'est tenu de fournir caution que lorsque cela a été stipulé lors de la constitution de son droit.

Art. 710-24.

L'administrateur prend toutes mesures propres à garder le patrimoine fiduciaire séparé tant de ses biens personnels que d'autres patrimoines fiduciaires qu'il gère. Sauf disposition contraire, il est tenu de ce qui suit.

- a) L'administrateur prend soin des publications prescrites, de la mention de sa qualité dans les registres tenues pour les biens concernées, et de la communication de cette qualité aux tiers détenteurs des biens ou débiteurs des créances.
- b) L'administrateur fait mention de sa qualité dans tous les actes de son administration.
- c) L'administrateur tient une comptabilité distincte pour chaque patrimoine fiduciaire.

Art. 710-25.

Tout administrateur est tenu de rendre compte de son administration annuellement à tout ceux qui étaient titulaires au cours de l'année passée, ainsi que, lorsque cela est stipulé, aux autres parties intéressées.

Si un des oyants n'est pas capable de recevoir la reddition de compte, ou si le titulaire n'est pas connu avec certitude, reddition de compte est faite devant le juge.

Le juge peut dispenser l'administrateur de l'obligation de rendre compte annuellement devant lui ou statuer que cette reddition de compte n'aura lieu que suivant la fréquence qu'il détermine.

Art. 710-26.

En cas de conflit d'intérêts, l'administrateur est remplacé par un administrateur subrogé ou provisoire, nommé par commun accord des titulaires et autres parties intéressées, et en cas de désaccord par le juge.

Art. 710-27.

Lorsqu'une confusion a eu lieu entre des biens du patrimoine fiduciaire et des biens personnels de l'administrateur, en cas d'insuffisance des biens due aux actes de l'administrateur, celui-ci est censé, nonobstant toute disposition contraire, d'avoir dépensé d'abord sa part personnelle dans ces biens.

Art. 710-28.

L'administrateur doit de plein droit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi.

Art. 710-29.

Sauf lorsqu'il s'y est engagé personnellement, et sans préjudice des règles de la responsabilité extra-contractuelle, l'administrateur qui agit en cette qualité et en fait mention ne répond pas personnellement des dettes contractées pour son administration. L'administrateur qui contracte des dettes pour son administration sans faire mention de sa qualité en répond personnellement à l'égard des créanciers, sans préjudice de son recours sur le patrimoine fiduciaire.

Art. 710-30.

L'administrateur peut renoncer à sa fonction en le notifiant aux titulaires et aux autres parties intéressées moyennant un préavis raisonnable.

#### Chapitre V. Nomination et remplacement de l' administrateur.

Art. 710-31.

Sauf si la nomination d'un administrateur est réglée de manière différente et a lieu en temps utile, le juge nomme un administrateur provisoire ou définitif sur requête de tout titulaire ou toute autre partie intéressée :

- a) lorsqu'au moment de la constitution du droit réel d'administration, l'administrateur n'a pas été nommé, ni le mode de le nommer, ou s'il s'avère que la nomination ne peut avoir lieu de cette manière;
- b) lorsque l'administrateur nommé refuse son mandat ou y renonce ou lorsque sa nomination est annulée;
- c) Lorsque l'administrateur est décédé, devenu incapable, déclaré en faillite, en état de déconfiture ou, plus généralement, dans l'impossibilité de remplir sa fonction;
- d) En cas d'inexécution suffisamment sérieuse de l'administrateur.

Art. 710-32.

§ 1. En cas de nomination d'un administrateur ou d'un administrateur provisoire par le juge, l'administrateur remplacé perd de plein droit, de manière définitive ou provisoire, son droit d'administration et dès lors son pouvoir de disposition à l'égard des biens du patrimoine fiduciaire.

§ 2. Lorsque le nouveau administrateur ou administrateur provisoire n'est pas nommé par le juge, la transmission du droit réel d'administration n'est opposable aux tiers qu'à partir du jour de leur publication par extrait aux annexes du Moniteur belge, sauf s'il est prouvé que

ces tiers en avaient antérieurement connaissance.

(variante : inscription aux registres hypothécaires ou dépôt au greffe du Tribunal civil - voy. infra)

## Chapitre VI. Droits des titulaires

Art. 710-33.

§ 1. Sauf disposition contraire, et sans préjudice des droits des tiers conformément au droit commun, le titulaire n'a pas le pouvoir de disposer des biens durant leur mise sous administration.

§ 2. Sauf lorsqu'il s'y est engagé personnellement, et sans préjudice des règles de la responsabilité extra-contractuelle, le titulaire ne répond pas des dettes contractées par l'administrateur autrement que par leur exécution sur le patrimoine fiduciaire.

Art. 710-34.

§ 1. Le titulaire peut disposer de sa part fiduciaire en tout ou d'une quote-part de celle-ci, mais pas de droits sur des biens particuliers du patrimoine fiduciaire. Il ne peut demander le partage du patrimoine fiduciaire avant sa mise en liquidation. Ces limitations sont opposables aux tiers, sans préjudice de leurs droits prévues aux articles 1166 et 1167.

§ 2. Le titulaire peut céder sa part fiduciaire ou une quote-part de celle-ci, la donner en usufruit ou en gage ou s'en réserver l'usufruit ou le droit de gage.

§ 3. La part fiduciaire fait partie du gage commun des créanciers du titulaire et peut être saisie par eux.

§ 4. La part fiduciaire est considérée comme un bien incorporel.

§ 5. La validité d'une disposition concernant une part fiduciaire est déterminée par le droit commun des dispositions à titre gratuit ou à titre onéreux, selon le cas.

Art. 710-35.

§ 1. Sauf si la part fiduciaire est stipulée à ordre ou au porteur, les dispositions des parts fiduciaires ne sont opposables à l'administrateur et aux tiers ayant un droit concurrent, y compris les créanciers en cas de concours, qu'à partir du moment auquel elles sont

communiquées à l' administrateur ou reconnus par lui, sans préjudice des règles concernant l'opposabilité aux tiers de la constitution du droit réel d'administration lui-même, comme prévues à l'article 710-12.

§ 2. L'administrateur tient un registre des parts nominatives. Ce registre contient :

- la désignation précise de chaque titulaire et l'indication de sa quote-part
- ainsi que toute communication ultérieure d'une disposition d'une part.

§ 3. L'administrateur fournit les mentions de ce registre sur demande aux personnes qui acquièrent un droit sur une quote-part ainsi qu'aux créanciers en cas de saisie-arrêt.

Art. 710-36.

Une part fiduciaire peut appartenir à plusieurs personnes sous condition suspensive respectivement résolutoire. Elle peut également être attribuée à un autre titulaire pour une durée déterminée, qui ne peut excéder 99 années.

#### Chapitre VII. Fin du droit réel d'administration et liquidation du patrimoine fiduciaire.

Art. 710-37.

Le patrimoine fiduciaire est mis en liquidation :

- a) par les causes déterminées lors de la constitution du droit réel d'administration, y compris l'expiration du temps pour lequel il a été constitué, la réalisation d'une condition résolutoire expresse ainsi que, lorsqu'un but spécifique a été déterminé lors de sa constitution, l'atteinte du but pour lequel il a été constitué;
- b) en cas d'annulation du titre en vertu duquel le droit réel d'administration a été constitué;
- c) de commun accord entre tous les titulaires et autres parties intéressées, y compris l'administrateur lorsqu'il est lui-même une partie intéressée, constaté par acte authentique;
- d) par décision judiciaire, à la demande d'un administrateur, d'un titulaire ou d'une autre partie intéressée, en cas d'inexécution suffisamment sérieuse de la partie ou des parties dans l'intérêt desquels le droit réel d'administration a été constitué, ou pour un autre motif sérieux;
- e) lorsque le droit réel d'administration n'a pas été constitué pour une durée déterminée ou pour un but spécifique, y compris l'intérêt d'un tiers à l'égard duquel on avait une obligation de constituer ce droit, par dénonciation moyennant un préavis raisonnable.

Art. 710-38.

§ 1. Sauf lorsqu'il n'y a qu'un seul titulaire, ou lorsque le droit réel d'administration prend

fin par commun accord, le droit réel d'administration continue à exister durant la liquidation du patrimoine fiduciaire et l'administrateur en est le liquidateur.

§ 2. Les articles 710-21 jusque 710-30 ainsi que les articles 184 jusque 186 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales s'appliquent mutatis mutandis en cas de liquidation.

§ 3. Les dettes contractées pour ou qui résultent de l'administration ou la conservation des biens du patrimoine fiduciaire ou de sa liquidation, y compris celles envers l'administrateur lui-même, restent privilégiées sur tous les biens du patrimoine fiduciaire pendant la durée de la liquidation.

Art. 710-39.

La fin du droit réel d'administration n'est opposable aux tiers qu'à partir du jour de leur publication par extrait aux annexes du Moniteur belge, sauf s'il est prouvé que ces tiers en avaient antérieurement connaissance.

(variante : inscription aux registres hypothécaires ou dépôt au greffe du Tribunal civil - voy. infra)

## B. MODIFICATIONS DU TITRE II. DONATIONS ET TESTAMENTS.

### Au Chapitre Ier. Dispositions générales.

Art. 893, al. 2.

La concession d'un droit réel d'administration par acte entre vifs ou par testament ne constitue un acte à titre gratuit que lorsqu'il attribue à l'administrateur un salaire hors de proportion avec les charges de l'administration.

Art. 899 *bis*.

La propriété des biens de la succession peut être scindée par testament en un droit réel d'administration et un droit de propriété grevé de ce droit d'administration, en permettant au testateur de disposer séparément de l'un et de l'autre comme de tout autre bien de la succession.

Art. 832, lid 2.

Lorsque des biens sont mis sous administration par testament, pour l'application du présent article la part fiduciaire du titulaire est néanmoins considérée être de la même nature que les biens mis sous administration eux-mêmes.

Au Chapitre III. De la portion de biens disponible et de la réduction.

Art. 917. Ajouter après "d'un usufruit ou d'une rente viagère" : "ou d'un droit réel d'administration"

Art. 918. Ajouter après "ou avec réserve d'usufruit" "ou d'un droit réel d'administration".

Au Chapitre IV. Des donations entre vifs.

Art. 949 . Ajouter : "ou du droit d'administration sur ces biens".

C. MODIFICATIONS AU LIVRE III, Titre XX. De la prescription.

Art. 2236, al. 2 : Ajouter après "l'usufruitier" : "l' administrateur".

D. MODIFICATIONS AU CODE JUDICIAIRE

Ajouter aux art. 585, 1° et 588, 1° : "administrateurs"

ou ajouter un nouveau n° :

"les demandes de nomination ou remplacement d'un administrateur ou d'un administrateur provisoire d'un patrimoine fiduciaire, conformément à l'article 710-31 C.C."

Ajouter aux art. 1175 et 1180, 1° toevoegen : "ou du patrimoine fiduciaire "

Ajouter aux art. 1445 suiv. et 1539 suiv. : quelques règles concernant la saisie-arrêt d'une part fiduciaire (entre les mains de l'administrateur).

**XIV. SUPPLEMENT : publicite mobilière éventuelle.**

A. Supplément au Code civil, Livre III. Titre XIX. PRIVILEGES ET HYPOTHEQUES.

Au Chapitre Ier. De la transmission des droits réels.

Art. 6 bis.

§ 1. Les titulaires de droits réels sur biens meubles dont un autre à la possession de fait, peuvent déposer au greffe du Tribunal une copie de l'acte par lequel ils ont acquis ou se sont réservés ce droit. Lorsque le possesseur de fait est un commerçant, le dépôt se fait au greffe du Tribunal de commerce de l'arrondissement ou le commerce est situé; dans les autres cas, le dépôt se fait au Tribunal de première instance de l'arrondissement où le possesseur de fait à son domicile, ou à défaut sa résidence.

§ 2. Les droits ainsi publiés sont conservées même lorsque les biens sont devenus immeubles par destination ou incorporation.

### B. Supplément au Code civil Livre III Titre XX. Prescription.

Art. 2281.

La protection de l'article 2279, al 1, peut également être invoquée par les créanciers de bonne foi qui ont saisi ont concourent autrement les biens meubles dont leur débiteur a la possession de fait.

Art. 2282.

Des acquéreurs de biens meubles ou des créanciers qui concourent sur de tels biens dont leur débiteur a la possession de fait, ne peuvent invoquer leur bonne foi à l'égard de titulaires de droits réels sur ces biens, dont ils pouvaient avoir connaissance suite au dépôt d'une copie de l'acte d'acquisition ou réservation de ces droits conformément à l'article 6 bis du Livre III Titre XIX des privilèges et hypothèques et que les biens y sont suffisamment déterminés ou déterminables.

### C. Modifications en matière de gage etc.

*La publicité proposée permet de simplifier largement les règles en matière de gage et de certains privilèges spéciaux sur meubles, notamment :*

- *une abolition de la condition de dépossession en matière de gage (pour les cas où la publicité proposée serait remplie), p.ex. en ajoutant à l'art. 2076 C.C. in fine et à l'art. 1 L. 1872 Gage commercial in fine : "ou un dépôt a été fait conformément à l'article 6 bis L. Privilèges et hypothèques.*
- *intégration de tout le régime de l'art 20, 5° L. Hyp., du nantissement du fonds de commerce, des règles concernant le revendication en matière de faillites, etc. etc.*

prof. Matthias E. Storme  
KU Leuven & Universiteit Antwerpen  
avocat à Bruxelles  
secrétaire de la *Commission du droit européen des contrats*