

# **LE TRUST : DE LA PROTECTION PATRIMONIALE AU MOYEN ÂGE À LA PROTECTION INTERNATIONALE DE L'ENVIRONNEMENT AU XXI<sup>e</sup> SIÈCLE**

Jeanine Gama Sá

Volume 21, Number 1, 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068940ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068940ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gama Sá, J. (2008). LE TRUST : DE LA PROTECTION PATRIMONIALE AU MOYEN ÂGE À LA PROTECTION INTERNATIONALE DE L'ENVIRONNEMENT AU XXI<sup>e</sup> SIÈCLE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 21(1), 97-148.  
<https://doi.org/10.7202/1068940ar>

Article abstract

This article examines the evolution of the institution of the trust from its inception in the Middle Ages, associated with the development of English law, to its use in the field of international law, in particular in international environmental law, mainly through environmental trust funds used to finance the adhesion of developing countries and transition economies to higher standards of environmental protection. In this context, the most remarkable example, the Global Environment Facility, corresponds to a special type of trust whose ultimate beneficiaries are the international community and the future generations.

## **LE TRUST : DE LA PROTECTION PATRIMONIALE AU MOYEN ÂGE À LA PROTECTION INTERNATIONALE DE L'ENVIRONNEMENT AU XXI<sup>e</sup> SIÈCLE**

*Jeanine Gama Sá\**

Cet article examine l'évolution de l'institution du *trust* dès son apparition au Moyen Âge, indissociable du processus de formation du droit anglais, jusqu'à son utilisation dans le domaine du droit international, plus particulièrement en droit international de l'environnement, à travers la notion de *trust funds* environnementaux, utilisés pour financer l'adhésion des pays en voie de développement et en transition à des paramètres plus élevés de protection environnementale. Dans ce contexte, l'exemple le plus remarquable, le Fonds pour l'environnement mondial, correspond à une modalité spéciale du *trust*, où les bénéficiaires ultimes sont l'ensemble de la communauté internationale et les générations futures.

This article examines the evolution of the institution of the trust from its inception in the Middle Ages, associated with the development of English law, to its use in the field of international law, in particular in international environmental law, mainly through environmental trust funds used to finance the adhesion of developing countries and transition economies to higher standards of environmental protection. In this context, the most remarkable example, the Global Environment Facility, corresponds to a special type of trust whose ultimate beneficiaries are the international community and the future generations.

---

\* Juriste d'affaires au Brésil. Doctorante en droit international au Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC) de l'Université Aix-Marseille III. Master en politiques de développement (Université Paris V-Sorbonne); Master en droit international et intégration économique (Université de l'État de Rio de Janeiro); Diplôme de droit international privé (Université Paris II-Assas); Diplôme de droit (Université fédérale de Rio de Janeiro). L'auteure remercie particulièrement Sandrine Maljean-Dubois pour ses remarques et son soutien. Les éventuelles erreurs sont de l'entière responsabilité de l'auteure.

Les auteurs font souvent référence au droit international de l'environnement comme d'un « laboratoire de pointe » du droit international<sup>1</sup>. En effet, le domaine de l'environnement est un terrain fertile pour les nouveaux développements, plus particulièrement dans le cadre des instruments économiques et des mécanismes financiers. À travers les dispositifs traditionnels de contrôle et de sanction de la mise en œuvre des obligations des États sur le plan international, le droit international de l'environnement fait appel de plus en plus souvent à des mécanismes d'incitation. Ceux-ci peuvent prendre la forme d'aides financières destinées à financer l'adhésion des pays en voie de développement (PED) et en transition aux instruments environnementaux internationaux et, plus généralement, à des paramètres plus élevés de protection environnementale<sup>2</sup>.

Puisque la plupart des aides financières mentionnées prennent la forme de *trust funds*, en utilisant d'ailleurs la très ancienne institution du *trust*, l'objectif de cet article est d'expliquer comment un instrument de préservation patrimoniale conçu en Angleterre à l'époque du Moyen Âge est devenu un outil « de pointe » pour la protection internationale de l'environnement au XXI<sup>e</sup> siècle, pouvant même entraîner une reconnaissance plus large du droit des bénéficiaires indirects desdites aides, à savoir l'ensemble de la communauté internationale et les générations futures.

Ainsi, dans la première partie, nous étudierons l'institution du *trust*, en retraçant son histoire pour comprendre comment ce concept, tout au long des siècles, a défini ses contours actuels et acquis ses caractéristiques principales. Cela nous permettra de constater, dans une seconde partie, que ces caractéristiques ont rendu possible l'utilisation du *trust* par plusieurs branches de droit interne, issu ou non de la *common law*<sup>3</sup>, ainsi que par le droit international, plus spécifiquement le droit international de l'environnement.

---

<sup>1</sup> Luigi Condorelli, « Préface » dans Laurence Boisson de Chazournes, Richard Desgagné et Cesare Romano, *Protection internationale de l'environnement : recueil d'instruments juridiques*, Paris, A. Pedone, 1998, à la p. 7; Pierre-Marie Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle? » (1997) 101:4 R.G.D.I.P. 873 à la p. 900, tels que cités dans Peter H. Sand, « Carrots without Sticks? New Financial Mechanisms for Global Environmental Agreements » (1999) 3 Max Planck Y. B. U. N. L. 363 à la p. 363 [Sand, « Carrots »].

<sup>2</sup> Voir Sandrine Maljean-Dubois et Vanessa Richard, « Mécanismes internationaux de suivi et mise en œuvre des conventions internationales de protection de l'environnement », Conférence « Gouvernance internationale de l'environnement », Institut du développement durable et des relations internationales, 15 et 16 mars 2004 en ligne : <[http://www.iddri.org/Publications/Collections/Idees-pour-le-debat/id\\_0409\\_maljeandubois.pdf](http://www.iddri.org/Publications/Collections/Idees-pour-le-debat/id_0409_maljeandubois.pdf)> aux pp. 4 - 48 .

<sup>3</sup> La famille de droit de *common law* est composée de l'Angleterre, des pays de langue anglaise (avec certaines exceptions), et de la plupart des pays qui lui sont politiquement associés. Pour d'autres exemples de pays, voir *infra* note 4. En outre, le système de *common law* ou anglo-saxon a connu une expansion considérable dans le monde entier grâce à la colonisation ou à la réception volontaire. La liste des pays qui adoptent ledit système et partagent la même racine de la loi anglaise inclut les États-Unis (sauf la Louisiane), le Canada (sauf le Québec), la Nouvelle-Zélande, l'Australie, Hong Kong et les anciennes possessions britanniques telles que le Kenya, le Nigeria et les Bermudes. L'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Canada continuent à être influencés par les précédents anglais, tandis que les États-Unis ont développé leur propre modèle. Voir Philip R. Wood, *Law and Practice of International Finance*, Londres, Sweet & Maxwell, 1980 aux pp. 2-3.

## I. L'institution du *trust*

L'institution du *trust* est une notion fondamentale du droit anglais<sup>4</sup> et, par conséquent, de la *common law*. À travers la constitution d'un *trust*, une personne transfère la propriété de biens à une autre, le *trustee*, pour qu'il les gère dans l'intérêt d'un tiers, le bénéficiaire<sup>5</sup>. Par ailleurs, une telle institution, ainsi que la plupart des notions et institutions du droit anglais, peut être expliquée à travers l'étude de son évolution historique<sup>6</sup>, étant donné que ses caractéristiques actuelles ont été acquises au fur et à mesure pendant le processus de formation de la *common law*.

### A. L'évolution historique du *trust*

La notion de *trust* puise ses origines dans le droit anglais du Moyen Âge<sup>7</sup>, ayant été conçue initialement sous la forme d'une institution appelée *use*<sup>8</sup> pour soulager les détenteurs de terres de certaines impositions féodales et pour augmenter la gamme de possibilités de transmission de biens (notamment la terre) d'une génération à l'autre. Dans la mesure où l'Angleterre est passée d'une société essentiellement agricole, dans laquelle la plupart de la richesse privée était concentrée sur la terre, à une société où la richesse provenant des activités commerciales, industrielles et financières est devenue prédominante, le *use* médiéval a évolué vers la notion moderne de *trust*<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Le droit anglais concerne l'Angleterre et le Pays de Galles. Il ne concerne ni le Royaume-Uni, ni la Grande-Bretagne, puisque, d'une part, l'Irlande du Nord, et d'autre part, l'Écosse, les Îles de la Manche et l'Île de Man ne l'adoptent pas. Le droit anglais occupe une place prééminente dans la famille de *common law*, car, historiquement, c'est dans ce pays que ce système juridique s'est développé. Voir René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 1996 à la p. 281.

<sup>5</sup> Voir John Gervase Riddall, *The Law of Trusts*, 6<sup>e</sup> éd., Londres, Butterworths, 2002 (selon sa définition : « a trust is an arrangement recognized by law under which one person holds property for the benefit of another » à la p. 1).

<sup>6</sup> David, *supra* note 4 à la p. 316.

<sup>7</sup> L'histoire du droit anglais peut être divisée en quatre périodes principales. La première correspond à la phase précédant la conquête normande de l'Angleterre en 1066. La deuxième, entre 1066 et l'avènement de la dynastie des Tudors (en 1485), est la période de formation de la *common law*, un système de droit nouveau, commun à tout le royaume, qui se développe en substitution aux coutumes locales. La troisième période, de 1485 à 1832, est marquée par le développement d'un système complémentaire (parfois rival) de la *common law*, à partir des règles d'*equity*. La quatrième période, qui a commencé en 1832 et continue jusqu'à nos jours, est la période moderne, où la *common law* est influencée de façon importante par les *statutes* (la loi) et cherche à s'adapter à une société de plus en plus dirigée par l'administration. Voir *ibid.* aux pp. 283-284.

<sup>8</sup> Dans son acception historique, comme institution du droit anglais, le terme *use* conserve sa forme originale anglaise en français. Ministère de la Justice du Canada, *Lexique du droit des fiducies*, en ligne : <[http://www.pajilo.org/fr/lex\\_fid\\_cl.pdf](http://www.pajilo.org/fr/lex_fid_cl.pdf)> à la p. 33.

<sup>9</sup> Graham Moffat, *Trusts Law: Text and Materials*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Butterworths, 1999 aux pp. 23, 31.

## 1. LE *USE* MEDIEVAL

Le précurseur médiéval du *trust* était connu sous le terme de *use*, dérivé de l'expression latine *ad opus*<sup>10</sup>. Deux facteurs ont contribué considérablement au développement de cette institution : la possibilité de démembrement de la propriété terrienne selon la doctrine des *estates* et la participation du système judiciaire anglais, en assurant son effectivité<sup>11</sup>.

### a) *La doctrine des estates*

Les *uses* sont apparus au XIII<sup>e</sup> siècle comme un système de possession de terres basé sur des notions féodales. Ce concept a des prédécesseurs probables dans d'autres systèmes juridiques, comme par exemple, le *fideicommissum* du droit romain ou le concept germanique de *salmann* qui constitue une sorte d'exécuteur de testaments connu des tribunaux ecclésiastiques et de common law. Le *use* a également été influencé par un concept juridique du droit islamique appelé *waqf*, apparemment introduit en Europe par les croisés<sup>12</sup>.

En fait, le *use* a commencé à se développer à partir de la conquête normande de l'Angleterre en 1066, quand les terres de la noblesse ont été saisies par Guillaume I et distribuées selon le système féodal sous la forme de *tenures*, c'est-à-dire, des concessions de domaines de terre (*estates*) faites par le roi à certains de ses sujets, qui, à leur tour, concédaient une part de leur terre à leurs propres sujets selon un bail spécifique<sup>13</sup>. Par conséquent, un détenteur de terre (*tenant of land*) dans le féodalisme de la post-conquête avait le droit de possession sur la terre (*seisin*), ainsi que le droit de recevoir un certain degré de soutien et de protection de la part de son seigneur. En retour, le *tenant* était censé lui rendre hommage, accomplir certaines obligations et payer des *incidents* (des impositions féodales, prenant la forme de différentes sortes d'avantages matériels). Ainsi, des chaînes de rapports bilatéraux de *tenures* se formaient à partir du roi, qui était considéré comme le propriétaire final des terres, résultant dans un amalgame complexe de rapports personnels<sup>14</sup>.

Le système était basé sur la doctrine des *estates*, selon laquelle personne n'était le propriétaire absolu de la terre; les *tenants* n'ayant que différents degrés

<sup>10</sup> Voir Frederick Pollock et Frederic William Maitland, *History of English Law*, vol. 2, 2<sup>e</sup> éd., à la p. 228, tel que cité dans Philip Henry Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, Londres, Butterworths, 1993 à la p. 11 (selon Frederick Pollock et Frederic William Maitland, cités par Philip Henry Pettit, le mot *use* provient de l'ancien français *al oes, ues*, qui correspond au vocable latin *ad opus*).

<sup>11</sup> Melhim Namem Chalhub, «Trust: breves considerações sobre sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana» (2001) 790 *Revista dos Tribunais* 79 aux pp. 83-84 [Chalhub, «Trust: sistemas jurídicos de tradição romana»].

<sup>12</sup> Moffat, *supra* note 9 à la p. 26. Par exemple, le *salmann* du droit allemand était un mécanisme conçu pour permettre la disposition *mortis causa* des biens avant l'apparition du testament, quand le *salmann* s'est converti en exécuteur testamentaire. Voir aussi Luis Puig Ferriol, *El heredero fiduciario*, Barcelone, Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil "Durán y Bas", 1965 à la p. 23.

<sup>13</sup> Chalhub, «Trust: sistemas jurídicos de tradição romana», *supra* note 11 à la p. 82.

<sup>14</sup> Moffat, *supra* note 9 à la p. 25.

de « droits de propriété »<sup>15</sup>. La *common law* reconnaissait trois catégories d'*estates* (qualifiés de *legal estates*) : ceux qui permettaient au *tenant* d'avoir des droits sur la terre pour la durée de sa vie (*the estate for life*), pour la durée de sa lignée en fonction du nombre de descendants directs (*the estate in fee tail*) ou encore tant qu'il y avait des héritiers qui devenaient alors propriétaires (*the estate in fee simple*)<sup>16</sup>.

Cependant, les droits de propriété des *tenants of land* subissaient des restrictions importantes, qui impliquaient des limites aux possibilités de transmission, ainsi que l'imposition aux héritiers d'un taux sur le privilège de la succession<sup>17</sup>. En ce qui concerne ces derniers, il faut prendre en considération que le droit anglais à l'époque médiévale imposait des restrictions aux droits des femmes et des mineurs, notamment dans le cadre des droits de succession et de propriété. Ainsi, un *tenant* désireux d'assurer à sa femme et à ses fils mineurs l'utilisation et les fruits de ses biens après son décès était obligé de faire confiance à un tiers (un mâle juridiquement capable) en faveur de qui il transférait la propriété de ses biens pour qu'ils soient gérés « à l'usage de »<sup>18</sup> sa famille<sup>19</sup>. D'ailleurs, les *uses* ont permis aux *tenants* de contourner les restrictions du système féodal, à travers la transmission de la terre à un ou plusieurs tiers (les *trustees*<sup>20</sup>), chargés de l'administrer selon les intérêts du transmetteur et de transférer le résultat économique de cette gestion aux bénéficiaires<sup>21</sup> désignés par ce dernier<sup>22</sup>.

Voici un exemple typique de l'emploi du *use* par un *tenant of land* médiéval : il transférait la terre à un groupe de *trustees*<sup>23</sup> « à son propre usage » en tant que bénéficiaire et à d'autres *uses* subséquents qu'il déterminait. Par exemple, un *tenant* pouvait désigner son fils aîné comme le bénéficiaire de la plupart de ses terres après son décès, le reste étant divisé parmi ses filles, ses fils plus jeunes, un monastère ou

<sup>15</sup> Dans le système de *common law*, le terme « propriété » doit être compris dans le sens que lui attribue la doctrine des *estates*. Selon cette doctrine, une personne ne détient ni la propriété réelle (sur des biens immeubles) ni la propriété personnelle (sur des biens meubles), mais possède par contre un « intérêt » (*interest*) sur la propriété. Ainsi, celui qui détient l'intérêt peut profiter soit de la totalité des droits émanant de la propriété, soit d'une partie de ces droits (comme, par exemple, dans le cas d'un créancier hypothécaire); il peut avoir le droit de profiter de la propriété à vie ou pour une durée limitée; éventuellement, le droit de profiter de la propriété peut être subordonné à l'extinction d'un intérêt précédent. Voir Donovan W. M. Waters, « The Institution of the Trust in Civil and Common law » (1995) 252 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 113 aux pp. 131-132.

<sup>16</sup> Nicolas Soubeyrand et Marion Robert-Marquois, *L'étendue des droits du bénéficiaire du trust en droit anglais*, Institut de droit comparé Edouard Lambert, Université Jean Moulin - Lyon III, 1999 à la p. 10 [non publié] en ligne : Nicolas Soubeyrand <[http://www.gourion.com/html\\_site\\_FR/NS\\_FR.html](http://www.gourion.com/html_site_FR/NS_FR.html)>.

<sup>17</sup> Melhim Nahem Chalhub, *Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001 à la p. 10 [Chalhub, *Trust: transmissão da propriedade*].

<sup>18</sup> Traduction de l'expression *to the use of*, laquelle signifie « au bénéfice de », « pour le compte de », « au profit de », ou « à l'usage de ». *Lexique du droit des fiducies*, *supra* note 8 à la p. 33.

<sup>19</sup> David, *supra* note 4 à la p. 316.

<sup>20</sup> En utilisant la terminologie moderne au lieu de l'ancienne « *feoffee to use* ».

<sup>21</sup> En utilisant la terminologie moderne au lieu de l'ancienne « *cestui que use* ».

<sup>22</sup> Chalhub, *Trust: transmissão da propriedade*, *supra* note 17 à la p. 11.

<sup>23</sup> Afin de réduire la probabilité de fraude, le transfert de la propriété à deux ou plusieurs *trustees* est devenu une pratique courante depuis l'apparition des *uses*. Cela permet aux *trustees* de se surveiller les uns les autres, de sorte qu'aucun transfert de propriété ne puisse être effectué sans l'accord unanime des *trustees*. Voir Riddall, *supra* note 5 à la p. 2.

une paroisse et, le cas échéant, des créanciers. Il pouvait également fournir des instructions aux *trustees*, visant à assurer le paiement des legs pécuniaires contenus dans son testament avec le loyer ou les revenus résultants de l'administration de ses terres<sup>24</sup>.

De ce fait, les *uses* ont fait augmenter considérablement la gamme de possibilités de disposition de la terre par les *tenants*, qui ont acquis *de facto* le pouvoir de léguer leurs terres aux personnes de leur choix. En outre, les *uses* ont rendu possible l'évasion fiscale des *incidents*, puisque ces derniers étaient liés au *seisin*, le droit de possession de la *common law*. Or, là où les *uses* étaient constitués, le *seisin* appartenait aux *trustees*. Ainsi, bien que les héritiers puissent accéder à la totalité ou à une partie des terres du *tenant* après son décès, ce transfert n'était pas réalisé à titre des droits de succession, mais à travers les *trustees*, de sorte que les *incidents* n'étaient pas dus<sup>25</sup>. D'autres avantages des *uses* peuvent être cités en exemple : la possibilité de transférer la terre en secret, tandis que le droit de *common law* imposait l'acte public pour les transferts de *seisin*, l'administration de la terre des *tenants* par les *trustees* lorsque le premier participait aux croisades ou aux guerres et finalement, le fait d'éviter la politique qui déterminait le transfert d'une partie des loyers et revenus fonciers aux institutions de l'Église. Pendant une certaine période, il a même été possible de transférer la terre aux *trustees* pour le bénéfice exclusif du *tenant of land* lui-même, dans le seul but de la mettre hors de portée de ses créanciers<sup>26</sup>. Ainsi, selon les mots de Sir Edward Coke : « *there were two inventors of uses, fear and fraud; fear in times of troubles and civil wars to save their inheritances from being forfeited; and fraud to defeat due debts, lawful actions, wards, escheats, mortmains, etc* »<sup>27</sup>.

Néanmoins, l'utilisation des *uses* n'était pas libre d'inconvénients, le plus important étant l'absence de méthodes efficaces au sein de la *common law* destinées à la protection des droits des bénéficiaires. Cela s'explique par le fait que les *trustees* étaient considérés comme les seuls titulaires des droits sur l'*estate* transféré par le *tenant*. En cas de refus de la part des *trustees* de transférer ledit domaine aux bénéficiaires, ces derniers n'avaient donc aucun recours devant les juridictions de *common law*. Ainsi, les obligations établies sous l'égide des *uses* finissaient dépourvues de caractère contraignant du point de vue juridique<sup>28</sup>. C'est grâce à l'évolution de la juridiction de la chancellerie (parallèle à la juridiction de *common*

<sup>24</sup> Moffat, *supra* note 9 à la p. 26.

<sup>25</sup> *Ibid.* aux pp. 26-27.

<sup>26</sup> *Ibid.* à la p. 27. Par exemple, l'ordre des Franciscains a utilisé le *use* dans le but de concilier son vœu de pauvreté avec la nécessité matérielle de revenus pour subvenir à ses besoins, à travers le transfert des terres par des tiers à des chevaliers chargés de les posséder pour le compte des Franciscains. Voir Soubeyrand et Robert-Marquois, *supra* note 16 à la p. 11.

<sup>27</sup> *Dillon v. Freine (Arrêt Chudleigh)* (1589), 1 Co. Rep. 120, 76 E.R. 270 (Ch.), tel que cité dans Moffat, *supra* note 9 (« il y a eu deux inventeurs des *uses*, la peur et la fraude; la peur en temps de difficultés et de guerres civiles afin de sauver les héritages d'être saisis; et la fraude visant à frustrer les dettes exigibles, les actions légales, les tutelles, les déshérences, les mainmortes, etc [Notre traduction] » à la p. 27).

<sup>28</sup> Les obligations imposées au *trustee* n'étaient dotées que d'un caractère moral, le *trustee* étant chargé d'administrer les biens du transmetteur en « bon père de famille ». Voir David, *supra* note 4 à la p. 316.

*law*) que les transactions comportant les *uses* ont commencé à faire l'objet de mesures de protection légale, puisque cette juridiction, en utilisant la doctrine des *estates*, a reconnu le droit des bénéficiaires à un *equitable estate* dans le domaine des transferts aux *trustees*<sup>29</sup>.

On peut donc conclure que grâce au développement de la jurisprudence provenant des deux juridictions, le *use* (et postérieurement, le *trust*) apparaît comme un démembrement de la propriété, de sorte que certains de ses attributs (*legal estates*) appartiennent aux *trustees*, tandis que d'autres attributs (*equitable estates*) demeurent entre les mains des bénéficiaires<sup>30</sup>. Cela nous permet d'affirmer que l'apparition du *trust* (encore sous la forme de *use*) est étroitement liée à la structure dualiste du système judiciaire anglais, constitué par les Tribunaux de Westminster (juridiction de *common law*)<sup>31</sup> et par la Cour de la chancellerie<sup>32</sup>.

#### b) *Le système judiciaire anglais*

L'histoire du droit en Angleterre médiévale a rendu possible l'apparition d'un système juridique *sui generis*, la *common law*, un droit commun à tout le royaume basé sur les précédents judiciaires, qui s'est substitué aux coutumes locales<sup>33</sup>. Néanmoins, pendant les XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles, les cours de *common law*, dotées d'une gamme limitée de remèdes juridiques, se sont révélées insuffisantes pour trancher des nouveaux litiges de plus en plus complexes. Dans ce contexte, face aux injustices résultant des jugements issus des cours de *common law*, les plaideurs ne pouvaient que s'adresser au roi pour avoir un droit de recours. Le roi et son conseil transmettaient ces pétitions au chancelier<sup>34</sup>, en lui transférant le pouvoir d'imposer des mesures réparatrices spécifiques<sup>35</sup>. Les premiers chanceliers étaient normalement

<sup>29</sup> Le *use* (et subséquemment le *trust*) utilise la doctrine des *estates*. Ainsi, bien que le titre légal de la propriété appartienne aux *trustees*, le droit de profiter de la propriété appartient exclusivement aux bénéficiaires. Voir Waters, *supra* note 15 aux pp. 131-132.

<sup>30</sup> David, *supra* note 4 à la p. 318.

<sup>31</sup> L'élaboration du droit de *common law* était l'oeuvre exclusive des Tribunaux de Westminster, ainsi désignés d'après la ville qui les accueille depuis le XIII<sup>e</sup> siècle. Voir David, *supra* note 4 à la p. 286.

<sup>32</sup> Arnaldo Wald, « Algumas considerações a respeito da utilização do trust no direito brasileiro » (1995) 99 Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano XXXIV, julho-setembro 1995 à la p. 109.

<sup>33</sup> Derek Roebuck, *The background of the common law*, Oxford, Oxford University Press, 1988 aux pp. 73 et s. Le droit anglais est essentiellement jurisprudentiel, basé sur la doctrine des précédents judiciaires, c'est-à-dire, les décisions préalablement adoptées par les juges, notamment des tribunaux supérieurs. Ces précédents inspirent les décisions futures et leur étude révèle la portée du droit en vigueur. Les lois ont un caractère plus casuistique et ne sont considérées efficacement incorporées au système qu'après avoir été appliquées, reformulées et développées par les décisions de la jurisprudence. Voir David, *supra* note 4 à la p. 352.

<sup>34</sup> Le chancelier était un homme ecclésiastique, le confesseur du roi. Au cours du XV<sup>e</sup> siècle, il devint de plus en plus un juge indépendant, décidant au nom du roi et du Conseil, qui lui ont délégué leur autorité. Le chancelier adoptait une procédure inspirée du droit canonique, entièrement différente de celle suivie par les tribunaux de *common law*, et appliquait des principes provenant, dans une large mesure, du droit romain et du droit canonique. Voir David, *supra* note 4 à la p. 296.

<sup>35</sup> L'intervention du chancelier n'a jamais été destinée à formuler de nouvelles règles de droit, ni à modifier le droit tel qu'il était appliqué par les tribunaux de *common law*. Bien au contraire, le



des hommes ecclésiastiques, ce qui explique la prééminence de notions comme celles de la bonne foi et de la conscience dans les décisions de la juridiction de la chancellerie. En effet, ces décisions étaient directement adressées à la conscience des personnes et cherchaient à les contraindre de faire ce qui était considéré juste et équitable. Pour cette raison, la Cour de la chancellerie est devenue connue comme la juridiction d'*equity*<sup>36</sup>.

Ainsi, dans la juridiction de *common law*, les obligations ne provenaient que des contrats et des délits, de sorte que le placement de biens sous le contrôle d'une personne fiable, pour être administrés pendant une certaine durée (comme dans le cas du *use*) ne créait pas l'obligation juridique de restitution desdits biens ou de transfert des résultats économiques aux bénéficiaires désignés, mais un simple devoir de conscience. En revanche, dans la juridiction d'*equity*, le devoir de conscience impliquait une obligation juridiquement contraignante. Le *tenant* était considéré comme le titulaire de droits fondés sur l'équité (*equitable rights*) et pouvait, par conséquent, faire appel à la Cour de la chancellerie afin de contraindre le *trustee* à accomplir ses obligations. Éventuellement, un ordre *sub poena* pouvait autoriser la saisie des biens et l'emprisonnement du *trustee* en cas de rétention irrégulière des biens<sup>37</sup>.

Cela signifie que la position des *trustees* était perçue différemment par les deux juridictions. Tandis que dans la juridiction de *common law*, la propriété des biens n'appartenait qu'aux *trustees*, dans la juridiction d'équité, la propriété était partagée; les *trustees* étant les titulaires d'un droit juridique (*legal right*) et les bénéficiaires ayant un droit équitable (*equitable right*). Étant donné qu'en cas de conflit entre les deux juridictions, l'*equity* prévalait sur la *common law*, les droits des bénéficiaires restaient assurés par le recours à la Cour de la chancellerie<sup>38</sup>. Il faut souligner que la jurisprudence du chancelier n'était pas contraire mais complémentaire à la jurisprudence de la *common law*, dans la mesure où elle « reconnaissait les domaines terriens comme les juridictions de la *common law*, mais allait plus loin en contraignant le propriétaire du domaine à utiliser sa possession légale au profit des bénéficiaires qui étaient supposés jouir exclusivement de cette

---

chancelier professait son respect pour ce droit : « *equity follows the law* » était l'un des axiomes proclamés par la Cour de la chancellerie. Néanmoins, respecter le droit n'implique pas que la loi morale doive être négligée. Ainsi, c'était selon cette dernière que le chancelier intervenait. Voir *ibid.* à la p. 309.

<sup>36</sup> Moffat, *supra* note 9 aux pp. 27-28.

<sup>37</sup> Wald, *supra* note 32 à la p. 109.

<sup>38</sup> *Ibid.* Nonobstant le respect de la part du chancelier des décisions adoptées par les cours de *common law*, le conflit potentiel entre ces deux structures légales parallèles était évident. Ce conflit a émergé au début du XVII<sup>e</sup> siècle sous la forme d'une dispute au sujet de la validité des « *common injunctions* », c'est-à-dire, des mesures à travers lesquelles la juridiction d'équité restreindrait la mise en application des jugements rendus par les cours de *common law*. La confirmation de telles injonctions signifierait la suprématie de la juridiction d'équité sur la juridiction de *common law*. Voir *The Earl of Oxford's Case in Chancery* (1615), 1 Rep 1, 21 E.R. 485 (Ch.) (« *wherever there is any conflict or variance between the rules of equity and the rules of the common law with reference to the same matter, the rules of equity shall prevail* »), réaffirmé par *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.-U.), 36 & 37 Vict., c. 66, conf. par *Supreme Court Act 1981* (R.-U.), 1981, c. 54. Voir aussi Moffat, *supra* note 9 à la p. 47.

terre en *equity*. Les bénéficiaires pouvaient ainsi avoir un droit équitable sur le domaine correspondant au droit de common law sur ce même domaine »<sup>39</sup>.

Cependant, malgré la sophistication de ce mécanisme et sa reconnaissance par les juridictions anglaises, le *use* a été victime de son propre succès et sa pratique fut éventuellement supprimée. En réaction à l'évasion fiscale provoquée par sa croissante utilisation, le Parlement anglais, sous le règne d'Henri VIII, a adopté le *Statute of Uses*<sup>40</sup> en 1535, dans le but principal de rétablir le « féodalisme fiscal » et renforçant la charge des *incidents*. Ce *statute* cherchait à miner la base conceptuelle des *uses* plutôt qu'à imposer des simples restrictions à leur utilisation. L'objectif n'était pas d'accorder aux bénéficiaires un droit d'action contre les *trustees* (ce qui était déjà assuré par la Cour de la chancellerie), mais de leur conférer le *seisin*, c'est-à-dire le titre juridique sur un *estate* donné, avec l'exclusion des *trustees*. Cette conversion des droits équitables des bénéficiaires dans un vrai titre juridique était appelée « le perfectionnement des *uses* »<sup>41</sup>. Curieusement, ce sont justement les catégories de *uses* « non parfaites », selon les termes du *Statute of Uses*, qui ont constitué le point de départ pour le développement du *trust* moderne<sup>42</sup>.

## B. Le *trust* moderne

Le mot *trust* a commencé à être employé pendant le XVI<sup>e</sup> siècle pour dénommer les *uses* « non parfaits » selon les termes du *Statute of Uses*<sup>43</sup>. La nouvelle scène économique en Angleterre, qui a culminé durant la Révolution industrielle, a favorisé l'évolution de ce mécanisme et, par conséquent, l'apparition d'un droit des *trusts* qui se développe jusqu'à nos jours.

### 1. LE STATUTE OF USES

Au début du XVI<sup>e</sup> siècle, face à la diminution des ressources du trésor royal et de la noblesse, à la montée en puissance des ordres religieux et afin de contrer les opérations frauduleuses, la pratique des *uses* a été supprimée par l'adoption du *Statute of Uses*<sup>44</sup>. Deux points concernant ce statut relèvent une importance particulière. En premier lieu, le *Statute of Uses*, conjointement avec le *Statute of Wills*<sup>45</sup>, a introduit dans le droit foncier anglais un degré de flexibilité qui n'était achevé précédemment qu'à travers l'utilisation des *uses*. Cela a marqué une étape importante dans l'émancipation dudit droit par rapport à ses antécédents féodaux, en l'adaptant au concept post-féodal selon lequel la propriété d'un domaine terrien devrait conférer au propriétaire un pouvoir de disposition presque illimité, indépendamment de

<sup>39</sup> Soubeyrand et Robert-Marquois, *supra* note 16 à la p. 12.

<sup>40</sup> (R.-U.), 27 Hen. VIII, c. 10.

<sup>41</sup> Traduction de l'expression *execution of uses*. Voir *Lexique du droit des fiducies*, *supra* note 8 à la p. 11.

<sup>42</sup> Moffat, *supra* note 9 aux pp. 29-30.

<sup>43</sup> *Ibid.* à la p. 29.

<sup>44</sup> Soubeyrand et Robert-Marquois, *supra* note 16 à la p. 11.

<sup>45</sup> (R.-U.) 32 Hen. VIII, c. 1.

l'autorisation des suzerains féodaux. En second lieu, les catégories des *uses* « non parfaits » dans les termes du *Statute of Uses* ont préparé le terrain pour l'apparition du concept moderne de *trust*<sup>46</sup>.

En fait, l'identification de trois lacunes importantes dans le *Statute of Uses* a permis la survie des *uses* sous le nom de *trust*. Ces lacunes correspondaient aux *uses* constitués à titre de droits de propriété autres que les domaines terriens, aux *uses* actifs, c'est-à-dire, ceux où les *trustees* étaient chargés d'accomplir des actes de gestion – par exemple, le paiement de dettes avec des revenus fonciers ou l'administration de la terre pendant l'absence du propriétaire original – et, finalement, aux *uses* sur les *uses*<sup>47</sup>. Pour des raisons économiques, sociales, ainsi que légales, ce type de mécanisme, plutôt que les *uses* « parfaits » ou d'autres catégories d'intérêt sur la propriété (selon la notion du droit anglais<sup>48</sup>), est devenu prédominant. Le moteur de ce processus de changement – observable en particulier pendant les XVII<sup>e</sup>, XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles (surtout à partir de la moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, avec la Révolution industrielle) – a été une modification fondamentale dans la forme de possession de la richesse, qui a passé de la détention de la terre à la production industrielle et aux activités commerciales et financières. Ainsi, il est devenu possible pour les familles riches de participer à ces nouvelles formes d'entreprise, à travers des investissements de capital en actions, obligations, hypothèques et d'autres instruments négociables dans le marché financier<sup>49</sup>.

Dans ce contexte, l'utilisation du *trust* découle directement de la portée de deux des trois exceptions au *Statute of Uses* mentionnées ci-dessus. D'abord, le *Statute* ne concernait que les droits de propriété sur la terre; il n'était pas applicable aux cas de disposition de la propriété personnelle, dont font partie la plupart des catégories de capitaux d'investissement. En outre, le *Statute* n'était pas applicable aux *uses* actifs, puisque « le perfectionnement » des *uses* dans le terme du *Statute*, avec la conséquente exclusion des *trustees*, était incompatible avec les fonctions exigées de ces derniers dans les *uses* actifs. Or, la possession des capitaux d'investissement impliquait évidemment des actes d'administration (étant donné qu'il fallait choisir les investissements, les surveiller, ainsi que décider du bon moment pour les vendre) et, par conséquent, tombait dans la catégorie des *uses* actifs<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Moffat, *supra* note 9 aux pp. 29-30.

<sup>47</sup> *Ibid.* aux pp. 30-31.

<sup>48</sup> Voir Waters, « The Institution of the Trust in Civil and Common law », *supra* note 15 en ce qui concerne la notion de propriété dans le droit anglais.

<sup>49</sup> Voir Mayo Adams Shattuck, « The Development of the Prudent Man Rule for Fiduciary Investment in the United States in the Twentieth Century » (1951) 12 Ohio St. L.J. 491 aux pp. 491-492, tel que cité dans Moffat, *supra* note 9 (l'apparition des *trusts* liés aux capitaux d'investissement a été décrite comme suit : « *to be sure, a hundred or more years before the time of Victoria's death trusteeship had passed, somewhat nervously, from the concept of safe conduct of a specific 'res' into the concept of a stated set of values. During the transition the duty of the English trustee had transformed itself from the relatively restricted obligations related to care, custody and operation of family agricultural real state and its appurtenances to the much more intricate task of trading in commercial and financial markets and to the attempted maintenance, through the life of a trust, of value which had been stated to exist at the time of the opening inventory* » à la p. 32).

<sup>50</sup> *Ibid.* à la p. 32.

Ainsi, avec la prédominance des *trusts* (c'est-à-dire, les *uses* « non parfaits », considérés en dehors de la portée du *Statute of Uses*), dont l'effectivité était assurée par l'*equity*, les *trustees* ont dû assumer des responsabilités administratives croissantes, ce qui a conduit au développement d'un nouvel ensemble de règles et de principes juridiques.

## 2. LE DROIT DES TRUSTS

L'apparition des *trusts* liés aux capitaux d'investissements a influencé l'évolution de la jurisprudence de la Cour de la chancellerie<sup>51</sup>, ainsi que l'adoption de nouveaux *statutes* par le Parlement anglais, en donnant lieu à un droit des *trusts* qui se développe jusqu'à nos jours.

Par exemple<sup>52</sup>, la responsabilité qui découle du placement d'investissements a mené la chancellerie à développer des directives d'investissement pour guider les actions menées par les *trustees*. En outre, la chancellerie a adopté des règles concernant la délégation de pouvoir des *trustees* vers des courtiers ou d'autres agents professionnels et, postérieurement, des règles et principes de base concernant la fonction de *trustee* professionnel<sup>53</sup>. De même, les cours ont dû prendre en compte le fait qu'en exerçant leurs pouvoirs d'administration des biens du *trust*, les *trustees* risquaient de causer des dommages importants, que ce soit par négligence ou par incompetence. De ce fait, la chancellerie a développé une doctrine selon laquelle les *trustees* doivent être contraints, à l'initiative des bénéficiaires, de reconstituer toutes les pertes encourues par le *trust* dans le cas où ils aient échoué à conduire les affaires du *trust* « avec la même compétence et diligence qu'un homme d'affaires ordinaire conduirait ses propres négociations »<sup>54</sup>. Pareillement, la chancellerie a établi un modèle de bonne foi, selon lequel les *trustees* devaient agir de façon désintéressée<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Il faut souligner que, depuis 1875, l'administration des deux systèmes – *common law* et *equity* – a été unifiée, de sorte que toutes les juridictions puissent rendre justice selon les règles provenant des deux systèmes. Cela s'explique du fait que la coexistence de deux systèmes différents, chacun au sein d'une juridiction indépendante, a fini par entraîner des retards dans les décisions et de la confusion pour les plaideurs. De ce fait, il y a eu l'adoption en 1873 et 1875 des *Judicature Acts* (*Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.-U.), 36 & 37 Vict., c. 66; *Supreme Court of Judicature Act, 1875* (R.-U.), 38 & 39 Vict., c. 77) qui ont réformé la structure du système judiciaire anglais. Ces règlements ont supprimé les cours précédentes et ont créé une cour suprême (*Supreme Court of Judicature*), dotée de cinq divisions (aujourd'hui il n'en reste que trois : *Chancery*, *Queen's Bench* et *Family Divisions*). Voir Moffat, *supra* note 9 aux pp. 47-48. Néanmoins, le dualisme demeure présent dans le droit anglais, qui continue à combiner des règles provenant des deux systèmes, comme dans le cas du *trust*, construit progressivement dans les deux sphères du pouvoir judiciaire. Voir Chalhub, *Trust: transmissão da propriedade*, *supra* note 17 aux pp. 23, 109.

<sup>52</sup> Exemples tirés de Moffat, *supra* note 9 aux pp. 33 et s.

<sup>53</sup> Il faut souligner que l'institution du *trust* s'est développée amplement aux États-Unis, notamment après l'apparition des *trustees* professionnels, rémunérés pour leur travail (*professional and corporate trustees*). Voir Wald, *supra* note 32 à la p. 99.

<sup>54</sup> Voir *Knox v. McKinnon* (1888), 13 App. Cas. 753 à la p. 768, tel que cité dans Wood, *supra* note 3 (le *trustee* est censé agir avec diligence, dans le meilleur intérêt des bénéficiaires, de bonne foi et ne doit pas permettre que ses intérêts personnels entrent en conflit avec son devoir. L'exposition classique de ce devoir de diligence en Angleterre a été faite par Lord Macnaghten : « a trustee is required to bring

Les apports au droit des *trusts* mentionnés ci-dessus sont le résultat de l'évolution de la jurisprudence, mais le Parlement a également apporté sa contribution. En effet, le premier règlement général des *trusts* a été le *Trustee Act*<sup>56</sup> de 1850, qui concernait notamment les aspects techniques du transfert de la propriété détenue par les *trustees*. Plus tard, les règlements de 1859, 1860, 1888 et 1889 ont imposé des normes sur les investissements effectués par les *trustees*. En 1881, le *Conveyancing and Law of Property Act*<sup>57</sup> a fixé des normes concernant la désignation et la destitution des *trustees*, ainsi que la nature de certains de leurs pouvoirs. Les règlements adoptés en 1888 et 1896 ont établi des normes accordant des mesures de protection aux bénéficiaires contre les *trustees* ou d'autres bénéficiaires. La fonction de *trustee* public a été créée par le *Public Trustee Act*<sup>58</sup> de 1906. Dès l'adoption du *Trustee Act*<sup>59</sup> de 1925 (qui a remplacé une loi préalable, datée de 1893), les *statutes* déterminent de plus en plus la teneur du droit des *trusts*<sup>60</sup>.

Cette constante évolution du droit des *trusts* nous permet de constater que, même après la suppression des restrictions féodales à la transmission de la propriété, l'institution du *trust* a gardé son utilité dans le monde juridique et est devenue l'un des plus efficaces instruments pour la gestion de biens, de patrimoine et, notamment, d'actifs financiers. Cependant, le *trust*, dont le concept original reposait sur la confiance du propriétaire en celui qui recevait les biens<sup>61</sup>, ne doit pas son succès à l'aspect moral, mais plutôt à ses traits caractéristiques. C'est grâce à ceux-ci que le *trust* est devenu un mécanisme utilisé par les juristes dans différents buts, notamment dans le domaine des transactions concernant la propriété.

### C. Les caractéristiques du *trust*

Le *trust* est un concept qui s'est développé empiriquement et qui ne se prête pas aux définitions. En fait, même les juristes anglo-saxons éprouvent des difficultés à

---

*to the management of trust affairs the same care and diligence which a man of ordinary prudence may be expected to use in his own concerns* » à la p. 222).

<sup>55</sup> Cela s'explique du fait que le *trustee* est le titulaire d'une obligation fiduciaire. Selon Paul D. Finn, l'obligation fiduciaire présente deux caractéristiques de base. D'abord, le titulaire d'une telle obligation ne doit pas utiliser sa position pour obtenir des avantages pour soi-même ou pour des tiers. De plus, il ne doit pas avoir des intérêts personnels ou des engagements avec des tiers qui soient inconsistants avec la nature de son obligation. Dans ses mots, « *no profit, no conflict* ». Voir Paul D. Finn, «The Fiduciary Principle» dans Timothy G. Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, Toronto, Carswell, 1989, 1 à la p. 27.

<sup>56</sup> (R.-U.) 13 & 14 Vict., c. 60.

<sup>57</sup> (R.-U.) 44 & 45 Vict., c. 41.

<sup>58</sup> (R.-U.) 6 Edw. VII, c. 55.

<sup>59</sup> (R.-U.) 15 Geo. V, c. 19.

<sup>60</sup> Moffat, *supra* note 9 aux pp. 35-36. Parmi les statuts le plus récents, voir par ex. *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996* (R.-U.), 1996, c. 47; *Trustee Delegation Act 1999* (R.-U.), 1999, c. 15; *Trustee Act 2000* (R.-U.), 2000, c. 29. Voir aussi Riddall, *supra* note 5 à la p. v.

<sup>61</sup> Voir Moffat, *supra* note 9 à la p. 1 (d'après l'auteur, un *trust*, selon le droit anglais, est la traduction dans la langue juridique du sens ordinaire du mot « confiance » – « *trust* », en anglais. Son point de départ conceptuel est justement la confiance envers un tiers. Cette confiance donne lieu à des engagements moraux dont l'effectivité a fini par être assurée par les tribunaux et par la législation).

le définir, ainsi qu'à déterminer sa nature juridique<sup>62</sup>. D'ailleurs, afin de cerner un tel concept, il semble nécessaire de définir ses caractéristiques principales, qui se révèlent dans la mesure où le *trust* promet une sorte de prolongement de la propriété, en permettant une gestion efficace des biens qui lui sont affectés.

## 1. LE PROLONGEMENT DE LA PROPRIÉTÉ

Le *trust* donne lieu à un démembrement du droit de propriété, créant un *legal estate*, dont le titulaire est le *trustee*, et un *equitable estate*, dont le titulaire est le bénéficiaire (ou potentiellement plusieurs bénéficiaires). Cela amène à un prolongement de la nature et de l'éventail des propriétaires des biens du *trust*. Avec l'apparition des *trust funds*, ce qui peut faire l'objet de la propriété du *trust* a aussi été élargie<sup>63</sup>.

### a) Les propriétaires des biens du trust

D'abord, il faut prendre en considération que le mot *trust* est un nom collectif qui décrit un arbre de famille comprenant différentes conceptions du *trust*, chacune à son propre stade de développement. Dans la plupart des cas, le *trust* provient d'un acte ou d'une déclaration consciente d'un individu (*inter vivos* ou par testament) et reçoit le nom de *trust express* (*express trust*). Dans le cas où le *trust* ne provient pas d'un tel acte ou déclaration, il doit son existence aux règles juridiques provenant de la loi ou des tribunaux, qui imposent des *trusts* aux personnes (des individus ou des sociétés), en leur octroyant la fonction de *trustee*. Là où il y a absence d'un constituant et imposition du *trust*, ce dernier reçoit le nom de *imputed trust*<sup>64</sup>.

Le *trust express* (celui qui nous intéresse davantage) permet le transfert de la propriété de biens en faveur d'un *trustee*, pour une certaine durée, sous certaines

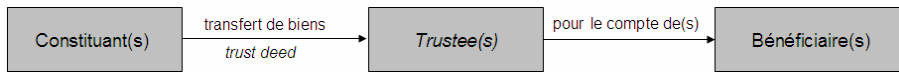
---

<sup>62</sup> Voir Waters, *supra* note 15 (selon l'auteur, les définitions de *trust* n'ont qu'une importance secondaire, puisqu'elles cherchent simplement à résumer l'effet des diverses règles qui donnent naissance audit concept. Néanmoins, d'après l'auteur, la définition de *trust* la plus consensuelle en Angleterre est celle formulée par le Professeur Keeton : « *all that can be said of a trust, therefore, is that it is the relationship which arises whenever a person called the trustee is compelled in equity to hold property, whether personal or real, and whether by legal or equitable title, for the benefit of some persons (of whom he maybe one, and who are termed beneficiaries) or some object permitted by law, in such a way that the real benefit of the property accrues, not to the trustees, but to the beneficiaries or other objects of the trust* » à la p. 125).

<sup>63</sup> Voir Roger Cotterrell, « Power, Property and the Law of Trusts : A Partial Agenda for Critical Legal Scholarship » (1987) 14 J.L. & Soc'y 77 aux pp. 83-88, tel que cité dans Moffat, *supra* note 9 (selon Roger Cotterrell : « *what is made possible is an extension of... the nature and range of those who own and also of what can be owned* » aux pp. 43 et s.).

<sup>64</sup> Graham Moffat classe les *imputed trusts* dans les catégories suivantes : *statutory, implied, resulting et constructive trusts*. Cependant, l'auteur avertit qu'il n'y a aucune classification unanimement admise des types de *trusts*. Voir Moffat, *supra* note 9 aux pp. 17 et s.

conditions, pour que tel patrimoine soit géré au profit d'un bénéficiaire. Ce transfert est normalement formalisé dans l'acte constitutif du *trust*, le *trust deed*<sup>65</sup>.



**Figure 1 - La relation juridique créée par le *trust***

La relation juridique créée par le *trust* (Figure 1) est tripartite : l'une des parties est son créateur ou constituant, nommé *settlor* ou *grantor*; l'autre partie est le dépositaire de la confiance, celui qui reçoit le titre juridique de la propriété, nommé *trustee*; et la troisième partie est celle qui bénéficie du *trust*, nommée *cetui que trust* ou *beneficiary*<sup>66</sup>. Ces trois parties ne jouent pas forcément des rôles distincts. D'une part, il est possible qu'une personne combine plus d'un rôle (par exemple, le rôle de constituant et de *trustee*, le rôle de *trustee* et de bénéficiaire ou même le rôle de constituant et de bénéficiaire)<sup>67</sup>. D'autre part, l'on peut aussi envisager des situations où plusieurs personnes jouent un même rôle, permettant qu'un *trust* ait un nombre indéterminé de bénéficiaires ou de constituants. La même logique s'applique aux *trustees*, sauf pour certaines considérations pratiques et règles juridiques qui déterminent que pour certains cas, le nombre de *trustees* ne doit pas dépasser quatre<sup>68</sup>.

Normalement, le *trust* peut être constitué au bénéfice d'une ou plusieurs personnes, les bénéfices perçus par ces derniers prenant la forme d'avantages en nature (par exemple, l'occupation de la terre) ou en argent (comme les dividendes d'actions). Cependant, il est aussi possible que les biens du *trust* ne soient pas administrés pour le compte de personnes, mais visent plutôt l'accomplissement de fins caritatives (définies et gouvernées par des lois spéciales<sup>69</sup>), donnant lieu aux *trusts* caritatifs (*charitable trusts*)<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> *Lexique du droit des fiducies*, supra note 8 à la p. 28, s.v. « acte de fiducie ». Le *trust deed* est l'expression écrite du *trust*. Ce document peut prendre deux formes distinctes : un contrat qui est signé par le constituant et le *trustee* (le *trust settlement*) ou une déclaration (*declaration of trust*) qui est uniquement signée par le *trustee*. Parfois, le *trust deed* est accompagné de la *letter of wishes* dont le but est de fournir une ligne de conduite aux *trustees* dans l'exercice de leurs pouvoirs. Voir Florence Wehrli, *Trusts : typologie et études de cas pratiques*, travail de diplôme, Haute école de gestion de Neuchâtel, 2003, aux pp. 5-6 [non publié].

<sup>66</sup> Chalhub, *Trust: transmissão da propriedade*, supra note 17 à la p. 89.

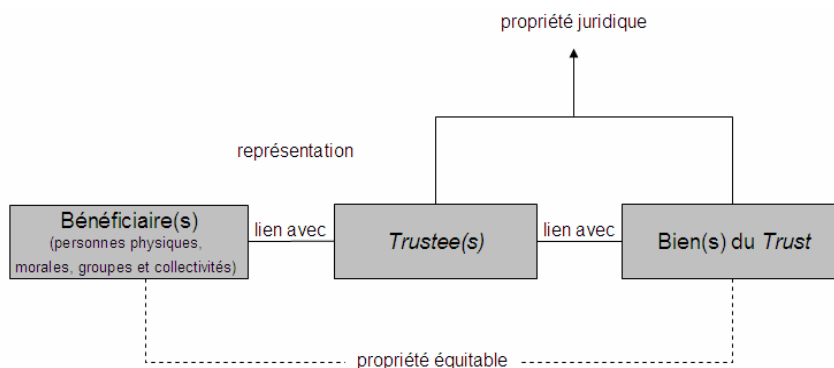
<sup>67</sup> Cependant, la loi interdit le cas où une personne est le seul *trustee* d'une propriété et l'administre pour le compte d'elle-même. Voir Moffat, supra note 9 à la p. 3.

<sup>68</sup> *Ibid.* à la p. 3.

<sup>69</sup> Le premier et le plus important statut a été le *Charitable Uses Act, 1601* (R.-U.), 43 Eliz. I, c.4. Les statuts les plus récents incluent : *Charities Act, 1960* (R.-U.), 8 & 9 Eliz. II, c. 58; *Charities Act 1992* (R.-U.), 1992, c. 41; *Charities Act 1993* (R.-U.), 1993, c. 10 (ce dernier a consolidé les deux derniers). Le Statut actuellement en vigueur est le *Charities Act 2006* (R.-U.), 2006, c. 50. Voir Riddall, supra note 5 aux pp. 113 et s.

<sup>70</sup> Les fins caritatives peuvent être classées en quatre catégories (selon une classification amplement admise, formulée par Lord Macnaghten) : le soulagement de la pauvreté, l'avancement de l'éducation,

D'ailleurs, nous pouvons constater que le *trust* permet la coexistence de propriétaires explicitement reconnus en tant que tels par la loi, c'est-à-dire, les *trustees*, avec différentes sortes de bénéficiaires : les bénéficiaires individuels (comme les personnes physiques ou morales), les groupes de bénéficiaires (par exemple, des familles censées jouir de la propriété conjointement ou des chaînes d'héritiers de générations successives, chacun succédant au prédécesseur)<sup>71</sup>, ou bien les collectivités, à travers le transfert du titre juridique de la propriété à un nombre convenablement plus petit de *trustees*, qui le détiendront pour le compte d'une gamme indéfinie de bénéficiaires (par exemple, des membres d'associations, organisations et groupes de toutes sortes, ainsi que les destinataires des actions caritatives). Cette gamme de bénéficiaires, dont les droits sont assurés par l'*equity*, partage le pouvoir associé à la propriété, même si ceux-ci, au regard de la loi, ne sont pas considérés comme de véritables titulaires juridiques<sup>72</sup>, tel qu'illustré ci-dessous à la Figure 2.



**Figure 2 - Le prolongement de la notion de « propriétaire » dans le trust**

Alors, si l'on prend en compte la notion de propriété issue du sens commun, c'est-à-dire lorsqu'une personne possède une chose (ou selon Roger

---

l'avancement de la religion, ainsi que d'autres fins d'intérêt public bénéficiant à la société. Comme nous verrons plus loin, la Commission anglaise de charité a reconnu la conservation de l'environnement comme une fin caritative. Voir Riddal, *ibid.* aux pp. 120, 135.

<sup>71</sup> Waters, *supra* note 15 à la p. 132.

<sup>72</sup> Voir Cotterrell, *supra* note 63, tel que cité dans Moffat, *supra* note 9 (Roger Cotterrell, en tant que sociologue juridique, considère que la principale contribution du concept de *trust* a été d'aider à masquer l'ampleur de l'inégalité dans la société. Cela s'explique par le fait que le *trust* sert à obscurcir le lien entre la propriété privée – une importante source de pouvoir – et ses véritables propriétaires finaux (les bénéficiaires et non les *trustees*). En outre, l'obligation fiduciaire des *trustees* nous amène à concevoir les bénéficiaires non comme des propriétaires, mais comme des personnes méritant la protection morale et juridique. Dans les mots de l'auteur : « *the trust-form, concentrating and guaranteeing property-power, not only fails to impose moral obligations on the powerful, but actually encourages us to think of moral obligations owed to them because of their beneficial entitlements* » à la p. 45).



Cotterrell, « *a person owning a thing* »<sup>73</sup>), nous pouvons constater que les limitations imposées à la nature et à l'éventail des titulaires de la propriété ont été surmontées dans le contexte du *trust*. Cela est attribuable au démembrement du droit de propriété engendré par le *trust* lorsque celui-ci donne lieu à deux catégories de propriétaires, les *trustees* et les bénéficiaires, ces derniers pouvant être des personnes physiques et morales bien identifiables, mais aussi des groupes et des collectivités indéfinies, comme des chaînes d'héritiers pas encore nés, des membres d'associations visant différents buts ou bien les bénéficiaires des actions de bienfaisance.

De façon analogue, le *trust* a permis de repousser les limites imposées à la notion d'objet de la propriété.

b) *L'objet de la propriété du trust*

En règle générale, la propriété du *trust* peut concerner n'importe quel type d'*estate* ou d'intérêt reconnu par le droit de propriété<sup>74</sup>, comme la propriété des biens meubles, la propriété terrienne et même la propriété intangible (par exemple, les droits d'auteurs)<sup>75</sup>.

Cependant, l'originalité du *trust* a permis la création d'objets de propriété à valeur abstraite (« *clusters of value* ») sous la forme de fonds destinés à être investis de façon diversifiée afin de préserver et de faire augmenter leur valeur. Ainsi, les *trust funds* représentent l'incorporation d'une valeur abstraite, un « *cluster of value* », plutôt qu'un ensemble de biens tangibles et déterminables. De ce fait, à l'exception de certains cas – notamment les *trusts* de famille, où ce qui est assuré aux bénéficiaires est justement la garantie d'utilisation ou de conservation de biens spécifiques – ce qui fait véritablement l'objet de la propriété du *trust* n'est pas les biens qui lui sont affectés dans un moment donné, mais plutôt la valeur abstraite associée à ces biens<sup>76</sup>.

Dans ce contexte, il appartient aux *trustees* de gérer les biens du *trust* en « bon père de famille », conformément à la loi et au *trust deed*, dans le but d'en préserver leur valeur et si possible, de l'augmenter. Pour cela, en tant que propriétaires, les *trustees* sont dotés du pouvoir de disposition des biens du *trust*<sup>77</sup>. De ce fait, dans la mesure où la propriété du *trust* est convertie (par exemple, la terre est vendue ou l'argent est investi dans le marché financier), la nouvelle propriété ainsi acquise est détenue par les *trustees* et affectée au *trust*. Autrement dit, un principe de subrogation réelle ou personnelle est applicable, de sorte que les sommes ou les biens

<sup>73</sup> Moffat, *supra* note 9 à la p. 43.

<sup>74</sup> Voir Waters, « The Institution of the Trust in Civil and Common law », *supra* note 15 en ce qui concerne la notion de propriété dans le droit anglais.

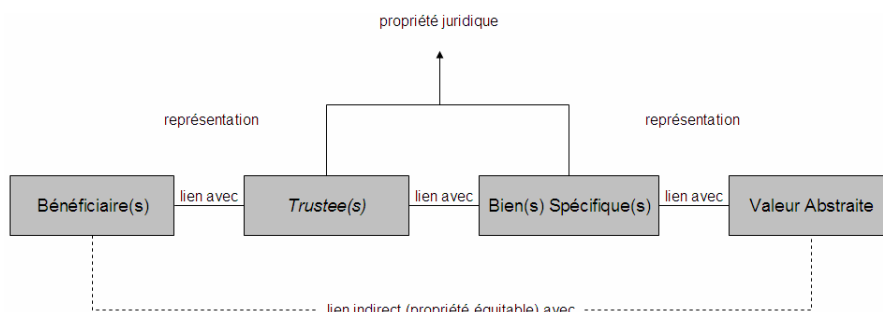
<sup>75</sup> Moffat, *supra* note 9 à la p. 3.

<sup>76</sup> Voir Cotterrell, *supra* note 63, tel que cité dans Moffat, *supra* note 9 aux pp. 43 et s.

<sup>77</sup> Voir Melhim Namem Chalhub, « A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro » (1998) 1:2 *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 113 [Chalhub, « Fidúcia »] (comme l'a souligné le Professeur Chalhub : « grâce au titre juridique sur les biens du *trust*, attribué au *trustee* comme résultat du transfert de la propriété, sa fonction d'administrateur peut être accomplie avec agilité, célérité et efficacité, ce qui ne serait pas possible dans le cas où il ne serait investi que des pouvoirs de mandataire, par exemple [Notre traduction] » à la p. 118).

reçus par les *trustees* en contrepartie aux biens du *trust* sont subrogés et intègrent le patrimoine du *trust*<sup>78</sup>.

Alors, en ayant toujours en tête la notion de propriété issue du sens commun, nous pouvons constater que les limitations imposées à la nature de l'objet de la propriété (notamment qu'il doit être une « chose » clairement identifiable et non une valeur abstraite) ont aussi été surmontées dans le contexte du *trust*. Le prolongement de la notion de l'objet de propriété dans le cadre du *trust* est illustré ci-dessous à la Figure 3.



**Figure 3 - Le prolongement de la notion « d'objet de propriété » dans le *trust*<sup>79</sup>**

Alors, nous pouvons constater qu'à part le prolongement de la nature et de l'éventail des propriétaires, le *trust* met aussi en jeu un prolongement de l'objet de la propriété. Cet objet, en fait, n'est pas l'ensemble de biens intégrant le *trust fund* dans un moment donné, mais plutôt la valeur abstraite associée à ces biens, les *trustees* étant chargés d'en préserver et, éventuellement, d'augmenter cette valeur au profit des bénéficiaires. Ce double prolongement favorise la gestion de la propriété, faisant ressortir d'autres caractéristiques importantes de l'institution du *trust*.

## 2. LA GESTION DE LA PROPRIETE

Le *trust* est devenu un important outil de gestion de la propriété grâce à une conjugaison efficace des traits de flexibilité et de sécurité, en rendant possible, d'une part, l'optimisation de l'exploitation du potentiel économique des biens et, d'autre part, l'établissement de mécanismes efficaces pour la responsabilisation des *trustees* et la protection des droits des bénéficiaires<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> David, *supra* note 4 à la p. 317.

<sup>79</sup> Schéma original tiré de l'ouvrage de Cotterrell, *supra* note 63, reproduit dans Moffat, *supra* note 9 à la p. 44 [Notre traduction].

<sup>80</sup> Wald, *supra* note 32 aux pp. 105 et s.

a) *Une gestion flexible*

À travers la constitution d'un *trust*, le constituant peut avoir toute une gamme de résultats différents en jouant avec trois aspects de la propriété : le titre juridique, le droit de contrôle et les bénéfices<sup>81</sup>. Cela s'explique du fait que ces trois éléments peuvent être séparés les uns des autres et disposés selon les intérêts du constituant.

En ce qui concerne le titre juridique, il est important de souligner qu'une fois que le constituant a transféré ses biens au *trust*, il n'en est plus le propriétaire. D'abord, cela est attribuable au fait que la relation juridique entre le constituant et le *trustee* dépasse de loin celle entre le mandant et le mandataire et entraîne le transfert du droit de propriété<sup>82</sup>. De plus, cela est également dû au caractère normalement irrévocable de ce transfert. Cependant, le constituant peut se réserver la faculté de révoquer le *trust* (*power of revocation*), ce qui l'autorise à mettre un terme ou à modifier le *trust* en tous temps ou selon les termes définis par le *trust deed*<sup>83</sup>. De ce fait, il appartient au constituant de déterminer, dans le *trust deed*, le degré de contrôle qu'il veut garder sur les biens transférés au *trustee*.

Autrement dit, les aspects afférents au contrôle et à l'administration de la propriété du *trust* peuvent être intégralement ou partiellement écartés du droit de bénéficiaire, étant réservés au constituant du *trust* ou conférés par celui-ci au *trustee*<sup>84</sup>. Cela signifie que différents degrés d'autonomie peuvent être assignés au *trustee*, selon les termes de chaque *trust deed*. Toutefois, dans certaines circonstances, le *trustee* peut même avoir le pouvoir discrétionnaire de décider comment, quand et quel montant du capital ou des revenus sera distribué aux bénéficiaires. Également, il peut être libre de choisir les moyens pour mieux administrer les biens du *trust*, n'étant pas obligé de suivre les instructions du constituant ou des bénéficiaires.

La flexibilité du *trust* se révèle aussi dans la distribution des bénéfices, ces derniers pouvant être distribués parmi plusieurs bénéficiaires de façon différenciée, à travers l'adoption de schémas de distribution sophistiqués. Par exemple, dans les cas où les biens du *trust* apportent des revenus – tels que des loyers, des redevances ou des dividendes – le droit aux revenus peut être assigné séparément du droit au capital. Ainsi, le revenu peut être distribué, au moment où il est généré, à un ou plusieurs bénéficiaires, alors que d'autres bénéficiaires auront droit au remboursement du capital dans un moment déterminé. Il est aussi possible de distribuer une partie des revenus aux bénéficiaires, en laissant le restant s'accumuler et intégrer le capital, pour être distribué ultérieurement. Éventuellement, la distribution des bénéfices peut être mise en suspens selon les instructions du constituant du *trust* ou, le cas échéant, du *trustee*.

<sup>81</sup> Moffat, *supra* note 9 à la p. 4.

<sup>82</sup> Voir Melhim Namem Chalhub, « A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro », *supra* note 77.

<sup>83</sup> Wehrl, *supra* note 65 à la p. 9.

<sup>84</sup> Moffat, *supra* note 9 à la p. 5.

Ainsi, nous pouvons affirmer que la combinaison de différents niveaux des trois éléments que nous venons de mentionner – le titre juridique, le droit de contrôle et les bénéficiaires – donne lieu à une pluralité de résultats possibles, en octroyant une énorme flexibilité à la gestion de la propriété du *trust*. Cependant, malgré l'avantage de la flexibilité, force est de constater que nul n'accepterait de placer ses biens ou d'importantes sommes d'argent entre les mains d'un tiers (le *trustee*) sans être certain que son patrimoine sera à l'abri de risques et administré dans l'intérêt des bénéficiaires selon les termes du *trust deed*. Cela signifie que la sécurité est un facteur déterminant pour la viabilité du *trust*, la gestion sûre de la propriété transmise au *trustee* étant, donc, l'une de ses plus importantes caractéristiques.

#### b) Une gestion sûre

Comme nous l'avons vu auparavant, l'effectivité des droits et obligations créés par le *trust* est assurée par les remèdes de l'*equity*<sup>85</sup> et, autant que possible, par un corps de règles juridiques. Ainsi, en Angleterre, dans les secteurs où le *trust* est employé davantage, il reçoit une protection juridique plus forte et effective que celle octroyée aux institutions concurrentes, comme les contrats, la représentation personnelle (*personal representation*) et les sociétés à responsabilité limitée<sup>86</sup>.

Cependant, la sécurité procurée par le *trust* découle surtout d'une caractéristique intrinsèque très remarquable : le caractère séparé du *trust fund*, qui lui permet d'être hors de la portée des créanciers personnels du *trustee*<sup>87</sup>. Ainsi, bien que le *trustee* soit le détenteur du titre juridique des biens du *trust*, ces biens ne font pas pour autant partie de son patrimoine privé, ne pouvant pas être revendiqués par ses créanciers personnels. En fait, le fait que la propriété du *trust* soit considérée par la loi comme étant distincte de la propriété personnelle du *trustee* constitue un axiome du système de common law; l'insolvabilité ou la faillite personnelle de ce dernier n'autorisant aucun de ses créanciers à saisir la propriété du *trust*<sup>88</sup>. Par conséquent, en cas de faillite du *trustee*, les bénéficiaires peuvent obtenir l'exclusion des biens du *trust* de la masse, en les plaçant hors de la portée du *trustee* et à l'abri de ses créanciers personnels<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Voir aussi Horacio A. Grigera Naón, « Legal Aspects of International Project Financing: the Case of Oil and Gas Business in Argentina » dans Norbert Horn, dir., *The Law of International Trade Finance*, vol. 6, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, 361 (selon cet auteur, « *the beneficiary has a number of remedies in equity (specific performance, surcharge, accounting etc.) against the trustee if the latter does not perform properly* » à la p. 386); Wehrli, *supra* note 65 (de même, dans les mots de Florence Wehrli : « le *trust* bénéficie d'un degré plus élevé d'autonomie et de protection du domaine privé que d'autres véhicules juridiques » à la p. 3).

<sup>86</sup> Moffat, *supra* note 9 à la p. 4.

<sup>87</sup> Waters, *supra* note 15 à la p. 128. Il faut toutefois considérer que le constituant ne peut pas créer valablement un *trust* dans le seul but de léser ses créanciers.

<sup>88</sup> *Ibid.* à la p. 127.

<sup>89</sup> Voir Naon, *supra* note 85 (« *in case of bankruptcy of the trustee, the beneficiary can obtain the exclusion of the subject-matter of the trust from the bankruptcy proceedings and thereby from the powers of the trustee in bankruptcy and the attacks of fiduciary's creditors* » à la p. 386).

En outre, les bénéficiaires ont le droit de récupérer les biens du *trust* placés entre les mains d'un *trustee* frauduleux ou d'un tiers qui a obtenu la propriété desdits biens à tort. Pour que les bénéficiaires arrivent à récupérer les biens irrégulièrement transférés à un tiers, il faut qu'ils prouvent que ce dernier n'a payé aucune somme au *trustee* (c'est-à-dire, en cas de transfert de biens à titre gratuit), ou bien que le tiers connaissait l'existence du *trust* au moment du transfert de la propriété. Le seul tiers qui se trouve hors de la portée des bénéficiaires est celui qui a payé la valeur réelle des biens et ignorait l'existence du *trust*<sup>90</sup>.

D'ailleurs, nous pouvons affirmer que le *trust* rend possible une gestion sûre des droits patrimoniaux, à travers la formation d'une sorte de patrimoine d'affectation<sup>91</sup>, mis à l'abri d'éventuelles vicissitudes touchant le patrimoine du *trustee*<sup>92</sup>. La séparation patrimoniale entraînée par le *trust* sert comme moyen de délimiter les risques, en promouvant la protection des bénéficiaires et la sécurité de la relation juridique<sup>93</sup>. Grâce à cette caractéristique, ainsi qu'à celles mentionnées auparavant, le *trust* peut être utilisé de différentes façons dans plusieurs secteurs de l'activité économique.

## II. L'utilisation du trust

« Le *trust* est l'ange gardien de l'anglo-saxon, l'accompagnant partout impassiblement, du berceau jusqu'au tombeau »<sup>94</sup>. Par le biais de cette phrase, Pierre Lepaulle rend compte de l'importance de l'institution du *trust* dans le droit interne des pays de common law. C'est grâce à son extraordinaire utilité que le *trust* a franchi les frontières vers les pays à traditions juridiques distinctes, ayant même pénétré dans le domaine du droit international.

### A. En droit interne

Dans les pays de *common law*, le *trust* est un moyen important d'assurer la gestion patrimoniale et un instrument privilégié pour des planifications fiscales, successorales et commerciales, ainsi que pour la promotion d'actions sociales et caritatives. Cela a influencé les juristes de différentes traditions à élaborer des projets visant à adapter et intégrer ladite institution à leurs ordres juridiques<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> Waters, *supra* note 15 aux pp. 127, 133, 428.

<sup>91</sup> Voir la théorie du patrimoine d'affectation au texte correspondant à la note 142.

<sup>92</sup> Chalhub, « Fidúcia », *supra* note 77 à la p. 6.

<sup>93</sup> Wald, *supra* note 32 aux pp. 105 et s.

<sup>94</sup> Pierre Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932 aux pp. 113-114. Voir aussi Frederic William Maitland, *Selected Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936 (dans le même sens, celui-ci a écrit : « si on nous demandait quelle est la plus grande et la plus distinctive réalisation accomplie par les Anglais dans le domaine de la doctrine, je ne pense pas que nous devrions avoir de meilleure réponse à donner que celle-là, à savoir le développement au fil des siècles de l'idée de *trust* » à la p. 129).

<sup>95</sup> Voir Chalhub, « Fidúcia », *supra* note 77 (comme l'observe le Professeur Chalhub : « l'extraordinaire utilité du *trust* comme élément propulseur des activités économiques les plus variées, notamment sur le

1. DANS LES PAYS DE *COMMON LAW*

Le *trust* peut mettre en jeu différents domaines de droit, comme ceux concernant les biens, les successions, les contrats, le commerce, la fiscalité, les activités caritatives et d'intérêt public. Dans le cadre de ces dernières, nous mettons l'accent sur la protection de l'environnement.

a) *Dans des domaines divers*

« Si l'on demande à quoi sert le *trust* on peut presque répondre: à tout »<sup>96</sup>. Pour n'en nommer que quelques exemples, le *trust* sert à la protection des incapables et des prodigues; à la protection des intérêts des créanciers (*debenture trusts*); pour combiner les intérêts des votes des actionnaires (*voting trusts*); pour attirer des investissements (*unit trusts*); pour alléger les impositions (*estate trusts*); pour financer des projets (*project finance trusts*); pour permettre l'émission publique d'actions ou garantir le paiement de dettes (*trust indentures*); pour assurer la retraite des employés d'une société (*pension trusts*) ou pour éviter des conflits d'intérêts à travers le transfert de certains biens à un tiers (*blind trusts*)<sup>97</sup>.

Ce bref aperçu nous permet de constater l'étendue de la versatilité du *trust* et l'importance de cette institution dans plusieurs contextes sociaux<sup>98</sup>. En premier lieu,

---

plan international, depuis longtemps encourage les académiciens et législateurs des pays de tradition législative romaine à faire des études visant à adapter telle institution à ces systèmes [Notre traduction] » à la p. 5).

<sup>96</sup> Lepaulle, *supra* note 94 à la p. 12. Voir aussi George L. Gretton, « Trusts without equity » (2000) 49 I.C.L.Q. 599 (dans le même sens, celui-ci affirme : « *the trust is functionally protean. Trusts are quasi-entails, quasi-usufructs, quasi-wills, quasi-corporations, quasi-security over assets, schemes for collective investment, vehicles for the administration of bankruptcy, vehicles for bond issues, and so on and so forth* » à la p. 599). L'auteur ajoute que les *trusts* ne sont pas confinés au droit privé, pouvant exister dans le droit public et même avoir un pied sur chaque côté de la frontière public/privé.

<sup>97</sup> Mise à part l'utilité pratique du *trust*, Austin W. Scott fait référence à la capacité de cette institution à préparer le terrain pour la réforme du droit de propriété en Angleterre. Selon cet auteur, c'est grâce au développement des *uses* et des *trusts* que le système féodal a été affaibli, que la loi concernant le transfert de biens a été modifiée, que la situation économique des femmes mariées a été améliorée, que les fils plus jeunes ont réussi à participer à la richesse de la famille, que les associations non constituées en sociétés ont trouvé une protection et finalement, que d'importantes sommes d'argent ont été consacrées à des fins caritatives. Même si la plupart de ces réformes dans le droit anglais auraient été achevées par d'autres moyens, il ne faut pas sous-estimer l'importance du *trust*. L'auteur mentionne aussi un autre aspect du *trust* comme agent réformateur du droit. Selon lui, étant donné que le *trust* a souvent été utilisé comme un moyen d'éviter la loi, il ne faut pas négliger les pressions réformatrices de la part des propriétaires qui cherchaient à éviter les impositions (par exemple, les incidents féodaux) ou à échapper aux normes juridiques restrictives à leurs intérêts individuels ou familiaux. Voir Austin W. Scott, « The trust as an Instrument of Law Reform » (1922) 31 Yale L.J. 457 aux pp. 457-458, tel que cité dans Moffat, *supra* note 9 à la p. 42.

<sup>98</sup> Liste non exhaustive d'exemples tirés des ouvrages suivants : Moffat, *supra* note 9 aux pp. 22 et s.; Riddall, *supra* note 5 aux pp. 3 et s.; Wehrli, *supra* note 65 aux pp. 11 et s. Il est important de souligner que nous mentionnons ici les utilisations licites de l'institution du *trust*. Cependant, Florence Wehrli affirme que les *trusts* sont de plus en plus au cœur de schémas frauduleux (par exemple, la lésion des droits des créanciers et le blanchiment d'argent), car ce mécanisme permet de rendre la structure

ce mécanisme joue un rôle important dans le cadre de la conservation de la richesse familiale, étant donné qu'il permet l'agrégation et la gestion du patrimoine au profit des membres d'une famille, ainsi que la transmission de ce patrimoine d'une génération à l'autre. En outre, en cas de dissolution de la vie commune de partenaires non mariés, le *trust* permet une allocation juste de leur patrimoine – sachant qu'en cas de dissolution matrimoniale, le partage du patrimoine est normalement réglé par des statuts spécifiques. Les *trusts* peuvent également être utilisés comme une alternative aux contrats de mariage en vue de sauvegarder le patrimoine personnel des futurs époux.

Dans le domaine des successions, le *trust* permet au constituant de léguer son patrimoine aux personnes de son choix (cela s'explique notamment du fait que les juridictions de common law n'ont pas de restrictions concernant la réserve héréditaire). En outre, le constituant a la possibilité de créer un instrument beaucoup plus flexible qu'un testament, beaucoup plus simple à amender, sans que les coûts liés à l'héritage (impôts, frais de notaires etc.) soient applicables.

Dans le cadre de la planification fiscale, l'avantage principal de l'utilisation d'un *trust* est que les biens appartiennent aux *trustees* et non pas au constituant, n'étant plus source d'impôts pour ce dernier. Cela s'avère très utile dans le cas d'impôts sur les successions, les fortunes, les revenus ou les gains en capital, puisque les *trusts* sont des moyens efficaces pour postposer, alléger et, dans certains cas, même supprimer l'imposition.

Le *trust* sert aussi à la protection du patrimoine du constituant. D'une part, contre les recours de créanciers; normalement dans les cas d'entrepreneurs qui s'engagent dans des affaires à haut risque et des professionnels exerçant des professions où le risque d'actions en dommages et intérêts est élevé. D'autre part, selon le lieu de résidence du constituant, contre des événements politiques tels que les guerres, la dévaluation des cours, l'introduction d'un système étatique de contrôle de cours, les coups d'État etc.

Dans le contexte des activités financières et commerciales, le *trust* sert comme moyen d'investissement collectif<sup>99</sup>, comme dans le cas des fonds de pension de retraite<sup>100</sup> et des organismes de placements collectifs<sup>101</sup>. Le *trust* peut aussi être

---

opaque afin que l'origine des fonds et les bénéficiaires réels ne puissent être découverts. Voir Wehrli, *supra* note 65 à la p. 2.

<sup>99</sup> Les *trusts* d'investissement favorisent l'accroissement de l'épargne volontaire privée, considérée comme l'un des piliers du développement économique, autant comme facteur direct, par l'intermédiaire de placements financiers profitables, que comme facteur indirect, en favorisant la circulation des revenus des entreprises dans les réseaux financiers traditionnels. La diffusion de la richesse mobilière parmi les citoyens reste cependant l'avantage fondamental associé à ce genre de *trust*. Voir Tancredi Bianchi, *L'investment trust*, Milan, Giuffrè, 1963 aux pp. 77 et s.

<sup>100</sup> Les fonds de pension de retraite sous forme de *trust funds* présentent deux avantages principaux. En premier lieu, ils jouissent d'un statut fiscal favorable. En second lieu, le patrimoine du fonds reste écarté du patrimoine de l'employeur, étant administré par une société indépendante, à l'abri des créanciers personnels de ce dernier. Il en est de même pour les fonds des syndicats, dont le patrimoine est souvent placé entre les mains des *trustees*. Voir Riddall, *supra* note 5 aux pp. 3 et s.

<sup>101</sup> Les organismes de placements collectifs ont pour but la gestion collective d'investissement à travers l'achat d'actions de différentes sociétés. Cependant, dans le cas desdits organismes (différemment des

utilisé pour préserver la confidentialité de l'identité du bénéficiaire économique d'une société, dans les opérations de titrisation pour le compte des sociétés et aussi comme outil de gouvernance, étant donné que le droit des *trusts* fournit une base de bonnes pratiques administratives aux cadres, directeurs et actionnaires de sociétés.

Avant de mettre fin à cette énumération non exhaustive, il faut bien mentionner que le *trust* joue un rôle important dans la promotion de buts caritatifs et d'intérêt public dans les domaines de l'éducation, des arts, de la santé, de la religion, ainsi que dans le domaine de la protection environnementale.

b) *Dans le domaine de l'environnement*

La notion de *trust* est employée de deux façons distinctes dans le droit de l'environnement des pays de *common law*. D'abord, en faisant de l'État le *trustee* des ressources naturelles qu'il a le devoir de gérer dans l'intérêt du public en général. Les lignes de force de cette idée sont la libre utilisation par le public, l'inaliénabilité et la conservation dans une perspective d'affectation déterminée<sup>102</sup>.

En deuxième lieu, la protection de l'environnement fait parti de la catégorie des *charitable trusts*. Normalement, ce type de *trust* suit les règles générales du droit des *trusts*, à l'exception de certains détails qui peuvent varier selon le pays. Généralement, quatre règles concernant les *charitable trusts* sont communes à toutes les juridictions de *common law*. D'abord, ils sont exempts de la règle qui défend la perpétuité des *trusts*, en limitant la validité de ses dispositions dans le temps, ce qui signifie qu'un tel *trust* peut exister indéfiniment. En outre, les *charitable trusts* sont soumis à la doctrine « Cy-près », selon laquelle les tribunaux ont le pouvoir de rediriger les objectifs du *trust* lorsque les buts initialement établis deviennent impossibles à accomplir. De plus, les *charitable trusts* sont constitués au profit d'une fin caritative plutôt que d'un bénéficiaire ou d'un groupe de bénéficiaires. Finalement, le *charitable trust* ne se termine pas en cas d'incertitude de son objet<sup>103</sup>.

---

sociétés d'investissement), les titulaires juridiques des actions sont les *trustees* et les bénéficiaires sont les personnes ayant acheté des unités de l'organisme, de telle sorte que la somme d'unités détenue par une personne détermine sa part du patrimoine de ce dernier. Voir *ibid*.

<sup>102</sup> Sébastien Ducharne, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, Mémoire de master en droit, Université d'Aix-Marseille III, 2002 à la p. 29 [non publiée]. Cela signifie que, mise à part la constitution de fonds environnementaux, l'institution du *trust* a un autre lien important avec le domaine de l'environnement dans les pays de *common law*. En fait, la notion de *trust* est aussi liée à la doctrine du « *public trust* », selon laquelle certains biens appartiennent à la collectivité, comme par exemple l'air, l'eau courante, la mer, etc. Le titre juridique de ces ressources essentielles est investi dans l'État, qui figure comme le *trustee* desdits biens, étant chargé de les gérer dans l'intérêt du public en général. Cette doctrine est normalement employée pour empêcher les gouvernements d'accorder des ressources naturelles publiques aux entreprises privées, aussi bien que pour garantir l'accès public aux ressources octroyées aux intérêts privés pour des buts tels que la pêche et la navigation. Voir aussi Patricia Kameri-Mbote, « The Use of the Public Trust Doctrine in Environmental Law » (2007) 3:2 *Law, Environment and Development Journal* 195 aux pp. 197, 199.

<sup>103</sup> Tarun Jain, « Charitable Trusts: A Comparative Study of India, United Kingdom and the United States », (juin 2007) aux pp. 2-3, en ligne: Social Science Research Network <<http://ssrn.com/abstract=1087341>>.



Un autre aspect afférent aux *charitable trusts* normalement présent dans les pays de common law est l'exemption d'impôts dont ils bénéficient. Ainsi, dès qu'un *charitable trust* satisfait à certaines exigences, il est exonéré de l'impôt sur les revenus provenant des placements réalisés avec le capital qui lui a été donné, les donateurs pouvant, eux aussi, se voir accorder certains avantages fiscaux<sup>104</sup>.

En règle générale, le *trust deed* d'un *charitable trust* doit contenir les précisions suivantes : ses buts, sa durée et l'adresse de son siège; la composition du Conseil de fiducie (qui peut également être dénommé Conseil d'administration) et les normes concernant son fonctionnement; le mode de désignation et les responsabilités du directeur exécutif et des autres membres du personnel; le mode d'établissement et les fonctions des comités ou Conseils consultatifs; les sources potentielles de revenus; les règles relatives aux conditions d'investissement et de décaissement des ressources financières; les procédures comptables et les dispositions relatives aux audits extérieurs; les catégories d'activités que le *trust* peut (et ne peut pas) financer; les règles exigeant la divulgation de potentiels conflits d'intérêt par les membres du Conseil et le personnel ainsi que les conditions et procédures de dissolution du *trust*, dans l'éventualité où cela s'avérerait nécessaire<sup>105</sup>.

En Angleterre, les finalités des *charitable trusts* doivent être définies par la loi ou la jurisprudence<sup>106</sup> et relever de l'intérêt public, c'est-à-dire que la fin caritative doit pouvoir faire bénéficier la collectivité ou une large portion de celle-ci<sup>107</sup>. Un exemple intéressant est celui du *Prince's Trust*, l'œuvre caritative du Prince de Galles. Cependant, le rôle joué par les *charitable trusts* dépasse les activités caritatives de la royauté et relève d'une importance croissante dans la vie des Anglais. En effet, quand la somme d'argent consacrée aux *charitable trusts* est ajoutée aux montants investis

<sup>104</sup> Barry Spergel, « Les fonds fiduciaires dans les pays de *common law* » dans Ruth Norris, dir., *Guide de l'IPG sur les fonds environnementaux: Manuel de référence pour la conception et l'administration de fonds environnementaux*, New York, Pact Publications, 1999, 24 à la p. 26. [Spergel, « Les fonds fiduciaires »]

<sup>105</sup> *Ibid.* à la p. 27.

<sup>106</sup> Voir *supra* note 70. Selon la Commission anglaise de charité, voici la liste de fins caritatives rentrant dans la description adoptée par le *Charities Act 2006* (le statut actuellement en vigueur) : le soulagement de la pauvreté; l'avancement de l'éducation; l'avancement de la religion; l'avancement de la santé ou la sauvegarde des vies; l'avancement de la citoyenneté ou du développement des communautés; l'avancement des arts, de la culture, de l'héritage ou de la science; l'avancement du sport amateur; l'avancement des droits de l'homme, le règlement de conflits ou la réconciliation; la promotion de l'harmonie religieuse ou raciale ou de l'égalité et de la diversité; *l'avancement de la protection ou de l'amélioration de l'environnement*; le soulagement de ceux dans le besoin, en raison de la jeunesse, de l'âge, des maladies, de l'incapacité, des difficultés financières ou de tout autre désavantage; l'avancement du bien-être des animaux; la promotion de l'efficacité des forces armées de la Couronne ou de l'efficacité de la police, des services de pompiers, de secours ou d'ambulances; d'autres buts actuellement identifiés en tant que fins caritatives, ainsi que des buts nouveaux, semblables à une autre fin caritative. Voir *Charities Act 2006* (R.-U.), 2006, c. 50. Voir aussi R.-U., Charity Commission, *Charities and Public Benefit : Summary Guidance for Charity Trustees*, 2008, en ligne : Charity Commission <[http://www.charitycommission.gov.uk/Charity\\_requirements\\_guidance/Charity\\_essentials/Public\\_benefit/pbsummary.aspx](http://www.charitycommission.gov.uk/Charity_requirements_guidance/Charity_essentials/Public_benefit/pbsummary.aspx)> [*Charities and Public Benefit*].

<sup>107</sup> D'après la Commission anglaise de charité, deux conditions doivent être présentes pour que l'intérêt public soit considéré : « *there must be an identifiable benefit or benefits; benefit must be to the public, or a section of the public* ». Voir *Charities and Public Benefit*, *ibid.*

dans les fonds de pension de retraite et fonds de syndicat<sup>108</sup>, la valeur résultante correspond à une proportion substantielle de la richesse nationale<sup>109</sup>. Une partie de cette richesse est destinée aux activités de protection de l'environnement et de promotion du développement soutenable<sup>110</sup> menées par des fonds environnementaux comme le *Greenpeace Environmental Trust* et le *National Trust* ou encore par d'autres fonds moins connus tels que les *Forest Trust*, *Wales Environment Trust*, *Young People's Trust for the Environment and Nature Conservation* et le *National Parrot Sanctuary Trust* (pour n'en citer que quelques exemples aléatoires)<sup>111</sup>.

Également, les *charitable trusts* jouent un rôle important dans la société nord-américaine en permettant l'octroi de fonds à plusieurs œuvres d'intérêt public<sup>112</sup>, étant donné que les Etats-Unis sont la « terre du libéralisme et de l'initiative individuelle, mais également terre de culture protestante où la richesse n'est valorisée qu'à condition de servir la communauté »<sup>113</sup>. D'ailleurs, dans l'histoire de ce pays, plusieurs des citoyens riches et célèbres ont utilisé les *charitable trusts* pour donner une partie ou l'intégralité de leur patrimoine au profit de fins caritatives. C'est le cas de John D. Rockefeller, Edsel Ford (fils de Henry Ford, fondateur de la *Ford Motor Company*) et, plus récemment, de William Gates et Warren Buffett<sup>114</sup>. Dans le domaine de l'environnement, un exemple intéressant est celui du *Pew Charitable Trusts*, un rassemblement de sept fondations établies par les héritiers de Joseph N. Pew, fondateur de la compagnie de raffinage et de distribution de produits pétroliers *Sun Oil* (aujourd'hui *Sunoco*). Un autre exemple, celui concernant les fonds environnementaux à l'initiative publique, est le *Superfund*, un *trust* inséré dans la politique menée par l'Agence de protection de l'environnement nord-américaine dans

<sup>108</sup> Voir *supra* note 100.

<sup>109</sup> Riddall, *supra* note 5 à la p. 6.

<sup>110</sup> Voir R.-U., Charity Commission, *Decision of the Charity Commissioners for England and Wales Made on the 24<sup>th</sup> January 2003 : Application for Registration of Environment Foundation*, 2003, en ligne : Charity Commission <<http://www.charity-commission.gov.uk/library/start/environmentdecision.pdf>> (dans une décision innovatrice du 24 janvier 2003, la Commission anglaise de charité a reconnu le caractère caritatif des actions de promotion du développement soutenable, exprimé selon la formule suivante : « *promoting sustainable development for the benefit of the public by the preservation, conservation and the protection of the environment and the prudent use of natural resources; the relief of poverty and the improvement of the conditions of life in socially and economically disadvantaged communities; the promotion of sustainable means of achieving economic growth and regeneration* »).

<sup>111</sup> La liste complète d'organisations caritatives et *charitable trusts* en Angleterre peut être consultée en ligne : Charity Commission <<http://www.charity-commission.gov.uk/registeredcharities/first.asp>>.

<sup>112</sup> Voir Wald, *supra* note 32 (« on ne peut pas concevoir, ni comprendre, le développement de la civilisation nord-américaine, spécialement dans les champs de la culture, de la recherche, des universités et des fondations, dans les champs de la santé et de la philanthropie, et spécialement dans le secteur bancaire et commercial, sans reconnaître le rôle primordial joué par le *trust* [Notre traduction] » à la p. 110).

<sup>113</sup> S. Bigas, *Le rôle des fondations aux États-Unis*, Documents de travail de l'Agence financière de Washington, Ambassade de France aux Etats-Unis, Washington, Juin 2002, à la p. 3.

<sup>114</sup> En 2000, William et Melinda Gates ont fondé la plus importante des fondations américaines. Celle-ci est dotée d'une structure à deux piliers : la *Bill & Melinda Gates Foundation*, qui distribue les ressources aux bénéficiaires et le *Bill & Melinda Gates Foundation Asset Trust*, qui gère le patrimoine de la fondation. En juin 2006, le millionnaire Warren Buffett a annoncé son intention de léguer 85% de sa fortune à la fondation philanthropique du couple Gates. Voir en ligne : The Bill & Melinda Gates Foundation <<http://www.gatesfoundation.org>>.

le cadre de l'intervention, l'assainissement et la responsabilité en matière d'environnement<sup>115</sup>. Dans le même sens, nous pouvons citer le *Oil Spill Liability Trust Fund* (OSLTF), créé dans le cadre de l'*Oil Pollution Act* (OPA), la loi régissant la responsabilité et l'indemnisation des dommages dus à une pollution marine par des hydrocarbures<sup>116</sup>.

D'autres pays de *common law* ont aussi constitué des *charitable trusts* à but environnemental<sup>117</sup>, comme, par exemple le *Table Mountain Trust Fund* en Afrique du Sud; le *Mgahinga and Bwindi Impenetrable Forest Conservation Fund* en Ouganda; le *Protected Area Conservation Trust* au Belize; le *Wildlife Trust* au Sri Lanka; le *Bhutan Trust Fund for Environmental Conservation* au Bhoutan; le *Jamaica National Parks Trust* en Jamaïque; le *Ghana Heritage Conservation Trust* au Ghana; et le *Papua New Guinea Conservation Trust Fund* en Papouasie-Nouvelle-Guinée<sup>118</sup>. Dans ces derniers cas, les *trust funds* environnementaux jouent un rôle important dans la définition et la mise en oeuvre des processus nationaux de planification environnementale, notamment en ce qui concerne la gestion des aires protégées, les pratiques d'utilisation durable pour la préservation des ressources naturelles, la reconnaissance de la valeur économique des ressources naturelles et la surveillance de leur état. Parmi les avantages entraînés par la constitution desdits fonds figurent la continuité des programmes, la souplesse, la coopération du secteur public et du secteur privé, et l'aptitude à orienter les ressources financières de manière stratégique et à en maximiser l'utilité par effet de levier<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> Le *Superfund Trust Fund* ou simplement *Superfund* a été instauré le 11 décembre 1980 par le passage du *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA), modifié le 17 octobre 1986 par le *Superfund Amendments and Reauthorization Act* (SARA). Voir 42 U.S.C. § 9601 et s. (1980); *Superfund Amendments and Reauthorization Act of 1986*, Pub. L. No. 99-499, 100 Stat. 1613. Le *Superfund* reçoit des sommes d'argent provenant de l'imposition des produits chimiques et de l'industrie pétrolière, constituant un fond de réserve dédié aux sites pollués toxiques qui mettent en danger la santé publique ou l'environnement. Voir D. C. Souza, H. V. Paulino, L. C. C. L. Ribeiro, Werner Grau Neto, *Os fundos de defesa dos direitos difusos como solução para o problema das áreas contaminadas*, Travail de diplôme, Université de São Paulo, 2004 aux pp. 24 et s. [non publié]. Voir aussi Thierry Sénéchal, « La réparation des atteintes à l'environnement. Un aperçu des expériences étrangères : le Superfund américain », Cinquième conférence : la réparation des atteintes à l'environnement, Cour de cassation, 24 mai 2007 [non publiée] en ligne : Cour de cassation <[http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2007/24-05-2007/24-05-2007\\_senechal.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/24-05-2007/24-05-2007_senechal.pdf)>.

<sup>116</sup> L'OPA a passé au Congrès nord-américain le 3 août 1990 (moins d'un an après la marée noire provoquée par l'Exxon-Valdez en Alaska). Il a été approuvé par le président Bush le 18 août 1990 et est entré définitivement en pratique en décembre 1994. Voir Werner Grau Neto, *O Protocolo de Quioto e o mecanismo de desenvolvimento limpo – MDL*, Ed. Fiuza, São Paulo, 2007, p. 105 et ss. Voir aussi en ligne : National Pollution Funds Center <<http://www.uscg.mil/hq/npsc/>>.

<sup>117</sup> Voir Kyle Danish, « National Environmental Funds » dans Jacob Werksman, dir., *Greening International Institutions*, Londres, Earthscan Publications Limited, 1996, 163 (« many, if not most, of national environmental funds (NEFs) are taking the form of trust funds. The NEFs that are common law trust funds are 'pubic' or 'charitable' trusts. Such trust funds are chartered to support a public interest; their designated beneficiary is the public in general » à la p. 168).

<sup>118</sup> Spergel, « Les fonds fiduciaires », *supra* note 104 à la p. 26.

<sup>119</sup> Lorenzo Rosenzwei, « Les fonds environnementaux, les pouvoirs publics nationaux et les processus de planification nationaux » dans Norris, *supra* note 104 à la p. 15.

D'ailleurs, dans le but d'obtenir des résultats analogues, les pays relevant de systèmes juridiques autres que la *common law*, cherchent depuis longtemps à adapter et à intégrer l'institution du *trust* au sein leurs ordres juridiques.

## 2. HORS DES PAYS DE *COMMON LAW*

Bien qu'il n'existe pas d'équivalent direct du *trust* dans la plupart des pays qui ne partagent pas la tradition juridique de la *common law*, certains de ces pays ont élaboré des instruments analogues, applicables dans plusieurs domaines, y compris le domaine de l'environnement.

### a) *Dans des domaines divers*

Au regard de la plupart des systèmes juridiques autres que la *common law*, le *trust* est considéré comme une institution juridique inconnue<sup>120</sup>. L'origine de cette notion remonte à Savigny, qui a énoncé les exceptions admissibles à sa théorie de la « communauté de droit entre les différents peuples », les divisant en deux catégories : les lois positives obligatoires; et les institutions juridiques d'un État étranger inconnues de la loi du for, qui ne bénéficient pas de la protection de ses tribunaux<sup>121</sup>. Savigny a formulé sa théorie à partir du constat de l'inapplicabilité, dans les ordres juridiques étrangers, de concepts comme ceux de la polygamie, du décès civil ou de l'esclavage, reconnus par la législation de certains pays<sup>122</sup>.

L'institution inconnue peut se présenter comme une institution simplement ignorée par la *lex fori*, ayant peut être des éléments historiques différents dans son processus de formation, ou comme une institution fondamentalement incompatible avec l'ordre juridique du for<sup>123</sup>. Selon les théoriciens du droit international privé, dans le premier cas (à savoir la simple ignorance de certaine institution par un ordre juridique considéré), on se trouve devant un problème de qualification, dans la mesure

<sup>120</sup> Voir Joaquín Garde Castillo, « La "institución desconocida" en derecho internacional privado » (1947) 239 *Revista crítica de derecho inmobiliario* à la p. 23, tel que cité dans Oscar Tenório, *Direito internacional privado*, 10<sup>e</sup> éd., vol. 1, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1970 (selon cet auteur, « un concept juridique étranger est considéré inconnu de la loi du for quand il s'occupe de la solution de problèmes juridiques non vérifiés dans le for ou, lorsque bien que vérifiés, ces problèmes sont résolus par l'intermédiaire de règles basées sur des techniques juridiques assez différentes [Notre traduction] » à la p. 349).

<sup>121</sup> Friedrich Carl von Savigny, *Traité de droit romain*, t. 8, Paris, Firmin Didot, 1851 à la p. 36, tel que cité dans Jacob Dolinger, *Direito internacional privado (parte geral)*, 5<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, Renovar, 1997 à la p. 407.

<sup>122</sup> Dù à l'indépendance des ordres juridiques, il est clair qu'au sein de chaque ordre vont se développer des institutions distinctes, comme par exemple l'adoption, l'hypothèque judiciaire, l'hypothèque mobilière, la faillite personnelle, le divorce, le divorce amical, ou bien la notion de domicile dans le droit anglais, le concept nord-américain *tort sine damno*, et le concept de *kolkhoz* dans le droit russe. Voir Amílcar de Castro et Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, *Direito internacional privado*, 6<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, Forense, 2005 aux pp. 179-180. Un exemple issu du droit brésilien est celui du « bien de famille », semblable à l'usufruit et peu connu des autres ordres juridiques. Voir aussi Edgar Carlos de Amorim, *Direito internacional privado*, 9<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, Forense, 2006 à la p. 60.

<sup>123</sup> Tenório, *supra* note 120 à la p. 347.

où cette ignorance résulterait de comparaisons avec la loi du for<sup>124</sup>. La seconde situation, reflétant le choc entre l'institution étrangère et la sensibilité de la *lex fori*, est un problème d'ordre public.

En ce qui concerne le *trust*, sa reconnaissance par les tribunaux des pays de traditions juridiques autres que la *common law* s'avère très complexe. Par exemple, dans les juridictions de droit civil<sup>125</sup>, les tribunaux n'arrivent normalement pas à bien appréhender cette notion, ainsi que les droits des bénéficiaires qui en découlent. Deux approches sont souvent adoptées : soit les tribunaux considèrent le *trustee* comme le seul propriétaire des biens du *trust*, soit ils considèrent le bénéficiaire comme le propriétaire unique desdits biens en rapprochant le *trust* des concepts de droit civil, comme ceux de l'agence et du mandat<sup>126</sup>.

Ainsi, visant à favoriser l'application du *trust* en dehors du système de *common law*, une convention élaborée dans le cadre de la *Conférence de La Haye de droit international privé*<sup>127</sup> (HCCH), tente d'établir des dispositions communes applicables au *trust* et de régler les problèmes les plus importants relatifs à sa reconnaissance. Il s'agit de la *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*<sup>128</sup> qui attribue à cette institution trois caractéristiques essentielles :

<sup>124</sup> Voir Daniel Gutmann, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002 aux pp. 57-58 (selon l'auteur, la question de l'institution inconnue de la loi du for peut être comprise comme un problème d'insuffisance des catégories internes. En droit français, la célèbre affaire *Bartholo* illustre bien cette difficulté). Voir C.A. Alger, 24 décembre 1889, *Bartholo*, Grands arrêts, 9.

<sup>125</sup> La famille de droit civil regroupe les pays dont la science du droit a été construite sur la base du droit de la Rome ancienne. À partir du XII<sup>e</sup> siècle, sur la base des compilations de l'empereur Justinien, les universités européennes ont collaboré à la construction d'une science juridique commune, ajustée aux conditions de l'époque. Cela révèle l'importance du rôle joué par la doctrine dans la formation de ce système, désormais connu comme le système romano-germanique, pour rendre hommage aux efforts partagés des académiciens des pays latins et germaniques. Les pays de droit civil ou romano-germanique sont principalement les pays de l'Europe continentale. Grâce à la colonisation de divers peuples par des pays européens, la famille romano-germanique s'est répandue dans le monde. En outre, certains pays, même ceux n'ayant pas été soumis à la colonisation européenne, ont décidé d'adopter ledit système juridique, soit intégralement, soit partiellement, motivés par la nécessité de modernisation ou par le désir d'occidentalisation. Ainsi, les systèmes juridiques de l'Égypte, du Maroc, de la Tunisie et de la Côte d'Ivoire tirent leur inspiration de la France. En ce qui concerne les pays latino-américains, le système de droit civil y est arrivé via le Portugal et l'Espagne. Le Japon a adopté le code civil allemand vers 1890. Voir Wood, *supra* note 3 aux pp. 2-3. Voir aussi David, *supra* note 4 à la p. 18.

<sup>126</sup> Wood, *supra* note 3 à la p. 217. Dans le cadre du droit français, bien que le *trust* soit très différent des institutions connues, quelques notions similaires peuvent être mentionnées, telles que le contrat, le prêt à usage ou le dépôt, le mandat ou la représentation, le pouvoir de désignation, l'administration des successions, le legs ou la donation avec charge, la fiducie, le fidéicommiss et la stipulation pour autrui. Voir Soubeyrand et Robert-Marquois, *supra* note 16 à la p. 7.

<sup>127</sup> Selon la page d'accueil de son site, (<[http://www.hcch.net/index\\_fr.php](http://www.hcch.net/index_fr.php)>), « [d]epuis 1893, la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH), creuset de différentes traditions juridiques, fait naître et assure le suivi de Conventions répondant à des besoins mondiaux ».

<sup>128</sup> *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, 1<sup>er</sup> juillet 1985, 1664 R.T.N.U. 311 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1992) [*Convention de La Haye*]. Voir aussi Waters, *supra* note 15 (l'objectif de la Convention est décrit par Donovan W. M. Waters : « *the Hague Convention constituted the most deliberate attempt that has ever been made at the international conference level to determine in the company of a preponderantly civil law delegation participation the meaning of a common law trust. The purpose of the Convention is to allow civil law courts, advocates and notaries*

- a) les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;
- b) le titre relatif aux biens du *trust* est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;
- c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du *trust* et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un *trust*.<sup>129</sup>

Par conséquent, la ratification de la *Convention de La Haye*<sup>130</sup> permet notamment aux pays de droit civil de reconnaître les effets juridiques des *trusts* étrangers<sup>131</sup>. Cependant, l'inconvénient de créer un système à sens unique, puisque ces pays ne disposent pas d'une institution offrant des avantages équivalents<sup>132</sup>. La solution serait donc d'adapter les concepts juridiques civilistes ou de changer le droit interne des pays de droit civil afin d'appréhender la notion de *trust*<sup>133</sup>.

Le problème est que la transposition du *trust* en droit interne des pays de droit civil s'avère très compliquée. D'une part, car le *trust* est susceptible de faire double emploi avec des notions juridiques préexistantes, telles que les techniques de protection des mineurs et des majeurs incapables, la personnalité morale, le droit des

---

*to recognize a common law trust when it comes on to the desk of the civilian, and so determine whether that trust, foreign though it be, can be given recognition in the civil law jurisdiction where recognition is sought* » à la p. 129).

<sup>129</sup> *Ibid.*, art. 2. Bien que la Convention fasse référence au caractère séparé du *trust fund*, ce qui lui permet d'être au delà de la saisie par les créanciers personnels du *trustee* – en effet l'une des caractéristiques les plus importantes du *trust* – le texte conventionnel ne fait aucune référence au droit du bénéficiaire de récupérer au nom du *trust* la propriété contrôlée par le *trustee* qui ait été transférée à tort par ce dernier à un tiers. Voir Waters, *supra* note 15 à la p. 128.

<sup>130</sup> Voici la liste des États parties à cette convention jusqu'à présent: Australie, Canada, Chypre, États-Unis, France, Italie, Luxembourg, Malte, Monaco, Pays-Bas, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Suisse. Tous ces États ont adhéré ou ratifié la Convention, à l'exception de Chypre, des États-Unis et de la France. Voir en ligne : HCCH <[http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.status&cid=59](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=59)>.

<sup>131</sup> Bernard Audit explique que la Convention pose tout d'abord des règles de détermination de la loi applicable au *trust*, inspirées de celles qui prévalent en matière de contrat international : choix de la loi par le constituant et, à défaut, détermination objective selon le critère des liens les plus étroits. Elle prévoit ensuite la reconnaissance du *trust* en tant que tel, donnant ainsi naissance dans les pays qui ne le connaissent pas à une catégorie de rattachement. Voir Bernard Audit, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2000 aux pp. 634-635.

<sup>132</sup> Soubeyrand et Robert-Marquois, *supra* note 16 à la p. 14.

<sup>133</sup> Voir Pierre-Henri Ganem, *Sécuritisation contractuelle des investissements internationaux: grands projets : mines, énergie, métallurgie, infrastructures*, Bruxelles, Bruylant, 1998 (l'auteur énonce les avantages de l'adoption du *trust* en France : « en raison de l'importance pratique dans le droit commercial et financier international du *trust* [...] où le *leadership* des banques américaines et anglaises a imposé (cette institution) dans de très nombreuses opérations, il n'est pas douteux que l'introduction du *trust* dans notre pays permettrait notamment aux entreprises et aux banques françaises d'être plus compétitives par rapport à celles de pays disposant du *trust* ou de la fiducie » à la p. 281).

successions. D'autre part, la notion d'*equity*, en particulier les droits et recours équitables, par opposition aux droits et recours de common law, paraît impossible à transposer. De plus, les règles du *trust* se révèlent parfois incompatibles avec certains principes des systèmes de droit civil, tels que le droit des procédures collectives avec l'utilisation possible du *trust* pour soustraire certains actifs du débiteur au gage des créanciers et notamment le droit de propriété, qui ne peut pas admettre une séparation entre un droit de propriété légal et un droit de propriété équitable<sup>134</sup>.

En effet, la division des prérogatives du propriétaire entraînée par le *trust* n'est pas soutenable dans les pays qui adoptent le système juridique romano-germanique, où les hypothèses de démembrement du droit de propriété sont limitées à celles autorisées par la loi et où prévalent les principes de l'unité du domaine et de l'indivisibilité du droit subjectif du propriétaire, étant inadmissible que des tiers exercent, en nom propre, un droit d'action concernant la prétention d'autrui<sup>135</sup>. Autrement dit, dans les systèmes d'origine romaine, l'idée fondamentale est celle de l'exclusivité de la propriété, concentrée entre les mains d'un seul titulaire<sup>136</sup>. Le démembrement du droit de propriété n'est admis que dans les cas explicitement prévus par la loi, selon le principe *numerus clausus*, correspondant à l'addition de trois prérogatives : *usus*, *fructus* et *abusus*<sup>137</sup>.

D'ailleurs, face à l'évidente incompatibilité entre le concept de propriété adopté dans les systèmes de droit civil et la « dichotomie de la propriété », considérée comme la clé de voûte du *trust*, une des solutions possibles consiste à utiliser l'idée générale du *trust* comme inspiration à la construction d'institutions juridiques à fonctions analogues, sans affronter le principe de l'exclusivité de la propriété<sup>138</sup>.

<sup>134</sup> Soubeyrand et Robert-Marquois, *supra* note 16 à la p. 92.

<sup>135</sup> Wald, *supra* note 32 aux pp. 105 et s. Voir aussi David, *supra* note 4 (L'auteur souligne la difficulté à laquelle les juristes anglais sont confrontés lorsqu'ils tentent de comprendre les règles qui gouvernent le système de droit civil dans la mesure où ce système ne semble pas reconnaître un concept dont l'importance pratique et les bénéfices sont incontestables à leurs yeux. Cette difficulté est accentuée par le fait que la règle qui établit un *numerus clausus* de droits réels et selon laquelle la propriété ne peut pas être démembrée est méconnue du droit anglais et de la mentalité des juristes anglais. Dans ses mots : « le principe selon lequel on peut démembrer librement la propriété semble aux anglais aussi naturel que, pour nous, le principe de la liberté contractuelle [Notre traduction] » aux pp. 318 et s).

<sup>136</sup> En ce qui concerne les différentes façons d'appréhender la notion de propriété, voir Waters, *supra* note 15 (selon cet auteur, « *the civil law can therefore speak of 'ownership' with a clarity of meaning that is not possible under the common law where 'ownership' is not a term of art* » à la p. 138).

<sup>137</sup> Chalhub, « Trust: sistemas jurídicos de tradição romana », *supra* note 11 à la p. 81. Voir aussi Moffat, *supra* note 9 aux pp. 2 et s.; David, *supra* note 4 (face à ce constat, René David considère que la notion de propriété dans les systèmes romanistes est assez rudimentaire, en faisant valoir « qu'il est arbitraire de regrouper sous le vocable *usus* le droit d'utiliser une chose, d'habiter une maison et de l'administrer (par exemple, en assurant l'entretien et les réparations ou en accordant son utilisation à un tiers); il n'est pas moins arbitraire de regrouper sous le vocable *abusus* des prérogatives aussi différentes telles que le droit de détruire matériellement une chose et d'accomplir des actes de disposition. Quand on se rend compte de tout ce que notre analyse du contenu du droit de propriété a d'insuffisante, nous arriverons à comprendre le *trust* [Notre traduction] » à la p. 318).

<sup>138</sup> Chalhub, « Fidúcia », *supra* note 77 à la p. 5. Dans ce contexte, il faut souligner l'importance du droit comparé. Selon René David, il appartient aux comparatistes, à travers des études générales sur la structure des sociétés et des droits, de créer les conditions nécessaires à un dialogue fructueux, en expliquant les mentalités, les raisonnements et les concepts étrangers et en organisant, au sens large, des dictionnaires de science juridique. Voir David, *supra* note 4 à la p. 13.

Selon les mots de Camille Jauffret Spinosi, « la sagesse n'a jamais été de rejeter ce que l'on ne connaît pas, mais de l'accueillir, une fois démystifié, le *trust* ne peut être un cheval de Troie dans les systèmes romanistes »<sup>139</sup>.

Alors, on constate une tendance de la part des pays de droit civil à adapter le *trust* à leurs ordres juridiques internes, ayant comme point de départ deux aspects principaux : d'une part, la liberté de contracter dans les limites fixées par les dispositions d'ordre public et, d'autre part, l'adaptation des principes du *trust* afin de créer des institutions assimilables à la fiducie romaine<sup>140</sup>. De ce fait, certains pays de droit civil ont adopté des lois afin d'incorporer des institutions analogues au *trust* à leurs ordres juridiques internes, comme, par exemple, le *treuhand* en Allemagne, le *bewind* aux Pays-Bas, l'institution fiduciaire au Liechtenstein, la fiducie bancaire au Luxembourg, la *fiducie comiso* au Panama et la fiducie au Québec. D'autres exemples similaires sont également présents en Argentine, au Chili, au Mexique, au Japon et en Suisse<sup>141</sup>.

Dans le cadre des actions à fins caritatives et de bienfaisance, outre l'utilisation d'institutions assimilables au *trust* conçues à partir de la fiducie romaine, les notions de fondation et d'association, ainsi que la constitution de fonds d'affectation spéciale, permettent aux pays de droit civil d'obtenir des résultats analogues à ceux produits par le *trust*, en constituant des outils importants pour la promotion des intérêts sociaux, ainsi que pour la protection de l'environnement.

#### b) *Dans le domaine de l'environnement*

Face à l'absence d'équivalent direct du *trust* dans le système de droit civil, la majorité de ces pays ont élaboré des instruments analogues, compatibles avec leurs ordres juridiques. Les juristes modernes ont même formulé une théorie qui permet l'affectation d'une partie du patrimoine d'une personne physique ou morale à un but déterminé, les biens constituant ce patrimoine restant en dehors du patrimoine de la personne (connue comme la théorie du patrimoine d'affectation). Cependant, cette théorie n'est pas normalement retenue, d'une part, car elle met en cause le principe de l'unicité du patrimoine et, d'autre part, car la constitution d'un patrimoine

<sup>139</sup> Camille Jauffret-Spinosi, « La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1<sup>er</sup> juillet 1985) » (1987) 114, J.D.I. (Clunet) 23 à la p. 26.

<sup>140</sup> Wald, *supra* note 32 à la p. 99. La *fiducia* ou *pactum fiduciae* (fiducie ou bonne foi) est une institution du droit romain que l'on retrouve tant dans le droit des personnes que dans le droit des contrats. Dans le droit des personnes, cette institution a peu à avoir avec le *trust*. Cependant, dans le droit des contrats, on retrouve un élément de la *fiducia* étroitement comparable à l'institution anglaise du *trust*, à savoir le *fideicommissum*. Par l'intermédiaire de cette institution, une certaine propriété était transférée à un cessionnaire de bonne foi. Voir Waters, *supra* note 15 aux pp. 134 et s.

<sup>141</sup> Soubeyrand et Robert-Marquois, *supra* note 16 à la p. 14; Wood, *supra* note 3 à la p. 217. Au niveau européen, certains instruments juridiques adoptés au sein de l'Union européenne font référence explicitement aux *trusts* ou bien gouvernement des transactions impliquant les *trusts* et d'autres outils de placement financier. Voir Michele Graziadei, Ugo Mattei et Lionel D. Smith, *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 à la p. 2.



indépendant n'est admise dans les pays de droit civil qu'à travers l'attribution de personnalité juridique à ce nouveau patrimoine, comme dans le cas des fondations<sup>142</sup>.

D'ailleurs, trois institutions alternatives peuvent être utilisées afin de produire des effets semblables à ceux des *charitable trusts* : la fondation, l'association et le fonds fiduciaire établi par décret gouvernemental. Ces trois institutions visant des fins de bienfaisance possèdent des caractéristiques communes : l'appartenance à ces institutions est volontaire; elles opèrent pour le bien du public (ce qui comprend, en général, l'assistance sociale, la santé publique, l'éducation, la recherche scientifique, les activités artistiques et intellectuelles, la protection environnementale et parfois les activités religieuses); et elles ne poursuivent pas des buts lucratifs<sup>143</sup>. Généralement, ces institutions bénéficient d'avantages fiscaux et sont soumises à une stricte supervision des pouvoirs publics.

L'institution analogue aux *charitable trusts* la plus largement utilisée dans les pays de droit civil est la fondation<sup>144</sup>. Cette institution est dotée d'une personnalité juridique propre, ainsi que de la capacité de posséder des biens. Les fondations sont généralement créées par une donation irrévocable et par l'établissement d'un fonds ayant pour objet de contribuer à la réalisation de certains objectifs d'intérêt public général. À leur tour, les associations sont fondées lorsque deux parties ou plus conviennent de poursuivre un objectif particulier sans finalité économique. L'association a une nature collective qui sert à la distinguer de la fondation, cette dernière étant généralement créée par des particuliers ou par un petit groupe de particuliers<sup>145</sup>. Une autre stratégie utilisée par certains pays de droit civil consiste à introduire le concept de fonds fiduciaire par le biais de la législation nationale. Par exemple, dans certains pays hispanophones, il est possible d'émuler les *trusts* par la voie du *fideicomiso*,

acte ou contrat par lequel le contrôle d'un droit ou d'un bien est transmis à un agent fiduciaire (généralement une banque), qui a l'obligation de se conformer aux conditions énoncées par le détenteur initial du bien dans l'acte ou le contrat. Le bénéficiaire nommé peut être ce détenteur initial ou un ou plusieurs bénéficiaires désignés.<sup>146</sup>

Voici quelques exemples d'institutions analogues aux *charitable trusts* à but environnemental établies dans les pays de droit civil : le Fonds mondial pour la nature

<sup>142</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil : introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*, vol. 1, 21<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, Forense, 2005 aux pp. 398 et s.

<sup>143</sup> Marianne Guérin-McManus, « Les formes types de fonds fiduciaires dans les systèmes juridiques à code civil » dans Norris, *supra* note 104 à la p. 28.

<sup>144</sup> Voir Peter H. Sand, « Trusts for the Earth : New International Financial Mechanisms for Sustainable Development » dans Winfried Lang, dir., *Sustainable Development and International Law*, Londres/Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, 167 (« *in particular, charities in most civil law countries are likely to be established more effectively by way of foundations rather than by trust equivalents* » à la p. 168) [Sand, « Trusts »].

<sup>145</sup> Guérin-McManus, *supra* note 143 dans Norris, *supra* note 104 aux pp. 28 et s. Voir aussi Pereira, *supra* note 142 aux pp. 349 et s.

<sup>146</sup> Guérin-McManus, *supra* note 143 dans Norris, *supra* note 104 à la p. 30.

(*World Wildlife Fund* – WWF), une fondation constituée en 1961<sup>147</sup>; la Fondation des Îles Seychelles, dont les ressources proviennent des recettes du Parc national de la Vallée de Mai; la *Fundación VIDA* au Honduras, établie par un décret présidentiel en 1992; la Fondation pour l'environnement des Philippines, établie par un échange dette-nature<sup>148</sup> appuyé par l'Agence nord-américaine pour le développement international (*United States Agency for International Development* – USAID); le *Fondo integrado pro naturaleza* en République dominicaine; la Fondation indonésienne pour la biodiversité; la *Fundación Natura* du Panama, association privée à but non lucratif; le *Fideicomiso para la Conservación* au Guatemala; et le Fonds patrimonial de la Fondation de développement de la Cordillère volcanique centrale, au Costa Rica<sup>149</sup>.

Une quatrième option, celle-ci dépourvue de caractère institutionnel et n'impliquant pas la séparation patrimoniale, consiste simplement en la consécration de fonds par les pouvoirs publics à l'accomplissement d'un but d'intérêt social, en établissant des fonds d'affectation spéciale (« *earmarked funds* »). Le Fonds français pour l'environnement mondial (FFEM) en est un très bon exemple. Créé en 1994, avec des fonds publics de l'État français, c'est un mécanisme bilatéral pour favoriser la protection de l'environnement mondial dans les PED et en transition. Le secrétariat est assuré par l'Agence française de développement (AFD), l'opérateur principal du dispositif français d'aide publique au développement, qui le gère au sein d'une structure spécifique<sup>150</sup>. Un exemple récent issu du Brésil est celui d'un fonds pour la protection de la région amazonienne formé de donations volontaires internationales, administré par la Banque de développement de ce pays (*Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social* – BNDES)<sup>151</sup>.

Les institutions et fonds environnementaux mentionnés ci-dessus, même si constitués selon les règles juridiques respectives des juridictions domestiques, exercent parfois leurs activités au-delà des frontières nationales, comme dans le cas du FFEM et du WWF<sup>152</sup>. D'autres, en revanche, ont été créés avec des ressources provenant de l'étranger, soit à travers des initiatives bilatérales (comme ceux établis par des échanges dette-nature), soit par l'intermédiaire d'initiatives multilatérales. De même, le *trust*, dont l'utilité pratique a entraîné son adaptation à différents systèmes

<sup>147</sup> Afin d'assurer une collaboration étroite avec l'IUCN (International Union for Conservation of Nature and Natural Resources) basé en Suisse, le WWF a été créé comme une fondation dans les termes de l'article 80 du Code civil suisse, considérée l'institution la plus semblable au *charitable trust* dans ce pays. Curieusement, le comité directeur international de la fondation est officiellement désigné « *board of trustees* ». Voir Sand, « Trusts », *supra* note 144 à la p. 169.

<sup>148</sup> Technique qui permet qu'une partie de la dette d'un pays en développement soit rachetée ou annulée en échange de l'adoption de mesures de protection de l'environnement.

<sup>149</sup> Guérin-McManus, *supra* note 143 dans Norris, *supra* note 104 à la p. 31.

<sup>150</sup> *Glossaire pour le développement durable*, 2001, s.v. « Fonds français pour l'environnement mondial (FFEM) » à la p. 35, en ligne : Institut de l'énergie et de l'environnement de la Francophonie <[http://www.iepf.org/media/docs/publications/157\\_Glossaire.PDF](http://www.iepf.org/media/docs/publications/157_Glossaire.PDF)>.

<sup>151</sup> Créé par le Décret présidentiel n° 6.527, du 1<sup>er</sup> août 2008. Le texte est disponible sur <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6527.htm)>.

<sup>152</sup> Voir Sand, « Trusts », *supra* note 144 (l'auteur affirme : « *while retaining its original legal form as a foundation and its primary focus on fund-raising, the WWF has evolved as a major international organization of its own* » à la p. 170).

juridiques, n'est pas non plus restreint aux frontières des législations nationales, étant aussi objet d'intérêt du point de vue du droit international.

## **B. En droit international**

Au cours du dernier siècle, avec l'internationalisation des relations privées (notamment dans le domaine commercial et financier) et l'accroissement des initiatives de gouvernance et de solidarité au niveau international, l'idée de *trust* a attiré l'intérêt du droit international général et du droit international de l'environnement, en particulier.

### 1. EN DROIT INTERNATIONAL GENERAL

Le *trust*, en permettant, d'une part, la gestion patrimoniale transfrontière dans l'intérêt de personnes physiques et morales et, d'autre part, la gestion de ressources financières pour le compte d'États, d'institutions internationales et même envisageant la promotion de buts d'intérêt public inscrits dans le cadre d'accords internationaux entraîne des conséquences dans le domaine du droit international privé, ainsi que du droit international public.

#### a) *En droit international privé*

En raison de l'intensification des flux internationaux de biens, de personnes et de capitaux, nous constatons la nécessité de voir reconnus à l'étranger les *trusts* constitués au sein des juridictions de *common law*, comme par exemple les *trusts* liés à la gestion du patrimoine familial, aux successions et, notamment, aux placements financiers.

Dans ce dernier cas, nous observons de plus en plus que le placement des capitaux dépasse les frontières nationales du pays où l'investissement est constitué. Ainsi, les ressources des *trusts* d'investissement, souvent associées aux fonds de pension de retraite, sont couramment investies en actions de sociétés multinationales, en titres à revenu fixe, et dans le domaine de l'immobilier à travers le monde. Cela a eu pour conséquence le rapprochement des structures d'investissement de différents systèmes nationaux, chacune respectant les règles de son propre droit interne. L'investissement peut alors être formalisé par l'intermédiaire d'un *treuhanderschaft* du Liechtenstein, d'un contrat français au profit d'un tiers, d'un *wakf* à buts familiaux et charitables au sein d'une juridiction musulmane, ou d'un *trust* de *common law*; la nature des placements financiers dans tous ces cas n'étant pas assez distincte. Dans ce contexte, il est impératif aux *trustees* d'un tel *trust* d'investissement que leur statut de propriétaires, attribué par la *common law*, soit reconnu par la juridiction où les capitaux sont placés. Dans les cas où une juridiction donnée ne reconnaît pas l'institution du *trust*, alors les *trustees* peuvent bien se trouver dans une position où ils

n'ont aucun accès aux systèmes d'enregistrement de propriété, dépourvus de la capacité de contrôler les capitaux et de distribuer les fruits aux bénéficiaires<sup>153</sup>.

En règle générale, les ordres juridiques n'intégrant pas le système de *common law* adoptent l'une des trois positions suivantes par rapport au *trust* : certains pays ne l'ont pas incorporé à leurs ordres internes et ne reconnaissent pas les *trusts* constitués à l'étranger; d'autres pays, même en n'ayant pas incorporé le *trust* à leurs ordres internes, reconnaissent les *trusts* constitués à l'étranger au moins dans une certaine mesure; une autre catégorie de pays reconnaît les *trusts* constitués à l'étranger et, en plus, ont incorporé ladite institution en droit interne<sup>154</sup>.

La reconnaissance du *trust* par le droit interne des pays où il est considéré comme une institution inconnue, favorisée par l'adoption de la *Convention de La Haye* de 1985, concerne le droit international privé et a déjà été abordée dans une sous-section préalable. À son tour, la constitution de *trust funds* au sein de différentes organisations internationales révèle l'importance de l'étude de l'institution du *trust* dans le cadre du droit international public.

#### b) *En droit international public*

D'une part, l'idée du *trust* apparaît dans le contexte du droit international public « lorsqu'il y a gestion par la communauté internationale ou par des organes créés ou désignés par elle ou en son nom de territoires dans un objectif d'intérêt général »<sup>155</sup>. Les commissions internationales établies après le premier conflit mondial, le système du mandat de la Société des Nations et celui de la tutelle (*trusteeship*) de l'Organisation des Nations unies (ONU) en sont de parfaits exemples<sup>156</sup>.

D'autre part, nous observons, depuis quelques décennies, une prolifération remarquable des arrangements portant le nom de *trust* dans la pratique des organisations internationales. À titre d'exemple, nous pouvons mentionner les différents *trust funds* administrés par les Nations unies, l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO, de l'anglais, *Food and Agriculture Organization of the United Nations*)<sup>157</sup>, l'Organisation mondiale de la santé (OMS)<sup>158</sup>,

<sup>153</sup> Waters, *supra* note 15 aux pp. 410 et s.

<sup>154</sup> Joaquín de Arespachaga, *El "trust", la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000 aux pp. 47-48. Le droit français, par exemple, ignore le *trust*. Voir aussi Audit, *supra* note 131 (selon Bernard Audit, « dans le domaine patrimonial, la question se pose souvent à l'égard du *trust* de *common law* lorsqu'il est invoqué en France, alors que ce démembrement de la propriété est inconnu du droit français; il convient alors de rechercher quelle fonction remplit l'application particulière du *trust* en cause pour appliquer la règle de conflit correspondante » à la p. 176).

<sup>155</sup> Ducharme, *supra* note 102 à la p. 29.

<sup>156</sup> Voir l'article 22 du *Pacte de la Société des Nations*. Voir aussi *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n°7, art. 75-85.

<sup>157</sup> Par exemple, le Fonds spécial pour la sécurité alimentaire et la prévention des situations d'urgence liées aux organismes nuisibles et aux maladies transfrontières des animaux et des plantes. Voir l'information disponible en ligne : Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture <[http://www.fao.org/tc/Tca/food\\_fr.asp](http://www.fao.org/tc/Tca/food_fr.asp)>.

l'Organisation internationale du travail (OIT)<sup>159</sup>, le Programme des Nations unies pour le développement (PNUD)<sup>160</sup>, la Banque interaméricaine de développement (BID)<sup>161</sup>, et la Banque mondiale<sup>162</sup>.

La constitution de *trust funds* au sein d'organisations internationales pose deux questions principales dans le cadre du droit international public. D'une part, le pouvoir juridique détenu par les organisations internationales pour la création desdits mécanismes financiers et, d'autre part, les caractéristiques de l'institution du *trust* qui permettent qu'un arrangement particulier reçoive cette dénomination.

En ce qui concerne la première question, tandis que certaines organisations ont été expressément autorisées par leurs statuts et actes constitutifs à servir comme *trustees* dans les termes des accords passés avec les parties, la majorité des arrangements – y compris les *trust funds* actuellement administrés par la Banque mondiale, ainsi que le *trust fund* du Fonds monétaire international (FMI) – ont été établis par l'intermédiaire d'une clause largement acceptée de « pouvoirs implicites » (*implied powers*), les fonds étant assujettis à la seule condition d'être compatibles avec les objectifs de l'organisation jouant le rôle de *trustee*<sup>163</sup>. Ce phénomène, commun dans la pratique des organismes internationaux, peut être décrit comme suit :

*international organizations may create trust funds for specific activities outside the regular budget. These funds have a wide variety of purposes. The only general condition for their establishment is that their purpose should fall within the aims of the organization [...]. The competence to create trust funds appear to be inherent in any international organization. Many trust funds have been created in the absence of any constitutional provision.*<sup>164</sup>

<sup>158</sup> À titre d'exemple, nous pouvons mentionner *le Codex Trust Fund*, établi par la FAO et l'OMS. Voir l'information disponible en ligne : Organisation mondiale de la santé <<http://www.who.int/foodsafety/codex/trustfund/en>>.

<sup>159</sup> Voici quelques exemples: *The Global Trust, National Training Funds* et *Joint Education Trust*. Voir l'information disponible en ligne : Organisation internationale du travail <<http://www.ilo.org/Search3/searchOnFast.do>>.

<sup>160</sup> Plusieurs *trust funds* ont été établis sous les auspices du PNUD dans différents domaines d'intervention: entre autres, gouvernance démocratique, environnement, réduction de la pauvreté, SIDA/VIH, énergie et développement soutenable et droit des femmes. Information disponible en ligne : Programme des Nations unies pour le développement <<http://www.undp.org/french/publications/annualreport2008>>.

<sup>161</sup> En 2003, la Banque interaméricaine de développement comptait 45 *trust funds* de coopération technique, comme par exemple, le *European Technical Cooperation Program*, le *French Technical Cooperation Program* et le *Netherlands-IDB Partnership Program in the Environment*. Voir Banque interaméricaine de développement, *Trust Funds at the Inter-American Development Bank : Enhancing Development Assistance to Latin America and the Caribbean*, Washington D.C., 2003, en ligne: Banque interaméricaine de développement <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=479681>>.

<sup>162</sup> Le groupe de la Banque mondiale gérait 929 *trust funds* et programmes actifs à la fin de l'année fiscale 2006. Voir Banque mondiale, *2006 Trust Funds Annual Report*, Washington D.C., 2006, en ligne: Banque mondiale <[http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2007/03/02/000090341\\_20070302140534/Rendered/PDF/38883.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2007/03/02/000090341_20070302140534/Rendered/PDF/38883.pdf)>.

<sup>163</sup> Sand, « Trusts », *supra* note 144 à la p. 168.

<sup>164</sup> Voir Elting Arnold, « The Inter-American Development Bank » dans Stephen M. Schwebel, dir., *The Effectiveness of International Decisions*, Leyden, Sijthoff, 1971, à la p. 384, tel que cité dans Joseph Gold, « Trust Funds in International Law: the Contribution of the International Monetary Fund to a

Il est intéressant de remarquer que plusieurs États participants à la création de ces *trust funds* ont des systèmes de droit interne où l'institution du *trust* n'est pas connue. Curieusement, ces États semblent être assez à l'aise avec l'introduction de la notion de *trust* dans les accords portant création de mécanismes financiers internationaux<sup>165</sup>.

En deuxième lieu, en ce qui concerne les traits caractéristiques de l'institution du *trust*, D. W. M. Waters nous rappelle que « *of course, anything can be called a trust; that is the prerogative of legislators, codifiers and all of us. There is no copyright in the word* »<sup>166</sup>. Dans ce contexte, la *Convention de La Haye* de 1985 a constitué un pas important vers l'uniformisation de la notion de *trust*, en permettant aussi d'éliminer plusieurs obstacles procéduraux à sa reconnaissance transnationale. Néanmoins, cela n'empêche pas que certains instruments juridiques portent le nom « *trust* » indépendamment de leur véritable nature juridique ou soient classés en tant que *trusts* indépendamment de leur dénomination<sup>167</sup>. Avant l'adoption de cette convention, les accords constitutifs du *trust fund* du FMI, où celui-ci constitue le *trustee*, adoptés en 1976<sup>168</sup>, ont dû faire face à une série de difficultés concernant le droit des *trusts*, tant pour l'établissement que pour l'administration du fonds. D'ailleurs, ces accords contiennent les principes que le FMI a considéré comme fondamentaux à la caractérisation d'un *trust fund* international (en soulignant le rôle joué par le *trustee*) :

*(i) the rights of ownership of property subject to a trust are divided between the trustee and the beneficiary or beneficiaries; (ii) a trustee must keep trust property separate from his own property and from property of other trusts, and must earmark trust property as such, unless relieved of this obligation by law or the terms of the trust; (iii) a trust is not a legal entity in the sense that it is not a bearer of rights or the subject of duties; (iv) a trustee may not engage in 'self-dealing' in administering the trusts; (v) a trustee must administer the trust solely in the interest of the beneficiary ('the shepherd must not become a wolf'); (vi) in administering*

---

Code of Principles » 1978 72 A.J.I.L. 856 (selon Elting Arnold, « les organisations internationales peuvent créer des *trust funds* pour des activités spécifiques en dehors de leur budget régulier. Ces fonds visent des buts variés. La seule condition générale pour leur établissement est que leur but intègre les objectifs de l'organisation [...]. La compétence pour créer des *trust funds* semble être inhérente à toutes les organisations internationales. Plusieurs *trust funds* ont été créés en l'absence de dispositions constitutives [Notre traduction] » à la p. 859).

<sup>165</sup> Sand, « Trusts », *supra* note 144 à la p. 168.

<sup>166</sup> Voir Waters, *supra* note 15 (celui-ci affirme : « naturellement, n'importe quel arrangement peut recevoir le nom *trust*; c'est une prérogative des législateurs, des codificateurs et de nous tous. Il n'y a aucun « copyright » dans le mot [Notre traduction] » à la p. 449).

<sup>167</sup> Sand, « Trusts », *supra* note 144 à la p. 168.

<sup>168</sup> Décision du Conseil des gouverneurs n°. 5069 (76/72), du 5 mai 1976, portant création du *trust fund* du FMI. International Monetary Fund, Selected Decisions of the International Monetary Fund and Selected Documents, Eighth Issue 185-95, Washington, DC, 1976. Citée dans l'ouvrage de Gold, *supra* note 164 à la page 856.

*a trust, the trustee must use reasonable care and skill and avoid unreasonable risk.*<sup>169</sup>

Même aujourd'hui, les principes énoncés dans les accords du FMI continuent à apporter une contribution importante au droit international.

Une dernière remarque relative aux *trust funds* en droit international public concerne le fait que la création de ces mécanismes financiers au sein des organisations internationales déjà existantes soit par l'intermédiaire de pouvoirs implicites ou exprès (*implied or express powers*), en profitant de l'expertise de ces organismes, évite la création de nouvelles organisations internationales à buts limités<sup>170</sup>. Cela semble avoir influencé la constitution de nombreux *trust funds* dans le cadre du droit international de l'environnement.

## 2. EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

Connue du droit international de l'environnement depuis ses premiers jours, la notion de *trust* a été utilisée dans la création de nombreux fonds environnementaux internationaux, le Fonds pour l'environnement mondial (FEM) en étant l'exemple le plus remarquable.

### a) *Les trust funds environnementaux internationaux*

De façon analogue au droit interne des pays de *common law*<sup>171</sup> et au droit international public général, la notion de *trust* peut être employée de deux façons différentes dans le contexte du droit international de l'environnement<sup>172</sup>.

D'abord, à la manière du patrimoine commun de l'humanité, supposant l'administration des ressources naturelles au nom de l'humanité présente et future<sup>173</sup>. En effet, l'un des traits caractéristiques du *trust* est sa capacité de servir aux intérêts

<sup>169</sup> Gold, *supra* note 164 (selon l'auteur, « (i) Les droits de propriété des biens du *trust* sont divisés entre le *trustee* et le bénéficiaire ou bénéficiaires; (ii) le *trustee* doit garder la propriété du *trust* séparée de sa propriété personnelle et de la propriété d'autres trusts, et doit affecter cette propriété au *trust*, sauf si la loi ou les termes du *trust* en disposent autrement; (iii) le *trust* n'est pas une personne morale sujet de droits et d'obligations; (iv) le *trustee*, en exerçant ses fonctions, ne peut pas passer des engagements avec soi-même; (v) le *trustee* doit gérer le *trust* dans le seul intérêt du bénéficiaire (le berger ne doit pas se transformer en loup); (vi) en exerçant ses fonctions, le *trustee* doit agir avec compétence et diligence raisonnables et éviter des risques peu raisonnables [Notre traduction] » à la p. 862 et s.).

<sup>170</sup> Un autre effet important des *trust funds* est celui d'élargir les compétences (dans la limite des objectifs de l'institution, en ce qui concerne les trusts établis par l'intermédiaire des pouvoirs implicites) ou de faire augmenter le budget de l'organisation chargée de leur gestion. Voir *ibid.* à la p. 860.

<sup>171</sup> Voir Ducharme, *supra* note 102.

<sup>172</sup> Dans les trois cas, parallèlement à l'utilisation du *trust* comme mécanisme financier de gestion patrimoniale, existe l'idée « publique » de *trust*, associée à la notion de *trusteeship*, selon laquelle il y a la gestion de biens communs par l'État, la société internationale ou les organes spécialement désignés dans un objectif d'intérêt général.

<sup>173</sup> Ducharme, *supra* note 102 à la p. 29.

de futurs bénéficiaires, en accord avec la dimension intertemporelle du développement durable énoncée dans le rapport Brundtland<sup>174</sup>. Dans ce sens, une définition du *trusteeship* de l'environnement global souvent citée par les auteurs est celle formulée il y a plus de cent ans par Karl Marx : « *even society as a whole, a nation, or all existing societies put together, are not owners of the Earth. They are merely its occupants, its users; and like good caretakers, they must hand it down improved to subsequent generations* »<sup>175</sup>. De même, dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros*<sup>176</sup>, le juge Christopher Weeramantry, qui à l'époque exerçait la vice-présidence de la Cour internationale de justice (CIJ), a fait référence au principe du *trusteeship* des ressources de la Terre comme le premier principe du droit de l'environnement moderne.

Parallèlement à cette notion de *trusteeship* des ressources naturelles communes, nous trouvons les *trust funds* environnementaux. En fait, l'affectation de ressources financières internationales aux buts de protection de l'environnement et la création des mécanismes financiers respectifs remontent au moins à 1972, avec l'établissement du Fonds du patrimoine mondial dans le cadre de la *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*<sup>177</sup> sous les auspices de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO). Ce fonds, doté d'un concept novateur, a anticipé une grande partie de l'actuelle discussion Nord-Sud sur le financement du développement durable. Son idée fondamentale – celle de compenser les pays d'accueil de l'héritage pour les efforts fondamentaux de conservation qu'ils déploient au nom de la communauté mondiale – a bien dépassé la motivation « caritative » qui originalement caractérisait la protection internationale de l'environnement, en reconnaissant un droit aux pays d'accueil en échange des bénéfices globaux résultant de leurs actions au niveau local<sup>178</sup>.

Cette initiative a été suivie, toujours en 1972, de la création du Fonds environnemental du Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE), suite à la Conférence de Stockholm. Ce fonds a été établi par la résolution 2997 de l'Assemblée générale des Nations unies<sup>179</sup> dans le but de financer les activités des

<sup>174</sup> Voir *infra* note 194.

<sup>175</sup> Voir Karl Marx, *Das Kapital*, vol. 3, c. 46, 1894, tel que cité dans Sand, « Trusts », *supra* note 144 (selon Marx, « même la société dans son ensemble, une nation, ou toutes les sociétés existantes rassemblées, ne sont pas les propriétaires de la Terre. Elles sont simplement ses occupantes, ses utilisatrices; et comme de bonnes gardiennes, elles doivent la rendre améliorée aux générations suivantes [Notre traduction] » à la p. 184).

<sup>176</sup> *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, [1997] C.I.J. rec. 7 [Gabčíkovo-Nagymaros].

<sup>177</sup> *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel* 16 novembre 1972, 1037 R.T.N.U. 174 (entrée en vigueur : 17 décembre 1975).

<sup>178</sup> Sand, « Trusts », *supra* note 144 à la p. 171.

<sup>179</sup> *Dispositions institutionnelles et financières concernant la coopération internationale dans le domaine de l'environnement*, Rés. AG 2997 (XXVII), Doc. off. AG NU, 27<sup>e</sup> sess., (1972) (voici un extrait du texte de la résolution : « *in order to provide for additional financing for environmental programmes, a voluntary fund shall be established, with effect from 1 January 1973, in accordance with existing United Nations financial procedures. The Fund shall be used for financing such programmes of general interest as regional and global monitoring, assessment and data-collecting systems, including, as appropriate, costs for national counterparts; improvement of environmental quality management;*



projets et une partie des coûts administratifs du PNUE, étant formé de contributions volontaires des États. Avec l'adoption des procédures générales, en 1973, il a été possible d'établir des *trust funds* à buts spéciaux sous l'égide du fonds original. D'ailleurs, plusieurs *trust funds* conventionnels ont été créés depuis 1978 sous les auspices ou à l'initiative du PNUE pour le compte de plusieurs traités régionaux et internationaux<sup>180</sup>. Ces fonds sont destinés à financer les coûts administratifs des secrétariats et les services de réunions des traités, ou sont utilisés comme des comptes d'accumulation de donations volontaires que visent à soutenir la participation des PED aux réunions des organes conventionnels à travers des projets particuliers. À titre d'exemple, nous pouvons citer le fonds destiné à financer la participation des PED aux réunions du *Protocole de Montréal relatif à des substances qui*

---

*environmental research; information exchange and dissemination; public education and training; assistance for national, regional and global environmental institutions; promotion of environmental research and studies for the development of industrial and other technologies best suited to a policy of economic growth compatible with adequate environmental safeguards, and such other programmes as the Governing Council may decide upon; and that in the implementation of such programmes due account should be taken of the special needs of the developing countries* »). Voir aussi James Barros et Douglas M. Johnston, *The International Law of Pollution*, New York, Free Press, 1974 aux pp. 327 et s.

<sup>180</sup> La liste non exhaustive des fonds conventionnels du PNUD inclut les fonds pour le compte des conventions suivantes : *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, 3 mars 1973, 993 R.T.N.U. 243 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> juillet 1975); *Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage*, 23 juin 1979, 1651 R.T.N.U. 333 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> novembre 1983); *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, 22 mars 1985, 1513 R.T.N.U. 293 (entrée en vigueur : 22 septembre 1988); *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination*, 22 mars 1989, 1673 R.T.N.U. 57 (entrée en vigueur : 5 mai 1992) [*Convention de Bâle*]; *Convention pour la protection de la Mer Méditerranée contre la pollution*, 16 février 1976, 1102 R.T.N.U. 27 (entrée en vigueur : 12 février 1978, amendée en 1995); *Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution*, 24 avril 1978, 1140 R.T.N.U. 133 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> juillet 1979); *Convention relative à la coopération en matière de protection et de mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la région de l'Afrique de l'Ouest et du Centre*, 23 mars 1981, en ligne : PNUE <[http://www.unep.org/AbidjanConvention/The\\_Convention/Protocols/Convention\\_Text.asp](http://www.unep.org/AbidjanConvention/The_Convention/Protocols/Convention_Text.asp)> (entrée en vigueur : 5 août 1984); *Convention pour la protection, la gestion et la mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la région de l'Afrique orientale*, 21 juin 1985, en ligne : PNUE <[http://www.unep.org/NairobiConvention/The\\_Convention/Protocols/Convention\\_Text.asp](http://www.unep.org/NairobiConvention/The_Convention/Protocols/Convention_Text.asp)>; *Convention pour la protection et la mise en valeur du milieu marin dans la région des Caraïbes*, 24 mars 1983, 1506 R.T.N.U. 157 (entrée en vigueur : 11 octobre 1986). Voir aussi *Convention sur la pollution atmosphérique transfrontalière à longue distance*, 13 novembre 1979, 1302 R.T.N.U. 217 (entrée en vigueur : 16 mars 1983); *Protocole à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif au financement à long terme du programme concerté de surveillance continue et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe (EMEP)*, 28 septembre 1984, 1491 R.T.N.U. 167 (entrée en vigueur : 28 janvier 1988) (un *trust fund* semblable, administré par le secrétariat de l'ONU à New York, a été établi pour la *Convention* principalement pour le financement des coûts administratifs internationaux de l'EMEP, selon les termes du *Protocole*). Voir Sand, « Carrots », *supra* note 1 à la p. 374. Depuis 1998, le PNUE sépare les informations financières afférentes aux *trust funds* liés directement à ses programmes de travail (69 *trust funds*, en 2006) des autres fonds (c'est-à-dire des fonds conventionnels), ces derniers étant gérés par des organes indépendants. Voir en ligne : Programme des Nations unies pour l'environnement <<http://www.unep.org/french>>.

*appauvrissent la couche d'ozone*<sup>181</sup>, et le fonds pour l'assistance technique bilatérale au sein de la *Convention de Bâle*<sup>182</sup>.

L'établissement desdits fonds conventionnels avait pour but de déplacer le fardeau des traités du fonds principal du PNUE vers les pays membres des traités concernés. Cette stratégie a eu pour résultat désiré de rendre les conventions financièrement autosuffisantes. En revanche, un effet secondaire important a pu être constaté, à savoir une reconnaissance croissante de la nécessité d'octroyer un traitement spécial en faveur des PED visant à leur permettre de participer plus équitablement aux négociations et à la gouvernance des traités, soit en leur accordant des subventions provenant du budget régulier du traité, soit en établissant des fonds distincts avec le seul propos de soutenir leur participation<sup>183</sup>. Faisant également partie de la catégorie des fonds à contributions volontaires, nous pouvons mentionner le Fonds de conservation des zones humides de la *Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau*<sup>184</sup>, destiné dans un premier temps aux PED parties à la Convention, et depuis 1990, à tous les États inscrits sur la liste établie par le Comité d'aide au développement de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), ayant changé d'appellation pour devenir le « Fonds Ramsar de petites subventions pour la conservation et l'utilisation rationnelle des zones humides »<sup>185</sup>.

D'autres fonds distribuent des ressources financières sous la forme de compensations pour les dommages causés à l'environnement. Dans cette catégorie, rentrent les Fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures<sup>186</sup> (le Fonds de 1971, le Fonds de 1992 et le Fonds complémentaire), sous les auspices de l'Organisation maritime internationale (OMI)<sup>187</sup>, conformément à la *Convention de Bruxelles*<sup>188</sup>, conclue en 1971. De même,

<sup>181</sup> *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 16 septembre 1987, 1522 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1989). [*Protocole de Montréal*]

<sup>182</sup> *Convention de Bâle*, *supra* note 180.

<sup>183</sup> Sand, « Trusts », *supra* note 144 à la p. 173.

<sup>184</sup> *Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau*, 2 février 1971, 996 R.T.N.U. 245 (entrée en vigueur : 21 décembre 1975) [*Convention de Ramsar*].

<sup>185</sup> Vanessa Richard, « Le financement international de la mise en œuvre des conventions environnementales » dans Sandrine Maljean-Dubois, dir., *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, Paris, Documentation française, 2002, 455 aux pp. 457-458 [Maljean-Dubois, *Outil économique*].

<sup>186</sup> Voir la description de fonds nord-américains analogues, le *Superfund* et l'OSLTF, au texte correspondant aux notes 115 et 116.

<sup>187</sup> Dans le cadre régional, nous pouvons mentionner une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relative à la mise en place d'un fonds d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures dans les eaux européennes. Cependant, il faut remarquer que les fonds européens ne prennent pas nécessairement la forme de *trust funds*. À ce sujet, voir *supra* note 141. En tout cas, l'Union européenne (UE) a déjà établi une série de fonds à buts environnementaux directs ou indirects, comme l'Instrument financier pour l'environnement (LIFE) et un instrument financier de cohésion. Les deux instruments complètent les activités des fonds structurels de l'UE, de la Banque européenne d'investissement (BEI) et des fonds consacrés à l'Europe centrale et occidentale dans le cadre de plusieurs programmes comme celui de la Pologne-Hongrie : l'Assistance à la reconstruction des économies (PHARE), qui concerne à l'heure actuelle onze États de l'Europe centrale et de l'est

la *Convention de Bâle* de 1989 permet aux parties de décider de l'établissement d'un fonds renouvelable à être utilisé en cas d'urgence pour réduire au minimum les dommages causés par des accidents concernant les mouvements transfrontaliers et l'élimination des déchets dangereux<sup>189</sup>.

Au début de la décennie 1990, face à une reconnaissance croissante de la part de la communauté internationale de la nécessité de financer l'adhésion des PED aux instruments environnementaux internationaux et, plus généralement, à des paramètres plus élevés de protection environnementale<sup>190</sup>, trois nouveaux *trust funds* ont été créés, les trois impliquant la participation de la Banque mondiale : le Fonds fiduciaire pour les forêts humides<sup>191</sup>, destiné à financer un programme pilote pour la conservation de l'Amazonie brésilienne et les forêts tropicales atlantiques; un fonds multilatéral provisoire, consacré à la mise en œuvre du *Protocole de Montréal*; et le Fonds d'affectation pour l'environnement mondial (FAEM)<sup>192</sup>. Ces initiatives partageaient un trait juridique distinctif : plutôt que d'établir de nouvelles organisations internationales pour donner suite à de nouveaux engagements financiers, elles ont envisagé l'utilisation du mécanisme du *trust fund*, ayant une organisation internationale déjà existante comme *trustee*. L'un de ces fonds, le FAEM, était l'embryon du FEM, la plus importante source individuelle de financement des projets et programmes destinés à promouvoir des bénéfices environnementaux globaux dans les PED et en transition.

#### b) *Le FEM*

La publication du rapport « Notre avenir à tous » par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (connue sous le nom de la

---

(PECO), TACIS (*Technical Assistance for the Commonwealth of Independent States and Georgia*) et CARDIS (*Community Assistance for Reconstruction, Democratization and Stabilization*). Voir Nathalie Thomé, « Les financements communautaires et la protection de l'environnement » dans Maljean-Dubois, *Outil économique*, supra note 185 aux pp. 469 et s. Voir aussi l'information disponible en ligne : EUROPA – Le site web officiel de l'Union européenne <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/environment/water\\_protection\\_management/124238\\_fr.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/environment/water_protection_management/124238_fr.htm)>.

<sup>188</sup> *Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, 18 décembre 1971, 1110 R.T.N.U. 57 (entrée en vigueur : 16 octobre 1978) [*Convention de Bruxelles*].

<sup>189</sup> Sand, « Carrots », supra note 1 aux pp. 223-224.

<sup>190</sup> Voir Peter H. Sand, « The Potential Impact of the Global Environment Facility of the World Bank, UNDP and UNEP » dans Rüdiger Wolfrum, dir., *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?*, Berlin, Springer, 1996, 479 (dans ce sens, Peter H. Sand a écrit : « the linkage between new commitments and 'new and additional resources' for developing countries is rapidly becoming a standard formula in environmental treaty-making in recognition of North-South gaps in financial capacity for treaty compliance and in deference to the 'common but differentiated responsibilities' of treaty parties » à la p. 481).

<sup>191</sup> Connue aussi par sa dénomination en anglais *Rain Forest Trust Fund* (RTF), il a été établi par la Résolution n°. 92-2 du Conseil d'administration de la Banque mondiale, adoptée le 24 mars 1992. La résolution a été citée dans l'ouvrage de Peter H. Sand, « Carrots without Sticks? New Financial Mechanisms for Global Environmental Agreements » (1999) 3 *Max Planck Y. B. U. N. L.* 363 à la p. 371.

<sup>192</sup> Connue aussi par sa dénomination en anglais, *Global Environment Trust Fund* – GET.

« Commission Brundtland »<sup>193</sup>), en 1987, a été un événement décisif pour la création du FEM. Le rapport contenait des propositions d'actions dans les contextes normatif, institutionnel et économique visant à combattre la dégradation de l'environnement. Il formalisait également la préoccupation croissante de la société internationale envers l'absence de financement pour les questions environnementales globales. Ainsi, parmi ses conclusions, figurait la recommandation suivante:

Pour mobiliser et soutenir des investissements dans des projets et des stratégies nationales de conservation susceptibles d'améliorer la base de ressources disponibles pour le développement, *on devrait songer sérieusement à créer un programme ou un organe bancaire spécial à vocation internationale*, lié à la Banque mondiale. Un tel programme ou organe bancaire spécialisé dans la conservation pourrait accorder des prêts et faciliter des arrangements de cofinancement pour la mise en valeur et la protection d'habitats et d'écosystèmes particulièrement exposés, notamment ceux qui ont une importance sur le plan international, initiatives qui viendraient compléter les efforts déployés par les agences d'aide bilatérale, les institutions financières multilatérales et les banques commerciales [Nos italiques].<sup>194</sup>

Diverses initiatives ont suivi la publication de ce rapport : le *World Resources Institute* (WRI) a proposé la constitution d'un fonds international destiné à financer le coût des actions de conservation environnementale dans les PED; certaines organisations non gouvernementales (ONG) ont soutenu la mise en oeuvre d'échanges dette-nature; le premier ministre de l'Inde a suggéré la création d'un « fonds vert » qui permettrait le transfert de technologies respectueuses de l'environnement aux PED (« *Planet Protection Fund* »)<sup>195</sup>, entre autres<sup>196</sup>. Mais c'était la France qui a vraiment fait avancer la création du FEM, en annonçant un don de neuf cents millions de francs (ce qui correspondait à environ cent millions

---

<sup>193</sup> La Commission est devenue connue sous le nom de sa présidente, M<sup>me</sup> Gro Harlem Brundtland, première ministre de la Norvège, à l'époque. Elle a été instituée par l'Assemblée générale des Nations unies dû à la croissante préoccupation relative à la détérioration de l'environnement humain et des ressources naturelles et les implications pour le développement économique et social.

<sup>194</sup> Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, Éditions du Fleuve, Les publications du Québec, 1988, <<http://www.agora21.org/international/fonds-documentaire/information/acces-a-linformation/notre-avenir-a-tous.html>>.

<sup>195</sup> Laurence Boisson de Chazournes, « Le fonds pour l'environnement mondial : recherche et conquête de son identité » (1995) 41 A.F.D.I. 612 aux pp. 613 et s. [Boisson de Chazournes, « Fonds pour l'environnement mondial »].

<sup>196</sup> Voir Jacob Werksman, « Consolidating Governance of the Global Commons: Insights from the Global Environment Facility » (1995) 6 Y.B. Int'l Env. L. 27 (par exemple, Maurice Strong, président de la Fédération mondiale des associations pour les Nations unies, en remarquant le rapport entre les principes de gestion globale du Conseil de tutelle des Nations unies et le besoin d'une gestion soigneuse des biens publics globaux, a proposé le fonctionnement du Conseil comme un « forum où les nations du monde pourraient exercer leur *trusteeship* pour l'intégrité des systèmes planétaires... aussi bien que pour les biens publics globaux [Notre traduction] » à la p. 36).

de dollars<sup>197</sup>), dans une période de trois ans, en faveur d'un fonds constitué de contributions volontaires dont la gestion fut confiée à la Banque mondiale<sup>198</sup>.

La proposition française a été appuyée par l'Allemagne<sup>199</sup> et le nouveau fonds a fini par recevoir le soutien de trente États, le total de contributions dépassant huit cents millions de dollars. Ainsi, en mars 1991, la Banque mondiale a adopté la résolution n° 91-5<sup>200</sup> établissant le FAEM, pour une phase pilote de trois ans. La résolution a été complétée, le 28 octobre 1991, par des accords tripartites passés entre le PNUD, le PNUE et la Banque mondiale établissant la coopération opérationnelle des trois institutions visant la mise en œuvre du nouveau fonds. Ainsi, entre juillet 1991 et juillet 1994, le FEM a fonctionné comme un mécanisme pilote (en tant que FAEM) au sein de la Banque mondiale<sup>201</sup>, intervenant dans quatre domaines environnementaux : le réchauffement climatique, la protection de la biodiversité, les eaux internationales et la couche d'ozone.

Sous le couvert de la même résolution portant création du FAEM, la Banque mondiale a établi un deuxième *trust fund*, celui-ci consacré à un seul traité environnemental, le *Protocole de Montréal*. Les parties au protocole avaient accepté lors de leur réunion de Londres en 1990, d'installer un fonds multilatéral provisoire, additionnel aux *trust funds* conventionnels du PNUE, pour financer les coûts incriminaux engagés par les PED et pour être en conformité avec l'objectif d'élimination progressive des substances appauvrissant la couche d'ozone. La Banque mondiale, le PNUD et le PNUE se sont mis d'accord pour assister la mise en œuvre du nouveau fonds. En juillet 1991, la Banque mondiale a signé un accord bilatéral avec le comité exécutif du *Protocole de Montréal* visant à intégrer les ressources provenant du fonds multilatéral provisoire au Fonds fiduciaire sur l'ozone<sup>202</sup>, qui avait la Banque mondiale comme *trustee*. En effet, l'un des traits caractéristiques de ce fonds était son application dans un cadre juridique particulier, car il appartenait à la conférence des parties au *Protocole de Montréal* de déterminer l'affectation des ressources. Cette caractéristique a été peu après incorporée par le FEM.

<sup>197</sup> Pierre Bérégovoy, Ministre de l'Économie et des finances de la France, Déclaration à l'Assemblée annuelle des Conseils des gouverneurs de la Banque mondiale, Washington, le 26 septembre 1989. Cette déclaration a été citée dans l'ouvrage de Helen Sjöberg, « From idea to reality: the creation of the Global Environment Facility », GEF Working Paper n° 10, Washington, DC, October 1994 à la p. 15.

<sup>198</sup> Voir Helen Sjöberg, « The Global Environment Facility » dans Jacob Werksman, dir., *Greening International Institutions*, Londres, Earthscan Publications Limited, 1996, 148 (selon l'auteure, « the viability of the French initiative was enhanced by a number of distinctive features. Without a doubt, the audacious move of putting money on the table before the purpose was specified had a decisive effect » à la p. 150).

<sup>199</sup> Helen Sjöberg, « From idea to reality: the creation of the Global Environment Facility », GEF Working Paper n° 10, Washington, DC, October 1994, p. 16.

<sup>200</sup> Résolution n° 91-5 du Conseil d'administration de la Banque mondiale, adoptée le 14 mars 1991. La résolution a été citée dans l'ouvrage de Helen Sjöberg, « Restructuring the Global Environment Facility », GEF Working Paper n° 13, Washington, DC, September 1999 à la p. 8.

<sup>201</sup> Plus précisément, la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD).

<sup>202</sup> Connue aussi par sa dénomination anglaise, *Ozone Projects Trust Fund* (OTF).

Ensuite, durant les réunions préparatoires à la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement (Rio 92)<sup>203</sup>, les pays ont démarré les discussions concernant l'évaluation, la réorganisation et la conversion du FAEM en mécanisme permanent, ce qui supposait l'obligation de reconstitution périodique de sa caisse. Durant ces négociations, les PED ont revendiqué l'application des principes de l'universalité et de la transparence à la gestion du nouveau mécanisme; le renforcement de son budget par les pays industrialisés avec des ressources nouvelles et supplémentaires par rapport aux aides financières préexistantes; et l'élargissement de ses domaines d'intervention<sup>204</sup>. Ainsi, en juillet 1994, le Fonds a été restructuré et est devenu un mécanisme financier permanent. Le FEM restructuré n'est pas le résultat de la conclusion d'un traité international ou d'un accord entre organisations internationales. En fait, il a été créé en deux moments distincts et complémentaires. D'abord, à travers la signature de l'*Instrument pour la restructuration du Fonds pour l'environnement mondial*<sup>205</sup> par les représentants des États présents à la réunion qui a clos la phase de négociations, réalisée à Genève en mars 1994. Ensuite, avec l'adoption de l'*Instrument* par les Agences d'implémentation, c'est-à-dire, les institutions chargées de la mise en oeuvre des programmes et projets du FEM depuis sa phase pilote : le PNUD, le PNUE et la Banque mondiale, cette dernière figurant aussi comme le *trustee* du FEM.

Dû à sa qualité de *trustee* et à l'absence de personnalité juridique de droit international du Fonds, il appartient à la Banque mondiale de conclure les accords internationaux au nom du FEM. Cette procédure se déroule en deux étapes, car la formalisation par la Banque mondiale ne peut se produire qu'après l'approbation du contenu des accords par certains organes institutionnels du Fonds. Le FEM en compte cinq : l'Assemblée, le Conseil, le Secrétariat, le groupe consultatif scientifique et technique et l'organe indépendant d'évaluation.

Depuis sa création, le Fonds a vu son mandat de plus en plus élargi. Aujourd'hui, le FEM est le mécanisme financier officiel des principales conventions environnementales à vocation universelle, à savoir la *Convention sur la diversité biologique*<sup>206</sup> (CDB), la *Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques*<sup>207</sup> (CCCC), la *Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants*<sup>208</sup> et la *Convention internationale de lutte contre la désertification*<sup>209</sup>

<sup>203</sup> La Conférence a eu lieu à Rio de Janeiro (Brésil) en juin 1992.

<sup>204</sup> Boisson de Chazournes, « Fonds pour l'environnement mondial », *supra* note 195 aux pp. 617 et s.

<sup>205</sup> *Instrument pour la restructuration du Fonds pour l'environnement mondial*, En ligne : Fonds pour l'environnement mondial <[http://www.gefweb.org/Outreach/outreach-publications/gef\\_Instrument\\_FRENCH.pdf](http://www.gefweb.org/Outreach/outreach-publications/gef_Instrument_FRENCH.pdf)> (entrée en vigueur : 7 juillet 1994, modifié le 19 juin 2003) [*Instrument*].

<sup>206</sup> *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993).

<sup>207</sup> *Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques*, 9 mai 1992, 1771 R.T.N.U. 107 (entrée en vigueur : 21 mars 1994). Dans le cadre de la CCCC, trois nouveaux *trust funds* ont été établis, les trois sous l'égide du FEM : le fonds spécial pour les changements climatiques, le fonds pour les pays moins avancés et le fonds d'adaptation.

<sup>208</sup> *Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants*, 22 mai 2001, 40 I.L.M. 532 (entrée en vigueur : 17 mai 2004).

(CCD). Le FEM intervient aussi dans le cadre du *Protocole de Montréal* et des accords régionaux et internationaux de lutte à la dégradation des eaux internationales. Le FEM joue également un rôle important d'appui aux PED en ce qui concerne la mise en oeuvre des activités prévues dans le programme Action 21 (le programme adopté par les gouvernements à la Conférence Rio 92)<sup>210</sup>.

Étant donné que le FEM a pour but de « faciliter la protection de l'environnement *mondial* et de promouvoir par là-même un développement économique écologiquement rationnel et *durable* [Nos italiques] »<sup>211</sup>, force est de constater que les bénéfices résultant des actions financées avec ses ressources dépassent de loin les seuls PED, en tant que destinataires directs des aides financières du Fonds, mais s'étendent aussi bien dans l'espace que dans le temps, en touchant l'ensemble de la communauté internationale et les générations futures<sup>212</sup>.

Une question intéressante à propos du FEM, en particulier, et des fonds environnementaux internationaux portant la dénomination « *trust fund* », en général, est celle de savoir s'ils jouent le rôle d'un véritable *trust*. Cette question se pose puisque certains fonds, même en ayant été établis dans le cadre des règlements financiers de l'ONU, seraient peut-être mieux définis par leur désignation officielle en français, fonds d'affectation spéciale (ce qui, en anglais, ne correspond pas nécessairement à « *trust fund* », mais éventuellement à « *earmarked fund* »)<sup>213</sup>. D'ailleurs, en repassant les contributions des donateurs aux secrétariats de conventions, avec très peu de discrétion et pouvoir de contrôle, on peut à peine affirmer que l'administrateur desdits fonds agit comme un *trustee*. Son rôle est plutôt comparable à celui d'un agent financier, chargé tout simplement de repasser les contributions financières à leurs destinations respectives<sup>214</sup>.

Ainsi, dans le cas du FEM, il nous semble opportun de vérifier si les six principes qui, selon Joseph Gold, « *have been recognized so far by the IMF as fundamental in the law of trusts* »<sup>215</sup> ont été reproduits dans l'Annexe B<sup>216</sup> de l'*Instrument* du FEM. Néanmoins, il faut remarquer ici que bien que la *Convention de La Haye* de 1985 soit plus récente et « hiérarchiquement supérieure » auxdits

<sup>209</sup> *Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique*, 14 octobre 1994, 1954 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 26 décembre 1996) [*Convention internationale de lutte contre la désertification*].

<sup>210</sup> Voir Sandrine Maljean-Dubois, *La protection internationale des oiseaux sauvages*, thèse de doctorat en droit, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 1996 [non-publiée] (selon l'auteure, le FEM a été « destiné notamment à permettre le financement de projets dans des domaines où aucun accord international n'avait été négocié. Il avait donc vocation à combler des lacunes » à la p. 399).

<sup>211</sup> *Instrument*, *supra* note 205, préambule, al. a.

<sup>212</sup> Voir Laurence Boisson de Chazournes, *The Global Environment Facility as a Pioneering Institution : Lessons Learned and Looking Ahead*, Working Paper, vol. 19, Washington D.C., Global Environment Facility, 2003 [Boisson de Chazournes, *The Global Environment Facility*] (selon les mots de l'auteure : « *there are, in fact, two beneficiaries of this 'trust': the environment is to be preserved in the interests of the international community as a whole (an obligation relating to space), and also for the future generations (a temporal obligation)* » à la p. 4).

<sup>213</sup> Voir la section II A. 2.a), ci-dessus, à propos des fonds d'affectation spéciale.

<sup>214</sup> Sand, « *Trusts* », *supra* note 144 à la p. 174.

<sup>215</sup> Voir Gold, *supra* note 164, à la p. 862.

<sup>216</sup> *Instrument*, *supra* note 205, Annexe B.

principes, nous estimons plus appropriée l'utilisation de ces derniers en tant que paramètres dans la mesure où cette convention est plutôt destinée à l'établissement de la loi applicable aux différents types de *trust* dans le cadre du droit international privé, tandis que les principes généraux du FMI ont été spécialement conçus dans le but de définir les traits caractéristiques des *trust funds* sur le plan international.

Les principes généraux du FMI sont les suivants<sup>217</sup> :

**(i) Le trustee doit garder la propriété du trust séparée de sa propriété personnelle et de la propriété d'autres trusts, et doit affecter cette propriété au trust, sauf si la loi ou les termes du trust en disposent autrement.**<sup>218</sup>

Selon le paragraphe 1 de l'Annexe B de l'*Instrument*, la Banque mondiale, en tant que propriétaire légale, détient les fonds, biens et encaissements qui constituent la caisse du FEM, et elle les gère et les utilise conformément aux dispositions de l'*Instrument* et à leur seule fin en les conservant séparément de tous ses autres comptes et biens ou de ceux qui sont gérés par celle-ci.

**(ii) Le trust n'est pas une personne morale sujet de droits et d'obligations.**<sup>219</sup>

Le FEM n'a pas de personnalité juridique de droit international. Le paragraphe 7 de l'Annexe B de l'*Instrument* prévoit qu'il appartient à la Banque mondiale de conclure tout arrangement ou accord au nom du Fonds, en conformité avec l'*Instrument* du FEM et moyennant l'approbation préalable du Conseil dans le cas des engagements conclus avec les conférences des parties aux conventions environnementales.

**(iii) Le trustee, en exerçant ses fonctions, ne peut pas passer des engagements avec soi-même.**<sup>220</sup>

Il n'y a aucune disposition dans l'Annexe B de l'*Instrument* qui défend la Banque mondiale de passer des engagements avec soi-même. Cela peut s'expliquer du fait que, dans le cas du FEM, la Banque mondiale cumule deux fonctions distinctes : celle de *trustee* et celle d'agent d'exécution des programmes et projets financés avec les ressources du Fonds. Par conséquent, nous pouvons estimer que bien souvent la Banque mondiale, en tant que « *trustee* », est tenue de passer des accords et de transférer des fonds à la Banque mondiale « agent d'exécution ». Pourtant, le paragraphe 7 de l'Annexe B de l'*Instrument* prévoit que les arrangements ou accords conclus par le *trustee* au nom du FEM doivent être conformes aux fins et

<sup>217</sup> Pour une question de méthodologie, nous avons changé la numérotation originelle, en commençant notre analyse par le deuxième principe.

<sup>218</sup> Gold, *supra* note 164 à la p. 863.

<sup>219</sup> *Ibid* à la p. 864.

<sup>220</sup> *Ibid.* à la p. 864.



modalités de l'*Instrument*. En outre, selon le paragraphe 2, la Banque mondiale doit rendre compte au Conseil de la façon dont elle s'acquitte de ses responsabilités fiduciaires. Ces normes se destinent à mettre en œuvre un mécanisme de « *balances and checks* », en évitant des conflits d'intérêts potentiels lorsque la Banque mondiale remplit sa double fonction au sein du FEM, notamment en considérant que le Conseil du FEM est formé de représentants des pays donateurs et bénéficiaires, avec une procédure de prise de décisions innovatrice et équilibrée<sup>221</sup>.

**(iv) Le trustee doit gérer le trust dans le seul intérêt du bénéficiaire (« le berger ne doit pas se transformer en loup »).**<sup>222</sup>

À l'exception du paragraphe 2 dont nous venons de mentionner, les paragraphes 3 et 6 de l'Annexe B de l'*Instrument* contiennent de normes visant à protéger les droits et intérêts des bénéficiaires<sup>223</sup>. Le paragraphe 3 prévoit que le *trustee* est censé gérer la caisse du Fonds conformément à l'*Instrument* du FEM et aux décisions du Conseil, étant lié par les dispositions applicables de ses statuts, règlements, règles et décisions. À son tour, le paragraphe 6 prévoit que tous les montants pour lesquels le *trustee* est autorisé à prendre des engagements ou à effectuer des versements, comme le prévoit l'*Instrument*, doivent être utilisés en fonction du programme de travail définissant les activités du Fonds préalablement approuvé par le Conseil. Les montants pour lesquels la Banque mondiale est autorisée à effectuer des transferts aux agents d'exécution ou à tout organisme d'exécution sont transférés comme convenu par le *trustee* et le bénéficiaire du transfert.

Il faut aussi souligner que, outre la protection accordée par les dispositions de l'Annexe B de l'*Instrument*, les bénéficiaires peuvent également avoir recours au Panel d'inspection de la Banque mondiale, dans les cas des projets financés par le FEM dont la Banque figure comme agent d'exécution<sup>224</sup>. Le Panel d'inspection a été

<sup>221</sup> Selon le paragraphe 25 de l'*Instrument* du FEM, l'Assemblée et le Conseil prennent leurs décisions par consensus. Dans le cas du Conseil, si, lors de l'examen d'une question de fond, le Conseil et son président ont fait tout leur possible et qu'aucun consensus ne semble réalisable, tout membre du Conseil peut demander que l'on procède à un vote officiel. Sauf dans les cas où l'*Instrument* en dispose autrement, les décisions nécessitant un vote officiel du Conseil sont prises à une double majorité pondérée, à savoir une majorité de 60 % du nombre total de participants et une majorité de 60 % du montant total des contributions.

<sup>222</sup> Gold, *supra* note 164 aux pp. 864-865.

<sup>223</sup> Voir Boisson de Chazournes, *The Global Environment Facility*, *supra* note 212 (en ce qui concerne la protection des droits des bénéficiaires dans le cadre du FEM, Laurence Boisson de Chazournes observe que: « *a question that arises, however, is one of potential conflicts of interest and impartiality in decision-making. [...] In this context, institutions such as the GEF or other trust-based institutions, premised on a fiduciary principle, are a particularly appropriate means of avoiding both bias and indeed, allegations of bias. This is because control of finances rests with a third party, the World Bank, who is under an obligation to act in the interest of beneficiaries – not the donors* » à la p. 20).

<sup>224</sup> Voir Laurence Boisson de Chazournes, « Public Participation in Decision Making : the World Bank Inspection Panel » dans Edith Brown Weiss, Andres Rigo Sureda et Laurence Boisson de Chazournes, dir., *The World Bank, International Financial Institutions, and the Development of International Law*, Studies in Transnational Legal Policy No. 31, Washington D.C., American Society of International Law, 1999, (selon Laurence Boisson de Chazournes, « *the grants provided by the Global Environment Facility (GEF) and for which the Bank is an implementing agency also fall under the jurisdiction of the*

établi<sup>225</sup> comme une instance indépendante au sein de la Banque mondiale, chargé d'examiner des plaintes de personnes directement affectées – ou susceptibles d'être affectées – par les projets financés par la BIRD ou l'Agence internationale pour le développement (AID)<sup>226</sup>, et dont le préjudice actuel ou potentiel résulte d'une méconnaissance, par l'une ou l'autre de ces agences, de ses politiques et procédures opérationnelles<sup>227</sup>. En somme,

la procédure du Panel d'inspection permet à des groupes de personnes affectés par un projet financé par la Banque<sup>228</sup> de saisir le Panel pour demander à l'Organisation d'évaluer, voire d'ajuster son propre comportement. Le Panel décide de la recevabilité de la plainte ainsi que de l'opportunité de demander ou non aux administrateurs l'autorisation de conduire une enquête portant sur les agissements de la Banque au regard de ses politiques opérationnelles. En cas d'inspection, la Banque peut être amenée à mettre en oeuvre un plan d'action pour remédier aux situations litigieuses.<sup>229</sup>

---

*Inspection Panel* » à la p. 90). Jusqu'en janvier 2010, le Panel d'inspection avait examiné quatre plaintes concernant des projets financés avec des ressources du FEM : le projet *Ecodevelopment* en Inde (n° RQ98/1), le projet *Indigenous and Community Biodiversity* (COINBIO) au Mexique (n° RQ04/1), le projet *Paraná Biodiversity* (n° RQ06/04) au Brésil et le Projet *Lima Transport Project* (n° RQ09/09) au Pérou. Voir l'information disponible en ligne : Banque mondiale <<http://www.worldbank.org/inspectionpanel>>.

<sup>225</sup> Résolution n°. BIRD 93-10 et Résolution AID n°. 93-6, adoptées le 22 septembre 1993 et amendées en 1996 et 1999. Le texte des résolutions est disponible sur : <<http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPCTIONPANEL/Resourses/ResolutionFrench.pdf>>.

<sup>226</sup> Le groupe de la Banque mondiale est constitué de la BIRD, de l'AID, de la Société financière internationale (SFI), de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) et du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

<sup>227</sup> Voir para. 12 des résolutions BIRD n°. 93-10 et AID n°. 93-6. Voir aussi Ibrahim F. I. Shihata, *The World Bank in a Changing World*, vol. 3, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000 (Selon l'auteur, « *the creation of the Panel has provided private parties with a direct legal access to an international legal forum where they can submit their complaints and see them addressed in a process previously known to them, with prompt disclosure of information upon the Board's consideration of each action. This is a progressive step in the development of both the law of international organizations and the international law of human rights* » à la p. 601).

<sup>228</sup> Selon le paragraphe 4 du règlement du Panel, la liste de personnes ayant la possibilité de s'adresser à celui-ci inclut : « (a) tout groupe d'au moins deux personnes où est exécuté le projet financé par la Banque, qui considèrent que, par suite d'une violation des règles et procédures de la Banque, leurs droits ou leurs intérêts ont été, ou risquent d'être lésés de façon directe, et substantielle. Il peut s'agir d'une organisation, d'une association, d'une société ou de tout autre groupement de personnes; (b) un représentant local dûment mandaté, agissant en instruction expresse des personnes lésées; (c) dans certains cas exceptionnels (s'il n'existe pas de représentant adéquat dans le pays où le projet est exécuté) un représentant étranger agissant au nom des personnes lésées; ou (d) un Administrateur de la Banque dans certains cas où il y aurait une violation grave des règles et procédures de la Banque ». Panel d'inspection de la Banque mondiale, Règlement adopté le 19 août 1994. Texte disponible sur <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPCTIONPANEL/0,,contentMDK:20175167~menuPK:64129254~pagePK:64129751~piPK:64128378~theSitePK:380794,00.html>>.

<sup>229</sup> Laurence Boisson de Chazournes, « Le panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international » (2001) 105 R.G.D.I.P. 145 aux pp. 151 et s. Voir aussi Vanessa Richard, « La participation des acteurs non-étatiques dans le système institutionnel de la Banque mondiale : Le rôle du Panel d'inspection et du Médiateur-Conseil 1er en observance » dans Laurence Boisson de Chazournes et Rostane Mehdi, dir., *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 141 aux pp. 141-158.

**(v) En exerçant ses fonctions, le trustee doit agir avec compétence et diligence raisonnables et éviter des risques peu raisonnables.<sup>230</sup>**

Le paragraphe 5 de l'Annexe B de l'*Instrument* prévoit que la Banque mondiale doit apporter le même soin à l'exercice de ses fonctions comme *trustee* qu'à la gestion de ses propres affaires et elle n'est tenue responsable de rien d'autre à cet égard. À cette fin, elle assure, dans les meilleures conditions possibles d'économie et d'efficacité, le placement et le décaissement des fonds de la caisse du FEM conformément à ses règles internes et aux décisions du Conseil. En outre, selon le paragraphe 9, le *trustee* doit prendre toutes les dispositions nécessaires pour éviter de prendre au nom du FEM des engagements supérieurs aux ressources dont la caisse du Fonds dispose. Pour veiller à ce que les ressources de la caisse du Fonds soient utilisées conformément à l'*Instrument* du FEM et aux décisions prises par le Conseil, le paragraphe 11 prévoit que le *trustee* doit œuvrer avec les Agents d'exécution et le Directeur général du Fonds pour dissiper toute préoccupation qu'il peut avoir quant à d'éventuelles disparités entre les utilisations des ressources de la caisse et lesdits *Instrument* et décisions. Le Directeur général informe le Conseil de toute préoccupation qui n' pas été dissipée de manière satisfaisante. Dans les cas où le Conseil ou le *trustee* sont d'avis qu'il y a une disparité entre les décisions du Conseil et les règles internes du *trustee*, le paragraphe 12 de l'Annexe B de l'*Instrument* prévoit que le Conseil et la Banque mondiale se consultent afin de l'éliminer.

**(vi) Les droits de propriété des biens du trust sont divisés entre le trustee et le bénéficiaire ou bénéficiaires.<sup>231</sup>**

Le paragraphe 1 de l'Annexe B de l'*Instrument* indique clairement que la Banque mondiale est la propriétaire légale des fonds, biens et encaissements qui constituent la caisse du FEM. Bien que le partage de la propriété des biens du *trust* soit la caractéristique principale – et la plus remarquable – de l'institution du *trust*, l'*Instrument* du FEM ne fait aucune référence *expresse* à la division des droits de propriété sur la caisse du Fonds entre la Banque mondiale et les parties bénéficiaires.

Finalement, on peut constater que, à l'exception du concept de division de la propriété des biens du *trust* entre le *trustee* et les bénéficiaires, le reste des principes généraux du FMI correspondent à la pratique de la Banque mondiale en tant que *trustee* du FEM. Ces principes sont reflétés, au moins partiellement, dans les dispositions de l'*Instrument* du FEM et dans les politiques et procédures opérationnelles de la Banque<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> Gold, *supra* note 164 à la p. 865.

<sup>231</sup> Voir Gold, *supra* note 164 à la p. 863.

<sup>232</sup> Wehli, *supra* note 65 aux pp. 179-180.

\* \* \*

L'institution du *trust* est une notion fondamentale de la *common law*, qui permet aux propriétaires de transférer la propriété de biens à un *trustee*, pour qu'il les gère dans l'intérêt d'un tiers, le bénéficiaire. Cette notion trouve ses origines dans le droit anglais du Moyen Âge, ayant été conçue, initialement sous la forme d'une institution appelée *use*, pour soulager les détenteurs de terres de certaines impositions féodales, ainsi que pour augmenter la gamme de possibilités de transmission de biens d'une génération à l'autre. Dans la mesure où l'Angleterre est passée d'une société essentiellement agricole à une société où la richesse provenant des activités commerciales, industrielles et financières est devenue prédominante, le *use* médiéval a évolué vers la notion moderne de *trust*.

Étant un concept qui s'est développé empiriquement, le *trust* ne se prête pas aux définitions. En fait, même les juristes anglo-saxons éprouvent des difficultés à le définir, ainsi qu'à déterminer sa nature juridique. D'ailleurs, pour que l'on arrive à cerner un tel concept, il semble nécessaire de définir ses caractéristiques principales, qui se révèlent dans la mesure où le *trust* permet une gestion efficace des biens qui lui sont affectés, en promouvant un double prolongement de la propriété. D'une part, ce dernier concerne la nature et l'éventail des propriétaires, car le *trust* donne origine à un démembrement du droit de propriété, permettant le partage d'un tel droit entre certaines de ses parties. D'autre part, ce prolongement s'explique du fait qu'avec l'apparition des *trust funds*, la notion de ce qui peut faire l'objet de la propriété du *trust* a aussi été prolongée.

Ce double prolongement favorise la gestion de la propriété, faisant ressortir d'autres caractéristiques importantes de l'institution du *trust*, telles que les traits de flexibilité et de sécurité, qui rendent possible l'optimisation de l'exploitation du potentiel économique des biens, ainsi que l'établissement de mécanismes efficaces pour la responsabilisation des *trustees* et la protection des droits des bénéficiaires. Grâce à ces caractéristiques, le *trust* peut être utilisé de différentes façons dans plusieurs secteurs de l'activité économique, ayant franchi les frontières de la législation nationale des pays de *common law* pour pénétrer dans le droit des pays à traditions juridiques distinctes, ainsi que dans le domaine du droit international. Sa présence est particulièrement importante tant en droit international privé, dû à l'internationalisation des relations entre les particuliers (notamment dans le domaine commercial et financier) qu'en droit international public, en raison de la multiplication des initiatives de gouvernance et de solidarité au niveau international.

Dans ce contexte et compte tenu de l'accroissement de l'attention accordée par la société internationale à la question environnementale au cours des dernières décennies, plusieurs *trust funds* environnementaux ont été créés sur le plan international, parmi lesquels le FEM joue le rôle le plus important. Bien qu'il n'existe pas un corps de règles bien définies portant sur la création des *trust funds* internationaux, certains principes généraux peuvent être inférés de la pratique des organisations internationales, notamment ceux qui sont énoncés dans les accords du

FMI. Exception faite de la définition des traits caractéristiques les plus importants des *trust funds* internationaux, ces principes servent également à combler une lacune du droit international, en imposant des contraintes à l'actuation des *trustees*, à l'exemple du droit interne des pays de *common law*.

Ainsi, en ce qui concerne le FEM, sauf pour la division de la propriété des biens du *trust* entre le *trustee* et les bénéficiaires, le reste des principes généraux du FMI correspondent à la pratique de la Banque mondiale en tant que *trustee* dudit Fonds. Cela peut s'expliquer par le fait que la notion d'*equity*, avec les droits et les recours équitables par opposition aux droits et recours de *common law*, paraît impossible à transposer sur le plan international. Néanmoins, plutôt que d'établir un vrai partage des droits de propriété entre la Banque mondiale et les bénéficiaires à la manière du droit des anglo-saxons, le mécanisme du FEM entraîne un système de « *checks and balances* », en octroyant aux bénéficiaires le droit de contraindre la Banque à mettre en oeuvre les obligations établies dans l'Instrument du FEM.

En effet, dans la plupart des *trust funds* administrés par la Banque mondiale, la Banque est seulement responsable envers les donateurs des ressources financières; les bénéficiaires des *trusts* ne disposant donc pas de moyens pour la contraindre à agir dans leur intérêt. Cependant, la structure organisationnelle du FEM, avec un conseil formé des représentants des pays donateurs et bénéficiaires, permet, d'une certaine façon, à ces derniers d'imposer à la Banque mondiale son obligation fiduciaire de mettre en œuvre les objectifs inscrits dans l'Instrument du FEM dans le cas où cela s'avérerait nécessaire. Allant encore plus loin, l'établissement d'un panel d'inspection indépendant au sein de la Banque mondiale peut signifier que ce pouvoir pourrait même être étendu aux bénéficiaires indirects du FEM, c'est-à-dire, les membres de la communauté internationale autres que les PED et en transition, comme, par exemple, les collectivités locales et les ONG agissant dans l'intérêt des générations futures.

Bien que cela ne signifie pas que la propriété des ressources du FEM soit juridiquement partagée entre le *trustee* et les bénéficiaires finaux de la protection environnementale, le système introduit par le FEM semble correspondre à une reconnaissance plus large des droits des bénéficiaires sur les fonds, biens et encaissements qui constituent l'objet du FEM<sup>233</sup>, en accordant plus de légitimité à sa classification comme un *trust fund* international. Cependant, cette confirmation de la nature du FEM comme un *trust fund* international ne nous permet pas d'affirmer que son statut juridique correspond simplement à un fonds administré par un *trustee*. La complexité de sa structure institutionnelle, ainsi que les relations qu'il entretient avec plusieurs acteurs de la société internationale recommande une évaluation soignée de l'actuation du FEM comme institution internationale, pour que l'on arrive à identifier son véritable statut juridique. En fait, étant dépourvu de personnalité juridique, mais doté d'une structure institutionnelle indépendante, le FEM semble être placé à mi-chemin entre un *trust fund* et une véritable organisation internationale<sup>234</sup>. Apparemment, l'évolution de l'institution du *trust* n'est pas encore achevée.

<sup>233</sup> Sand, « Trusts », *supra* note 144 à la p. 180.

<sup>234</sup> Voir Sjöberg, *supra* note 198 (selon l'auteur: « *more than a trust fund, but less than a new institution, the GEF was a new breed on the international arena* » à la p. 151).