

Aldo Berlinguer est professeur titulaire de droit privé comparé de la Faculté de droit de l'Université de Cagliari, avocat en Italie.

Le trust ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique en Italie mais il est utilisé dans la pratique. Pourquoi ?

Une réglementation partielle existe : la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985. Le champ d'application de cette convention est toutefois assez étroit puisqu'elle ne s'applique qu'à la reconnaissance du *trust* étranger, régi par la loi choisie par le constituant, et non au *trust* dont les éléments essentiels (en particulier la situation des biens, des buts poursuivis et des lieux où ils doivent être accomplis) sont de caractère interne.

Dans cette dernière éventualité, le choix de la loi italienne serait sans effet puisque l'Italie ne dispose pas d'une législation nationale sur le *trust*. Il est aussi vrai que notre jurisprudence majoritaire a affirmé l'utilité, la flexibilité du *trust* et même sa « compatibilité » avec le système juridique italien. Cette institution est ainsi utilisée dans des hypothèses très variées : assurer l'affectation d'une somme, garantir des obligations pécuniaires et la conservation des biens, par exemple, de la famille, dans le but de charité, dans le droit successoral et pour le financement des entreprises dans des opérations de *project finance* ou *securitization*. Il s'agit donc d'une institution très utile.

Existe-t-il en droit italien des fiducies équivalentes à l'institution du trust ?

La *trust property* est inconnue du droit italien, mais cela ne signifie pas que notre système ne connaît pas la fiducie du droit romain. Il y a, en effet, plusieurs institutions qui se fondent sur elle et qui, en quelque sorte, rappellent le *trust*, sans en avoir toutes les caractéristiques.

C'est le cas du *pactum fiduciae* où les parties prévoient le transfert de la propriété d'un bien au fiduciaire afin que celui-ci puisse la retransmettre, de sa part, au constituant ou à une troisième personne. Ici, l'élément fiduciaire est bien présent mais l'accord n'est pas opposable aux tiers : il manque alors l'effet typique du *trust*, c'est-à-dire l'affectation.

Autres exemples, les *mandato senza rappresentanza* (art. 1707 *codice civile*), *fondo patrimoniale* (art. 168 c. civ.) et *sostituzione fidecommissaria* (art. 692 c. civ.) ressemblent par certains aspects au *trust*.

Dans le premier cas, les créanciers du mandataire ne peuvent pas faire valoir leurs prétentions sur les biens meubles ou les crédits acquis par le mandataire, sauf si le mandat résulte d'un document avec date certaine antérieure à la saisie-exécution. Il y a une forme d'affectation, mais elle opère seulement pour le transfert des biens au mandant.

Dans le deuxième cas, les époux ou une troisième personne destinent des biens (le fonds) aux besoins de la

famille. Ici l'affectation est assurée envers les créanciers des constituants, mais ces derniers n'assument pas une obligation fiduciaire d'accomplir l'objet prévu par les constituants.

Dans le troisième cas, les descendants ou conjoint du constituant majeurs souscrivent l'obligation de conserver et rendre le patrimoine reçu au bénéfice de personnes physiques ou morales qui ont pris soin d'eux pendant leur vie. Il s'agit donc d'une espèce de propriété transitoire qui opère de manière automatique sans obligations fiduciaires attribuées à des tiers.

Enfin, l'*esecutore testamentario* (art. 700 c. civ.), désigné par le *de cuius*, prend possession des biens et les administre. Il peut accomplir tous actes de disposition, y compris la vente. Il y a une sorte d'obligation fiduciaire et aussi une particulière forme d'affectation des biens. Toutefois, l'exécuteur ne devient jamais propriétaire des biens et il ne reste qu'un simple administrateur *pro tempore*.

Le système italien ne connaissant pas la combinaison des effets d'affectation des biens à un *trust* avec les obligations fiduciaires qui reposent sur le *trustee*, le législateur a récemment essayé de promouvoir des institutions permettant certains effets du *trust*.

C'est l'hypothèse, par exemple, des patrimoines affectés à un objet particulier (*patrimoni dedicati ad uno specifico affare*, art. 2447 *bis* c. civ.) et des actes de destination (*atti di destinazione*, art. 2645 *ter* c. civ.). Dans le premier cas, une société peut affecter 10 % au maximum de son patrimoine net à une opération particulière. Ce patrimoine n'est pas saisissable par les créanciers de la société et n'est pas susceptible, sauf circonstances exceptionnelles, d'être inclus dans la faillite. La deuxième institution prévoit la transcription d'un acte de destination des biens, opposable aux tiers, pour des finalités spécifiques. Cette disposition n'implique pas, toutefois, le transfert des biens à un *trustee*, ni des obligations fiduciaires à sa charge. Il s'agit donc de premiers essais qui ne créent pas en Italie une institution avec les outils opérationnels du *trust* et qui ne sont que des interventions ponctuelles répondant à des problèmes spécifiques.

Quel regard portez-vous sur la réforme française ?

Il s'agit, sans doute, d'une évolution intéressante. Le projet originaire paraissait introduire un instrument très flexible, mais certaines restrictions apportées ensuite ont rendu cette nouvelle technique beaucoup moins attrayante : par exemple, les dispositions qui prévoient des obligations fiscales, y compris la création d'un registre général des contrats fiduciaires, la déterminabilité *ab initio* des biens objet de fiducie, l'exclusion des personnes physiques du nombre des fiduciaires, l'interdiction de la fiducie-libéralité.

On dirait que, même en France, la tradition civiliste, des raisons fiscales et la crainte que derrière l'utilisation de l'institution puissent se cacher des fraudes, ont fort contribué à réduire la portée de l'innovation. Il faudrait toutefois arbitrer de telles exigences avec celle de doter le droit français d'un instrument véritablement capable de concurrencer le *trust* anglo-saxon. ■