



Master

2023

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Trust et *tracing* en droit suisse : le droit de suite de l'art. 529q AP-CO dans
la systématique du droit privé suisse

Gubler, Axel Jacques

How to cite

GUBLER, Axel Jacques. Trust et *tracing* en droit suisse : le droit de suite de l'art. 529q AP-CO dans la systématique du droit privé suisse. Master, 2023.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:171707>



Trust et *tracing* en Suisse

Le droit de suite de l'art. 529q AP-CO dans la systématique du droit privé suisse

* * *

Axel GUBLER

Sous la direction du

Prof. Luc THÉVENOZ

*Professeur ordinaire au Département de droit commercial
Directeur du Centre de droit bancaire et financier*

et de

M. Teymour BRANDER

Assistant-doctorant

Date de dépôt: 20 août 2023

Table des matières

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| I. Introduction | 1 |
| II. La nature du droit de suite de l'art. 529q AP-CO | 4 |
| A. Introduction | 4 |
| B. Le pouvoir de disposer du trustee | 6 |
| 1. <i>La Vollrechtstheorie</i> | 8 |
| 2. <i>Les limites au pouvoir de disposer de propriétaires en droit suisse</i> | 10 |
| a) L'art. 29 LTI | 10 |
| b) L'action en réduction et les actions analogues | 11 |
| c) La substitution fidéicommissaire | 13 |
| d) Synthèse: les limites obligationnelles au pouvoir de disposer du propriétaire en droit positif | 14 |
| 3. <i>Les limites du pouvoir de disposer du trustee</i> | 15 |
| C. La nature du droit des bénéficiaires | 16 |
| D. Conclusion intermédiaire: la nature et les effets du droit de suite | 18 |
| III. La protection de la bonne foi des tiers | 19 |
| A. Introduction | 19 |
| B. La bonne foi du tiers acquéreur | 20 |
| 1. <i>La notion de bonne foi</i> | 21 |
| 2. <i>La portée de la bonne foi</i> | 22 |
| C. La protection de l'acquéreur | 23 |
| D. L'acquéreur de bonne foi à titre gratuit | 24 |
| 1. <i>En règle générale</i> | 24 |
| 2. <i>Dans le contexte du trust</i> | 26 |
| E. Conclusion intermédiaire | 28 |
| IV. Conclusion | 29 |
| V. Bibliographie | 31 |

I. INTRODUCTION

Le trust, dans son fonctionnement, est généralement perçu comme un instrument de planification patrimoniale ou successorale utile et efficace. Il permet au settlor à la fois d'optimiser la gestion de son patrimoine de son vivant et d'en prévoir l'administration dans la durée après son décès. Par ailleurs, les avantages fiscaux d'une part, et la soustraction des biens à une éventuelle faillite d'autre part, en font un instrument particulièrement apte à assurer, tant au settlor qu'aux bénéficiaires, que les biens en trust seront protégés, dans la durée, de toute interférence non désirée. Il ne faut donc pas s'étonner que le succès du trust dépasse depuis longtemps les frontières des juridictions qui ont développé cet instrument juridique. Ainsi, fin 2019, on estimait que le nombre de trusts étrangers dont les bénéficiaires résident en Suisse se situait entre 2300 et 4300, et qu'entre 100 et 130 nouveaux trusts étaient institués chaque année¹. En outre, de nombreux non-résidents font appel à des services juridiques, bancaires, ou de gestion de patrimoine liés à des trusts étrangers. En 2022, la Suisse comptait près de 390 trustees professionnels soumis à la surveillance de la FINMA², et le nombre d'individus actifs sur le marché des services liés aux trusts serait d'environ 2000 à 3000³. La valeur totale des actifs en trust est impossible à déterminer, mais des experts mandatés par la Confédération estiment qu'elle pourrait approcher les 2048 milliards de CHF, soit 56% de la fortune privée totale détenue par les banques en Suisse⁴.

Malgré le succès que le trust rencontre dans notre pays, celui-ci n'a pas encore fait son entrée dans le droit privé interne suisse. La question ne date toutefois pas d'hier. En 1874 déjà, un tribunal du commerce genevois admet la validité d'un trust matrimonial britannique et reconnaît aux trustees la qualité de quasi-proprétaires⁵. En 1935, une première étude jugeant opportune l'introduction du trust en droit suisse est publiée⁶, mais n'emporte ni l'adhésion de la doctrine, ni celle du législateur. En 1936, un juriste anglais déclare: « Dans aucun autre pays qu'en Suisse on ne rencontre un contraste aussi marqué entre l'usage complaisant des mots fiduciaire et fiduciaire et l'absence presque complète de tout effort tendant à réaliser quoi que ce soit qui se rapproche du trust. »⁷ En réponse, en 1954, deux juristes, un Romand, et un Alémanique, publient chacun un rapport dans la Revue de droit suisse⁸. Ils arrivent tous deux à la même conclusion: non seulement le trust n'est pas nécessaire⁹, mais il est incompatible avec les fondements de notre droit privé, de telle sorte que même une intervention du législateur ne permettrait son introduction en droit suisse¹⁰.

Les auteurs d'alors et ceux qui leur succéderont reprochent principalement au trust de violer le principe du *numerus clausus* des droits réels. Ils s'accordent sur le fait que l'*equitable interest* des bénéficiaires, manifesté par leur droit de suite (*tracing*) et leur privilège dans la faillite du trustee (*ring fencing*), quand bien même sa nature en droit anglais est controversée, doit être

¹ MORGER/LIESCH, p. 19.

² GENIER, § 2.

³ MORGER/LIESCH, p. 23.

⁴ MORGER/LIESCH, p. 17.

⁵ Clunet Journal du droit international, 1874, p. 334.

⁶ WYLER, *in toto*.

⁷ WEISER, p. 45.

⁸ GUBLER p. 215a ss; REYMOND, p. 119a ss.

⁹ REYMOND, p. 187a s.

¹⁰ GUBLER, p. 348a ss; REYMOND, p. 188a ss.

qualifié du point de vue du droit suisse comme un droit réel¹¹. En effet, ces prétentions *erga omnes* des bénéficiaires entraîneraient un « dédoublement »¹², une « division »¹³ voire un « démembrement »¹⁴ de la propriété incompatible avec la conception continentale des droits réels.

Ce sentiment restera prédominant dans la doctrine en droit privé suisse jusqu'à la fin du XX^e siècle. En 1987, dans sa thèse sur le *numerus clausus* des droits réels, FOËX règle la question du trust en une demi-ligne, le jugeant « bien sûr [...] contraire au *numerus clausus* »¹⁵. En 1994, SUPINO considère que même si le trust est appelé à jouer un rôle important sur la place financière suisse, la mise en place d'un trust de droit suisse ne pourrait pas se faire de façon efficace par l'intervention du législateur, même le meilleur qui soit: seule une pratique séculaire serait apte à résorber les incertitudes juridiques que le trust entraîne¹⁶. En 2005 encore, SEILER admet que le trust soit en tant que tel compatible avec le droit suisse, mais à condition d'en exclure le droit de suite, lequel est « étranger au système »¹⁷ et incompatible avec la conception du droit suisse de la propriété¹⁸.

En 2007, la Suisse adhère à la Convention de La Haye de 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (CLHT)¹⁹ et reconnaît dès lors en tant que tels les trusts étrangers. L'introduction du trust dans le droit privé interne, telle que proposée par le « Projet THÉVENOZ » de 2001²⁰, est alors jugée non nécessaire et est abandonnée²¹. Le Conseil fédéral admet toutefois qu'à long terme, il pourrait être utile d'en examiner la question pour offrir une alternative interne aux trusts étrangers²². Il n'en demeure pas moins que certains auteurs restent sceptiques. Ainsi, dans une thèse publiée en 2023, BARBEY conclut, après une longue analyse historique et philosophique de la conception de la propriété, « qu'il n'est pas possible de mélanger les principes juridiques d'un ordre juridique objectif avec ceux d'un ordre subjectif [et donc] pas possible de créer un véritable droit suisse des trusts »²³.

Malgré ces réticences conceptuelles, la présence croissante de trusts étrangers dans la réalité économique suisse a conduit d'abord la doctrine, puis les tribunaux et le législateur, à se positionner sur le traitement juridique à accorder aux trusts. C'est d'abord de la reconnaissance de trusts étrangers qu'il est question: pour en déterminer les effets en droit civil, le Tribunal fédéral assimile d'abord le trust à un contrat²⁴, puis à un patrimoine organisé²⁵ au sens de l'art. 150 al. 1 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)²⁶. Ces

¹¹ GUBLER, p. 321a; REYMOND, p. 136a.

¹² GUBLER, p. 351a.

¹³ ATF 96 II 79, JdT 1971 I 329, consid. 7 a).

¹⁴ GANI/JOFFRÉ, p. 4; THÉVENOZ, Trusts en Suisse, p. 153.

¹⁵ FOËX, Numerus clausus, N 261. Voir toutefois: FOËX, The Hague Convention, N 2 ss.

¹⁶ SUPINO, p. 148 ss.

¹⁷ SEILER, N 150.

¹⁸ *Ibid.*, N 357.

¹⁹ RS 0.221.371.

²⁰ THÉVENOZ, Trust en Suisse, p. 153 ss.

²¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message CLHT, p. 593.

²² *Ibid.*, p. 593.

²³ BARBEY, p. 540.

²⁴ ATF 96 II 79, JdT 1971 I 329, consid. 7c.

²⁵ TF, 3. 9. 1999, 4C.255/1998, SJ 2000 I 269, consid. 2 bb).

²⁶ RS 291.

deux solutions laissent subsister de nombreuses insatisfactions, tant les effets du trust en droit étranger diffèrent de ceux des institutions suisses auxquelles on tente de les identifier. Ces insatisfactions ont conduit à l'adhésion de la Suisse à la CLHT et à la reconnaissance du trust dans la LDIP et la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)²⁷. Dès lors, les trusts étrangers sont automatiquement et de plein droit reconnus en tant que tels (art. 11 al. 1 CLHT)²⁸, comme une institution *sui generis* dont les effets caractéristiques sont, pour la plupart, reconnus comme propres et distincts de ceux d'autres institutions de droit privé interne. Sont notamment reconnus la séparation des patrimoines (art. 11 al. 2 CLHT)²⁹ et, pour autant que le droit applicable au trust le prévoit, le droit de suite (art. 11 al. 3 let. d CLHT)³⁰, sous réserve des règles protégeant la bonne foi des tiers prévues par le droit désigné selon les règles ordinaires de droit international privé du for (art. 11 al. 3 let. d et 15 al. 1 let. f CLHT)^{31,32}.

En dehors du droit privé, les trustees agissant à titre professionnel sont reconnus comme des intermédiaires financiers dans la législation suisse sur la lutte contre le blanchiment d'argent. La Suisse est ainsi l'un des rares Etats soumettant les trustees à une surveillance étatique sans pour autant avoir sa propre loi sur les trusts³³.

Suite à l'entrée en vigueur de la CLHT pour la Suisse le 1^{er} juillet 2007, deux postulats³⁴, une initiative parlementaire³⁵ et finalement une motion³⁶ conduiront le Conseil fédéral à présenter, le 12 janvier 2022, un avant-projet de modification du Code des obligations (AP-CO)³⁷.

Pour des raisons fiscales sur lesquelles nous n'entrerons pas en matière ici, l'avant-projet risque bien de ne pas se concrétiser. Il n'empêche qu'il pose des questions intéressantes en droit privé. En effet, le droit de suite et le trust en général ayant pendant longtemps été considérés dogmatiquement incompatibles avec les principes du droit privé suisse, il est digne d'intérêt d'analyser la manière dont on peut désormais justifier leur possible entrée dans le droit suisse de demain.

Dans ce travail, nous tenterons de démontrer que le droit de suite tel que proposé par l'avant-projet de 2022 résiste aux critiques des commentateurs historiques. Tout d'abord nous déterminerons la nature et les effets (réels ou personnels) du droit de suite, tels que prévus à l'art. 529q al. 1 et 2 AP-CO (II.), puis nous nous concentrerons sur la protection de l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux (al. 3) (III.).

²⁷ RS 281.1.

²⁸ CR LDIP – GUILLAUME, LDIP 149a-149e (Intro) N 42; CINCELLI, N 600; HUBER, N 74.

²⁹ CR LDIP – GUILLAUME, LDIP 149a-149e (Intro) N 44; CINCELLI, N 601.

³⁰ CR LDIP – GUILLAUME, LDIP 149a-149e (Intro) N 44; CINCELLI, N 602.

³¹ CR LDIP – GUILLAUME, LDIP 149a-149e (Intro) N 46.

³² La doctrine n'est pas unanime quant à la délimitation entre la loi du trust et celle désignée par les règles de conflit du for. Pour une présentation des différentes positions, voir: PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite*, p. 90 ss; THÉVENOZ, *Trusts en Suisse*, p. 115 ss et GUTZWILLER, N 15-39 et 15-50.

³³ THÉVENOZ, *About Switzerland*, p. 6 s.

³⁴ Postulat 10.3332 (MORET) «Analyse sur l'éventuelle création d'une législation suisse sur les trusts», 2010; Postulat 15.3098 (GROUPE PLR) «Faut-il légiférer sur les trusts ?», 2015.

³⁵ Initiative parlementaire (REGAZZI) 16.488 «Codifier le trust dans la législation suisse», 2016.

³⁶ Motion 18.3383 (CAJ-E) «Introduction du trust dans l'ordre juridique suisse», 2018.

³⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, *Avant-projet*.

II. LA NATURE DU DROIT DE SUITE DE L'ART. 529q AP-CO

A. Introduction

L'art. 529q al. 1 AP-CO prévoit que « lorsque le trustee aliène indûment un bien du trust, l'acquéreur est tenu de le restituer au patrimoine du trust selon les règles de l'enrichissement illégitime ». Le but de cette disposition est clair: il s'agit de permettre aux bénéficiaires – mais aussi à un autre trustee, au protecteur ou au constituant qui s'en est réservé le droit (art. 529q al. 2 AP-CO) – d'obtenir du tiers acquéreur la restitution au patrimoine du trust des biens aliénés en *breach of trust*, c'est-à-dire dont le trustee a disposé en violation de l'acte de trust ou des dispositions légales (cf. art. 529g al. 1 AP-CO). La restitution doit se faire selon les principes de l'enrichissement illégitime, prévus aux art. 62 ss de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Code des obligations; CO)³⁸, car les demandeurs possibles n'ont pas de droits réels sur les biens en trust et donc pas de possibilité de les revendiquer en application de l'art. 641 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC)³⁹.

Il va sans dire qu'en cas de *breach of trust*, le trustee engage également sa responsabilité personnelle (art. 529k AP-CO). Le droit de suite offre toutefois au bénéficiaire un champ de solutions plus large. Il n'est en effet pas conditionné par un dommage; ainsi, il peut être exercé même si le trust a obtenu une contre-prestation adéquate à l'aliénation sans droit. Le droit de suite n'est pas soumis à la faute du trustee, il n'est pas limité par une éventuelle clause d'exemption de responsabilité du trustee, et, en cas d'insolvabilité du trustee, il permet au bénéficiaire d'obtenir auprès d'un tiers la restauration du fonds du trust. A teneur du texte de loi, et au vu des effets différents produits par la responsabilité du trustee (art. 529k AP-CO) d'une part, et le droit de suite (art. 529q) de l'autre, il convient de souligner que l'action contre les tiers n'est pas subordonnée à l'échec d'une action préalable contre le trustee. En revanche, ces deux actions s'excluent bien sûr l'une l'autre (art. 529q al. 1 AP-CO *in fine*).

Si l'objectif poursuivi par le droit de suite est clair, l'art. 529q al. 1 AP-CO interroge toutefois à plusieurs égards quant à son application concrète. En effet, les règles de l'enrichissement illégitime, auxquelles renvoie la disposition, constituent un instrument juridique relativement peu développé et très ouvert à l'interprétation⁴⁰. Elles ont été utilisées dans de multiples configurations, avec des résultats variables. Les principes généraux suivants, particulièrement utiles pour ce travail, peuvent toutefois être dégagés:

- La prétention en enrichissement illégitime est une prétention personnelle poursuivant, si elle est possible, la restitution en nature de l'objet de l'enrichissement⁴¹. La restitution en nature sera notamment impossible si le défendeur peut se prévaloir d'avoir valablement acquis la propriété du bien;

³⁸ RS 220.

³⁹ RS 210.

⁴⁰ CR CO I – CHAPPUIS, CO 62 N 1; CARRON/WESSNER, N 1040.

⁴¹ CR CO I – CHAPPUIS, CO 64 N 8; CARRON/WESSNER, N 1183; KOLLER, N 30.47 ss; ENGEL, N 159.

- La propriété passe à l'acquéreur si les conditions suivantes sont réalisées:
 1. une cause valable en droit civil (principe de causalité)⁴²;
 2. un acte de disposition valable⁴³, qui requiert en particulier le pouvoir de disposer de l'aliénateur⁴⁴;
 3. sous réserve des exceptions (en particulier la succession universelle), un acte matériel (transfert de possession, adjudication, inscription au registre foncier).

Si ces conditions sont réalisées, la propriété est transférée à l'acquéreur et la restitution en nature ne sera pas possible. Si elles ne le sont pas, la propriété ne passe pas à l'acquéreur et la restitution en nature pourra être exigée dans le cadre d'une action en revendication ou en enrichissement illégitime, sous réserve de la bonne foi de l'acquéreur quant au pouvoir de disposer de l'aliénateur.

- De manière générale, si la restitution visée porte sur une chose, mobilière ou immobilière, transférée sans que la propriété n'ait été valablement acquise par le nouveau possesseur, la prétention en enrichissement illégitime cède le pas aux prétentions réelles fondées sur l'art. 641 CC⁴⁵. Il existe toutefois des cas dans lesquels la loi accorde une action basée sur les principes de l'enrichissement illégitime à des demandeurs autres que le propriétaire du bien aliéné (p. ex. l'appelé d'une substitution fidéicommissaire, le bénéficiaire d'un pacte successoral, le titulaire de titres intermédiés; cf. *infra* B.2). Dans ces cas, le demandeur ne dispose que d'une action personnelle et pourra, sur la base de celle-ci, obtenir la restitution *in natura* du bien aliéné.
- Enfin, il faut également souligner le cas particulier des prétentions spéciales consacrées par la loi, mais qui portent sur l'objet d'une prestation ayant fait l'objet d'un acte de disposition valable et d'une cause valable en droit civil – comme c'est le cas de l'action en réduction de l'art. 528 CC et de l'action contre des tiers dans la liquidation du régime matrimonial de l'art. 220 CC. Dans de tels cas, la jurisprudence considère que la prétention n'est pas véritablement une prétention en enrichissement illégitime – puisque, précisément, il y a une cause légitime – et que la restitution en nature est alors exclue⁴⁶.

Dans le contexte du droit de suite, les relations particulières du trust imposent quelques précisions. D'une part, le bénéficiaire, qui n'a qu'une expectative sur les biens du trust, n'est ni appauvri par l'aliénation, ni propriétaire des biens aliénés, ce qui signifie que le parallélisme habituel entre revendication réelle et prétention en enrichissement illégitime est doublement faussé. D'autre part, le trustee est, lui, propriétaire des biens (art. 529/ al. 1 AP-CO), et lorsque le propriétaire aliène ses propres biens, il y a en principe un acte de disposition et une cause

⁴² ATF 121 III 345, JdT 1997 39, consid. 2 a); ATF 119 II 326, JdT 1995 II 87, consid. 2c); BSK ZGB II – RUSCH/SCHWANDER CC 714 N 3; CR CC II – PANNATIER KESSLER, CC 714 N 5 ss; STEINAUER, Droits réels II, N 2957; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 103 N 10.

⁴³ ATF 55 II 302, JdT 1930 I 535, consid. 1; BSK ZGB II – RUSCH/SCHWANDER CC 714 N 5; CR CC II – PANNATIER KESSLER, CC 714 N 12 ss; STEINAUER, Droits réels II, N 2959 ss. Pour plus de détails concernant la controverse terminologique sur la nature de l'acte de disposition, voir: STEINAUER, Droits réels II, N 2961.

⁴⁴ CR CC II – PANNATIER KESSLER, CC 714 N 13; STEINAUER, Droits réels II, N 2962; VAN DE SANDT, N 502.

⁴⁵ ATF 135 III 474, JdT 2011 II 551, consid. 3.3.1; ATF 110 II 228, JdT 1985 I 626, consid. 2d; ATF 84 II 369, JdT 1959 I 169, consid. 4; CR CO I – CHAPPUIS, CO 64 N 8. *Contra*: KOLLER, N 30.07, 33.25.

⁴⁶ ATF 110 II 228, JdT 1985 I 626, consid. 7d.

valable au transfert, même si, ce faisant, il viole des obligations personnelles. Il n'y a donc en principe plus de place ni pour une revendication réelle, ni pour une prétention en enrichissement illégitime en application des art. 62 ss CO.

Si les dispositions de l'avant-projet devaient être introduites dans le droit privé suisse, il faudrait que le droit de suite tel que proposé par l'art. 529q AP-CO s'intègre dans les principes énoncés ci-dessus, ainsi que dans la systématique actuelle des obligations personnelles et des droits réels, que le Conseil fédéral entend ménager autant que possible. Il convient donc de s'interroger quant à la nature juridique du droit de suite. Faut-il considérer que l'aliénation sans droit par le trustee repose sur une cause et un acte de disposition valables en droit privé et que donc, en application de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le bénéficiaire ne peut obtenir la restauration du fonds du trust que par une restitution en valeur? Ou faut-il au contraire admettre qu'à défaut de pouvoir de disposer (et donc d'acte de disposition valable), le transfert peut être renversé et la restitution se faire en nature?

Pour mieux comprendre comment le droit de suite de l'art. 529q AP-CO peut s'intégrer dans la systématique des prétentions en enrichissement illégitime, et, plus généralement, du droit privé suisse, il sera utile de déterminer l'étendue du pouvoir de disposition du trustee sur les biens en trust (B.), puis, au vu de ces constatations, d'évaluer si un droit subjectif fondé sur une restriction au pouvoir de disposition du trustee peut véritablement être qualifié de prétention personnelle, ou s'il faut y voir un nouveau droit réel limité (C.) et enfin de conclure sur la nature de la prétention (D.).

B. Le pouvoir de disposer du trustee

La question du pouvoir de disposer du trustee doit nécessairement être traitée pour déterminer la nature du droit de suite⁴⁷. Le pouvoir de disposition est, de manière générale, une condition à la validité de tout acte de disposition⁴⁸. Sans acte de disposition valable, la propriété d'un bien ne peut pas être valablement transférée. Le transfert ainsi caduc peut être renversé par une action en revendication ou en enrichissement illégitime et le bien concerné devra être restitué en nature, sous réserve des cas dans lesquels l'acquéreur est de bonne foi convaincu du pouvoir de disposer de l'aliénateur.

Ainsi, c'est l'étendue de son pouvoir de disposer qui définit l'efficacité juridique des actes de disposition du trustee, tant sous l'angle des droits réels que du droit des obligations. THÉVENOZ distinguait le « droit de disposer » du « pouvoir de disposer »⁴⁹, mais n'a plus autant mis en avant cette distinction dans ses écrits ultérieurs⁵⁰, et elle n'a pas non plus été reprise par les autres auteurs. Nous envisageons donc ici le pouvoir de disposer dans ce sens large, réunissant le « *rechtliches Können* », rattaché à la propriété, et le « *rechtliches Dürfen* », rattaché aux obligations personnelles du propriétaire.

La question est en premier lieu de déterminer si les obligations personnelles du trustee, déterminées par la loi et l'acte de trust et circonscrivant le « *Dürfen* », peuvent également

⁴⁷ THÉVENOZ, *Fiducie*, p. 338.

⁴⁸ CR CC II – PANNATIER KESSLER, CC 714 N 13; STEINAUER, *Droits réels II*, N 2962; VAN DE SANDT, N 502.

⁴⁹ THÉVENOZ, *Fiducie*, p. 338 ss.

⁵⁰ THÉVENOZ, *Trusts en Suisse*, p. 97.

limiter son « *Können* » en rendant inefficace toute aliénation sans pouvoir et permettant aux bénéficiaires, au trustee, au protecteur et éventuellement au constituant d'exiger la restitution en nature des biens concernés.

En droit privé suisse, la conception traditionnelle du pouvoir de disposer veut que tout propriétaire, sous réserve de la constitution de droits réels limités tels que prévus par le Code civil, jouisse d'un plein pouvoir de disposer⁵¹, sans que les obligations personnelles du propriétaire n'aient d'effet sur l'efficacité juridique de ses actes de disposition. Ainsi, seule la constitution d'un droit réel limité « comprimant »⁵² le droit de propriété permettrait de restreindre le pouvoir de disposer du propriétaire⁵³.

Nous défendons ici l'opinion contraire, selon laquelle il est possible de limiter le pouvoir (*Können*) de disposer d'un propriétaire sans constituer de droit réel, notamment par des obligations personnelles, et de nier ainsi l'efficacité juridique des aliénations effectuées sans pouvoir. Nous verrons en effet que le droit suisse prévoit déjà, dans des relations juridiques sortant du champ des droits réels, la caducité ou la nullité de certains actes de disposition, permettant ainsi au lésé d'obtenir la restitution en nature du bien aliéné sans pouvoir.

Le trustee est propriétaire des biens du trust (art. 529I al. 1 AP-CO). La propriété est ordinairement associée à une maîtrise totale et exclusive d'une chose⁵⁴ et du droit d'en user, d'en jouir et d'en disposer⁵⁵. La propriété du trustee sur les biens du trust (art. 529I al. 1 AP-CO) est, dans tout le texte de l'avant-projet, la seule référence aux droits réels. Par ailleurs, à défaut de disposition *ad hoc* dans l'avant-projet, destinée à modifier le Code civil, on ne peut considérer que la propriété du trustee soit comprimée par un nouveau droit réel limité.

Si l'on reconnaît au trustee un plein pouvoir de disposition (*Vollrechtstheorie*, cf. *infra* II.B.1.), il en découle que tous ses actes de disposition sont en principe valables, qu'ils soient effectués à titre gratuit ou onéreux, avec des tiers de bonne ou de mauvaise foi⁵⁶. C'est en se basant sur ce postulat de la nécessité du plein pouvoir de disposer du propriétaire que SEILER considère que, même si le trust en tant que tel pouvait être introduit en droit suisse, le droit de suite serait, quant à lui, incompatible avec les principes de notre droit⁵⁷.

En revanche, si l'on admet que le pouvoir de disposition du trustee est limité par l'acte de trust, il est beaucoup plus simple de conceptualiser le droit de suite: en effet, à défaut de pouvoir de disposer, une aliénation sans droit est un acte de disposition *a non domino* inefficace en droit, sous réserve de la bonne foi de l'acquéreur (cf. *infra* III.).

Dans son rapport explicatif, le Conseil fédéral est quelque peu confus s'agissant du pouvoir de disposition du trustee. En effet, dans un premier temps, il considère que « le trustee, à l'instar du fiduciaire au sens du droit suisse, a un plein pouvoir de disposition sur les biens du trust, de

⁵¹ PIOTET D., p. 16.

⁵² CR CC II – DUBOIS, CC 812 N 7; STEINAUER, Droits réels II, N 3227 ss; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, §10; VAN DE SANDT, N 509.

⁵³ VAN DE SANDT, N 509.

⁵⁴ STEINAUER, Droits réels I, N 1384.

⁵⁵ *Ibid.*, N 1386.

⁵⁶ REYMOND, p. 133a.

⁵⁷ SEILER N 150, 357.

sorte que lorsqu'il les aliène en violation de ses obligations, leur propriété passe aux mains de l'acquéreur »⁵⁸. Toutefois, dans un second temps, le Conseil fédéral estime que « la propriété du trustee est restreinte par le droit de suite consacré à l'art. 529q AP-CO, qui permet d'obtenir la restitution au patrimoine du trust d'un bien cédé indûment »⁵⁹. Or, on ne voit pas comment le droit de suite exercé contre un tiers après l'aliénation par le trustee restreindrait la propriété de celui-ci sinon dans l'étendue de son pouvoir de disposer, c'est-à-dire la validité juridique de ses actes de disposition.

On constate ainsi que la question du pouvoir de disposer du trustee n'est pas tout à fait claire dans l'avant-projet et son rapport explicatif. Dans le présent chapitre, il s'agira donc d'en déterminer la portée. Tout d'abord, nous considérerons la *Vollrechtstheorie*, telle que connue dans le droit actuel de la fiducie (1.). Puis, nous verrons comment, dans d'autres domaines du droit privé, certaines obligations personnelles du propriétaire peuvent se traduire par des limites à son pouvoir de disposer (2.). Nous verrons enfin comment de telles limites peuvent s'appliquer au trustee, afin de restreindre son pouvoir de disposition sans reconnaître d'*equitable interest* de nature réelle au bénéficiaire (3.).

1. La Vollrechtstheorie

En droit positif suisse, la fiducie en tant que telle n'est pas codifiée; il s'agit essentiellement, comme pour le trust en droit anglo-saxon, d'une construction de la pratique, de la doctrine et des tribunaux⁶⁰. Des formes de fiducie existent toutefois dans le droit codifié: on pense aux placements collectifs de capitaux⁶¹, en particulier aux art. 38 al. 2 et 40 al. 1 de la loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LEFin)⁶² et au droit bancaire, en particulier à l'art. 37b de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB)^{63, 64}.

Parmi les différentes formes que peut prendre la fiducie suisse de droit commun, la fiducie-gestion (*fiducia cum amico*), constituée dans l'intérêt du fiduciaire ou d'un tiers, est l'institution juridique suisse la plus proche du trust anglo-saxon. Elle s'en distingue toutefois sur plusieurs points: tout d'abord parce que la fiducie-gestion est un contrat soumis aux règles du mandat⁶⁵, et donc aux instructions du fiduciaire et à la résiliation immédiate en tout temps de l'art. 404 CO⁶⁶; par ailleurs, la fiducie-gestion est généralement constituée en faveur du fiduciaire lui-même, et rarement au profit d'un tiers⁶⁷. Enfin, la fiducie en droit suisse se distingue du trust anglo-saxon par le fait que le fiduciaire est, au sens des droits réels, le seul et plein propriétaire

⁵⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, N 5.1.1.8.

⁵⁹ *Ibid.*, N 6.1 *ad* art. 529l AP-CO.

⁶⁰ CINCELLI, N 728; SEILER, N 120; SUPINO p. 84; THÉVENOZ, Trusts en Suisse, p. 16.

⁶¹ THÉVENOZ, Fiducie, p. 279 ss.

⁶² RS 654.1.

⁶³ RS 952.0.

⁶⁴ THÉVENOZ, Fiducie, p. 282 ss.

⁶⁵ ATF 130 III 312, JdT 2005 I 260, consid. 5.1; ATF 115 II 468, JdT 1990 I 374, consid. 2b; ATF 99 II 393, JdT 1976 I 588, consid. 6; GUBLER, p. 255a; SUPINO, p. 88.

⁶⁶ SUPINO, p. 89; THÉVENOZ, Trusts en Suisse p. 17.

⁶⁷ THÉVENOZ, Trusts en Suisse p. 17.

erga omnes des choses, respectivement le seul et plein titulaire des droits, qui lui sont remis en fiducie⁶⁸.

La *Vollrechtstheorie* (ou théorie du transfert intégral des droits⁶⁹) est un corollaire du principe de l'unité du patrimoine⁷⁰, c'est-à-dire que les biens en fiducie ne constituent pas un patrimoine séparé. Au sens du droit civil, il n'existe ainsi aucune distinction entre le patrimoine en fiducie et le patrimoine propre du fiduciaire. Les biens en fiducie tombent dans la masse en faillite, respectivement la succession ou le régime matrimonial du fiduciaire, sauf si un co-fiduciaire ou un fiduciaire suppléant a été désigné⁷¹. Il est utile de souligner qu'il en va différemment pour les formes codifiées de fiducie. En effet, les art. 37b LB et 40 al. 1 LEFin instituent de véritables patrimoines fiduciaires séparés sur lesquels les fiduciaires disposent d'un droit de distraction⁷². Dans ces contextes, la *Vollrechtstheorie* ne s'applique donc pas. Pour la suite de ce chapitre, nous nous concentrerons toutefois sur la fiducie de droit commun, pour laquelle la *Vollrechtstheorie* reste applicable.

En sa qualité de propriétaire juridique des biens, le fiduciaire, de façon identique à tout propriétaire ordinaire, réunit les prérogatives de l'*usus, fructus* et *abusus*. Il a un plein pouvoir de disposition sur le patrimoine fiduciaire qui n'est pas distinct juridiquement de son patrimoine propre. Les éventuelles restrictions au droit d'aliénation prévues par le *pactum fiduciae* ne sont que de nature conventionnelle⁷³ et n'ont d'effet que dans les rapports internes à la fiducie. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu que « le fiduciaire peut faire plus que ce qui lui est permis »⁷⁴. Le fiduciaire engage sa responsabilité, sans toutefois que ne soit remise en cause la validité des actes de disposition contraires au contrat. Ainsi, en cas de violation du *pactum fiduciae*, et en particulier en cas d'aliénation sans droit de biens en fiducie, celle-ci ne peut pas être opposée aux tiers acquéreurs, même de mauvaise foi⁷⁵. L'aliénation reste valable et le fiduciaire ne pourra pas obtenir du tiers la restitution des biens, ni en nature, ni en valeur.

En outre, il n'existe pas de subrogation patrimoniale à l'égard du fiduciaire dans le droit de la fiducie suisse⁷⁶, et le fiduciaire ne dispose d'aucun droit à l'égard des biens acquis en remploi de ceux indûment aliénés.

En cas de faillite du fiduciaire toutefois, le fiduciaire dispose, en application de l'art. 401 al. 2 et 3 CO, d'un droit de distraction limité aux biens et créances que le fiduciaire a acquis auprès de tiers dans le cadre de son mandat⁷⁷, à l'exclusion, donc, des biens remis au fiduciaire par le fiduciaire directement⁷⁸.

⁶⁸ ATF 31 II 109, consid. 3; confirmé: ATF 117 II 463, consid. 3; EICHNER, N 177; SEILER, N 135; THÉVENOZ, *Trusts en Suisse*, p. 96.

⁶⁹ THÉVENOZ, *Fiducie*, p. 274.

⁷⁰ EICHNER, N 221; PEYROT, *Défis*, p. 943; THÉVENOZ, *Fiducie*, p. 323.

⁷¹ ATF 78 II 445, JdT 1953 I 523, consid. 3.

⁷² THÉVENOZ, *Fiducie*, p. 279 ss.

⁷³ ATF 78 II 445, JdT 1953 I 523, consid. 3; GUBLER, p. 248a; SUPINO p. 85.

⁷⁴ « Der Fiduziar kann mehr als er darf », ATF 119 II 326, JdT 1995 II 87, consid. 2b).

⁷⁵ EICHNER, N 253; SEILER N 144 ss.

⁷⁶ SUPINO, p. 93.

⁷⁷ ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, consid. 5 s.

⁷⁸ ATF 117 II 429, JdT 1994 II 2 consid. 3b); ATF 102 II 103, consid. I.1.

Ainsi, le fiduciaire et *a fortiori* l'éventuel tiers bénéficiaire auront de la peine à protéger juridiquement leurs attentes en cas d'inobservation par le fiduciaire de ses obligations. Ils n'ont en effet aucun droit contre les tiers, conformément au principe général de la relativité des contrats⁷⁹, et ne bénéficient que d'un privilège très limité dans la faillite du fiduciaire. La qualité de plein propriétaire du fiduciaire fait en outre supporter au fiduciaire d'importants risques juridiques et patrimoniaux en cas de décès du fiduciaire ou de dissolution de son régime matrimonial. L'application de la *Vollrechtstheorie* peut ainsi provoquer des résultats juridiques relativement incertains et tout à fait insatisfaisants pour le fiduciaire, tant le sort du patrimoine en fiducie sur le long terme est conditionné par de nombreux facteurs hors de son contrôle (décès, divorce ou faillite du fiduciaire; aliénation sans droit de biens en fiducie) sans que les moyens de droit à sa disposition ne lui permettent de prévenir ou de remédier efficacement à ces risques.

Nous verrons ci-après (2.) quelles limites sont déjà imposées au pouvoir de disposition de propriétaires dans certaines configurations juridiques ressortissant à d'autres domaines du droit privé positif suisse, et comment celles-ci permettent d'éviter les conséquences indésirables de l'application de la *Vollrechtstheorie*.

2. Les limites au pouvoir de disposer de propriétaires en droit suisse

Les limites au pouvoir de disposer du propriétaire existant en droit positif suisse peuvent prendre diverses formes. On pense en premier lieu à la constitution de droits réels, mais des limites de caractère obligationnel sont également envisageables.

Comme le Conseil fédéral entend clairement articuler les relations entre le trustee et les bénéficiaires par des relations purement obligationnelles⁸⁰, nous ne considérerons pas ici les limites au pouvoir de disposer d'un propriétaire découlant de droits réels limités.

Parmi les limites de nature personnelle que le droit suisse prévoit, nous nous attarderons dans ce travail sur celles dont la violation entraîne la possibilité pour leur bénéficiaire d'obtenir auprès du tiers acquéreur la restitution en nature ou en valeur des biens aliénés sans pouvoir. Par souci de concision, nous ne traiterons pas des restrictions au pouvoir de disposer découlant d'obligations personnelles annotées au registre foncier⁸¹.

a) L'art. 29 LTI

Le régime prévu à l'article 29 de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiaires (LTI)⁸² est mentionné dans le rapport explicatif sur l'introduction du trust comme un système analogue à celui du droit de suite de l'art. 529q AP-CO. Il prévoit en effet lui aussi un devoir de restitution, fondé sur les principes de l'enrichissement illégitime, de tout tiers acquéreur si l'aliénateur n'avait pas de pouvoir de disposition sur les titres intermédiaires (art. 29 al. 2 *cum* art.

⁷⁹ SUPINO, p. 90 s.

⁸⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, N 5.1.1.1, p. 57; GANI/JOFFRÉ, N 5.

⁸¹ A ce sujet, voir notamment: ATF 117 II 541, JdT 1993 I 239, consid. 3; ATF 104 II 170, JdT 1979 I 68, consid. 5; VAN DE SANDT, N 546 ss.

⁸² RS 957.1.

29 al. 1 let. a LTI *a contrario*). L'acquéreur de bonne foi à titre onéreux est toutefois protégé dans son acquisition (art. 29 al. 1 LTI).

Plusieurs remarques s'imposent. Tout d'abord, il faut souligner que le titre intermédié en droit suisse n'est pas une chose au sens des droits réels, mais un bien juridique *sui generis* cumulant certains traits d'une chose et certains traits d'une créance⁸³. Il s'ensuit que l'aliéneur n'est pas propriétaire des titres intermédiés, et que l'étendue de son pouvoir de disposer peut être déterminée sans égard aux dispositions naturellement plus rigides applicables aux droits réels. Le Conseil fédéral souligne du reste explicitement que le régime particulier de la LTI d'une restitution obligationnelle fondée sur les principes de l'enrichissement illégitime exclut l'application des règles sur la revendication fondées sur les droits réels ou la possession. Celles-ci sont inadéquates en raison du fait que les titres intermédiés ne sont pas des choses mobilières⁸⁴. Toutefois les titres intermédiés font l'objet de droits absolus, présentant les caractéristiques fonctionnelles d'un papier-valeur⁸⁵, soit d'une chose mobilière.

Le pouvoir de disposer appartient *de jure* à l'investisseur titulaire du compte (art. 3 al. 1 let. b LTI). Toutefois, celui-ci ne peut exercer ses droits que par son dépositaire (art. 13 al. 2 LTI). Il s'ensuit que l'acte de disposition d'un titre intermédié est effectué par le dépositaire selon les instructions du titulaire (art. 15 al. 1 LTI), qui en sont le fondement juridique⁸⁶. Ainsi, le droit du dépositaire de disposer *de facto* des titres intermédiés est circonscrit par les instructions du titulaire, et un transfert effectué sans autorisation ou par erreur n'est pas efficace juridiquement, ce qui justifie l'obligation de restitution de l'acquéreur *a non domino*. Dans la mesure où la revendication n'est pas possible puisqu'il ne s'agit pas de l'objet de droits réels, cette restitution doit se faire selon les règles de l'enrichissement illégitime.

Il faut noter que, eu égard à la nature fongible des titres intermédiés, l'obligation de restitution porte sur « des titres intermédiés en même nombre et de même genre ». Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'un droit de suite sur les titres indûment aliénés, et si l'acquéreur ne dispose plus de titres de même genre, la prétention portera, en valeur, sur la contre-prestation obtenue. Si l'acquéreur s'est dessaisi de bonne foi sans contre-prestation adéquate, il pourra opposer l'exception de non-enrichissement de l'art. 64 CO⁸⁷.

b) L'action en réduction et les actions analogues

En droit successoral, lorsque les réserves héréditaires sont lésées, les héritiers concernés peuvent intenter une action en réduction (art. 522 ss CC) notamment à l'encontre de dispositions entre vifs faites en faveur de tiers (art. 527 s CC). Dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, une action contre des tiers peut être intentée de la même manière si la créance de participation ne peut être satisfaite par l'ensemble des biens de l'époux débiteur (art. 220 CC).

⁸³ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LTI, p. 8841.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 8877.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 8841.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 8859.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 8877.

Ces actions, elles aussi fondées sur les principes de l'enrichissement illégitime, se distinguent du régime des art. 62 ss CO sur plusieurs points fondamentaux. En effet, leur objectif n'est pas de revenir sur un transfert spécifique pour lequel une cause légitime fait défaut ou effectué sans pouvoir, mais de reconstituer en valeur les réserves héréditaires⁸⁸, respectivement la créance en participation. Ainsi, contrairement aux prestations visées à l'art. 62 al. 2 CO, les libéralités réductibles entre vifs conservent une cause valable au regard du droit des obligations. Le pouvoir de disposer du *de cuius*, respectivement de l'époux – propriétaire des biens aliénés – n'est pas limité par les droits des réservataires ou de l'époux créancier. S'il existe une cause valable, la propriété des biens passe à l'acquéreur, y compris de mauvaise foi. Dès lors, la restitution *in natura* est donc exclue⁸⁹.

L'art. 494 al. 3 CC accorde au bénéficiaire d'un pacte successoral une action, analogue à l'action en réduction⁹⁰, lui permettant d'attaquer après le décès du disposant et de manière rétroactive les engagements irréconciliables avec le pacte successoral. Dans ce cas aussi, le *de cuius* conserve son plein pouvoir de disposer (art. 494 al. 2 CC) et, selon la doctrine majoritaire, l'action prévue à l'al. 3 ne permettra pas au bénéficiaire lésé d'obtenir la restitution en nature du bien aliéné⁹¹. En effet, en raison du plein pouvoir de disposition du *de cuius*, toute aliénation reste valable, même si l'acquéreur est de mauvaise foi⁹². Ces considérations se justifient dans la mesure où le bénéficiaire est institué héritier par le pacte successoral, c'est-à-dire que comme pour le réservataire, son expectative porte en principe sur une quote-part en valeur de la succession. Il en va de même si l'attribution lésée consiste en une somme d'argent. La doctrine majoritaire considère que le régime est identique si le pacte a pour objet un legs portant sur une chose déterminée: le disposant conserve son plein pouvoir de disposer, les aliénations contraires au pacte restent valables⁹³ et la prétention ne peut tendre qu'à la restitution en valeur⁹⁴.

Cette dernière conclusion nous paraît incohérente. En effet, de la même manière que le grevé dans le cadre d'une substitution fidéicommissaire (cf. *infra* c)), le disposant reste propriétaire de l'objet du legs. Il s'est toutefois engagé de façon contraignante et irrévocable à le transférer au légataire au moment de son décès. Contrairement au grevé dans le cadre d'une substitution fidéicommissaire, c'est volontairement que le disposant prend cet engagement contraignant. Il faudrait donc selon nous *a fortiori* considérer qu'il entend par là restreindre son pouvoir de disposer. Admettre le contraire, c'est vider de son essence le principe même de l'irrévocabilité d'un legs par pacte successoral contraignant⁹⁵. Il faudrait donc selon nous admettre que, en raison d'une restriction à son pouvoir de disposer, l'attribution à titre gratuit de l'objet d'un legs prévu par pacte successoral contraignant est annulable et que l'objet doit donc être restitué *in natura* si le bénéficiaire agit en ce sens⁹⁶.

⁸⁸ ATF 110 II 228, JdT 1985 I 626, consid. 7d).

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ ATF 101 II 305, JdT 1977 I 312, consid. 3b).

⁹¹ CR CC II – ABBET, CC 494 N 14.

⁹² *Ibid.*, N 5.

⁹³ CR CC II – ABBET, CC 494 N 5; PraxKomm Erbrecht – GRUNDMANN CC 494 N 12.

⁹⁴ BK – WEIMAR, CC 494 N 20.

⁹⁵ Voir PIOTET P., p. 165 ss; WOLF/GENNA, p. 382.

⁹⁶ Dans le même sens: EIGENMANN/LANDERT, §1 N 9; WOLF/GENNA, p. 382.

S'agissant de l'attribution à titre onéreux d'un bien faisant l'objet d'un legs contractuel, la doctrine majoritaire admet qu'elle n'est pas révocable, et que le légataire ne pourra prétendre qu'à la contre-prestation obtenue, en application du principe de la subrogation réelle⁹⁷. Seul GAUTHIER considère d'une part qu'il existe une incohérence entre le principe d'irrévocabilité du pacte successoral et celui de la liberté de disposer du *de cuius* (art. 494 al. 2 CC), et d'autre part qu'il faut faire primer le premier principe sur le second⁹⁸. Cette interprétation, si elle a le mérite de la cohérence systématique, est contraire au texte de l'art. 494 al. 3 CC *de lege lata*, qui prévoyait au moment de la publication de GAUTHIER que n'étaient attaquables que les « donations » inconciliables avec le pacte successoral (art. 494 al. 3 aCC). Depuis janvier 2023, le texte parle de « libéralités entre vifs qui excèdent les présents d'usage ». Dans les deux cas, le texte clair de la loi empêche d'inclure les aliénations à titre onéreux dans le champ des actes de disposition révocables. *De lege ferenda*, les considérations de GAUTHIER mériteraient sans doute d'être prises en compte.

En toute hypothèse, l'exception des acquéreurs de bonne foi du non-enrichissement au jour de l'ouverture de la succession (art. 528 CC; voir art. 64 CO) est applicable à l'action en réduction et aux actions analogues⁹⁹.

c) La substitution fidéicommissaire

La substitution fidéicommissaire (art. 488-492a CC) a souvent été citée comme étant similaire à une forme élémentaire de trust¹⁰⁰. En effet, la substitution fidéicommissaire a pour effet de transmettre la pleine propriété de biens au grevé, tout en l'obligeant à la remettre ultérieurement à l'appelé¹⁰¹. Comme pour le trust, la substitution fidéicommissaire crée un patrimoine distinct dans le chef du grevé¹⁰², soumis aux règles de la subrogation patrimoniale¹⁰³.

Le grevé est propriétaire et jouit des droits d'administration, de gestion et de disposition des biens¹⁰⁴. En particulier, ses actes de disposition ne sont pas soumis à autorisation de l'appelé¹⁰⁵. Il est toutefois limité dans son pouvoir de disposition par l'obligation de restitution en faveur de l'appelé¹⁰⁶. Le grevé est ainsi obligé d'administrer les biens de sorte à en préserver la substance et le bon état, ce qui limite de fait la liberté de disposer du grevé¹⁰⁷, celui-ci ne pouvant pas aliéner les biens de manière à diminuer la valeur du patrimoine spécial faisant l'objet de la substitution.

⁹⁷ CR CC II – ABBET, CC 494 N 13; PIOTET P., p. 166; STEINAUER, Successions, N 636; WOLF/GENNA, p. 379.

⁹⁸ GAUTHIER, p. 53 ss.

⁹⁹ ATF 62 II 132, JdT 1937 I 6, consid. 3; BSK ZGB II – BREITSCHMID/BORNHAUSER, CC 494 N 14.

¹⁰⁰ CINCELLI N 765; SUPINO, p. 198 s; THÉVENOZ, Trusts en Suisse, p. 97.

¹⁰¹ CR CC II – BADDELEY, CC 488 N 3; STEINAUER, Successions, N 560.

¹⁰² BK – WEIMAR, CC 491 N 7 ss; CR CC II – BADDELEY, CC 488 N 3; PIOTET P., p. 107; STEINAUER, Successions, N 563; WOLF/GENNA, p. 301.

¹⁰³ TF, 5. 2. 2015, 5A_294/2014, consid. 6.2; BK – WEIMAR, CC 491 N 7 ss.

¹⁰⁴ CR CC II – BADDELEY, CC 488 N 13.

¹⁰⁵ TF, 5. 2. 2015, 5A_294/2014, consid. 6.2; BSK ZGB II – RICKLI, CC 491 N 6; PraxKomm Erbrecht – GRÜNINGER/LIATOWITSCH, CC 494 N 14.

¹⁰⁶ TF, 5. 2. 2015, 5A_294/2014, consid. 6.2.; VAN DE SANDT, N 578.

¹⁰⁷ BK – TUOR, CC 491 N 18 s.; BSK ZGB II – RICKLI, CC 491 N 6; CR CC II – BADDELEY, CC 491 N 42; STEINAUER, Successions, N 564; WOLF/GENNA, p. 301. *Contra*: PIOTET P., p. 99 ss; FOËX, Numerus clausus, N 414. FOËX se rattache toutefois à la doctrine majoritaire dans The Hague Convention, N 4.

La situation du grevé a été assimilée en doctrine à celle d'un héritier soumis à une condition résolutoire (art. 152 ss CO)¹⁰⁸. Ainsi, en tant qu'héritier, il devient propriétaire des biens, mais son pouvoir de disposer matériellement et juridiquement des biens concernés par la substitution est circonscrit par les règles sur la condition. Ainsi, le grevé doit « s'abstenir de tout acte qui empêcherait que l'obligation ne fût dûment exécutée » (art. 152 al. 1 CO), et « tout acte de disposition accompli avant l'avènement de la condition est nul en tant qu'il compromet les effets de celle-ci » (al. 3). Ainsi, tout acte de disposition en faveur de tiers dépassant la simple administration du patrimoine distinct faisant l'objet de la substitution est nul¹⁰⁹.

La nullité de l'acte de disposition entraîne la possibilité pour l'appelé d'obtenir la restitution en nature des biens aliénés sans droit, sous réserve de la protection des tiers de bonne foi (art. 728, 933, 935 et 973 CC)¹¹⁰.

d) Synthèse: les limites obligationnelles au pouvoir de disposer du propriétaire en droit positif

Au vu de ce qui précède, le droit positif suisse permet, dans certains contextes, de limiter le pouvoir de disposition d'un propriétaire en accordant à certains bénéficiaires la possibilité d'exiger de tiers la restitution, en nature ou en valeur, de certains éléments patrimoniaux attribués sans droit. Les régimes juridiques varient selon les liens entre le propriétaire aliénateur et le bénéficiaire lésé, mais les principes suivants peuvent être établis de manière générale:

- Lorsque l'intérêt du bénéficiaire lésé porte sur une masse abstraite (réserve héréditaire, créance de participation), le pouvoir de disposer n'est pas limité. Pour autant que la cause du transfert soit valable, la propriété des biens aliénés avec pouvoir passe à l'acquéreur et seule une restitution en valeur est possible, la restitution en nature étant exclue;
- Lorsque l'intérêt du bénéficiaire lésé porte sur des valeurs patrimoniales en particulier (substitution fidéicommissaire, pacte successoral attributif d'un legs, titres intermédiés), le pouvoir de disposition du propriétaire est limité dans la mesure où des actes de disposition sans droit sont nuls (substitution fidéicommissaire) ou annulables (pacte successoral attributif d'un legs, titres intermédiés). Dans ces contextes, la restitution en nature peut être exigée, sous réserve de la bonne foi des acquéreurs;
- En toute hypothèse, ces limites ne sont pas fondées sur un droit réel du bénéficiaire: l'acquéreur qui s'est dessaisi de bonne foi n'est jamais tenu qu'à la restitution de son enrichissement au jour de la demande (art. 64 CO), la demande en restitution ne jouit d'aucun privilège dans la faillite de l'acquéreur.

¹⁰⁸ BK – TUOR, CC 491 N 10; BSK ZGB II – RICKLI, CC 491 N 6; CR CC II – BADDELEY, CC 488 N 24; STEINAUER, Successions, N 552; WOLF/GENNA, p. 296. *Contra*: BK – WEIMAR, CC 488 (Intro) N 17.

¹⁰⁹ BSK ZGB II – RICKLI, CC 488-492a (Intro) N 3; STEINAUER, Successions, N 564a; WOLF/GENNA, p. 303. *Contra*: PIOTET P., p. 99 ss; REYMOND, p. 157a.

¹¹⁰ BK – TUOR, CC 491 N 17; VAN DE SANDT, N 578, 582.

3. Les limites du pouvoir de disposer du trustee

Le régime prévu par l'avant-projet d'introduction du trust en droit suisse démontre la volonté du Conseil fédéral de s'écarter de la théorie de l'unité du patrimoine, et donc de la *Vollrechtstheorie*. En effet, les biens du trust constituent un patrimoine séparé du patrimoine personnel du trustee et ils n'entrent ni dans la succession ni dans le régime matrimonial du trustee (art. 529n al. 1 AP-CO). Ils sont en outre soustraits à toute exécution forcée contre le trustee, sauf pour une obligation résultant du rapport de trust (al. 2).

A la lecture de l'avant-projet, on constate que l'intérêt du bénéficiaire protégé par le droit de suite porte sur un patrimoine composé de biens spécifiques recensés par un inventaire (art. 529h al. 2 ch. 2 AP-CO), ainsi que leurs accroissements et les biens acquis en remploi, en application de la subrogation patrimoniale (art. 529l al. 1 AP-CO *in fine*). Il ne s'agit donc pas d'une masse en valeur abstraite comme la réserve héréditaire ou la créance en participation dans le cadre de la liquidation d'un régime patrimonial. Dès lors, la systématique du droit privé suisse permet une restriction de nature personnelle du droit du trustee, propriétaire juridique, de disposer des biens. Cette limite se manifeste concrètement par la possibilité pour le bénéficiaire (ou le protecteur, un autre trustee ou le constituant qui s'en est réservé le droit) d'obtenir la restitution du bien en nature en faveur du patrimoine en trust.

Il faut donc considérer les pouvoirs d'aliénation du trustee de la même manière que ceux du grevé dans une substitution fidéicommissaire: le trustee acquiert la pleine propriété au sens des droits réels sur les biens en trust, mais doit les gérer et les administrer « conformément à l'acte de trust et aux dispositions légales » (art. 529g al. 1 AP-CO) et « dans l'intérêt exclusif du ou des bénéficiaires » (art. 529h al. 1 AP-CO). En outre, comme le trust est nécessairement d'une durée limitée (d'un maximum de 100 ans: art. 529u AP-CO), le trustee devra, comme le grevé dans une substitution fidéicommissaire, inévitablement restituer le patrimoine en trust. Le trustee n'est certes pas tenu d'obtenir l'autorisation du bénéficiaire, du protecteur ou du constituant pour aliéner les biens en trust, mais une violation de ses devoirs est sanctionnée d'une part par l'engagement de la responsabilité du trustee (art. 529k AP-CO), et d'autre part par une obligation de restitution de l'acquéreur (art. 529q AP-CO). Il faut donc retenir que les obligations personnelles du trustee, découlant de l'acte du trust, résultent en une restriction de son pouvoir de disposer.

On peut arriver au même résultat en faisant le raisonnement inverse: c'est l'intention du Conseil fédéral de permettre la restitution en nature des biens aliénés en *breach of trust*¹¹¹. Pour que ce résultat soit juridiquement admissible en droit suisse, il faut nécessairement considérer que l'acquéreur n'est pas devenu propriétaire des biens aliénés, c'est-à-dire que les actes de disposition ne sont pas valables, soit accomplis sans pouvoir de disposer. Il faut donc en retenir que l'acte du trust et les obligations personnelles du trustee qui en découlent induisent une restriction obligationnelle de son pouvoir de disposer. Ce résultat étant semblable à ce qui existe déjà pour d'autres institutions du droit privé suisse, il faut l'admettre.

Ainsi, de la même manière que les actes de disposition du grevé sont nuls s'ils sortent de la bonne administration du patrimoine faisant l'objet d'une substitution fidéicommissaire, les actes de disposition du trustee qui ne sont pas conformes à ses obligations doivent pouvoir être

¹¹¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, N 5.1.1.8.

renversés, sous réserve de la bonne foi de l'acquéreur à titre onéreux (art. 529q al. 3 AP-CO; cf. *infra* III.). C'est bien le pouvoir de disposition (*rechtliches Dürfen* et *rechtliches Können*) du trustee qui est limité par ses obligations personnelles découlant de l'acte de trust et c'est sur cette limite que se fonde le droit de suite des bénéficiaires.

C. La nature du droit des bénéficiaires

Dans le contexte de la CLHT, la doctrine majoritaire voyait le droit de suite, exercé en Suisse mais fondé sur le droit applicable au trust, comme une prétention de nature réelle¹¹².

En droit interne, se prononçant sur le projet THÉVENOZ de 2001, qui prévoyait un système identique à celui présenté ci-dessus, CINCELLI considère que la limite au pouvoir de disposer du trustee, dont découle le droit de suite des bénéficiaires, doit être considérée comme un nouveau droit réel limité¹¹³. Cette opinion ne peut être suivie. En effet, tant dans le projet THÉVENOZ que dans l'avant-projet présenté par le Conseil fédéral, l'objectif poursuivi est clairement de permettre l'introduction du trust dans le droit suisse sans incidence sur le *numerus clausus* des droits réels¹¹⁴, comme en témoigne sa position dans le CO plutôt que dans le CC¹¹⁵. Par ailleurs, comme démontré par les exemples ci-dessus, il est possible, en droit positif suisse, de limiter le pouvoir de disposer d'un propriétaire en permettant l'annulation d'aliénations accomplies en violation d'obligations personnelles du propriétaire. Il n'est donc pas nécessaire de reconnaître un nouveau droit réel limité en faveur des bénéficiaires d'un trust.

En outre, le droit de suite ne peut être assimilé à un droit réel limité dans la mesure où il ne vise pas à conférer au demandeur une maîtrise sur la chose. Les droits réels sont définis comme ceux conférant à leur titulaire une maîtrise totale ou partielle sur un bien¹¹⁶. Les droits réels limités peuvent conférer à leur titulaire l'usage ou la jouissance du bien (servitudes), la faculté d'exiger du propriétaire qu'il fournisse certaines prestations (charges foncières) ou la possibilité de réaliser le bien grevé si le propriétaire ne satisfait pas certaines obligations (gages).

Le droit de suite n'accorde à son titulaire aucune de ces prérogatives. Il ne correspond pas, pour le demandeur, à une revendication pour lui-même des biens aliénés. L'objectif poursuivi par le droit de suite est de reconstituer le patrimoine du trust tel qu'il aurait dû être si le trustee avait agi de façon conforme à ses obligations. Le bénéficiaire qui agit n'acquiert pas par ce biais une maîtrise sur les biens, pas plus que si le trustee propriétaire avait respecté ses obligations. Il s'agit donc d'une action visant à réparer les conséquences de la violation par le trustee de ses obligations personnelles.

En outre, une caractéristique fondamentale de l'effet *erga omnes* d'un droit réel est le droit de préférence de son titulaire dans l'exécution forcée du détenteur¹¹⁷. S'agissant du droit de suite,

¹¹² PANNATIER KESSLER, *Trusts et immeubles*, p. 67; PIOTET D., p. 14. *Contra*: EICHNER N 347 ss; MAYER, p. 158 s.

¹¹³ CINCELLI, N 735.

¹¹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport explicatif*, N 5.1.1.1.; THÉVENOZ, *Trusts en Suisse*, p. 166.

¹¹⁵ THÉVENOZ, *Under the hood*, p. 825.

¹¹⁶ CR CC II – FOËX, CC 641-645 (Intro), N 8 ss.

¹¹⁷ *Ibid.*

il faut admettre que son titulaire ne jouit pas d'un tel privilège. L'art. 529q AP-CO renvoyant aux dispositions du CO, le demandeur ne dispose que d'une créance de troisième classe (art. 219 LP). Dans le contexte de la LTI, le législateur a voulu déroger à ce système en accordant à l'ayant droit un droit de distraction (art. 29 al. 3 LTI). A défaut d'une disposition similaire (*lex specialis*) dans l'AP-CO, il en découle que le droit de suite ne jouit pas d'un tel privilège, ce qui rend plus manifeste encore la nature personnelle de la prétention.

Le renvoi aux dispositions sur l'enrichissement illégitime, rend également applicable l'art. 64 CO. Si l'acquéreur s'est dessaisi de bonne foi à titre gratuit, il pourra opposer l'exception de non-enrichissement. Toutefois, dans la mesure où cette seconde aliénation a eu lieu à titre gratuit, le droit de suite pourra être exercé contre le nouvel acquéreur¹¹⁸.

La nature obligationnelle du droit de suite se traduit en outre par le fait que la qualité pour agir selon l'art. 529q AP-CO est également reconnue à tout autre trustee que celui ayant opéré le transfert indu, au protecteur et au constituant qui s'est réservé ce droit (al. 2). S'agissant du trustee, il peut s'agir de celui ayant remplacé le trustee fautif ou d'un co-trustee.

En particulier dans ce dernier cas, où plusieurs trustees sont propriétaires en commun et prennent en principe leurs décisions à l'unanimité (art. 529g al. 5 AP-CO), le co-trustee non fautif pourra agir tant sur la base de sa propriété (art. 641 CC), si les conditions en sont réalisées, que sur la base du droit de suite (art. 529q AP-CO). Il s'agit de prétentions concurrentes, mais distinctes. Il est notamment envisageable que la revendication ne soit plus possible car le délai de prescription acquisitive est échu. Pour autant que la prescription de cette action ne soit pas atteinte, le trustee pourra se fonder sur le droit de suite pour obtenir la restitution, du moins en valeur, des biens aliénés. Il faut ainsi admettre que cette seconde action, partagée avec les bénéficiaires, le protecteur et le constituant qui s'en est réservé le droit, n'est pas fondée sur un droit réel des demandeurs¹¹⁹.

S'agissant du protecteur ou du constituant, la nature personnelle de leur droit de suite est encore plus manifeste: ils n'ont aucune prétention ni expectative sur le patrimoine en trust. De leur perspective, la possibilité d'obtenir la restitution des biens au patrimoine en trust ne correspond donc aucunement à l'exercice d'un droit réel limité, mais à leur rôle de garants de la bonne exécution par le trustee de ses obligations personnelles.

Il faut ainsi admettre que le droit de suite constitue bien un droit personnel, certes renforcé en ce qu'il permet au bénéficiaire, voire au constituant ou au protecteur qui n'ont en principe aucun droit ni expectative sur le patrimoine en trust, d'agir en restitution en nature contre un tiers. Cette configuration peut paraître contraire au principe fondamental de la relativité des obligations personnelles. Cependant, comme nous l'avons vu, ce n'est pas tout à fait une nouveauté en droit suisse. L'opposabilité à des tiers du rapport de trust a conduit certains auteurs à décrire dans d'autres contextes le droit de suite comme un quasi-droit réel¹²⁰. Il n'empêche que pour les motifs exposés ci-dessus, le droit de suite tel que proposé par l'avant-projet doit être considéré comme une prétention purement personnelle.

¹¹⁸ THÉVENOZ, *Under the hood*, p. 828.

¹¹⁹ Dans le même sens: MAYER, p. 69. *Contra*: PIOTET D., p. 17.

¹²⁰ REYMOND, p. 134a; THÉVENOZ, *Propositions*, p. 101; THÉVENOZ, *Under the hood*, p. 828.

D. Conclusion intermédiaire: la nature et les effets du droit de suite

De ce qui précède, il découle ceci: le droit de suite du bénéficiaire ne constitue pas un nouveau droit réel au sens du droit suisse. Il est la conséquence d'une restriction personnelle du droit du trustee de disposer des biens en trust, et se manifeste par la possibilité pour le bénéficiaire et les autres demandeurs nommés à l'art. 529q AP-CO d'obtenir le renversement des aliénations effectuées sans droit pour exiger la restitution en nature des biens concernés.

Cette restriction, de nature personnelle, est admissible, ainsi qu'en témoignent d'autres institutions aux effets similaires en droit privé suisse (actions successorales, substitution fidéicommissaire, titres intermédiés). La restitution qui en découle doit intervenir si possible en nature. Si l'acquéreur s'en est dessaisi de bonne foi, il n'est tenu à restitution qu'à mesure de son enrichissement (art. 64 CO) et la prétention peut être exercée contre le nouvel acquéreur, sous réserve de l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux (cf. *infra* III.).

Si la restitution en nature n'est pas exigible (p. ex. parce que le défendeur est de bonne foi ou parce que le délai de prescription acquisitive est échu avant celui de l'enrichissement illégitime), la restitution en valeur pourra être exigée.

Cette prétention, même si elle est opposable aux tiers est une prétention personnelle des bénéficiaires, du trustee, du protecteur et du constituant qui s'est réservé ce droit. C'est une prétention en enrichissement illégitime dont le cercle des demandeurs inclut toutes les personnes qui ont un intérêt digne de protection à la bonne exécution des obligations du trustee. Elle ne repose pas sur l'absence ou l'invalidité de la cause en droit civil du transfert (sauf s'agissant de l'aliénation à titre gratuit, cf. *infra* III.D), mais sur l'absence de pouvoir de disposer du trustee.

Dans le chapitre suivant, nous verrons comment la protection de la bonne foi vient relativiser les effets du droit de suite à l'égard des tiers acquéreurs.

III. LA PROTECTION DE LA BONNE FOI DES TIERS

A. Introduction

L'art. 529q AP-CO prévoit à son alinéa 3 que la restitution « ne peut pas être demandée à un acquéreur de bonne foi et à titre onéreux ». Cette disposition correspond à la règle de droit anglais du *Bona Fide Purchaser for Value* protégeant dans son acquisition l'acquéreur de bonne foi, pour autant qu'il ait fourni une contre-prestation adéquate¹²¹. L'acquéreur à titre gratuit n'est ainsi pas protégé.

De manière générale, lorsque l'aliénateur d'une chose n'a pas le pouvoir d'en disposer – soit parce qu'il n'en est pas propriétaire, soit, même s'il en est propriétaire, parce que son pouvoir d'en disposer est restreint – alors la propriété ne passe pas à l'acquéreur¹²², conformément à l'adage *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. Il existe toutefois plusieurs renversements de ce principe lorsque l'acquéreur est de bonne foi. On pense en particulier à l'art. 933 CC en matière mobilière, lorsque la chose a été confiée, ou à l'art. 973 CC en matière immobilière, lorsque l'acquéreur s'est fié de bonne foi à une inscription au registre foncier. Dans ces cas, l'acquéreur est non seulement maintenu dans sa possession, mais il acquiert en outre la propriété sur la chose¹²³, excluant définitivement toute prétention du propriétaire dépossédé sur le bien. La nature originaire ou dérivée de l'acquisition de bonne foi est controversée¹²⁴, mais sans incidence pour ce travail.

Si l'aliénateur était le propriétaire du bien, mais qu'il existait une restriction à son pouvoir de disposer, dont l'acquéreur ignorait de bonne foi l'existence, celui-ci sera en principe¹²⁵ maintenu dans son acquisition, et sa propriété nouvellement acquise pourra être opposée à l'éventuelle action du bénéficiaire de la restriction du pouvoir de disposer¹²⁶.

L'art. 529q al. 3 AP-CO s'inscrit dans cette même logique. Le texte de l'avant-projet ne distingue pas le régime applicable aux choses mobilières et aux immeubles. Il est utile de rappeler ici que la question de l'acquisition d'un immeuble situé en Suisse et appartenant à un trust de droit étranger est déjà réglée en droit positif par la CLHT et l'art. 149d LDIP. Dans la mesure où l'avant-projet n'apporte pas de changement par rapport au régime en vigueur, et par souci de concision du présent travail, nous nous contenterons de renvoyer à ce qui a déjà pu être écrit sur ces dispositions¹²⁷ et nous concentrerons ici sur le régime applicable aux choses mobilières.

Nous avons mentionné que, comme en droit anglais et conformément à ce que prévoyait le Projet THÉVENOZ¹²⁸, l'art. 529q AP-CO limite explicitement la protection à l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux. Une telle limite ne ressort pas du texte de l'art. 933 CC, ce qui

¹²¹ FOËX, *The Hague Convention*, N 3; HUDSON, p. 197 s; THÉVENOZ, *Trusts en Suisse*, p. 99.

¹²² CR CC II – PICHONNAZ, CC 933 N 1 s; STEINAUER, *Droits réels I*, N 528 s.

¹²³ CR CC II – PICHONNAZ, CC 933 N 5; SCHISTER, p. 198.

¹²⁴ BK – STARK/LINDENMANN, CC 933 N 88.

¹²⁵ Pour les exceptions à ce principe, voir STEINAUER, *Droits réels I*, N 565 s.

¹²⁶ STEINAUER, *Droits réels I*, N 567 ss; VAN DE SANDT, N 578, 644 ss, 661 ss.

¹²⁷ En particulier: FOËX, *Mention*; FOËX, *Trust et registre foncier*; NATER BASS/SEILER; PANNATIER KESSLER, *Trusts et immeubles*; PANNATIER KESSLER, *Anmerkung*; PEYROT, *Mention*.

¹²⁸ THÉVENOZ, *Trusts en Suisse*, p. 160.

conduit certains auteurs, longtemps majoritaires, mais désormais minoritaires en doctrine, à considérer que, en application de cette disposition, celui qui acquiert gratuitement et de bonne foi *a non domino* est également protégé¹²⁹. Nous verrons que ce n'est en réalité pas le cas (cf. *infra* D.1.).

Dans la mesure où l'existence du trust ou l'étendue du pouvoir de disposer du trustee ne sont pas forcément aisément reconnaissables, nous tenterons de délimiter dans un premier temps la notion et la portée de la bonne foi de l'acquéreur dans le contexte du trust (B.), et la protection à accorder à l'acquéreur (C.) puis nous verrons que la restriction de la protection à l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux ne constitue pas réellement une nouveauté en droit suisse (D.).

B. La bonne foi du tiers acquéreur

Les biens placés en trust sont « confiés » par le settlor au trustee, au sens de l'art. 933 CC¹³⁰. Cette disposition s'applique donc *a priori* à l'acquéreur de bonne foi d'un bien aliéné en violation de l'acte de trust, de la même manière que pour n'importe quelle autre acquisition *a non domino*. Il s'agira donc de déterminer si, en matière mobilière, l'art. 529q al. 3 AP-CO ne fait que reprendre le contenu de l'art. 933 CC ou s'il en diffère matériellement et le supplante, en tant que *lex specialis et posterior*.

L'art. 933 CC vise en premier lieu à établir un équilibre entre plusieurs principes juridiques: d'une part la continuité et l'inviolabilité de la propriété (concrétisées par l'adage *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*), et d'autre part la sécurité des transactions en matière mobilière¹³¹. En second lieu, les art. 933 ss CC font l'arbitrage entre deux intérêts contradictoires *a priori* aussi dignes de protection l'un que l'autre: d'une part ceux du propriétaire dépouillé – respectivement du bénéficiaire de la restriction du pouvoir de disposer – et, de l'autre, ceux de l'acquéreur de bonne foi¹³².

Il convient de souligner que la bonne foi de l'acquéreur dans l'apparence de pouvoir de disposer de l'aliénateur ne suffit pas à elle seule à entraîner la protection de sa possession. La loi opère une véritable pesée des intérêts contradictoires de l'acquéreur de bonne foi d'une part et du propriétaire antérieur dépouillé de l'autre¹³³ pour déterminer auquel la propriété du bien doit être attribuée; et le résultat de cette pesée d'intérêts n'accorde pas toujours l'avantage à l'acquéreur de bonne foi. En effet, lorsque la chose a été perdue ou volée – fait non reconnaissable pour l'acquéreur – la bonne foi n'est pas protégée et l'acquéreur ne sera pas maintenu dans sa possession (art. 934 CC), sous réserve de la prescription acquisitive (art. 728 CC)¹³⁴.

Pour que l'acquisition de bonne foi soit maintenue, il faut donc un motif supplémentaire: pour les choses confiées, ce motif réside dans le fait que la possession de l'aliénateur est imputable à

¹²⁹ CR CC II – PICHONNAZ, CC 933 N 66; BARTH, p. 293 s.; EMMENEGGER, p. 227 ss; GUIBAN, p. 68 ss; PIOTET D., p. 2. Voir aussi: BSK ZGB II (2019) – ERNST, CC 933 N 23, qui adopte toutefois la position inverse dans BSK ZGB II – ERNST/ZOGG, CC 933 N 24a ss.

¹³⁰ FOËX, The Hague Convention, N 4; PANNATIER KESSLER, Le droit de suite, p. 223.

¹³¹ BK – STARK/LINDENMANN, CC 930-937 (Intro) N 26; GUIBAN, p. 14; WIESER, p. 35.

¹³² GUIBAN, p. 14.

¹³³ CINCELLI, N 752; GUIBAN, p. 14; STEINAUER, Droits réels I, N 535.

¹³⁴ FOËX, The Hague Convention, N 4; THÉVENOZ, Trusts en Suisse, p. 103.

l'ancien possesseur, qui a confié l'objet¹³⁵ et ainsi créé l'apparence de pouvoir de disposer du *falsus auctor*¹³⁶. C'est donc principalement à lui qu'il revient de s'assurer que la personne à qui il confie ses biens ne les aliène pas sans droit¹³⁷. En application de l'ancien principe de droit germanique *Hand wahre Hand*¹³⁸, l'intérêt du propriétaire lésé cède le pas face aux intérêts de l'acquéreur de bonne foi, qui est maintenu dans sa possession et qui acquiert en plein la propriété sur la chose¹³⁹.

Dans le contexte d'un trust, les mêmes principes prévalent à plus forte raison encore. En effet, en constituant un trust, le settlor ne crée pas seulement l'apparence d'un pouvoir de disposer, il transfère la propriété des biens en trust, c'est-à-dire la maîtrise totale sur ceux-ci. Si le pouvoir de disposer du trustee est, comme nous l'avons vu, limité par l'acte du trust, ces limites sont d'autant moins reconnaissables pour les tiers que le trustee est véritablement propriétaire des biens. En effet, même si les tiers devaient avoir connaissance de l'existence du trust, il est possible qu'ils ignorent la teneur de l'acte du trust, les obligations du trustee et les limites à son pouvoir de disposer. Dès lors, il se justifie d'accorder une attention particulière à la notion de la bonne foi de l'acquéreur (1.) ainsi qu'à sa portée (2.).

1. La notion de bonne foi

La notion de bonne foi telle qu'elle ressort de l'art. 529q AP-CO ne se distingue en rien de celle qu'on retrouve ailleurs dans le droit privé suisse, en particulier aux art. 933 et 973 CC. Nous nous contenterons de rappeler ici que la bonne foi doit exister au moment de l'acquisition (*mala fides superveniens non nocet*)¹⁴⁰, qu'est de bonne foi celui qui croit que l'aliénateur a le pouvoir de disposer sur la chose¹⁴¹, et que sa bonne foi est présumée (art. 3 al. 1 CC). Inversement, n'est pas protégé celui qui savait ou aurait dû savoir, en fonction des circonstances que l'aliénateur n'avait pas le pouvoir de disposer de la chose (cf. art. 3 al. 2 CC).

Il convient de souligner qu'il est de jurisprudence constante que l'acquéreur n'a en principe pas d'obligation générale de se renseigner sur le pouvoir de disposer de l'aliénateur. Ce n'est que s'il a des raisons de nourrir des soupçons concrets que l'acquéreur doit se livrer à davantage d'investigations¹⁴². Le Tribunal fédéral a notamment rehaussé les exigences en matière de précaution requise en matière d'antiquités¹⁴³, de véhicules d'occasion¹⁴⁴, ou d'œuvres d'art¹⁴⁵. Dans ces circonstances, la présomption de propriété du possesseur ne se justifie plus.

¹³⁵ STEINAUER, Droits réels I, N 536.

¹³⁶ BK – STARK/LINDENMANN, CC 933 N 22; CR CC II – PICHONNAZ, CC 933 N 4.

¹³⁷ RUSCH, Rechtsscheinlehre, N 29; WIESER p. 27.

¹³⁸ BARTH, p. 285, note n°54.

¹³⁹ CR CC II – PICHONNAZ, CC 933 N 5; SCHISTER, p. 198.

¹⁴⁰ ATF 107 II 440, JdT 1983 I 72, consid. 5; STEINAUER, Droits réels I, N 558.

¹⁴¹ BK – STARK/LINDENMANN, CC 933 N 44; GUIBAN, p. 13; RUSCH, Rechtsscheinlehre, N 44.

¹⁴² ATF 139 III 305, JdT 2015 II 79, consid. 3.2.2.; ATF 131 III 418, SJ 2006 I 153, consid. 2.3.2; ATF 122 III 1, JdT 1997 I 157, consid. 2a) ss; BK – STARK/LINDENMANN, CC 933 N 50; STEINAUER, Droits réels I, N 563.

¹⁴³ ATF 122 III 1, JdT 1997 I 157, consid. 2a) ss.

¹⁴⁴ ATF 113 II 397, JdT 1988 I 252, consid. 2a) ss; ATF 107 II 41, consid. 2.

¹⁴⁵ ATF 139 III 305, JdT 2015 II 79, consid. 3.2.2.

2. La portée de la bonne foi

Nous l'avons démontré (cf. *supra* II.B.3.), de l'existence d'un rapport de trust résulte une restriction au pouvoir de disposer du trustee dont les limites découlent de l'acte de trust et peuvent varier selon son contenu. Dans un tel contexte, pour déterminer dans un cas concret si l'acquéreur aurait dû savoir qu'il existait une restriction rendant l'acte de disposition invalide, il convient de préciser de manière générale sur quels faits la bonne foi de l'acquéreur doit porter lorsque l'aliénateur est un trustee.

Il peut tout d'abord arriver que l'acquéreur ignore complètement l'existence du trust sur les biens aliénés, et qu'il soit convaincu de traiter avec un propriétaire ordinaire dont le pouvoir de disposition n'est pas restreint. Il est ensuite aussi possible que l'acquéreur ait conscience de l'existence du trust, mais croie que le trustee ne viole pas ses obligations en aliénant le bien en cause. En effet, le trustee doit en principe avoir un certain pouvoir de disposer sur certains biens pour générer un rendement pour le trust et l'acte de trust qui en délimite les contours est en général confidentiel. Dans chacune de ces circonstances, l'acquéreur peut-il être de bonne foi? Si oui, à quelles conditions?

En premier lieu, si l'acquéreur ne sait pas et n'a pas de raison de savoir que l'aliénateur est un trustee, on pourra certainement retenir dans la plupart des cas qu'il est de bonne foi. Il y a des contextes toutefois dans lesquelles on pourra considérer que l'acquéreur aurait dû savoir que l'aliénateur était un trustee – p. ex. car il figure sur la liste des trustees professionnels autorisés par la Finma¹⁴⁶.

Dans un tel cas, ou lorsque l'acquéreur a pleine connaissance du fait que son cocontractant est un trustee, la question de sa bonne foi doit être analysée plus en avant.

En matière immobilière, la mention du trust au registre foncier annihile la bonne foi du tiers, qui ne peut se prévaloir de son ignorance de l'existence du trust (effet positif de la publicité du registre foncier; art. 970 al. 4 CC)¹⁴⁷. A défaut de mention, le rapport de trust n'est pas opposable aux tiers de bonne foi (art. 529m AP-CO; cf. art. 149d al. 3 LDIP). Pour le surplus, la doctrine majoritaire considère que lorsque le trust est mentionné au registre foncier, l'acquéreur doit s'assurer que les actes juridiques envisagés sont compatibles avec les prérogatives et les devoirs du trustee¹⁴⁸.

En matière mobilière, PANNATIER KESSLER considère qu'il existe une présomption de l'existence du pouvoir du trustee d'aliéner les biens, et que l'aliénateur n'a d'obligation de faire plus d'investigations que si d'autres indices rendent la transaction insolite¹⁴⁹. Cette considération repose principalement sur le fait que l'acquéreur moyen en Suisse n'a pas les connaissances juridiques nécessaires pour évaluer le pouvoir de disposer du trustee selon le droit (étranger) applicable au trust sous l'empire de la CLHT et qu'une obligation générale de s'assurer du pouvoir de disposer du trustee entraverait l'efficacité de la gestion du trust¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Disponible en libre accès: <https://www.finma.ch/fr/autorisation/gestionnaires-de-fortune-et-trustees/>.

¹⁴⁷ FOËX, Mention, p. 85; FOËX, Trust et registre foncier, p. 264.

¹⁴⁸ FOËX, Mention, p. 86; NATER-BASS/SEILER, p. 224; PANNATIER KESSLER, Trusts et immeubles, p. 74; THÉVENOZ, Créer et gérer des trusts, p. 65. *Contra*: CR LDIP – GUILLAUME, LDIP 149d N 24 s.

¹⁴⁹ PANNATIER KESSLER, Le droit de suite, p. 219 s.

¹⁵⁰ *Ibid.*

Postulant que l'avant-projet sera ratifié et le trust intégré au droit suisse, la méconnaissance des acquéreurs en Suisse du droit du trust ne devrait plus, selon nous, être d'emblée considérée comme la norme. On devrait s'attendre à ce que celui qui sait que l'aliénateur est un trustee sache que son pouvoir de disposer risque de ne pas être absolu. La connaissance de l'existence d'un trust doit donc être considérée comme une circonstance dans laquelle plus d'investigations sont exigées de l'acquéreur et la présomption d'existence du pouvoir de disposer ne se justifie plus. La bonne foi de l'acquéreur doit au contraire faire l'objet d'une analyse concrète, prenant en compte divers facteurs de la transaction. On devra ainsi se montrer plus strict à l'égard de celui qui acquiert des biens du trust à titre professionnel, qui conclut fréquemment des contrats d'acquisition avec le trustee, qui acquiert des biens d'une grande valeur, etc. même si la transaction n'est pas en tant que telle particulièrement insolite. On pourra se montrer plus souple à l'égard d'un consommateur ponctuel, ou si la transaction porte sur des biens courants. De manière générale, l'acquéreur diligent fera tout son possible pour déterminer le pouvoir de disposer du trustee et obtiendra, cas échéant, les garanties nécessaires. A défaut, sa bonne foi pourra être niée.

C. La protection de l'acquéreur

Ainsi, si l'acquéreur croit que le *falsus auctor* a le pouvoir de disposer sur la chose, sans que l'on n'ait pu attendre de lui qu'il se prêtât à davantage d'investigations, l'acquéreur est protégé et maintenu dans son acquisition. Il devient immédiatement propriétaire du bien.

En vertu du principe de causalité, l'acquéreur n'est toutefois protégé qu'à condition que le transfert de possession repose sur une cause valable en droit civil, soit sur un acte juridique tendant au transfert de la propriété ou d'un autre droit réel sur la chose¹⁵¹. A défaut d'une telle cause valable, l'acquéreur n'est pas protégé, même s'il croit de bonne foi qu'il existe une telle cause valable¹⁵². Nous verrons que ceci est d'importance particulière lorsque l'aliénation a lieu à titre gratuit (cf. *infra* D.). S'il n'existe pas de cause valable, l'acquéreur de bonne foi ne deviendra propriétaire qu'à l'expiration du délai cinq ans de la prescription acquisitive (art. 728 CC), pour autant qu'il soit resté de bonne foi durant toute la durée de ce délai (*mala fides superveniens nocet*)¹⁵³.

Ainsi, de manière générale, malgré le fait que le transfert ait été contraire aux obligations personnelles du trustee, et qu'il ne repose donc pas sur un acte de disposition valable, s'il existe une cause valable au transfert (vente, échange, enchère, etc.), l'acquéreur de bonne foi sera immédiatement maintenu dans son acquisition à titre de nouveau propriétaire. Nous verrons dans le chapitre suivant que le cas de l'acquéreur à titre gratuit pose quelques questions supplémentaires.

¹⁵¹ GUIBAN, p. 67.

¹⁵² ATF 81 II 197, consid. 7b); ATF 65 II 62, JdT 1939 I 424, p. 426; BK – STARK/LINDENMANN, CC 933 N 55; GUIBAN, p. 65; STEINAUER, Droits réels I, N 575, 653; WIESER, p. 74 s.

¹⁵³ CR CC II – PANNATIER KESSLER, CC 728 N 23; STEINAUER, Droits réels II, N 3151.

D. L'acquéreur de bonne foi à titre gratuit

La question de l'acquéreur de bonne foi à titre gratuit n'est pas une affaire marginale ou un simple exercice intellectuel en droit du trust. En effet, attribuer gratuitement certains éléments du patrimoine du trust fait partie des tâches ordinaires d'un trustee lorsqu'il fait des distributions aux bénéficiaires. Il se justifie donc d'accorder une attention particulière au cas où une telle distribution, par erreur ou par dol du trustee, est faite à quelqu'un qui n'y a pas droit mais qui l'ignore de bonne foi.

Dans son message, le Conseil fédéral considère qu'en ne protégeant que l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux, le régime de l'art. 529q al. 3 AP-CO dérogerait au régime ordinaire de l'art. 933 CC¹⁵⁴. Dans la mesure où la lettre et l'esprit de l'art. 529q al. 3 AP-CO sont clairs, on pourrait admettre, à des fins de simplicité pratique, qu'une telle dérogation soit admissible en application des principes de la *lex specialis et posterior*. Dans le cadre d'un travail académique toutefois, il convient de déterminer avant tout s'il y a effectivement une dérogation, ou si, au contraire, le régime proposé à l'art. 529q al. 3 AP-CO est conforme à ce qui prévaut déjà pour la protection de l'acquéreur de bonne foi en droit positif. Dans un tel cas, la nouvelle réglementation s'intégrerait d'autant mieux dans la systématique du droit civil suisse, puisqu'elle ne contiendrait aucune nouveauté. Nous défendons ici la thèse que l'art. 529q al. 3 AP-CO ne déroge pas au régime en vigueur. Pour le démontrer, nous analyserons ci-après le régime juridique qui prévaudrait en l'absence de la précision de l'art. 529q al. 3 AP-CO.

Nous présenterons d'abord la situation de l'acquéreur de bonne foi à titre gratuit en règle générale (1.), puis nous nous attarderons sur les spécificités survenant en lien avec le trust (2.).

1. En règle générale

La jurisprudence fédérale ne s'est pas encore prononcée sur la protection de la bonne foi de l'acquéreur à titre gratuit. La doctrine est partagée sur ce point.

Les uns considèrent que, à défaut de distinction dans le texte de la loi, l'acquéreur de bonne foi est protégé indépendamment de la nature onéreuse ou gratuite de l'acquisition¹⁵⁵. Une autre partie de la doctrine, désormais majoritaire, considère au contraire que l'acquéreur à titre gratuit, même de bonne foi, ne saurait être maintenu dans son acquisition¹⁵⁶. Ce mouvement doctrinal n'est toutefois pas unanime dans la justification à donner à ce résultat¹⁵⁷.

Sur la base du texte de l'art. 239 CO, certains considèrent que le transfert gratuit *a non domino* n'a pas de cause valable en droit civil et que l'acquéreur de bonne foi ne saurait donc être

¹⁵⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, N 6.1. *ad* art. 529q AP-CO.

¹⁵⁵ CR CC II – PICHONNAZ, CC 933 N 66; BARTH, p. 293 s; EMMENEGGER, p. 227 ss; GUISAN, p. 68 ss; PIOTET D., p. 2; WIESER, p. 82 s. Voir aussi: BSK ZGB II (2019) – ERNST, CC 933 N 23, qui adopte toutefois la position inverse dans BSK ZGB II – ERNST/ZOGG, CC 933 N 24a s.

¹⁵⁶ BSK ZGB II – ERNST/ZOGG, CC 933 N 24a s; BSK OR I – VOGT/VOGT, art. 239 CO N 42; CR CO I – BADDELEY, CO 239 N 19, 41; KuKo OR – LINIGER/TRIEBOLD, CO 239 N 7; FOËX, The Hague Convention, N 4; HONSELL, BT, p. 223 ss; HUGUENIN, N 2875; PANNATIER KESSLER, Droit de suite, p. 213 s; RUSCH, Schenkung als Vertrag, p. 845; THÉVENOZ, Trusts en Suisse, p. 101; v. TUHR/PETER, p. 516.

¹⁵⁷ Pour une présentation détaillée des différentes positions doctrinales voir EMMENEGGER, p. 221 s, et RUSCH/BORNHAUSER, IV.1.

protégé par l'art. 933 CC¹⁵⁸. Un autre courant doctrinal considère quant à lui que, à défaut d'intérêt digne de protection de l'acquéreur à titre gratuit, l'interprétation téléologique de l'art. 933 CC doit conduire à exclure de son champ d'application l'acquéreur à titre gratuit¹⁵⁹, de la même manière que ce que prévoit expressément l'art. 367 al. 1 de l'ABGB autrichien¹⁶⁰. Selon d'autres encore, il existerait en droit suisse une prétention en enrichissement illégitime contre l'acquéreur à titre gratuit, semblable à ce que prévoit en droit allemand l'art. 816 al. 1 2^e phrase BGB¹⁶¹.

Selon nous, il faut admettre avec la doctrine majoritaire que l'acquéreur à titre gratuit ne doit pas être maintenu dans son acquisition. Les différentes justifications évoquées ci-dessus se complètent davantage qu'elles ne s'excluent. De manière générale, nous l'avons vu (cf. *supra* B.3.), si l'acquisition n'a pas de cause valable en droit civil, l'acquéreur, même de bonne foi, ne sera pas protégé. Ce sera le cas en particulier dans le contexte de la « donation » *a non domino*. En effet, dans la mesure où, selon le texte de l'art. 239 CO, la donation est la cession par le donateur de « ses biens » (*sein Vermögen/propri beni*), la doctrine majoritaire considère que l'on ne peut pas valablement faire la donation de biens d'autrui¹⁶². Ainsi, la « donation » par le *falsus auctor* est nulle. A défaut de cause valable au transfert, l'acquéreur, même de bonne foi, ne sera pas protégé.

Il en va différemment pour d'autres acquisitions à titre gratuit qui ne sont pas couvertes par l'art. 239 CO (p. ex. un legs ou l'accomplissement d'un devoir moral¹⁶³). Dans de telles circonstances, il y a une cause valable et la question de l'application de l'art. 933 CC doit se poser. Toutefois, les autres justifications proposées par la doctrine peuvent trouver à s'appliquer. En particulier, la réduction téléologique du champ d'application de l'art. 933 CC aux seules acquisitions onéreuses doit être admise. En effet, nous avons vu plus haut (cf. *supra* B.) que la protection de l'acquéreur qui croit de bonne foi à l'existence du pouvoir de disposer de l'aliénateur ne vise pas à garantir l'effet de publicité de la possession de ce dernier, mais à préserver la confiance des transactions¹⁶⁴. Lorsque le transfert a lieu à titre gratuit, cet intérêt de l'acquéreur est réduit à néant et doit donc s'effacer devant l'intérêt du propriétaire déchu. Il est du reste généralement admis que celui qui acquiert par succession, universelle¹⁶⁵ ou particulière¹⁶⁶, n'est pas protégé dans son acquisition. Ainsi, en raison de la réduction téléologique, l'art. 933 CC ne protège pas l'acquéreur de bonne foi, et le propriétaire antérieur pourra revendiquer la chose en nature. Si le demandeur n'est pas le propriétaire, mais le bénéficiaire d'une restriction du pouvoir de disposer, il faut admettre, pour les mêmes raisons,

¹⁵⁸ BSK OR I – VOGT/VOGT, CO 239 N 42; CR CO I – BADDELEY, CO 239 N 19, 41; KuKo OR – LINIGER/TRIEBOLD, CO 239 N 7; HUGUENIN, N 2875; v. TUHR/PETER, p. 516.

¹⁵⁹ BSK ZGB II – ERNST/ZOGG, CC 933 N 24a ss; HONSELL, BT, p. 223 ss; RUSCH, Schenkung als Vertrag, p. 845.

¹⁶⁰ BARTH, p. 285 s; GUISAN, p. 68; HONSELL, BT, p. 223. Pour une comparaison avec d'autres ordres juridiques, voir WIESER, p. 36 ss.

¹⁶¹ RUSCH, Schenkung als Vertrag, p. 845 s; v. TUHR/PETER, p. 497 s, note n°143, p. 516.

¹⁶² BSK OR I – VOGT/VOGT, CO 239 N 42; CR CO I – BADDELEY, CO 239 N 19, 41; KuKo OR – LINIGER/TRIEBOLD, CO 239 N 7; FOËX, The Hague Convention, N 4; HUGUENIN, N 2875; PANNATIER KESSLER, Droit de suite, p. 213 s; THÉVENOZ, Trusts en Suisse, p. 101; v. TUHR/PETER, p. 516. *Contra*: BARTH, p. 281 ss; CAVIN, p. 175 note n° 1; EMMENEGGER, p. 223 ss.

¹⁶³ PIOTET D., p. 18.

¹⁶⁴ BK – STARK/LINDENMANN, CC 930-937 (Intro) N 26; GUISAN, p. 14; WIESER, p. 35.

¹⁶⁵ BK – STARK/LINDENMANN, CC 933 N 1; BAUER, p. 793; GUISAN, p. 67; STEINAUER, Droits réels I, N 573.

¹⁶⁶ BAUER, p. 798; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, §103 N 42.

que l'acquéreur de bonne foi ne sera pas non plus protégé si la loi accorde une action en enrichissement illégitime audit bénéficiaire (p. ex. le droit de suite des bénéficiaires, du protecteur, du trustee ou du constituant d'un trust).

Le fait que l'acquéreur à titre gratuit puisse, selon les circonstances, avoir un intérêt digne de protection (p. ex. parce qu'il a fourni au donateur des prestations qui ne sont pas en rapport d'échange direct avec son acquisition ou parce qu'il s'est engagé à l'égard de tiers ensuite de son acquisition¹⁶⁷) est sans incidence sur l'évaluation abstraite de qui doit être maintenu dans sa propriété, c'est-à-dire de qui doit se voir attribuer le bien en nature. En effet, l'acquéreur de bonne foi peut se voir rembourser ses impenses utiles et nécessaires (art. 939 al. 1 CC) et pourra éventuellement se retourner contre le *falsus auctor* pour d'autres dommages subis, pour autant que le lien de causalité naturelle et adéquate avec l'aliénation sans pouvoir soit établi.

La question du traitement de la donation mixte dans le contexte de la réduction téléologique de l'art. 933 CC est problématique. En effet, si l'aliénation n'est qu'en partie effectuée à titre onéreux, l'acquéreur de bonne foi ne devrait être que partiellement protégé, ce qui est embarrassant si l'enjeu réside dans l'attribution de la propriété (en nature) d'une chose non divisible. On comprend alors bien que ERNST et ZOGG mentionnent cette question tout en évitant d'y répondre dans leur défense de la réduction téléologique¹⁶⁸ et que BARTH utilise cet écueil comme principal argument pour la réfuter¹⁶⁹. Selon nous, cette difficulté pratique ne peut suffire à écarter la réduction téléologique de l'art. 933 CC: le principe demeure que l'acquéreur de bonne foi est protégé si l'aliénation est faite à titre onéreux, mais ne l'est pas si elle est gratuite. Entre deux, le cas de la donation mixte est par nature difficile à résoudre de façon abstraite. Il pourra en revanche l'être par une pesée des intérêts concrète, tenant compte de la prépondérance de la part gratuite ou onéreuse de l'attribution, ainsi que de toutes les circonstances particulières de la donation mixte. Il se justifie donc selon nous d'admettre sans réserve la réduction téléologique de l'art. 933 CC.

Reste le cas particulier du mélange d'argent. En effet, dans un tel cas, l'acquéreur devient immédiatement propriétaire originaire des montants transmis¹⁷⁰. Le propriétaire antérieur ne dispose alors plus que d'une créance en enrichissement illégitime¹⁷¹ et supporte ainsi le risque d'insolvabilité de l'acquéreur de bonne foi. Pour le bénéficiaire d'une restriction du pouvoir de disposer, qui ne dispose de toute façon d'aucune action réelle, le mélange d'argent ne constitue donc pas un cas particulier.

2. Dans le contexte du trust

La doctrine assimile de manière générale l'attribution gratuite par le trustee à une donation (art. 239 ss CO). Nous l'avons vu, dans la mesure où, selon le texte de l'art. 239 CO, la donation est la cession par le donateur de ses propres biens, la doctrine majoritaire considère à juste titre

¹⁶⁷ BARTH, p. 287.

¹⁶⁸ BSK ZGB II – ERNST/ZOGG, CC 933 N 24b.

¹⁶⁹ BARTH, p. 289.

¹⁷⁰ ATF 47 II 267, consid. 2.

¹⁷¹ BSK ZGB II – ERNST/ZOGG, CC 933 N 24b; DUNAND/CERUTTI, p. 202; STEINAUER, Droits réels II, N 3192.

que l'on ne peut pas valablement faire la donation de biens d'autrui¹⁷². De la même manière, le trustee ne peut pas valablement « donner » les biens du trust de façon contraire à ses devoirs, puisque ces biens n'appartiennent pas à son patrimoine propre, mais au trust, soit à un patrimoine séparé¹⁷³.

Il est utile de souligner, car cela ne ressort pas de la doctrine citée ci-dessus, que lorsque le trustee fait une distribution gratuite aux bénéficiaires conforme à ses devoirs, il ne s'agit pas davantage, selon nous, d'une donation au sens de l'art. 239 CO. En effet, même s'il agit selon ses obligations, le trustee ne distribue pas ses propres biens, mais ceux du *Sondervermögen* que constitue le trust. Par ailleurs, il convient de rappeler que la donation au sens des art. 239 ss CO exige la réalisation d'un élément subjectif, l'*animus donandi*, soit la volonté du donateur de donner de ses biens sans contre-prestation correspondante du donataire – c'est-à-dire de s'appauvrir¹⁷⁴ – au moment de la conclusion du contrat ou à un moment ultérieur¹⁷⁵. Le Tribunal fédéral a considéré qu'une fondation de famille qui fait une attribution gratuite conforme à son but (même si celui-ci est contraire au Code civil) n'a pas l'intention de faire une donation, mais de réaliser son but¹⁷⁶. Le Tribunal fédéral a confirmé ce résultat s'agissant d'une Anstalt liechtensteinoise¹⁷⁷. Selon nous, le même raisonnement doit prévaloir pour les trusts, et ce indépendamment de la nature discrétionnaire ou fixe de ceux-ci¹⁷⁸. En effet, qu'il ait ou non une marge d'appréciation dans l'accomplissement de ses tâches, le trustee qui fait une distribution aux bénéficiaires n'est pas motivé par un *animus donandi*, il n'a pas l'intention de s'appauvrir, mais il agit pour remplir ses obligations découlant de l'acte de trust. Ainsi, la cause en droit civil d'une distribution gratuite conforme à l'acte de trust n'est pas une donation au sens des art. 239 ss CO, mais l'accomplissement des obligations du trustee.

On notera en passant que ce résultat est conforme à ce qui prévaut déjà en droit fiscal pour les distributions de trusts étrangers. Il faut rappeler que, si la définition de la donation au sens des art. 24 let. a de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD)¹⁷⁹ et 7 al. 4 let. c de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)¹⁸⁰ n'est pas absolument identique à celle des art. 239 ss CO, le critère de l'*animus donandi* est commun à ces deux domaines du droit¹⁸¹. Dès lors, le fait que les distributions des rendements du trust soient traitées comme des revenus ordinaires imposables et non comme des donations exonérées, et ce indépendamment de la nature discrétionnaire ou fixe du trust¹⁸², est un indice supplémentaire pour retenir en droit civil également que ces distributions ne sont pas motivées

¹⁷² BSK OR I – VOGT/VOGT, CO 239 N 42; CR CO I – BADDELEY, CO 239 N 19, 41; KuKo OR – LINIGER/TRIEBOLD, CO 239 N 7; HUGUENIN, N 2875; v. TUHR/PETER, p. 516. *Contra*: BARTH, p. 281 ss; CAVIN, p. 175 note n° 1; EMMENEGGER p. 223 ss.

¹⁷³ BSK OR I – VOGT/VOGT, CO 239 N 42; BSK IPRG – VOGT/PANNATIER KESSLER, LDIP 149d N 35; FOËX, The Hague Convention, N 4; PANNATIER KESSLER, Le droit de suite, p. 213 s.; THÉVENOZ, Trusts en Suisse, p. 101 s. *Contra*: CR LDIP – GUILLAUME, LDIP 149c N 48; PIOTET D., p. 17 s.

¹⁷⁴ CAVIN, p. 177.

¹⁷⁵ ATF 145 III 1, consid. 3.1 s.; CAVIN, p. 177 s.; OPEL, p. 174.

¹⁷⁶ TF, 22.4.2005, 2A.668/2004, consid. 3.4.3; GABELLON/DE OLIVEIRA, p. 298, note n°20; OPEL, p. 174; RUSCH, Schenkung als Vertrag, p. 838.

¹⁷⁷ TF, 09.05.2022, 2C_799/2021, consid. 4.5.

¹⁷⁸ Dans le même sens en matière de fondations: OPEL, p. 174 ss. *Contra*: RIEMER, p. 184 s.

¹⁷⁹ RS 642.11.

¹⁸⁰ RS 642.14.

¹⁸¹ ATF 146 II 6, consid. 7.1.

¹⁸² CONFÉRENCE SUISSE DES IMPÔTS, Circulaire n°30.

par un *animus donandi* et ne sont donc pas des donations au sens de l'art. 239 CO, mais trouvent leur *causa* directement dans la réalisation de l'acte de trust.

Ainsi, lorsque le trustee distribue gratuitement et sans droit des biens du trust, l'aliénation ne trouve sa cause ni dans l'exécution de l'acte de trust (puisque, précisément, elle y est contraire), ni dans une donation (impossible avec les biens d'autrui). Sans cause, l'aliénation n'est pas valable, l'acquéreur de bonne foi ne saurait être maintenu dans sa possession, sous réserve de l'écoulement du délai de prescription acquisitive, pour autant que la bonne foi ait perduré jusqu'alors.

Si l'attribution gratuite porte sur une somme d'argent, l'acquéreur en devient immédiatement propriétaire par mélange, et ce indépendamment de sa bonne ou de sa mauvaise foi¹⁸³. Le propriétaire dépossédé ne dispose plus alors que d'une action en enrichissement illégitime¹⁸⁴. Dans le contexte du trust, le mélange d'argent ne présente aucune différence avec le régime ordinaire, puisque le droit de suite correspond à une prétention en enrichissement illégitime, et le demandeur supporte de toute manière le risque d'insolvabilité de l'acquéreur.

Ainsi, lorsqu'un bénéficiaire, protecteur, trustee ou constituant exerce son droit de suite à l'encontre d'un acquéreur à titre gratuit, celui-ci ne pourra pas se prévaloir de sa bonne foi, puisque celle-ci ne peut pas remédier à l'absence de cause du transfert opéré sans pouvoir par le trustee. Si, par impossible, il devait y avoir des circonstances dans lesquelles il pouvait être retenu qu'il existe une cause au transfert, la réduction téléologique de l'art. 933 CC fera que l'acquéreur à titre gratuit ne pourra pas être maintenu dans sa possession. Si le transfert gratuit a porté sur une somme d'argent mélangée par l'acquéreur à ses propres deniers, il sera tenu à restitution selon les règles ordinaires de l'enrichissement illégitime. Il ne pourra ainsi en particulier se prévaloir de sa bonne foi que pour les montants dont il n'est plus enrichi (art. 64 CO).

On notera enfin que comme le droit de suite correspond à une prétention en enrichissement illégitime, il est soumis aux délais de prescription de l'art. 67 CO, soit un délai relatif de trois ans et un délai absolu de 10 ans. Dans ce contexte, il est possible que, si elle survient avant la prescription du droit de suite, la prescription acquisitive fasse obstacle à l'exécution en nature du droit de suite, pour autant que l'acquéreur soit resté de bonne foi jusqu'à l'échéance du délai de prescription acquisitive.

E. Conclusion intermédiaire

Nous l'avons démontré, de manière générale, la protection de l'acquéreur de bonne foi dans le contexte du droit de suite après une aliénation en *breach of trust* selon l'art. 529q AP-CO ne se distingue que très marginalement de ce qui prévaut déjà en droit positif.

La notion de bonne foi selon l'art. 529q AP-CO est tout à fait équivalente à celle qui a cours dans les autres domaines du droit privé; elle est présumée. Le domaine du trust présente toutefois la particularité que, dans la mesure où le pouvoir de disposer du trustee est délimité par l'acte de trust, ses contours ne sont pas toujours aisément reconnaissables par un tiers. Dès

¹⁸³ ATF 47 II 267, consid. 2.

¹⁸⁴ DUNAND/CERUTTI, p. 202; STEINAUER, Droits réels II, N 3192.

lors, le degré d'attention et de prudence que l'on exigera de l'acquéreur contractant avec un trustee pour qu'il puisse se prévaloir de sa bonne foi devra être déterminé en prenant en compte le fait que l'aliénateur est un trustee. Dans ce contexte, l'acquéreur diligent qui sait qu'il a affaire à un trustee devra prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer du pouvoir de disposer de son cocontractant et, si nécessaire, obtenir des garanties.

S'agissant de l'acquéreur à titre gratuit, il ne sera pas protégé dans son acquisition. Ce résultat découle en premier lieu de l'art. 529q al. 3 AP-CO qui le prévoit spécifiquement, mais il surviendrait de la même manière si l'avant-projet ne faisait pas cette précision. En effet, nous avons démontré qu'en raison de l'absence de cause en droit civil et de la réduction téléologique du champ d'application de l'art. 933 CC, la bonne foi ne suffit pas pour maintenir l'acquéreur à titre gratuit dans son acquisition. Contrairement à ce qu'avance le Conseil fédéral¹⁸⁵, l'art. 529q AP-CO ne constitue donc pas une dérogation au régime en place.

On rappellera enfin que, dans le contexte du droit de suite, le parallélisme, commun en droit suisse, de l'action en enrichissement illégitime et de la revendication n'existe pas. Le droit de suite ne jouit pas de privilège dans la faillite de l'acquéreur et se prescrit selon les règles ordinaires prévues à l'art. 67 CO.

Ainsi, dans le traitement de l'acquéreur de bonne foi, le droit de suite ne se présente pas comme une nouveauté. L'art. 529q AP-CO rappelle plutôt que des principes déjà bien établis dans la doctrine sont également applicables aux nouveaux liens juridiques que l'adoption de l'avant-projet permettrait désormais de soumettre entièrement au droit suisse.

IV. CONCLUSION

Le droit de suite a longtemps été décrit, avec le *ring fencing*, comme l'élément rendant impossible l'introduction du trust en droit suisse. Permettre au bénéficiaire de « revendiquer » en nature un bien aliéné par son propriétaire juridique sur la base de la violation des obligations personnelles de celui-ci était perçu comme une « division » de la propriété. Un tel résultat étant incompatible avec la conception subjective de la propriété privée prévalant en droit suisse, l'introduction du trust dans notre droit privé interne n'était pas envisageable.

Or, en admettant progressivement la séparation de patrimoines dans d'autres domaines du droit, notamment le droit bancaire et des fonds de placement, le droit suisse s'est écarté de la théorie de l'unicité du patrimoine et s'est ouvert à la possibilité du *ring fencing*. Nous avons démontré que, de la même manière, sans compromettre le *numerus clausus* des droits réels ni remettre en question l'intégrité de la propriété privée, le droit de suite est non seulement admissible en droit suisse, mais bien davantage qu'il correspond tout à fait à ce qui prévaut déjà dans d'autres aspects du droit positif. Le pouvoir de disposer du trustee étant limité par l'acte du trust, les aliénations contraires à ses obligations ne s'appuient sur aucun acte de disposition valable; partant, la propriété n'est pas transférée à l'acquéreur sauf s'il est de bonne foi. Si l'aliénation est gratuite, la cause fait également défaut, une carence que la bonne foi de l'acquéreur ne peut guérir. Si la propriété n'est pas valablement transférée, la restitution en nature est exigible, sauf si le délai de prescription acquisitive est échu.

¹⁸⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, N 6.1. ad art. 529q AP-CO.

Dès lors que l'on le considère non pas comme une forme de revendication réelle, mais comme une action en enrichissement illégitime, le droit de suite ne présente plus aucune difficulté conceptuelle à s'intégrer dans la systématique du droit suisse. Il est vrai que ni le bénéficiaire, ni le protecteur, ni le constituant, ni même le trustee (puisque ce n'est pas son patrimoine propre) ne sont personnellement appauvris par l'aliénation sans pouvoir, mais l'appauvrissement n'est de manière générale plus considéré comme une condition nécessaire à l'action en enrichissement illégitime¹⁸⁶. Le droit de suite est, comme toute prétention en enrichissement illégitime, un moyen de renverser un mouvement de patrimoine indu. En raison des limites au pouvoir de disposer du trustee, une aliénation en *breach of trust* peut faire l'objet d'une telle prétention en nature; le transfert est sans cause valable en droit civil (en particulier s'il s'agit d'une attribution à titre gratuit), ou il a une cause valable, mais que, à défaut d'acte de disposition valable et de bonne foi de l'acquéreur, la propriété n'est pas transmise. En ce sens, le droit de suite selon l'art. 529q AP-CO ne crée rien de neuf, sinon en ce qu'il étend la qualité pour agir à un cercle plus large que l'« appauvri » du droit de l'enrichissement illégitime classique. Dans la mesure où l'action en enrichissement illégitime est une action personnelle et non réelle, accorder la qualité pour agir à des non-propriétaires qui ont un intérêt digne de protection (on pense ici en particulier aux bénéficiaires, mais aussi au protecteur, au trustee ou au constituant) n'a rien de révolutionnaire ou d'incompatible avec le droit positif suisse. Ce résultat correspond à ce qui prévaut déjà en matière successorale, en particulier s'agissant de la substitution fidéicommissaire, ainsi qu'en matière de titres intermédiaires.

Par ailleurs, en limitant la protection de la bonne foi à l'acquéreur à titre onéreux, l'art. 529q al. 3 AP-CO ne déroge pas à ce que prévoit l'art. 933 CC. Bien au contraire, cette limite, même si elle ne ressort pas explicitement du texte de la loi et n'a jamais encore été formellement consacrée par le Tribunal fédéral, correspond à l'opinion majoritaire en doctrine depuis des décennies et à ce que prévoient notamment les codes civils allemand et autrichien. La précision de l'art. 529q al. 3 AP-CO n'est à ce titre pas une nouveauté, mais servira peut-être – nous l'espérons – à renforcer l'opinion qu'il faut admettre, dans l'interprétation de l'art. 933 CC, une réduction téléologique aux seules acquisitions onéreuses.

Ainsi, consacrer le droit de suite dans le Code des obligations n'est pas ouvrir une brèche dans la *numerus clausus* des droits réels ou diviser la propriété privée, mais c'est assurer, au moyen d'une prétention personnelle en enrichissement illégitime, que les intérêts des bénéficiaires soient protégés au mieux. Dans la mesure où les acquéreurs de bonne foi à titre onéreux seront maintenus dans leur acquisition, les intérêts contraires à ceux des bénéficiaires du trust, en particulier la confiance dans les transactions, sont également préservés.

Au vu de tout ce qui précède, il nous semble qu'eu égard au droit de suite du moins, il n'existe aucune entrave à la bonne acclimatation du trust au sein du droit privé suisse. Dans la mesure où le besoin d'un tel instrument sur la place économique suisse est établi, nous espérons que le législateur ne s'arrêtera pas aux considérations de juristes d'un autre siècle et, une fois que les points d'achoppement de nature fiscale seront aplanis, ratifiera l'entrée trop attendue du trust dans notre droit privé.

¹⁸⁶ ATF 129 III 422, JdT 2004 I 56, consid. 4; TF, 21.11.2017, 2C_123/2016, consid. 5.3.1; BSK OR I – SCHULIN/VOGT, CO 62 N 8 ss; CR CO I – CHAPPUIS, CO 62 N 8 ss.

V. BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

ABT Daniel/WEIBEL Thomas (édit.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 4^e éd., Bâle (Helbing) 2019 (cité: *PraxKomm Erbrecht – AUTEUR*).

BARBEY William, *Des propriétés divisées, spécialement des trusts – Étude raisonnée des différents systèmes de droit des biens dans l’histoire européenne, de leur transformation moderne, ainsi que de leur confrontation actuelle dans le droit transitoire et international privé suisse*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2023.

BARTH Frédéric, *Gültigkeit bzw. Wirksamkeit der Handschenkung einer anvertrauten Sache in* *BJM* 2021, p. 275 ss.

BAUER Christoph, *Unberechtigter Besitz an Fahrnis im Erbgang – Fragen des gutgläubigen Erwerbs, der Ersitzung und der Verantwortlichkeit im Zusammenspiel von Erb- und Sachenrecht in* *AJP/PJA* 2016 6, p. 783 ss.

BUCHER Andreas (édit.), *Commentaire romand Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)/Convention de Lugano (CL)*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2011 (cité: *CR LDIP – AUTEUR*).

CARRON Blaise/WESSNER Pierre, *Droit des obligations – Partie générale (vol. 1)*, Berne (Stämpfli) 2022.

CAVIN Pierre, *La vente, l’échange, la donation, Traité de droit privé suisse VII/1*, Fribourg (Editions universitaires) 1978.

CINCELLI Roman, *Der Common Law Trust – Grundlagen, rechtsvergleichende Entwicklung und Rezeptionsmöglichkeiten aus Sicht der Schweiz*, Genève (Schulthess) 2017.

DUNAND Jean-Philippe/CERUTTI Davide, *Le régime juridique du mélange d’argent in* [PICHONNAZ Pascal/VOGT Nedim Peter/WOLF Stephan (édit.)] *Spuren des römischen Rechts – Festschrift für Bruno HUWILER zum 65. Geburtstag*, Berne (Stämpfli) 2007, p. 193 ss.

EICHNER Mark, *Die Rechtsstellung von Treugebern und Begünstigten aus Trust und Treuhand*, Bâle (Helbing) 2007.

EIGENMANN Antoine/LANDERT Alexa, *Actions successorales*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2019.

EMMENEGGER Susan, *Schenkung und Gutgläubenschutz in* [PICHONNAZ Pascal/VOGT Nedim Peter/WOLF Stephan (édit.)] *Spuren des römischen Rechts – Festschrift für Bruno HUWILER zum 65. Geburtstag*, Berne (Stämpfli) 2007, p. 219 ss.

ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse – Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 1997.

FOËX Bénédict, *La mention du trust au registre foncier* in RNR 90 2009, p. 81 ss (cité: Mention).

FOËX Bénédict, *Le « numerus clausus » des droits réels en matière mobilière*, Lausanne (Payot) 1987 (cité: Numerus clausus).

FOËX Bénédict, *The Hague Trust Convention and Switzerland: a few remarks concerning movable property* in [MARKUS Alexander, KELLERHALS Andreas, JAMETTI GREINER Monique (édit.)] *Der Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz*, Zurich (Schulthess) 2003 (cité: The Hague Convention).

FOËX Bénédict, *Trust et registre foncier: Quelques remarques sur le transfert de la propriété du settlor au trustee* in *Successio* 2009, p. 259 ss (cité: Trust et registre foncier).

GABELLON Adrien/DE OLIVEIRA Inès, *Les bénéficiaires des fondations de droit privé* in *PJA* 2020, p. 296 ss.

GANI Raphaël/JOFFRÉ Abel, *Regards croisés sur l'imposition des trusts entre pratique actuelle et première appréciation de l'avant-projet de trust suisse* in *Jusletter* 18 2022.

GAUTHIER Jean, *Le pacte successoral*, Lausanne (Editions universitaires) 1955.

GEISER Thomas/WOLF Stephan (édit.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, 6^e éd., Bâle (Helbing) 2019 (cité: BSK ZGB II (2019) – AUTEUR).

GEISER Thomas/WOLF Stephan (édit.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, 7^e éd., Bâle (Helbing) 2023 (cité: BSK ZGB II – AUTEUR).

GENIER Yves, *Le trust made in Switzerland, une bonne idée?* in *PME Magazine* 14 mars 2022 [<https://www.pme.ch/invest/2022/03/14/le-trust-made-in-switzerland-une-bonne-idee>] (consulté le 17.04.2023).

GROLIMUND Pascal/LOACKER Leander D./SCHNYDER Anton K. (édit.), *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 4^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2021 (cité: BSK IPRG – AUTEUR).

GUBLER Friedrich T., *Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?* in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 73 1954 II, p. 215a ss.

GUISAN François, *La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière*, Lausanne (Pont Frères) 1970.

GUTZWILLER Peter Max, Schweizerisches Internationales Trustrecht – Kommentar zum Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (HTÜ) vom 1. Juli 1985 und zur schweizerischen Umsetzungs-Gesetzgebung vom 20. Dezember 2006, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2007.

HONSELL Heinrich (édit.), Kurzkomentar Obligationenrecht, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2014 (cité: KuKo OR – AUTEUR).

HONSELL Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 10^e éd., Berne (Stämpfli) 2017 (cité: BT).

HUBER Roman, Gerichtsstands- und Schiedsgerichtswahl in trustrechtlichen Angelegenheiten – Unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, Zurich (Schulthess) 2013.

HUDSON Alastair, Understanding Equity & Trusts, 7^e éd., Abingdon-on-Thames (Routledge-Cavendish) 2022.

HUGUENIN Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3^e éd., Zurich (Schulthess) 2019.

KOLLER Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4^e éd., Berne (Stämpfli) 2017.

MAYER Thomas M., Der Trust und das auf ihn anwendbare Recht aus Schweizer Sicht *in* Recht 2007, p. 64-88.

MORGER Mario/LIESCH Thomas/OPEL Andrea, Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz – Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen, Bern (SECO) 2019.

NATER-BASS Gabrielle/SEILER Moritz, Die Anmerkung des Trustverhältnisses im Grundbuch aus praktischer Sicht *in* Successio 2013, p. 220 ss.

OPEL Andrea, Stiftungen schenken nicht *in* ASA 88 2019, p. 171 ss.

PANNATIER KESSLER Delphine, Die Anmerkung des Trustverhältnisses und die Pflichten des Notars *in* ZBGR 92 2011, p. 73 ss (cité: Anmerkung).

PANNATIER KESSLER Delphine, Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts – Tracing en droit civil suisse, Genève (Schulthess) 2011 (cité: Le droit de suite).

PANNATIER KESSLER Delphine, Trusts et immeubles: en particulier la mention du lien de trust dans l'ORF révisée *in* [HOTTELIER Michel/FOËX Bénédict (édit.)] Propriété et liberté d'entreprendre: de la liberté de contracter à l'arbitrage immobilier, Genève (Schulthess) 2016, p. 65 ss (cité: Trusts et immeubles).

PEYROT Aude, La mention du trust dans les registres publics et la protection des créanciers de bonne foi: un regard critique *in* RDSA 2009, p. 366 ss (cité: Mention).

PEYROT Aude, Les défis du droit suisse de l'insolvabilité face au trust: séparation des patrimoines, publicité et poursuite pour dettes *in* McGill Law Journal ~ Revue de droit de McGill n°58 2013, p. 937-966 (cité: Défis).

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte/PIOTET Denis (édit.), Commentaire romand, Code civil II, Bâle (Helbing) 2016 (cité: CR CC II – AUTEUR).

PIOTET Denis, Quelques questions de droit privé suisse sur le trust sous l'empire de la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 *in* Not@lex 2008, p. 2 ss.

PIOTET Paul, Traité de droit privé suisse, vol. IV, Fribourg (Editions universitaires) 1988.

REYMOND Claude, Le trust en droit suisse *in* Zeitschrift für Schweizerisches Recht 73 1954 II, p. 119a ss.

RIEMER Hans Michael, Schenken Stiftungen wirklich nicht? Eine Erwiderung *in* ASA 90 (2021), p. 183 ss.

RUSCH Arnold F., Gutgläubiger Fahrnisserwerb als Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre *in* Jusletter 28 2008 (cité: Rechtsscheinlehre).

RUSCH Arnold F., Schenkung als Vertrag *in* [EMMENEGGER Susan, HRUBESCH-MILLAUER Stephanie, KRAUSKOPF Frédéric, WOLF Stephan (édit.)] Brücken bauen – Festschrift für Thomas KOLLER, Berne (Stämpfli) 2018 (cité: Schenkung als Vertrag).

RUSCH Arnold F./BORNHAUSER Philip R., Schenkung und Beweis *in* PJA 2013, p. 1135 ss.

SCHISTER Roman, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht, Saint-Gall (Dike) 2021.

SEILER Matthias, Trust und Treuhand im schweizerischen Recht – Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des Trustees, Zurich (Schulthess) 2005.

STARK Emil/LINDEMANN Barbara, Berner Kommentar, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, Berne (Stämpfli) 2016 (cité: BK – STARK/LINDENMANN).

STEINAUER Paul-Henri, Le droit des successions, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2015 (cité: Successions).

STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels – Tome I: Introduction à l'étude des droits réels/ Possession et registre foncier/Dispositions générales sur la propriété/Propriété par étages, 6^e éd., Berne (Stämpfli) 2019 (cité: Droits réels I).

STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels – Tome II: Propriété foncière/Propriété mobilière/ Généralités sur les droits réels limités/Servitudes foncières, 5^e éd., Berne (Stämpfli) 2020 (cité: Droits réels II).

SUPINO Pietro Paolo, Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht, Saint-Gall (Dike) 1994.

THÉVENOZ Luc, Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la convention de La Haye *in* [THÉVENOZ Luc/BOVET Christian (édit.)], Journée 2006 de droit bancaire et financier, Genève (Schulthess) 2007, p. 51 ss (cité: Créer et gérer des trusts).

THÉVENOZ Luc, La fiducie, Cendrillon du droit suisse – Propositions pour une réforme *in* Revue de droit suisse 1995 II, p. 253-363 (cité: Fiducie).

THÉVENOZ Luc, Propositions pour un trust suisse *in* RDSA 2018, p. 99 ss (cité: Propositions).

THÉVENOZ Luc, Trusts en Suisse: adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie = Trusts in Switzerland: ratification of The Hague Convention on trusts and codification of Fiduciary transfers, Zurich (Schulthess) 2001 (cité: Trusts en Suisse).

THÉVENOZ Luc, Under the hood of the draft Swiss trust law *in* Trusts & Trustees 28(9) 2022, p. 824-833 (cité: Under the hood).

THÉVENOZ Luc, What is it about Switzerland? *in* [SATC (édit.)] Trust Swiss Expertise, 2021 (cité: About Switzerland).

THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle (Helbing) 2021 (cité: CR CO I – AUTEUR).

V. TUHR Andreas/PETER Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, vol. 1, 3^e éd., Zurich (Schulthess) 1974.

TUOR Peter, Erbrecht – Art. 457-640, Berner Kommentar III, Berne (Stämpfli) 1929 (cité: BK – TUOR).

TUOR Peter/SCHNYDER Bernhard/SCHMID Jörg/JUNGO Alexandra, ZGB – Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14^e éd., Zurich (Schulthess) 2015.

VAN DE SANDT Carole, L'acte de disposition, Fribourg (Editions universitaires) 2000.

WEIMAR Peter, Art. 457-516 ZGB. Das Erbrecht. Das Erbe – Berner Kommentar III.1.1, Berne (Stämpfli) 2009 (cité: BK–WEIMAR).

WEISER F, Trusts on the Continent of Europe: a study of comparative law with an annex containing suggestions for the drafting of general bonds of international government loans, Londres (Sweet & Maxwell) 1936.

WIDMER-LÜCHINGER Corinne/OSER David (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2020 (cité: BSK OR I – AUTEUR).

WIESER Charlotte, Gutgläubiger Fahrnisserwerb und Besitzesrechtsklage – Unter besonderer Berücksichtigung der Rückforderung « entarteter » Kunstgegenstände, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2004.

WOLF Stephan/GENNA Gian Sandro, Schweizerisches Privatrecht, vol. IV/1, Bâle (Helbing) 2012.

WYLER Marcus, Für ein schweizerisches Treuhandrecht *in* RSJ 32 (1935) p. 129 ss.

Actes officiels

CONFÉRENCE SUISSE DES IMPÔTS, Circulaire n°30, Imposition des trusts, 22 août 2007.

CONSEIL FÉDÉRAL, Avant-projet, Code des obligations (Introduction du trust), 2022 (cité: Avant-projet).

CONSEIL FÉDÉRAL, Introduction du trust: modification du code des obligations – Rapport explicatif relatif à l’ouverture de la procédure de consultation, 2022 (cité: Rapport explicatif).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés, FF 2006 8817 ss (cité: Message LTI).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant l’approbation et l’exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, FF 2005 561 ss (cité: Message CLHT).