

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

Le Trust

par
Denis-M. PHILIPPE

Doc. 96/19

Rapport présenté au colloque de Bruxelles sur le
trust et la fiducie, le 9 février 1996

LE TRUST

Denis PHILIPPE,

Avocat au Barreau de Bruxelles
Professeur à l'Université de Louvain

« Le trust est l'ange gardien de l'Anglo-Saxon, il l'accompagne partout, impassible, depuis son berceau jusqu'à sa tombe. Il est à son école comme à son association sportive, il le suit le matin à son bureau comme le soir à son club; il est à ses côtés le dimanche à l'église ou au comité de son groupe politique; il soutiendra sa vieillesse jusqu'à son dernier jour, puis il veillera au pied de son tombeau et étendra encore sur ses petits-enfants, l'ombre légère de ses ailes. »¹

¹ P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, 1932, p.114.

C'est avec une certaine humilité qu'il convient pour un juriste de droit civil d'aborder le problème du *trust*. En effet, comme l'exprime le texte précité, le *trust* est présent de manière originale dans de nombreux domaines du droit anglosaxon et il est donc illusoire de vouloir maîtriser l'ensemble de ceux-ci pour un juriste continental.

Notre modeste apport se concentrera sur les aspects qui apparaissent comme les plus intéressants dans la comparaison entre *civil* et *common law*, permettant ainsi une réflexion sur certains mécanismes de notre droit.

Après avoir tracé à grands traits l'évolution historique de l'institution (1.), nous en mentionnerons la définition (2.) et les caractéristiques essentielles (3.). Ensuite, nous la distinguerons d'autres concepts (4.). Nous évoquerons les conditions de validité du *trust* (5.) et son objet (6.). Après avoir tracé les principales catégories de *trust* (7.), nous nous attacherons à la situation juridique du *trustee* (8.) et du bénéficiaire (9.) pour terminer sur la problématique de la fin du *trust* (10).

Nous n'aborderons pas de manière spécifique les aspects successoraux puisque ceux-ci seront discutés dans d'autres rapports.

1.HISTOIRE

1.1.Les chevaliers (*settlers*) qui partaient aux croisades confièrent leurs terres à des hommes de confiance (appelés *feoffee to uses*) en faveur de leur famille (*cestui que trust*).²

Les moines conseillèrent en secret aux âmes pieuses et charitables de faire des dons à des tiers qui voulaient du bien à la congrégation.

Si l'on tient compte des données de l'histoire, *on ne trouve aucune technique juridique à l'origine du trust*:

« de tous temps les hommes ont confié dans des circonstances graves ce qu'ils avaient de plus précieux à leur meilleur ami en lui laissant leurs ultimes recommandations; ce n'est pas au droit, mais au coeur humain qu'il se fiait »³

² M. ELLAND-GOLDSMITH, *The trust and its use in commercial and financial transactions*, *Revue de droit des affaires internationales*, 1985, pp.683 e.s.

³ P.LEPAULLE, *op.cit.*,. p.14.

1.2. L'institution s'appelait à l'origine le " *use*".

L'effet du *use* était de déposséder le *settlor* au profit du *feoffee to uses* qui devenait le propriétaire.

La *common law* ne permettait pas d'assortir l'exécution de ces *uses* d'une sanction juridique.

Par contre, en *Equity*, le *Chancellor* a, en 1446, donné force juridique à ces actes, puisqu'il était moralement inconcevable de permettre au *feoffee* de ne pas respecter ses engagements à l'égard des bénéficiaires.⁴

Le *use* permettait d'éluder l'application de certaines règles lourdes développées en matière de propriété des biens immeubles par la *common law* (notamment des règles d'ordre fiscal).

Le *Statute of Uses*, édicté en 1536, visait à éviter cet éludement et à invalider certains *uses*: « le *feoffee to use* serait désormais complètement ignoré par le droit »⁵

Des juristes astucieux voulurent éviter l'application du *Statute of Uses* de 1535, et l'on introduisit alors le concept de *trust* qui permit de reprendre les anciens *uses* sous un nouveau nom.

1.2. A la fin du quinzième siècle le *trust* devint opposable aux tiers.

Il a été d'abord jugé que la personne qui acquérait le bien des mains du *trustee* était, si elle en connaissait l'existence, liée par ce *trust*. Par la suite, il a été énoncé que le bénéficiaire pouvait faire valoir ses droits contre les personnes qui héritaient du *trustee*. Plus tard encore, il a été décidé que la personne à qui le *trustee* transférait ces droits, ne prenait la propriété que grevée du *trust*, même si elle n'en avait pas connaissance, à la condition cependant que ce transfert ne fût pas assorti d'une *consideration* (par exemple une donation).

Enfin, le *trust* a été déclaré opposable aux créanciers du *trustee*; ainsi, la saisie effectuée par ceux-ci ne pourrait porter sur les biens faisant partie de la *trust property*.

Ainsi, se distinguaient :

le *legal owner (trustee)*
l'*equitable owner (beneficiary)*

la propriété étant appelée le *legal estate*.

⁴ P.LEPAULLE, *op.cit.*, p.19.

⁵ Ibid. p.19.

Le *trust* créait donc une propriété démembrée sur un même bien, chaque partie pouvant disposer de son droit. Par la suite, le *trust* se développa pour organiser la jouissance de biens par des générations successives d'une même famille et pour mettre la propriété des biens des épouses hors de portée de leurs maris.

Par sa souplesse, le *trust* connut une extension dans d'autres branches du droit.

Par exemple, la législation qui préserve la concurrence s'appelle aux Etats-Unis la législation *antitrust* parce que le *trust* permettait de garder le contrôle de groupes de sociétés (L'on connaît le *Sherman Act* du 2 juillet 1890 qui introduit le droit *antitrust*.)

Des raisons d'ordre fiscal ont motivé et motivent encore de manière plus ou moins fréquente les créateurs du *trust*.⁶

2.DEFINITION

" *A trust is an equitable obligation, binding a person(who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property) either for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestui que trust) of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation, or for a charitable purpose , which may be enforced at the instance of the Attorney-General or for some other purpose permitted by law though unenforceable.*"⁷

3. CARACTERISTIQUES DU TRUST.

3.1. Le trust est assorti d'un droit de suite.

⁶ C'est pour éviter le paiement des droits féodaux que les propriétaires transféraient les biens à des hommes de confiance, évitant ainsi le formalisme dans le transfert de biens immobiliers...

⁷ PETIT, *Equity and the Law of Trusts*, 1970, p.14.

3.1.1. Le *beneficial owner* peut poursuivre le bien (*trace*) dans les mains de toute personne qui le détient à l'exception de :

- l'acheteur
- de bonne foi
- qui n'a pas été averti
- qui peut se prévaloir d'une *consideration*:

"*bona fide purchaser for value without notice*"⁸

3.1.2. Qu'est ce que le *bona fide purchaser* ?

Le terme *purchaser* doit être entendu dans un sens large. Sont inclus tous ceux qui acquièrent un *legal interest* dans la propriété (usufruit par exemple).

Notice couvre non seulement la connaissance réelle mais aussi toute connaissance que l'acquéreur peut obtenir s'il procède à des enquêtes ou demandes d'information que devrait faire tout acquéreur prudent. Il n'existe cependant aucun système organisé de publicité des *trusts*.

3.1.3. Règles du *tracing*.

* Si les sommes ont été détournées par le *trustee*, le bénéficiaire dispose donc d'un droit de suite sur ces sommes; en outre, il bénéficie d'un intérêt à compter du jour du détournement. Il bénéficie d'une simple créance personnelle sur ces sommes sauf si le *trustee* a tiré profit de ce détournement; l'accroissement de valeur revient alors au bénéficiaire.⁹

* Le *tracing* sera possible tant que la propriété du *trust* peut être localisée et identifiée.

Dans l'hypothèse où un *trustee* vient à mélanger sa propriété avec celle du *trust*, l'ensemble doit être considéré comme la propriété du *beneficiary*.¹⁰

« *At common law, the requirement of identificability means that the right to trace is lost if mixed; in equity, identificability is no obstacle because equity will be prepared to impose a charge on the mixed fund to the extent of the plaintiff's contribution.* »¹¹

Si le *trustee* a mélangé les propriétés de deux trusts, la répartition se fera selon la

⁸ *Ibid.*, p.435; *Re Diplock's Estate*, 1948, 2 All E.R., 318.

⁹ BERAUDOT, *op.cit.*, p.123

¹⁰ *Ibid.*, p.436; *Re Halett's Estate*, 1880, 13 Ch.D., 696 CA.

¹¹ MAUDSLEY, *op.cit.*, p.657.

règle *first in, first out*. Au premier crédit correspond le premier débit. Si la gestion du *trust* engendre des pertes, il y aura partage équitable du solde, sans application de la règle *first in, first out*.¹²

Si le *beneficiary* ne peut pas récupérer le bien par la voie du *tracing* (*bona fide purchaser*) , le droit se reporte sur le produit de la vente, selon une technique appelée *overreaching* et proche de la subrogation réelle en droits belge et français.

Cependant, si le produit de la vente n'est lui-même plus identifiable, le *tracing* n'est plus possible.

Le *tracing* « *presupposes the continued existence of the money either as a separate fund or as part of a mixed fund or as latent in property acquired by means of such fund. If, on the facts of any individual case, such continued existence is not established, equity is as helpless as the common law itself.* »¹³

Le *right to trace* disparaît également en cas de « *improvements by an innocent volunteer* »; une personne qui est devenue titulaire d'un bien, sans *consideration* (une donation par exemple), a dépensé pour l'amélioration du bien, des sommes importantes mais qui n'en augmentent pas sa valeur; si ces sommes sont égales au prix du bien, il serait contraire à l'*Equity* de priver cette personne de tout droit sur le bien.

De même, si une personne qui n'a pas payé le bien, a utilisé des sommes équivalentes au paiement des créanciers titulaires de garanties réelles grevant le bien, le bénéficiaire ne pourrait, en équité, revendiquer le bien à l'égard de cette personne.

Lorsque le *trust* a le pouvoir de vendre et de gérer les biens (fonds de placement), le *beneficiary* acquiert un droit sur une masse fongible et il est en droit d'attendre une gestion du fonds selon les termes du *trust*.

3.1.4. Le droit de suite peut produire des effets similaires à ceux de la *clause de réserve de propriété*.

Ainsi, un contrat de vente d'aluminium prévoyait que la propriété ne serait transférée à l'acheteur qu'après complet paiement. Nonobstant la clause, l'acheteur revend le bien. Malgré le fait que l'acquéreur ait été mis en liquidation, le prix a pu être saisi sur le compte de l'acquéreur.¹⁴

3.2. Nature de l'obligation. Le *trust* fait-il naître un droit réel?

¹² MAUDSLEY, *op.cit.*, p.657. Voy. *Re Walter J. Schmidt & Co*, 1923, 298, Fed.314, spéc. p.316.

¹³ PETIT, *op.cit.*, p.440.

¹⁴ *Aluminium Industrie Vaasen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd.*, 1976, 1, W.L.R., 676.

3.2.1. Cette question a fait l'objet de nombreuses réflexions.¹⁵ Ainsi, Maitland considérait qu'il s'agissait d'un droit personnel parce que la personne qui acquérait le bien en toute bonne foi, devenait propriétaire de celui-ci.¹⁶ Cependant, il semble que le bénéficiaire dispose d'un véritable droit réel sur le bien et que certaines *equitable properties* fassent l'objet d'un enregistrement, ce qui incite à conclure qu'il s'agit d'un droit réel. L'existence d'un droit de suite limité permet aussi de conclure dans le même sens.¹⁷

3.2.2. L'on peut relever un arrêt assez récent rendu par la Cour de justice des Communautés européennes en matière de *trust*.¹⁸

En 1971, Mr George Lawrence Webb conclut une convention portant sur l'achat d'un appartement situé à Antibes; les autorisations exigées par la Banque d'Angleterre au titre de la législation sur le contrôle des changes avaient été octroyées à son fils, M. Lawrence Desmond Webb.

Les fonds nécessaires à l'acquisition furent transférés du compte bancaire du père en Angleterre à celui du fils situé à Antibes.

En 1990, le père introduit une action contre son fils visant à entendre déclarer que le fils détient le bien en qualité de *trustee* et à obtenir une injonction reconnaissant le père comme titulaire de la *legal ownership*.

Le fils prétendit avoir reçu le bien en donation et contesta la compétence des tribunaux anglais. En effet, l'article 16, paragraphe 1, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale prévoit, en matière de droits réels immobiliers, la compétence exclusive des tribunaux de l'Etat contractant où l'immeuble est situé.

La *Court of Appeal* posait la question de savoir si l'action ainsi introduite constituait une action réelle au sens de l'article 16, paragraphe 1, de la convention.

La Cour de justice a considéré qu'il s'agissait en l'espèce d'une action personnelle et non d'une action réelle, aux motifs suivants:

« L'action dont est saisie en l'espèce la juridiction de renvoi tend à faire reconnaître que Webb fils détient l'appartement au bénéfice exclusif de son père et que, en cette qualité, il a le devoir de préparer les documents nécessaires à lui en

¹⁵ PETIT, *op.cit.*, pp. 44 e.s.

¹⁶ MAITLAND, *Equity*, deuxième éd., pp. 106 e.s.

¹⁷ Voy. à cet égard le rapport de M. E. STORME, *Vertrouwen is goed, dual ownership is beter*.

¹⁸ Arrêt Webb, 17 mai 1994, affaire C-294/92, *Rec.*, I, 1994, 1717-1740.

¹⁹ Considérant n° 15.

²⁰ Voy. plus spécialement les conclusions de l'Avocat général DARMON, n° 36 e.s.

²¹ Considérant n° 14.

*transférer la propriété. Le père ne prétend pas être d'ores et déjà titulaire de prérogatives qui porteraient directement sur l'immeuble et qui seraient opposables à tous, mais invoque uniquement des droits à l'encontre de son fils. »*¹⁹

Ceci étant, l'on ne peut déduire de cet arrêt que la Cour statue de manière claire sur la nature juridique du *trust*. En effet, la Cour souligne bien la nature particulière du *trust*²⁰ mais le seul fait qu'un droit réel immobilier soit concerné ne suffit pas à conclure que l'action est fondée sur ce droit réel..²¹

4. TRUST ET AUTRES CONCEPTS DE DROIT ANGLAIS

4.1. Trust & contract (contrat)

En droit anglais, le contract est une création de la common law tandis que le trust est une création de l'equity.

Le contrat suppose généralement un *bargaining*, et donc nécessite une *consideration*,
(sauf *contract under seal*), ce qui n'est pas nécessaire pour le *trust*.

Le contrat peut faire l'objet d'une contrainte (*enforced*) par les parties seulement, tandis que d'une part le *trust* peut faire l'objet d'une contrainte par les bénéficiaires qui ne sont pas parties et d'autre part, certains *trusts* ne peuvent faire l'objet d'aucune contrainte.²²

Le contrat confère des droits personnels tandis que le *trust* crée une *equitable property* au profit d'un tiers.

L'échange de consentement n'est pas nécessaire dans le *trust* contrairement au contrat.

Contrat et *trust* peuvent se succéder dans le temps; ainsi, une société annonce un dividende qu'elle ne peut payer. Elle contracte un emprunt pour ce faire; les fonds sont versés sur un compte spécial auprès de la Barclays Bank. La société est mise en liquidation tout en laissant un découvert important auprès de la banque. Celle-ci réclame donc les fonds se trouvant sur ce compte spécial. La *House of Lords* considéra que la banque

²² BERAUDOT, *op.cit.*, p.20 ; *Garrad v. Lord Lauderdale*, 1831, 2, Russ & Myl, 451

détenait les fonds en qualité de *trustee* implicite pour le compte du prêteur.
²³

4.2. *Trust et bailment (dépôt)*

De part et d'autre, les biens sont au départ, remis au *bailee* d'une part, au *trustee* d'autre part, et sont restitués lorsque l'objet du contrat (gage, dépôt) ou du *trust* sont réalisés. En d'autres termes, un bien est confié, avec charge.

La différence essentielle réside en ce que le *bailee* dispose seulement d'un droit réel spécial (*special property*) alors que le *trustee* est le "*full owner*".

En conséquence, le *bailee* ne peut transférer le titre relatif aux biens qu'il détient, contrairement au *trustee*.

Dans les faits, il n'est pas facile de distinguer les deux; je m'en vais à l'étranger, je dis à un ami, occupe-toi de mon piano: est-ce un *trust* ou un bailment ?

4.3.. *Trust & agency (mandat)*

Ces institutions présentent des traits communs: l'agent et le *trustee* sont investis l'un et l'autre d'une mission de confiance.

L'on peut épingle les différences suivantes:

* l'*agency* est créé par une convention; le *trust* ne l'est pas nécessairement;

* tous les effets du contrat d'agence se produisent dans le patrimoine du principal tandis que les effets du *trust* se produisent dans le patrimoine du *trustee* (*trust property*).

Ainsi, dans *Lister v. Stubbs*²⁴, Stubbs, qui vendait des machines pour le compte de Lister, avait détourné des fonds; les créanciers voulurent saisir les biens achetés au moyen de ces fonds; en cas de *trust*, ces biens ne font pas partie de la masse; la solution inverse prévaut s'il s'agit d'une *agency*. La Cour ne vit dans les relations entre Stubbs et son commettant qu'une simple relation de créancier à débiteur.²⁵

²³ Barclays Bank Ltd v. Quistclose Investments Ltd, 1970, A.C., 567.

²⁴ 1890, in MAUDSLEY, *Trusts, Materials*, 1972, p.8,

²⁵ (1890), 45 Ch.D., I (C.A., Cotton, Lindley and Bowen).

Une fois constitué, le *trust* mène sa vie propre. Il échappe en quelque sorte au constituant. Le mandat ou l'*agency* est en principe révocable *ad nutum* tandis que le *trust* est en principe irrévocable. De part et d'autre, les clauses contractuelles peuvent aménager cette question.

4.4. Trust et stipulation pour autrui²⁶

Lepaulle faisait remarquer:

« Pour satisfaire les besoins que le droit français règle par la stipulation pour autrui, les juristes d'outre Manche ont recours naturellement au trust. Un contractant qui souhaitera transmettre à un tiers le bénéfice de l'objet du contrat, constituera un trust auquel les droits découlant du contrat seront transférés. Plus simplement, il se déclarera lui-même trustee au bénéfice du tiers. Il a encore la possibilité de conclure le contrat en qualité de trustee et fera bénéficier le tiers de la contrepartie qu'il retirera du contrat. Le tiers aura une action contre le trustee mais non pas contre le tiers. »

Les institutions diffèrent cependant.

La stipulation pour autrui est créée par voie contractuelle tandis que le *trust* trouve sa source tant dans le contrat que dans un acte de dernière volonté ou dans la loi.

Les conditions d'application sont différentes.

La stipulation pour autrui est l'accessoire d'un contrat, ce qui n'est pas le cas pour le *trust*.

La déterminabilité de l'obligation ou du bénéficiaire est moins exigeante dans le *trust*; dans certains cas, les bénéficiaires peuvent être choisis par le *trustee* lui-même.

Le bénéficiaire peut avoir des obligations dans le *trust* ce qui n'est pas le cas dans la stipulation pour autrui

Les effets sont également distincts

Le stipulant peut encore demander la résolution du contrat pour non exécution de ses obligations par le promettant, ce qui rend le droit du bénéficiaire de la stipulation dépendant du contrat principal. Le *trust* évolue indépendamment de l'acte qui le crée.

Rappelons que le bénéficiaire de la stipulation pour autrui bénéficie d'une simple créance chirographaire tandis que le bénéficiaire du *trust* jouit de l'*equitable ownership* du bien.

²⁶ BERAUDOT, *op.cit.*, p.29.

5.CONDITIONS DE VALIDITE DU TRUST.

5.1.Le trust doit être certain (certainty of word, of subject and of object)

5.1.1. L'intention doit être certaine.

La déclaration doit être non équivoque; la seule volonté de transférer le bien n'est pas suffisant.

L'on peut prendre les exemples suivants.²⁷

Je donne mes biens et effets quelconques en usage absolu à ma chère épouse, en toute confiance de ce qu'elle fera tout ce qui est nécessaire quant à la disposition de ces biens entre mes enfants, soit de son vivant ou par testament après sa mort.

Les juges n'ont pas considéré cette ultime déclaration de volonté comme un *trust* car l'intention n'était pas suffisamment certaine.

L'on peut également épingler le *case Barclays Bank v. Quistclose investments*²⁸

Une société R Ltd, annonce un dividende; comme elle n'a pas assez de fonds pour payer ce dividende et emprunte une somme en vue de ce paiement auprès de Quistclose qui avait un intérêt à maintenir la société R en vie.

Cette somme n'avait été prêtée qu'à la condition qu'elle ne puisse être utilisée qu'au paiement de dividendes. Elle est versée sur un compte séparé auprès de la Barclays Bank qui reçoit le texte de l'accord entre Q et R.

Avant le paiement du dividende, la société tombe en liquidation.

La société Q, qui a octroyé un prêt, vient-elle en concours avec les autres créanciers, à concurrence des sommes versées sur ce compte. Non, répondit unanimement la House of Lords, il s'agit en l'occurrence d'un

²⁷ Re Adams and the Kensington Vestry (1884), 27 ch. D., 394 (C.A., Ballagay,, Cotton and Lindley, L.JJ.); MAUDSLEY, *op.cit.*,p.38:

²⁸ [1970] AC, 567.

trust: les sommes avaient été détenues dans un but bien déterminé et si ce but n'est pas atteint, les sommes doivent être restituées à Q.²⁹

Exceptionnellement³⁰, la solution contraire sera adoptée. Dans l'affaire *Space Investments Ltd v. Canadian Imperial Bank of Commerce Trust Co (Bahamas) Ltd*³¹

une banque détenait des fonds en trust; la banque était autorisée de placer cet argent sur un compte d'épargne. La banque déposé ces fonds, en qualité de *trustee*, sur son propre compte d'épargne. La banque entra en liquidation. Les clients réclamèrent l'argent qu'ils avaient placé en *trust*. Le Conseil privé considéra que les clients ne disposaient que d'une action contractuelle fondée sur un dépôt de fonds et que les fonds placés sur un tel compte n'étaient pas détenus en qualité de *trustee*.

En cas de déclaration de *self trustee*, le constituant doit avoir manifesté clairement son intention de se déclarer lui-même comme *trustee*. Une donation imparfaite ne constitue pas une déclaration de *trust*.

L'on peut citer l'affaire **Jones v. Lock**³²

M. Jones revient de voyage d'affaires et se voit reprocher par son épouse de ne pas avoir rapporté de cadeau pour son fils, âgé de quelques mois.

Il sort alors un chèque de 900 livres et dit: « *regardez, je le donne à l'enfant, c'est pour lui; je vais le mettre de côté pour lui et je lui donnerai beaucoup plus encore.* »

Son épouse, craignant que l'enfant ne déchire le chèque, le lui retire de la main.

Jones ajoute: cela n'a aucune importance, c'est à lui, il peut en faire ce qu'il veut.

Il reprend ensuite le chèque et l'enferme dans son coffre.

Six jours plus tard, il meurt; se posait la question de savoir si le bébé pouvait se prévaloir de droits sur le chèque.

La *House of Lords* considéra qu'en l'espèce, il n'y avait pas de déclaration de *trust*.

5.1.2. Les bénéficiaires doivent être certains.

²⁹ Ce cas est fort proche de la problématique des comptes rubriqués qui font l'objet des rapports de Mme Lannoy et de M. Dirix.

³⁰ J.G. RIDDALL, *The law of trusts*, 1992, p.52.

³¹ [1986] 1 WLR 1072, PC.

³² (1865), *L.R.*, I Ch.App., 25 ; MAUDSLEY, *op.cit.*, p.84.

* La jurisprudence s'est orientée vers une acception large de cette notion. Doit être épinglé le *case* **Mc Phail v. Doulton (1971)**.³³

Par testament est créée une fondation destinée à des subsides pour et au bénéfice de tout employé ou ancien employé ainsi que des proches et parents de ces personnes au temps et conditions que celui-ci estime adéquats. Ce *trust* a été considéré comme suffisamment certain.³⁴

Mais quelquefois les termes sont tellement vagues que l'on doit considérer le *trust* comme inexistant car indéterminé ; ainsi, en a-t-il été jugé dans l'affaire *Flavel's Will Trust* où un testateur avait laissé une partie de ses biens pour la formation d'un fonds pour les employés d'une société.³⁵

* **Emprunts subordonnés.**

Un créancier qui entend subordonner sa propre créance à celles d'autres créanciers futurs de son débiteur, pourra constituer sa créance en *trust* au profit de ces autres créanciers (qui ne seront peut-être pas connus avant la faillite de ce débiteur).

* **Un *trust* peut être constitué en faveur de personnes qui ne sont pas nées.**

Cependant il faut que les droits soient acquis dans un certain délai (appelé *perpetuity period*, équivalent à la durée de vie d'une personne donnée majorée de vingt et un ans) pour éviter que le *trustee* ne contrôle une propriété pour une période trop longue et pour éviter l'inaliénabilité de la propriété. (la *rule against perpetuity* est cependant allégée dans les *charitable trusts*).

Discretionary trust

Dans ce *trust*, la part de chaque classe de bénéficiaires est déterminée par le *trustee* lui-même.

Secret trust

L'on peut prendre l'exemple suivant. Un testateur lègue un bien, de manière apparemment absolue, mais qui est en fait destiné à un bénéficiaire inavoué, par exemple une maîtresse, un enfant naturel.

³³ [1971] A.C., 424.

³⁴ Voy BERAUDOT, *op.cit.*, p.26; MAUDSLEY, *op.cit.*, p.44.

³⁵ *Re, Coleman v. Flavel, Overwegende* [1969] 2 *All E.R.*, 232; 1 *W.L.R.*, 444; 113 *Sol.Jo.*, 189.

Citons l'affaire *Thynn v. Thynn*³⁶

Une personne veut constituer un *trust* en faveur de son épouse. Le fils persuade sa mère qu'il est préférable de le faire en son nom propre car vu la présence de nombreuses dettes dans le patrimoine, il est mieux à même d'y faire face. On modifie alors le testament en désignant le fils comme seul exécuteur testamentaire; mais le nouveau testament fut lu si faiblement que le testateur ne le comprit pas bien. A la mort du testateur, le fils dénia tout droit à sa mère. La *House of Lords* lui donna tort en rejetant l'existence d'un *trust* dans le chef du fils.

Peut-on imaginer un *trust* sans bénéficiaire ?

Sous réserve des *charitable trusts*, « un *trust* doit avoir pour bénéficiaire une personne physique ou morale, car il faut que quelqu'un soit en mesure de venir en justice pour se plaindre de sa mauvaise administration. Voilà pourquoi les *trusts* constitués en vue de la poursuite d'un objectif donné ne sont en principe pas valables: une personne peut se parler, pas un objectif. »
³⁷

Peut-on stipuler un *trust* visant à faire dire des messes pour le repos des défunts ou pour entretenir leurs tombes?

En dépit des principes énoncés ci-dessus, cela a été admis. Lepaulle a invoqué cette décision pour affirmer que l'élément déterminant du *trust* était l'affectation d'un patrimoine et non la détermination d'un bénéficiaire.³⁸

Il semble admis que ces décisions relèvent d'une incohérence de la jurisprudence:

« On a parlé d'eux comme de « cas où Homère avait sommeillé. »³⁹

5.2. Inopposabilité du trust en cas de fraude.

Ainsi, un *trust* peut être déclaré inopposable si une personne solvable affecte ses biens en *trust* avant de réaliser des opérations présentant des

³⁶ (1684), 1 Vern. 296 (Chancery, Earl of Guilford, Lord Keeper); MAUDSLEY, *op.cit.*, p.118.

³⁷ J.A. JOLOWICZ, *Droit anglais, Droit des trusts*, par G. JONES, 1992, p.289.

³⁸ *Op.cit.*, not. pp.23 e.s.

³⁹ J.A. JOLOWICZ, *op.cit.*, p.280; MAUDSLEY, *op.cit.*, p.136.; l'on peut référer au rapport québécois de Mme Cumin Quentin, qui montre que la notion de patrimoine d'affectation a été retenue en droit québécois.

risques financiers. Ainsi, en est-il d'un boulanger renommé qui avait établi un *trust* avant d'acquérir un commerce d'épicerie dans lequel il n'avait aucune expérience.⁴⁰ L'on peut encore prendre l'exemple suivant. Un horticulteur souscrit une hypothèque au profit de sa banque. Au moment où celle-ci s'apprête à mettre en oeuvre cette sûreté, il transfère les biens (en *trust*) à son épouse: l'acte fut déclaré inopposable⁴¹.

En cas de faillite du constituant (*settlor*), le *trust* peut être déclaré inopposable aux créanciers du constituant.

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

1. Si la faillite, ou déconfiture, survient *deux ans* après l'opération, le juge peut déclarer le *trust* inopposable même si le constituant était solvable. Si la faillite, ou déconfiture, survient après ce délai, le juge ne pourra déclarer le *trust* inopposable que si le constituant était insolvable.

2. Par ailleurs, l'opération sera inopposable si elle vise à rompre l'égalité entre les créanciers. Si un créancier est favorisé *six mois* avant la faillite, si un proche est favorisé *deux ans* avant la faillite, le juge peut déclarer le *trust* inopposable.

3. Le conjoint est également protégé si son époux dissipe le patrimoine familial. Ainsi en est-il si l'époux affecte la maison familiale en *trust* au profit d'une banque pour financer l'achat d'une voiture de luxe.⁴²

Au niveau successoral, le droit anglais ignore la réserve. Cependant, la famille du défunt peut agir contre les bénéficiaires des donations ou *trusts* réalisés pendant les six années précédant le décès.⁴³

5.3.. *Transfert des biens au trustee.*

Il s'agit d'un acte essentiel à la prise d'effets du *trust*.⁴⁴ Il faut veiller à la :

* *Perfect creation of trust*

Si un *settlor* veut constituer le *trust* par transfert, il doit établir le *legal interest* de propriété sur le *trustee*; ainsi dans le *case Milroy v. Lord*⁴⁵,

⁴⁰ Mackay v. Douglas, 1872, L.R., 14 Eq.106. BE, p.127;

⁴¹ Cette jurisprudence rappelle l'action paulienne organisée par l'article 1167 du Code civil français ou belge.

⁴² Section 37 du *Matrimonial Causes Act*, 1973. Comp. l'article 224 du Code civil belge;

⁴³ Section 10 de l'*Inheritance Act* de 1975.

⁴⁴ BERAUDOT, *op.cit.*, p.70.

l'application du *trust* a été rejetée parce la forme de transfert appropriée pour la cession des actions en faveur du *trustee* n'avait pas été respectée. Un *settlor* avait en effet passé un acte visant à transférer cinquante actions de la Banque de Louisiane à Samuel Lord, agissant en qualité de *trustee* pour Milroy, et à remettre les certificats d'actions. A ce moment, Lord disposait d'une procuration générale qui lui permettait de transférer les actions. Cependant, le transfert des actions nécessitait l'enregistrement en faveur du cessionnaire dans les livres de la banque, ce qui ne fut jamais fait.

Le seul fait qu'il détint une procuration, énonça la Cour d'appel, le rendait mandataire du constituant et non *trustee* en faveur de Milroy.

** Equity will not assist a volunteer*

Si le *cestui que trust* a fourni une valable *consideration* (pas purement formelle comme la *consideration* de la *common law* en matière de contrat), il peut demander l'exécution du *trust* en justice même s'il n'a pas été constitué de manière complète.

S'il est un *volunteer* (pas de valable *consideration*), son action n'aboutira pas.

6. OBJET DU TRUST.

6.1. Le *trust* peut porter sur des biens de toute nature (mobiliers, immobiliers, polices d'assurance).

Le *trustee* ne doit pas nécessairement avoir un droit de propriété sur le bien.

Par exemple, une banque peut détenir une hypothèque sur un immeuble comme *trustee* pour elle-même et d'autres banques.

⁴⁵ 1862, 4 De G.F. & J. 264; MAUDSLEY, *op.cit.*, pp.74-76.

6.2. *Le trust de créances* .

Une personne peut se constituer *trustee* d'une créance détenue sur un tiers.

Le *trustee* doit prendre toutes les mesures nécessaires pour recouvrer la créance. S'il le néglige, le *beneficiary* pourra prendre l'initiative d'assigner le débiteur.⁴⁶

Dans certains cas, les tribunaux ont considéré que les créanciers d'un droit, inscrits dans un contrat, devaient être considérés comme les bénéficiaires d'un *trust*, même si cela n'avait pas été expressément stipulé⁴⁷ . L'on peut prendre l'exemple des polices d'assurances sur la vie où les parents désignés dans la police ont été considérés comme les bénéficiaires.

6.3. *Le trust de propriété future*.

Celui-ci est valable s'il existe une *consideration*.

L'on peut citer, à titre d'exemple, le *case Re Ellenborough* ⁴⁸

Une dame s'engage à transférer au *trustee* la propriété qu'elle pourrait acquérir des testaments de son frère et de sa soeur. Elle reçoit un héritage de sa soeur et le transfère aux *trustees*; à la mort de son frère en 1902, elle reçoit des biens par testament et ne les transfère pas.

La *House of Lords* a refusé de voir l'existence d'un *trust* en l'absence de *consideration*. Par contre, si la propriété avait été transférée volontairement au moment du second héritage, l'on aurait pu estimer que ce transfert constituait une déclaration de *trust*.

7. CLASSIFICATION DES TRUSTS

7.1 Dans l'*express trust*, le *settlor* a exprimé *prima facie* son intention de constituer un *trust*.

Dans l'*implied trust*, l'intention de constituer le *trust* n'a pas été exprimée directement mais l'intention peut être déduite des termes ou des actions.

⁴⁶ Pour une comparaison entre le transfert de « *choses in action* » en *equity* et en *common law*, voy. RIDDALL, *op.cit.*, pp. 63 à 69.

⁴⁷ L'on se rapproche ici de la stipulation pour autrui. Voy. *supra*, n°4.4.

⁴⁸ [1903] 1 Ch. 697 (Ch. D.,).

7.2. Dans le *simple trust*, le *trustee* n'a d'autre obligation que de permettre au bénéficiaire de jouir de la propriété détenue en *trust* et de suivre ses directives à cet égard. Dans le *special trust*, le *trustee* est investi d'obligations au niveau de la gestion.

7.3. *Constructive trust*

Ce type de *trust* est connu en Angleterre tandis que d'autres systèmes juridiques anglosaxons, comme l'Ecosse, l'ignorent.

Il est créé indépendamment de la volonté du propriétaire.

Ainsi, une personne qui est en possession d'une propriété, sans être acquéreur de bonne foi, doit la garder en qualité de *trustee* dans l'intérêt des bénéficiaires.

7.4. *Statutory trust*.

Il s'agit du *trust* organisé par la loi. Ainsi en est-il du *trust* pour la vente de biens de personnes qui décèdent *ab intestat* (S.33 *Law of Property Act* de 1934) ou la vente de biens immeubles de personnes qui sont en indivision et où rien n'a été prévu à cet égard (S.34 *Law of Property Act* de 1934).

7.5. *Executory and executed trusts*

Dans l'*executed trust*, le *settlor* a défini précisément et complètement les limites de la propriété ou des intérêts des bénéficiaires.

Dans l'*executory trust*, le *settlor* a simplement exprimé son intention sur la manière dont la propriété doit être affectée.

7.6. *Charitable trusts*.

Ceux-ci s'opposent aux *private trusts*.

7.6.1. Définition

Les tribunaux se réfèrent au Statut d'Elizabeth I de 1601 qui définit les quatre piliers des *charities* à savoir:

1. Soulager la pauvreté, la souffrance et détresse humaine (hôpitaux...).
2. La promotion de l'éducation.

⁴⁹ Gilmour v. Coats, [1949], A.C., 426; [1949], I All.E.R., 848.

3. Le développement de la religion.

4. Les autres buts d'utilité générale.

Le bénéfice doit revenir à la communauté ou une classe importante de celle-ci. (le bénéfice à certains membres d'une institution privée, comme un couvent de Carmélites ne suffit pas).⁴⁹

7.6.2. Régime

Le droit anglais a secrété des règles plus souples en matière de charitable *trust*, notamment au niveau du caractère certain du *trust*. Cependant, ces *trusts* sont soumis au *contrôle de l'Etat*:

a) Pour leur création, tous les charitable *trusts* doivent faire l'objet d'un enregistrement; l'on peut rapprocher cette obligation des règles qui sont en vigueur chez nous en matière de fondation.

b) Après la création, l'on a développé les *charities commissioners*.

Leur fonction première est d'assurer le développement des charitable *trusts*.

Ils disposent en outre des prérogatives suivantes:

* interventions au niveau de la nomination ou du remplacement des *trustees* (soit nommer un *trustee* complémentaire, le remplacer en cas de faillite ou incapacité...)

* procéder à des enquêtes et demander des comptes.

Cyprès doctrine

S'il s'agit d'un *trust* privé, si celui-ci échoue, le *beneficial interest* va au *settlor*. En vertu de cette doctrine, si le *trust* charitable échoue, la propriété du *trust* sera affectée à un objet charitable qui est le plus près(cy-près) de l'objet de départ.

8. STATUT DU BENEFICIAIRE.

8.1. A l'égard du trustee.

Le bénéficiaire peut agir en justice, pour ordonner au *trustee* à se conformer à ses obligations. Il s'agit de la procédure d'*injunction*.

Le bénéficiaire peut encore demander la restitution de la *trust property* ou la révocation du *trustee*.

8.2. A l'égard de tiers.

8.2.1. Les recours des bénéficiaires contre les tiers.

Une action proche de notre action subrogatoire ou action oblique est réservée aux bénéficiaires. Par exemple, si le *trustee* néglige de faire valoir certains droits à l'égard de tiers (le *trustee* tarde à récupérer une créance faisant partie de la *trust property*), le bénéficiaire peut le contraindre à agir et se joindre à l'action du *trustee*.

Si le tiers agit comme complice du *trustee* en préjudiciant les intérêts de la *trust property*, le tiers est considéré comme *constructive trustee*, et sera tenu pour responsable vis-à-vis du bénéficiaire de toute perte ou dommage causé au *trust*.

Si le tiers de mauvaise foi acquiert la *trust property*, la revend à un acquéreur de bonne foi, et que le tiers complice utilise le produit de la vente pour rembourser un créancier titulaire d'une sûreté, le bénéficiaire pourra être subrogé dans les droits du créancier désintéressé.⁵⁰

8.2.2. Les recours des tiers contre les bénéficiaires.

1. Les bénéficiaires ne sont pas garants sur leur patrimoine personnel.

Cependant, si le *trustee* a contracté des dettes dans le cadre de ses pouvoirs, les créanciers peuvent se payer sur les revenus destinés aux bénéficiaires si le *trustee* ne paye pas.

Si le *trustee* a outrepassé ses pouvoirs, il doit l'assumer sur son patrimoine personnel.⁵¹

2. Les créanciers du bénéficiaire peuvent-ils saisir la propriété équitable? Les

⁵⁰ BERAUDOT, *op.cit.*, p.83

⁵¹ BERAUDOT, *op.cit.*, p.85.

droits du bénéficiaire sont saisissables comme tout actif du patrimoine; le juge peut donc ordonner au *trustee* de ne plus remplir ses obligations envers le bénéficiaire mais en faveur de son créancier.

Pour éviter que les biens ne soient perdus pour les bénéficiaires, les constituants peuvent constituer un *protective trust*.

L'on reconnaît au bénéficiaire un droit viager résolutoire lors de la survenance d'un événement tel que:

faillite

tentative de vente du bien

transfert du bénéfice à un tiers.

Il n'est cependant pas admis qu'un constituant se déclare bénéficiaire jusqu'à sa propre faillite.⁵² Si la résolution survient, l'acte prévoit souvent que la *trust property* sera attribuée à une autre personne.

L'on prévoit aussi que le *trust* est transformé en *trust* discrétionnaire au profit du premier bénéficiaire, de son conjoint, de ses enfants et autres descendants.

9. LE STATUT DU TRUSTEE

9.1. La désignation du trustee.

Le trustee peut être toute personne physique ou morale.

9.1.1. Au départ, le *trustee* était un membre de la famille et n'était pas en droit d'obtenir une rémunération pour les services qu'il rendait avec une exception importante, à savoir lorsque l'acte le prévoyait.

La règle inverse est maintenant de mise; cette évolution peut d'ailleurs être comparée avec celle du mandat en droit belge.⁵³

L'on trouve par exemple la clause suivante dans un *trust* portant sur un fonds de pension:

« *A body corporate being a trustee of the Scheme shall be entitled to charge and to be paid such remuneration for its services as may be agreed between it and the principal employer.* »

⁵² Ibid.

⁵³ Voy. D. PHILIPPE, *Le mandat*, Guide juridique de l'entreprise.

9.1.2. Le *trust* est souvent désigné dans l'acte par le *settlor*.⁵⁴

Celui-ci peut en nommer un ou plusieurs; si il y en a plusieurs, ils doivent agir unanimement sauf pour les *charitable trusts*.

Si malgré une volonté claire de créer un *trust*, le constituant n'a pas désigné de *trustee*, le constituant est lui-même *trustee* des biens affectés en *trust*. « *A moins que l'acte de trust n'en dispose autrement, il n'a pas le pouvoir de remplacer le trustee ou de nommer des trustees supplémentaires.* »⁵⁵

Si le constituant a conféré le pouvoir de désigner le *trustee* à un tiers, ce tiers est investi des mêmes prérogatives que le constituant lui-même.

Les Cours et tribunaux peuvent désigner ou remplacer les *trustees* lorsqu'il s'avère difficile de le faire sans leur aide; l'on peut citer l'hypothèse où le *trustee* devient incapable ou fait l'objet d'une condamnation. A titre d'illustration, lors de la dernière guerre, il fallut remplacer les *trustees* faits prisonniers par l'ennemi.

Le *trustee* peut être l'un des bénéficiaires du *trust*.

9.2. Obligations du trustee

C'est sans doute de la figure du mandat que l'on peut trouver le plus de points d'attache.

Précisons que le *trustee* peut insérer dans l'acte constitutif, des clauses limitant sa responsabilité. Celles-ci sont valables mais font l'objet d'une interprétation restrictive.

9.2.1. Délégation

En principe le *trustee* doit agir lui-même. Ce principe d'*equity* a été quelque peu atténué au cours des siècles.

Des délégations partielles sont autorisées.⁵⁶

Des délégations générales sont possibles dans des conditions strictes :

- * leur durée limitée à 12 mois;

- * notification doit être faite aux autres *trustees* ou à toute personne ayant pouvoir de nommer le *trustee*.

L'on peut donner l'exemple suivant tiré d'un *trust* portant sur un fonds de pension:

⁵⁴ BERAUDOT, *op.cit.*, p.90.

⁵⁵ BE, p.91.

⁵⁶ BERAUDOT, *op.cit.*, p.102.

⁵⁷ Ce contrat nous a été transmis par le cabinet écossais Bishop and Palmers, que nous remercions.

« *The Trustees may delegate any of their powers, duties and discretions hereunder (other than relating to the winding up of the Scheme) or any business including (but without prejudice to the generality of the foregoing:*

a) the exercise of any discretion or the formation of any opinion to

(i) any two or more of their number (or in the event that a corporation is for the time being a trustee to any of its officers or employees);

(ii) a committee composed of such persons as the trustees may from time to time determine »⁵⁷

The Trustees may at any time revoke or vary any delegation made under this clause. »

Outre la délégation à un sous *trustee*, le *trustee* peut désigner un mandataire pour accomplir un acte déterminé.

Le *Trustee Act* a également organisé une possibilité de délégation spécifique pour les biens situés à l'étranger. Par ailleurs, si un *trustee* est à l'étranger pendant plus de douze mois, il convient d'ailleurs de procéder à son remplacement.

9.2.2.Plusieurs trustees.

Sauf disposition contraire dans l'acte constitutif, les *trustees* doivent agir ensemble.

Ils ont le devoir de contrôler mutuellement les agissements les uns des autres.

Leur responsabilité est solidaire.

En cas de *succession de trustees*, le second n'est pas responsable des manquements du premier et réciproquement.

9.2.3.Obligation d'agir avec diligence

Le *trustee* doit vérifier en quoi consiste la propriété qu'il acquiert et les documents y relatifs; il doit examiner si la propriété lui a été transférée régulièrement; sauf stipulation contraire, il n'a pas à consulter les *beneficiaries* sur la manière d'exercer sa mission.

Les Cours et tribunaux ont un pouvoir général de supervision du *trust* qui leur permet de donner des directives aux *trustees*. En cas de doute, ceux-ci peuvent s'adresser aux Cours et tribunaux.

9.2.4.Obligation quant à l'administration

Parfois cette obligation revêt d'importantes exigences, par exemple, si le *trustee* gère l'épargne des *beneficiaries*.

Le *trustee* doit garder de manière séparée sa propriété d'une part, les biens confiés dans le cadre du *trust* d'autre part. Il doit oeuvrer à la conservation de la chose en bon père de famille(exercer les droits ou actions...)

Est plus délicate la question des investissements qui peuvent être effectués par le *trustee*;

le *trustee* a l'obligation d'agir dans l'intérêt le meilleur des bénéficiaires et de *maximiser le rendement sans tomber dans la haute spéculation*.

L'on peut épingler l'exemple suivant. Les *trustees* du fonds de pension des mineurs avait refusé d'investir en dehors du Royaume Uni ou dans les industries énergétiques concurrentes au charbon. Leur attitude a été condamnée par la jurisprudence parce qu'elle ne réalisait l'objectif de la maximisation du profit et était inspirée par des idées personnelles.⁵⁸

Si le *trustee* réalise des investissements qui n'étaient pas permis, il doit indemniser le bénéficiaire des pertes subies sauf si les bénéficiaires ratifient l'achat non autorisé par le *trust*.

L'action en faveur des bénéficiaires doit être impartiale. Le *trustee* ne peut favoriser un bénéficiaire par rapport à un autre.

9.2.5.Obligation de ne pas s'écarter des termes du trust

Dans certaines hypothèses, la Cour peut cependant permettre aux *trustees* de réaliser certaines transactions qui n'étaient pas autorisées par l'acte constitutif.

En effet, l'on n'a peut-être pas tout prévu dans l'acte constitutif qui peut contenir certaines imprécisions et il peut être très souhaitable de poser certains actes dans l'intérêt des bénéficiaires.

Cependant, comme le souligne le juge Romer: « *Of course, the jurisdiction is one to be exercised with great caution, and the court will take care not to strain its power* »⁵⁹

⁵⁸ Cowan v. Schargill, 1984, 3 W.L.R., 501.

⁵⁹ Re New, [1901], 2 Ch. 534, C.A..

9.2.6. Obligation d'information des bénéficiaires.

Cette obligation porte sur tous les documents et dossiers du *trustee* ainsi que les comptes. Quant aux bénéficiaires, ils peuvent demander un audit.

L'on peut prendre l'exemple suivant:

« *The Trustees shall cause to be kept full and true accounts of the Scheme and of all sums of money received and expended by them and shall cause to be kept full and complete records on the membership of the scheme and the assets of and transactions with the Fund and of all other matters which should be recorded to show the position of and all dealings with the Fund and of the amounts contributed by each member and each Employer.* »

9.2.7. Conflit d'intérêt.

Le *trustee* doit agir dans le seul intérêt du bénéficiaire.

Si le candidat *trustee* envisage d'acquérir un bien de la *trust property*, il doit refuser la mission. De même, s'il dirige une activité concurrente à celle dont la gestion lui serait conférée par le *trust*.

Tout bénéfice qu'il obtiendrait doit revenir au *trustee*. Par exemple, s'il obtient des commissions parce qu'il a confié le portefeuille du bénéficiaire à un agent de change avec qui il travaille, le *trustee* doit rétrocéder ces commissions au bénéficiaire.

La *House des Lords* est particulièrement stricte à ce sujet:

« *Même si le bénéficiaire a retiré profit autant que lui-même de sa conduite, même si le bénéficiaire ne pouvait pas autrement retirer de l'affaire le bénéfice qu'il a reçu et même si ce bénéfice a été obtenu grâce aux biens propres du trustee et comme conséquence de son habileté et de son jugement personnels.* »⁶⁰

Le bénéficiaire peut demander l'annulation de la vente d'un bien confié en *trust* que le *trustee* viendrait à acquérir pour son compte propre même si la vente est intéressante.

⁶⁰ Lord Upjohn dans *Boardman v. Phipps*, H.Lords, 1967, 2 A.C., 46, 128-129.

⁶¹ BERAUDOT, *op.cit.*, p.97.

⁶² M. ELLAND-GOLDSMITH, *op.cit.*, p.715.

⁶³ *Ibid.*, p.716.

L'acte constitutif peut le décharger de ses obligations. Ainsi, l'on peut reprendre la clause suivante:

« No decision of or exercise of a power by the Trustees shall be invalidated or questioned on the ground that the Trustees or any individual Trustee or any member of the board of directors of a body corporate which is a Trustee had a direct or personal interest (including as a Member) in the result of any such decision or in the exercising of any such power. »

Quid si un *trustee* administre plusieurs *trusts*: peut-il utiliser des informations, des moyens d'action qui se situent dans un *trust*, au profit d'un autre *trust*?

La règle est que l'usage d'une information dans le cadre d'un autre *trust* ne peut en aucun cas risquer de nuire aux intérêts du *trust* où elle a été acquise.

Ainsi, le *trustee* qui apprend que le *trust* primus envisage de vendre un paquet d'actions déterminées ne peut pas révéler ce projet à ses *cotrustees* du *trust* secundus avant que la vente n'ait eu lieu.

9.4. Pouvoirs du trustee

*« Les pouvoirs du trustee ne sont pas vraiment la contrepartie de ses obligations. Ce sont plutôt des prérogatives qui lui permettent de réaliser les buts du trust. »*⁶¹

Parmi les pouvoirs prévus par la loi de 1925, l'on peut citer:

- celui de voter une fusion ou une opération similaire concernant une société, dont les actions font partie des biens détenus en *trust*;
- celui de déposer des sommes en banque;
- celui de transiger;
- celui d'assurer les biens détenus en *trust*;
- celui de réinvestir les produits (*reversionary interests*).

* Le *trustee* a également droit au remboursement des frais qu'il a engagés.

9.5. Le trustee et les tiers.

Lorsque le *trustee* souscrit des engagements dans le cadre de sa mission, *« il s'agit d'une responsabilité personnelle du trustee, qui doit en répondre sur ses propres biens.*

*Les tiers non seulement peuvent mais doivent recourir contre les avoirs propres du trustee pour faire valoir leurs droits. »*⁶²

Cette responsabilité sévère est susceptible de tempéraments. Le *trustee* peut limiter sa responsabilité à l'égard d'un tiers à la valeur des biens détenus en *trust*. En outre, le *trustee* a le droit de se faire indemniser contre toute perte encourue en ayant recours aux biens détenus en *trust*.⁶³

10. LA FIN DU TRUST.

Le *trust* est irrévocable; l'on peut cependant prévoir une clause aménageant la révocation du *trust* dans l'acte constitutif.

Que conclure?

Même si le *trust* n'est pas transposable telle quelle dans notre droit, car fruit d'une évolution historique et d'un système juridique fort différent du nôtre, il s'agit notion riche en idées et qui peut constituer une source précieuse d'inspiration, de comparaison, notamment pour l'introduction éventuelle de la fiducie dans notre droit;

S'agissant des traits caractéristiques du *trust*, l'on peut souligner, en premier lieu, bien que le caractère certain du *trust* soit une condition d'application, la présence d'un *trust* reste bien incertaine en l'absence d'écrit clair.

(l'affaire du *trust* en faveur du jeune enfant en est une belle illustration)

En second lieu, l'on est frappé par le champ d'effet des dérogations aux règles que permet le *trust*, notamment en matière de conflit d'intérêt.

Le *trust* signifie d'abord confiance et service. Rappelons le service que le croisé demandait à son ami de veiller sur le patrimoine familial. C'est d'ailleurs le Chancelier, maître de l'Equité, qui a sanctionné juridiquement le *trust*.

Il peut paraître paradoxal de constater maintenant que cette institution, de par sa souplesse, a permis de mettre en place les mécanismes financiers les plus efficaces. Au fond, est-ce tellement paradoxal? La confiance, la souplesse ne sont-elles pas les premiers moteurs de la gestion du patrimoine?