



Article scientifique

Article

2014

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans  
après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts

---

Thévenoz, Luc

**How to cite**

THÉVENOZ, Luc. Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts. In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2014, vol. 86, n° 2, p. 161–174.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:37219>

## Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse ? Un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts

Par Prof. Dr. Luc Thévenoz\*

*Two cases decided by the Federal Tribunal in 2012 have raised the question whether Swiss courts properly recognise and enforce the effects of (foreign) trusts. This article sets out a broader context and shows that in many other decisions, Swiss courts have shown a robust understanding of trusts and their most important features. In those two cases, however, the courts have enforced important public policies at the cost of disregarding the relevant trusts*

*entirely. This article argues that the same results could be obtained through a more rigorous application of the Hague Convention on Trusts. Its provisions, and particularly Article 15, allow courts to strike a balance between the recognition of trusts and the application of other, non-trust mandatory provisions designated by the conflict rules of the forum.*

### Table des matières

#### Introduction

- I. Une jurisprudence variée et solide
- II. Deux affaires controversées
  1. Hoirie de Monsieur X: trust vs succession
  2. Rybolovelev c. Ryboloveleva: trust vs régime matrimonial
    - 2.1. Effets extraterritoriaux
    - 2.2. Blocage des actifs en trust
- III. Les juges suisses face à la loi applicable au trust
  1. L'établissement du contenu de la loi applicable au trust
  2. La tentation de l'arme nucléaire: sham, Durchgriff etc.
- IV. De la méthode: résoudre les conflits de normes
- V. Conclusion

#### Introduction

Presque sept ans après l'entrée en vigueur de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, conclue à La Haye le 1<sup>er</sup> juillet 1985 (CHT),<sup>1</sup> il est intéressant d'examiner dans quelle me-

sure les tribunaux et les autres autorités suisses reconnaissent les trusts soumis à un droit étranger et leur donnent effet dans l'ordre juridique suisse. Cette enquête est d'une actualité particulière: deux affaires tranchées par le Tribunal fédéral au printemps 2012 ont suscité une vive attention internationale et des commentaires critiques.<sup>2</sup> Dans les deux cas, où les effets de trusts entraînent (ou semblaient entrer) en conflit direct avec l'application de règles suisses (régime matrimonial, droit des successions), les tribunaux suisses ont résolu ce conflit en retenant l'inefficacité totale des trusts en question. Au lieu de trancher la question délicate mais pas nouvelle en droit international privé d'un conflit de règles contradictoires applicables à la même situation, ils ont estimé devoir ignorer complètement les trusts pour donner pleine application aux règles suisses. La critique ne vise pas les résultats obtenus au fond, mais la méthode employée.

Cette critique qui sera examinée en détail ne doit pas faire oublier de nombreuses autres affaires où les tribunaux suisses ont admis l'existence de trusts et leur ont reconnu des effets compatibles avec l'ordre juridique suisse. Nous commencerons donc par passer en revue cette jurisprudence, diverse et intéressante (I). Nous présenterons ensuite les deux affaires controversées (II), examinerons les difficultés que les tribunaux doivent résoudre dans de telles situations (III) et reviendrons sur la méthode propre à résoudre de tels conflits en conformité avec les obligations internationales de la Suisse (IV).

\* Luc Thévenoz est professeur ordinaire à l'Université de Genève, directeur de son Centre de droit bancaire et financier, et président de la Commission des offres publiques d'acquisition. Cette contribution est la publication de l'exposé présenté le 29 octobre 2013 à la Journée 2013 de droit bancaire et financier à Genève.

<sup>1</sup> Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1<sup>er</sup> juillet 1985, entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 2007, RS 0.221.371, ici abrégée «CHT». La Convention est actuellement en vigueur pour l'Australie, la plupart des provinces du Canada, la Chine (pour Hong-Kong seulement), l'Italie, le Liechtenstein, le Luxembourg, Malte, Monaco, les Pays-Bas, Saint-Marin, la Suisse et le Royaume-Uni, y compris les Bermudes, les Iles Vierges Britanniques, Gibraltar, l'Île de Man, Jersey, Guernesey, Turks and Caicos et Montserrat.

<sup>2</sup> Présentées et discutées au chapitre II ci-dessous.

## I. Une jurisprudence variée et solide

Les travaux préparatoires,<sup>3</sup> la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts et l'entrée en vigueur de quelques dispositions éparses dans la législation (chapitre 9a LDIP; art. 284a et 284b LP),<sup>4</sup> puis la publication de *Lignes directrices relatives au traitement des affaires liées à un trust* par l'Office fédéral du registre foncier<sup>5</sup> ont suscité une abondante littérature, sous forme de commentaires, de monographies et d'articles. La jurisprudence a plus lentement suivi, au rythme où les tribunaux civils et administratifs ont été saisis d'affaires mettant en cause des trusts. Une revue de cette jurisprudence peint un tableau d'ensemble cohérent et coloré du traitement des trusts par les autorités et les juridictions suisses, même si leurs décisions ne se réfèrent souvent que dans une mesure limitée aux dispositions de la Convention.

a) Premier constat: la qualité du trustee d'être partie aux procédures qui affectent les biens du trust est largement reconnue, même si l'art. 11 al. 2 CHT qui fonde cette reconnaissance n'est presque jamais cité.<sup>6</sup> C'est notamment le cas dans les affaires pénales<sup>7</sup> et dans les procédures d'entraide internationale pénale et administrative.<sup>8</sup>

La qualité de partie a cependant été refusée au trustee dans deux situations particulières. Le Tribunal pénal fédéral a refusé la qualité de partie au trustee d'un trust liechtensteinois dissout et radié au registre des sociétés de ce pays, suggérant qu'il appartenait à l'ayant droit économique de former re-

cours.<sup>9</sup> La Cour de justice de Genève a dénié au trustee la qualité pour recourir contre une ordonnance de séquestre obtenue par un créancier personnel au motif que le séquestre porterait sur des biens soumis à un trust.<sup>10</sup> La Cour a considéré que seuls les bénéficiaires du trust ont le droit de former opposition à l'ordonnance de séquestre (art. 278 LP) ou de mettre en œuvre la procédure de revendication (art. 106 à 109 par renvoi de l'art. 275 LP). On remarquera que cet arrêt ne se prononce pas sur le bien-fondé de cette revendication: si l'existence de ce trust était prouvée, les biens devraient être soustraits aux créanciers personnels du trustee dans la mesure prévue par la loi applicable au trust (art. 11 al. 3 let. a CHT).<sup>11</sup>

b) Deuxième constat: les tribunaux reconnaissent assez largement la nature particulière des droits des bénéficiaires sur les biens, en fonction de la nature de chaque trust. Sous le titre «*Pas de droit réel pour le bénéficiaire*», le Message du Conseil fédéral de 2006 affirmait, de manière fort dogmatique, le caractère strictement personnel des droits des bénéficiaires:

«Le bénéficiaire n'a droit qu'aux prestations que lui accordent les dispositions qui régissent le trust. Ce droit, dont la nature est purement personnelle, n'existe qu'à l'égard du trust (représenté par le trustee qui exerce le droit de propriété sur le patrimoine du trust et agit au nom de celui-ci).»<sup>12</sup>

A juste titre, les tribunaux ne se sont pas laissés impressionner par cette affirmation trop dogmatique. Ils reprennent volontiers à leur compte<sup>13</sup> ce que, en

<sup>3</sup> Message du Conseil fédéral du 2 décembre 2005, FF 2006 561, BBl 2006 551. Les travaux préparatoires se sont appuyés, notamment, sur un rapport commandité par l'Office fédéral de la justice: *Thévenoz L., Trusts en Suisse: Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Zurich 2001, et sur deux consultations des milieux intéressés.

<sup>4</sup> Arrêté fédéral du 20 décembre 2006, RO 2007 2849.

<sup>5</sup> Du 28 juin 2007, cf. <[http://www.rnrf.ch/download/wegleitung\\_trust\\_f.pdf](http://www.rnrf.ch/download/wegleitung_trust_f.pdf)>.

<sup>6</sup> Art. 11 al. 2 CHT: «La reconnaissance implique au moins... que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaitre en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.»

<sup>7</sup> TF, 1B\_21/2010 du 25 mars 2010 (séquestre pénal).

<sup>8</sup> TPF, RR.2011.272 du 15 mai 2012 (entraide en matière d'escroquerie fiscale à la TVA); TF, 2A.55/2003 du 17 mars 2005 et 2A.703/2005 du 9 août 2006 (entraide boursière).

<sup>9</sup> TPF, RR.2010.200 du 20 janvier 2011 (recours contre un séquestre dans une procédure d'entraide internationale en matière pénale).

<sup>10</sup> Cour de justice GE, ACJC/1105/2010 du 30 septembre 2010, <[http://justice.geneve.ch/tdb/Decis/CJ/ACJCSOM/FichierWord/2010/0011/ACJC\\_001105\\_2010\\_C\\_26622\\_2009.pdf](http://justice.geneve.ch/tdb/Decis/CJ/ACJCSOM/FichierWord/2010/0011/ACJC_001105_2010_C_26622_2009.pdf)>.

<sup>11</sup> La règle conventionnelle est concrétisée par l'art. 284a LP en cas de faillite du trustee. Elle s'applique également à la saisie, cf. *Peyrot A.*, Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse, Genève 2011, pp. 75–80, et donc au séquestre par le renvoi de l'art. 275 LP. Six ans avant l'entrée en vigueur de la Convention pour la Suisse, dans l'affaire *X. c. Etats-Unis d'Amérique*, le Tribunal fédéral a effectivement distrait des biens séquestrés en faveur du bénéficiaire d'un *constructive trust*.

<sup>12</sup> FF 2006 571–572, section 1.3.3.6.

<sup>13</sup> TF, 2C\_168/2012 du 1<sup>er</sup> mars 2013, c. 4.2 (qualification fiscale du bénéficiaire d'un plan d'intéressement); TF, 1B\_21/2010 du 25 mars 2010, c. 2.2 et TPF, BB.2009.71 du 16 décembre 2009, c. 1.5.2 (recours contre un séquestre

2001 déjà, le Tribunal fédéral avait affirmé dans l'affaire *X. c. USA* avec toutes les références appropriées :

«Or il est admis dans la doctrine suisse récente que le bénéficiaire du trust, qui a la *equitable ownership* sur les biens faisant l'objet du trust, a sur ceux-ci un *right in rem* qui doit être qualifié, selon les conceptions du droit suisse, comme un droit ayant une composante réelle lui permettant d'obtenir la distraction des biens faisant l'objet du trust dans la procédure d'exécution forcée dirigée contre le trustee.»<sup>14</sup>

La reconnaissance d'une dimension réelle, opposable *erga omnes*, aux droits des bénéficiaires ne va malheureusement pas jusqu'à reconnaître à ces derniers la qualité pour s'opposer aux mesures de contrainte qui frappent ces biens.<sup>15</sup> Cette limitation de la position juridique des bénéficiaires est discutable car elle traite comme tiers à la procédure des bénéficiaires qui ont des droits distincts de ceux du trustee sur les biens faisant l'objet de mesures de contrainte.

Il est vrai aussi que le test à l'acide de la reconnaissance en Suisse des droits des bénéficiaires viendra lorsque l'un deux exercera contre un tiers son droit de suite (*tracing and following*) sur un bien aliéné dont le trustee a disposé en violation des obligations résultant du trust. L'art. 11 al. 3 lit. d CHT n'est pas dépourvu d'ambiguïté sur cette question,<sup>16</sup> qui a fait l'objet d'une étude doctrinale approfondie.<sup>17</sup>

c) Troisième constat : les droits du trustee ne sont pas toujours faciles à établir, et c'est la loi applicable au trust qui détermine quels sont ces droits et quel est leur titulaire. Lorsqu'un trustee a ouvert des comptes bancaires en sa qualité de trustee et qu'il est ensuite démis et remplacé par un autre trustee, est-ce l'ancien ou le nouveau trustee qui peut faire valoir les droits du titulaire de compte à l'encontre de la banque ? A juste titre, le Tribunal fédéral a jugé que

pénal); Cour de justice GE, ACJC/1100/2011 du 15 septembre 2011, c. 4.2.1 (séquestre civil).

<sup>14</sup> TF, 5C.169/2001 du 19 novembre 2001, c. 6.b.dd.

<sup>15</sup> TF, 1B\_21/2010 du 25 mars 2010.

<sup>16</sup> L'art. 11 al. 3 lit. d CHT prévoit la reconnaissance du droit de revendication dans la mesure prévue par la loi applicable au trust mais atténue la règle en disposant que «les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.»

<sup>17</sup> *Pannatier-Kessler D.*, Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts, Genève 2011.

la question relevait de la loi applicable au trust. Ce point étant controversé selon la doctrine et la jurisprudence liechtensteinoises applicable au cas d'espèce, la demande en restitution des actifs déposés fondée sur le contrat de dépôt ne constitue pas un «cas clair» au sens de l'art. 257 CPC et ne peut donc pas être jugée en procédure sommaire.<sup>18</sup>

d) Quatrième constat : dans un arrêt minutieusement motivé, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 335 CC qui interdit les fidéicommiss de famille et les fondations d'entretien n'est pas une loi d'application immédiate et ne s'applique donc pas aux fondations soumises à une autre loi.<sup>19</sup> Les juges de Mon Repos ont reconnu les effets d'une fondation liechtensteinoise qu'il n'aurait pas été possible de constituer selon le droit suisse. Si l'interdiction de l'art. 335 CC n'est pas une loi d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP, elle ne l'est pas non plus au sens de l'art. 16 al. 1 CHT et n'est donc pas applicable aux trusts. Les doutes récemment exprimés par un auteur à propos de trusts présentant un lien très étroit avec la Suisse<sup>20</sup> ne tiennent pas suffisamment compte du fait que le législateur, à l'art. 149c al. 2 LDIP, a clairement exprimé la volonté de renoncer à la clause d'exception de l'art. 13 CHT.<sup>21</sup>

e) Dans diverses matières du droit économique, les autorités et tribunaux suisses ne semblent pas effrayés par l'utilisation d'un trust. Ainsi, le Tribunal fédéral a écarté l'application de la loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger à un *grantor trust* constitué par des Suisses domiciliés aux Etats Unis pour détenir un immeuble qui leur appartenait déjà.<sup>22</sup> La Commission des offres publiques d'acquisition a constaté que la restructuration, au moyen de trusts, de la propriété des actions d'une société suisse cotée en Suisse au sein des membres d'une famille n'était pas, *ipso iure*, un changement de contrôle imposant à ceux-ci ou aux trustees une offre obligatoire (art. 32 LBVM).<sup>23</sup> On notera encore l'abondante jurisprudence du Tribunal

<sup>18</sup> TF, 4A\_329/2013 du 10 décembre 2013, c. 6.3.

<sup>19</sup> ATF 135 III 614, SJ 2010 I 229.

<sup>20</sup> *Geiser T.*, Familienfideikommiss und Trusts: Fortschritt oder kollektives Vergessen? in: *Liber amicorum N.P. Vogt*, Bâle 2012, 89.

<sup>21</sup> Cf. message du 2 décembre 2005 (note 3), FF 2006 I 605.

<sup>22</sup> TF, 2C\_409/2009 du 15 janvier 2011.

<sup>23</sup> COPA, décision 423/01 du 24 juillet 2009, *EFG International*.

administratif fédéral relative à l'échange de renseignements fiscaux accordés par la Suisse aux Etats-Unis en rapport avec les clients d'UBS SA.<sup>24</sup>

## II. Deux affaires controversées

Ce constat d'ensemble, satisfaisant quant à la façon dont les tribunaux suisses appréhendent et reconnaissent les effets des trusts soumis à un droit étranger, est malheureusement éclipsé par deux affaires civiles décidées par les tribunaux genevois, dont les décisions ont été confirmées par le Tribunal fédéral. Dans chacune, les effets d'un ou plusieurs trusts entraînent (ou paraissent entrer) en conflit frontal avec des règles impératives du Code civil. Le grand retentissement de ces deux affaires, dont l'une n'a pas encore trouvé sa conclusion, justifie qu'on les expose brièvement avant d'analyser les difficultés qu'elles posent aux tribunaux et les solutions préférables.

### 1. Hoirie de Monsieur X : trust vs succession

X était un citoyen britannique depuis longtemps domicilié à Genève où il décéda en 2003. Son testament de 1997 désigne ses deux filles comme héritières et sa compagne comme légataire de certains biens. Le train de vie du ménage qu'il formait avec sa compagne était assuré par des paiements reçus de deux sociétés de domicile étrangères dont les actions étaient l'objet d'un trust discrétionnaire régi par le droit des Iles Vierges Britanniques. Tous les paiements étaient faits par le trustee, une société des Bermudes, en réponse aux souhaits (*wishes*) formulées par X auprès de ses conseillers à Genève, qui étaient les organes de la société trustee.

La succession de X donna lieu à plusieurs procès entre ses filles et sa compagne. Parmi de nombreuses questions litigieuses, deux portent sur le trust dont X était le constituant et manifestement le principal bénéficiaire.

a) Les héritières réclamaient à la compagne le remboursement des certaines sommes versées en espèces par le trustee du vivant de X, sommes qui au-

raient été conservées ou utilisées sans droit par la compagne. La Cour de justice retint que sur un montant total de CHF 633 000, l'utilisation de CHF 470 000 avait été justifiée tandis qu'une dépense d'environ CHF 163 000 restait inexplicite.<sup>25</sup> Considérée comme gérante (avec ou sans mandat) de l'affaire du défunt, la compagne fut condamnée par la Cour de justice à rembourser cette somme à la succession, condamnation confirmée par le Tribunal fédéral.<sup>26</sup>

Pour établir l'obligation de restituer à la succession, la Cour de justice estime que les fonds proviennent bien du défunt et reviennent donc à sa succession. Elle aurait probablement pu le faire en vérifiant que le défunt était bénéficiaire du trust et donc des distributions reçues à ce titre, de sorte que la compagne, qui en avait eu la gestion, en devait compte. Mais pour établir que les fonds étaient ceux du défunt et revenaient donc à sa succession, la Cour estima devoir faire abstraction du trust, en retenir la nullité ou l'inexistence, ce qu'elle fit en ces termes.

«Compte tenu notamment de la structure opaque mise en place par le défunt, du versement régulier de montants importants à ce dernier, du fait que toutes les dépenses du <trust> ont été réalisées selon les souhaits qu'il exprimait et en accord avec lui, et de l'avis de droit anglais concluant à l'existence d'un <sham trust>, la Cour tient pour acquis que cet argent provenait de la fortune du défunt.»<sup>27</sup>

Ce bref raisonnement juridique est fondé sur un aussi bref passage de l'état de fait où la Cour résume ainsi la conclusion d'un avis de droit établi par un avocat anglais à la requête des héritières :

«la structure entière était un <sham trust> et X n'avait jamais perdu la propriété ni le contrôle des fonds détenus par le trust ou par une société offshore y relative.»

Le Tribunal fédéral consacre des développements plus étendus à «la dualité entre le de *cujus*... et le trust... ainsi que les sociétés offshore qu'il détient.» Il se réfère à la Convention de La Haye pour définir le trust et cite l'art. 11 al. 1 CLHT selon lequel un trust créé conformément à la loi qui le régit sera reconnu en tant que tel. Se référant ensuite à deux auteurs suisses et au célèbre jugement du Tribunal de

<sup>24</sup> Cf. notamment ATAF 2011/6 du 10 janvier 2011 ; TAF, A-6903/2011 du 23 mars 2011 (trust irrévocable et discrétionnaire) et A-535/2011 du 28 juin 2011 (trust révocable).

<sup>25</sup> Cour de justice GE, ACJC/626/2001 du 20 mai 2011, c. 8. TF, 5A\_436/2011 et 5A\_443/2011 du 12 avril 2012, c. 6-9.

<sup>27</sup> Cour de justice (note 25), c. 8.2.

district de 1994 relatif à la faillite de W.K. Rey,<sup>28</sup> il poursuit ainsi :

« Il y a sham trust lorsque le settlor utilise le trust de manière artificielle ; tel est le cas s'il conserve de fait tous les pouvoirs sur les biens en trust, qu'il entend récupérer en fin de compte. [...] Un sham trust ne peut être reconnu en Suisse dès lors qu'il est inefficace selon le droit qui le régit (art. 11 de la Convention de La Haye...). [...] Cela étant, si l'ordre juridique étranger désigné ne connaît pas le principe de la transparence et que cela doit conduire à un résultat qui n'est pas compatible avec l'ordre public suisse, l'application du droit étranger peut être écartée en vertu de l'ordre public négatif (art. 17 LDIP ...). »<sup>29</sup>

Le Tribunal fédéral considéra que la Cour de justice avait appliqué sans arbitraire (art. 96 let. b LTF *a contrario*), et même « à juste titre », le droit étranger régissant le trust en retenant que celui-ci était une simple fiction.

b) Huit mois plus tard, dans une procédure séparée relative à l'étendue de l'inventaire de la succession (art. 553 CC), le Tribunal fédéral refusa d'étendre aux actifs du trust cette mesure de sûreté à caractère provisoire :

« ... les tiers ne sont tenus de renseigner l'autorité compétente pour l'établissement de l'inventaire de l'art. 553 CC que lorsque le droit aux renseignements apparaît d'emblée évident, à savoir, notamment, lorsque le défunt était titulaire d'un compte auprès d'un établissement bancaire ou propriétaire d'un bien en possession d'un tiers. En revanche, l'autorité ne saurait obtenir, par ce biais, en procédure gracieuse, des informations sur les avoirs dont le de

cujus n'était que l'ayant droit économique et lorsque le droit aux renseignements est contesté. »<sup>30</sup>

« En conséquence, dès lors que les avoirs de la structure de trust et de sociétés offshores mise en place par le défunt constituent, en l'espèce, tout au plus des biens dont le de cujus serait l'ayant droit économique et que le droit d'obtenir des informations à leur sujet est contesté, l'autorité chargée d'établir l'inventaire de l'art. 553 CC n'est habilitée à obtenir des renseignements sur ce point ni de la part de ladite structure ni de son intermédiaire en Suisse ... »<sup>31</sup>

Le Tribunal fédéral relève que sa position s'écarte de celle des tribunaux genevois, qui tendent à étendre l'inventaire successoral aux biens des trusts constitués par le défunt.<sup>32</sup> Il ne relève pas que, au cas d'espèce, cette décision semble contredire son arrêt précédent, cité plus haut, dont il résultait en substance que ce même trust était « une fiction dont il ne fallait pas tenir compte. »<sup>33</sup>

## 2. Rybolovlev c. Rybolovleva : trust vs régime matrimonial

La seconde affaire, encore pendante au fond, concerne le divorce d'Elena et Dmitri Rybolovlev, qui a reçu une large publicité médiatique<sup>34</sup> et a été abondamment commentée dans les revues spécialisées.<sup>35</sup> Mariés en Russie sans contrat de mariage, les

<sup>28</sup> Bezirksgericht Zürich, FB920075 du 1<sup>er</sup> février 1994 dans l'affaire *OD-Bank en liquidation gegen Konkursmasse des WKR*, ZR 98/1999, 225 n° 52. Dans cette décision soigneusement motivée, qui n'a fait l'objet d'aucun recours, le juge unique siégeant en procédure sommaire a considéré que le trust de Guernesey constitué par W.K. Rey pour détenir les deux sociétés holdings faïtières lui permettant de contrôler son groupe n'avait eu aucune existence réelle, Rey s'étant comporté en tout temps comme le seul actionnaire des holdings. Le jugement motive sa conclusion en droit en se référant à une (alors récente) décision de Jersey, *Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co Ltd*, 1991 JLR 103 et en invoquant la maxime « donner et retenir ne vaut. » Le droit de Jersey (comme celui de Guernesey) a changé sur ce point. En particulier, la section 9 (5) du Trusts (Jersey) Law dispose désormais : « The rule *donner et retenir ne vaut* shall not apply to any question concerning the validity, effect or administration of a trust, or a transfer or other disposition of property to a trust. »

<sup>29</sup> TF, 5A\_436/2011 précité, c. 9.3. La référence à l'art. 17 LDIP paraît inexacte. Comme ce trust relève de la Convention, la réserve de l'ordre public international du for résulte de l'art. 18 CHT.

<sup>30</sup> TF, 5A\_434/2012 du 18 décembre 2012, c. 3.3.2.2.

<sup>31</sup> *Ibidem*, c. 3.3.2.3.

<sup>32</sup> *Ibidem*, c. 3.3.2.2, avec références. Comparer en outre avec TF, 5P.112/2002 du 16 juillet 2002 (inventaire selon l'art. 553 CC) et 5A\_620/2007 du 7 janvier 2010 (liquidation officielle).

<sup>33</sup> TF, 5A\_436/2011 et 5A\_443/2011 du 12 avril 2012, c. 9.4. Cette contradiction pourrait éventuellement être expliquée en notant que l'intimé dans l'arrêt de décembre 2012 n'était pas partie à procédure tranchée par l'arrêt d'avril 2012, de sorte que l'autorité de chose jugée du premier arrêt ne lui était pas opposable.

<sup>34</sup> L'auteur de cette contribution a été consulté dans cette affaire. Les faits ici énoncés sont ceux retenus par la Cour de justice.

<sup>35</sup> Y compris par certains avocats directement ou indirectement impliqués dans cette procédure aux ramifications internationales. Cf. notamment *Graham T.*, The Hague Trusts Convention five years on: the Swiss Federal Supreme Court's decision in *Rybolovlev v Rybolovleva*, Trusts & Trustees 2012, 746; *O'Hagan P.*, Trusts in Switzerland (a tale of two conventions), Trusts & Trustees 2012, 732; *Perrin J./Shayle M.*, Trusts et restrictions au pouvoir de disposer dans le cadre d'un divorce en Suisse, Jusletter 16 septembre 2013; *Peyrot A.*, Saisie provisionnelle des biens d'un trust dans une procédure de divorce contre le settlor, 11 juin 2012, <[www.cdbf.ch/810](http://www.cdbf.ch/810)>; *Bersheda T.*, The long-awaited decision of the Swiss Supreme

époux Rybolovlev ont pris domicile en Suisse et sont soumis au régime légal de la participation aux acquêts.<sup>36</sup> Monsieur a constitué une fortune considérable pendant la durée du mariage, laquelle forme des acquêts. En avril 2005, il propose à son épouse de modifier conventionnellement le régime légal au détriment de Madame, ce que celle-ci refuse. Deux mois plus tard, il constitue deux trusts selon le droit de Chypre pour détenir les actions de sociétés qui constituent la presque totalité de sa fortune. En décembre 2008, Madame ouvre action en divorce devant les tribunaux genevois, requiert une reddition de comptes (art. 170 CC) et le blocage à titre provisoire (art. 178 al. 2 CC) des actifs détenus directement ou indirectement par Monsieur, dont la défense acharnée est à la mesure des enjeux économiques du divorce.

C'est la mesure de blocage qui nous intéresse ici. Elle vise à garantir la créance de participation de Madame (art. 208 et 220 CC), créance admise par Monsieur dans son principe mais contestée dans son montant. Refusée par le Tribunal de première instance, la mesure conservatoire fut ordonnée par la Cour de justice<sup>37</sup> et confirmée par le Tribunal fédéral.<sup>38</sup> Elle porte sur des actifs désignés nommés. La plupart de ces actifs sont localisés hors de Suisse et sont détenus par des sociétés (*underlying companies*) dont les actions sont détenues par le trustee de l'un des deux trusts dont Monsieur est le constituant, le protecteur et le principal bénéficiaire.

### 2.1 Effets extraterritoriaux

En tant qu'elle frappe des biens situés à l'étranger, cette décision consacre un revirement explicite de la jurisprudence genevoise.<sup>39</sup> La Cour de justice justifie sa compétence pour ordonner des mesures provisoires sur des biens à l'étranger en relevant que

les tribunaux suisses doivent, dans le jugement au fond, statuer sur le sort de tous les biens relevant du régime matrimonial, quelle que soit leur lieu de situation.<sup>40</sup> Les juges cantonaux appliquent donc la règle (art. 10 let. a LDIP) que le tribunal saisi de l'action au fond est aussi compétent pour prononcer les mesures conservatoires, même lorsque celles-ci doivent être exécutées dans un lieu qui échappe à sa compétence territoriale. Le Tribunal fédéral confirme cette compétence en des termes prudents.<sup>41</sup> La Cour de justice relève que la reconnaissance et l'exécution de cette mesure provisoire par les autorités étrangères peut soulever des difficultés, mais qu'il n'en va pas différemment du jugement au fond. Il faut aussi noter que si les tribunaux suisses peuvent prononcer des mesures conservatoires qui ont un effet extraterritorial, ils peuvent aussi reconnaître et faire exécuter en Suisse de telles mesures prononcées par un tribunal étranger.<sup>42</sup>

### 2.2 Blocage des actifs en trust

Cette décision est également remarquable en ce qu'elle frappe des actifs qui ne sont plus la propriété du défendeur, mais qui ont été remis à un trustee, directement ou par l'intermédiaire de sociétés dont le trustee est actionnaire. Après avoir rappelé que la vraisemblance des faits suffit au prononcé de mesures provisionnelles,<sup>43</sup> la Cour de justice note deux circonstances qui lui semblent déterminantes :

« Bien que [Monsieur] s'en défende, il faut admettre... que la constitution des deux trusts chypriotes un mois [après le refus de Madame de modifier le régime matrimonial] et la cession gratuite à ceux-ci [recte : aux trustees] des principales sociétés entrant dans les acquêts de [Monsieur] constituait, selon toute vraisemblance, un moyen d'atteindre, par une autre voie, le résultat qui aurait dû être obtenu par la conclusion du contrat de mariage. »<sup>44</sup>

Court on Recognition of foreign trusts: are they also far-reaching? *Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning* 2012, 288; *idem*, Quelques questions de droit international privé en relation avec la reconnaissance de trusts en Suisse, *PJA* 2013, 45.

<sup>36</sup> Art. 54 al. 1 LDIP.

<sup>37</sup> Cour de justice GE, ACJC/223/2010 du 4 mars 2010, <[http://justice.geneve.ch/tdb/Decis/CJ/ACJCSOM/FichierWord/2010/0002/ACJC\\_000223\\_2010\\_C\\_29642\\_2008.pdf](http://justice.geneve.ch/tdb/Decis/CJ/ACJCSOM/FichierWord/2010/0002/ACJC_000223_2010_C_29642_2008.pdf)>.

<sup>38</sup> TF, 5A\_259/2010 du 26 avril 2012, reproduit partiellement dans *SJ* 2012 I 453.

<sup>39</sup> *SJ* 1990 196.

<sup>40</sup> Cour de justice (note 37), c. 6.2.3.

<sup>41</sup> Tribunal fédéral (note 38), c. 7.3.2.2: « Il n'est dès lors pas insoutenable d'admettre que, au stade des mesures provisoires, l'on puisse ordonner la saisie de biens sis à l'étranger. » Il convient de rappeler que le Tribunal fédéral n'examine pas la légalité des mesures provisionnelles mais seulement la violation des droits constitutionnels du recourant (art. 98 LTF).

<sup>42</sup> ATF 129 III 626, *Uzan c. Motorola Credit Corp.*, rés. *SJ* 2004 I 29 (Convention de Lugano).

<sup>43</sup> Cour de justice (note 37), c. 4.

<sup>44</sup> *Ibidem*, c. 5.3.

Plus loin, la Cour de justice examine assez rapidement la position de Monsieur au regard des trusts qu'il a créés. Elle constate notamment que, en tant que protecteur, Monsieur conserve le pouvoir de nommer ou révoquer les trustees et d'ajouter ou d'exclure des bénéficiaires. Monsieur dispose également du pouvoir de désigner certaines des sociétés détenues par les trustees comme *special companies* avec des effets tout à fait extraordinaires: ces sociétés doivent être gérées par les trustees uniquement selon les instructions écrites du protecteur, les trustees ne pouvant pas interférer dans les affaires sociales. Au besoin, les trustees doivent même garantir les engagements des *special companies* au moyen des autres fonds des trusts.<sup>45</sup>

« Dans ces circonstances, il faut admettre que [Madame] a rendu vraisemblable que les biens transférés aux trusts [recte : aux trustees] continuaient à appartenir économiquement à [Monsieur] qui les gérait et qui était le principal bénéficiaire. »<sup>46</sup>

Ces faits ayant été établis, du moins au niveau de la vraisemblance, la Cour de justice poursuit deux raisonnements juridiques qui l'amènent à faire abstraction des trusts et à prononcer des mesures provisionnelles sur les actifs de ces trusts. D'une part, elle se réfère au principe de transparence ou de levée du voile social (*Durchgriff*), qui permet d'ignorer l'indépendance juridique d'une personne morale lorsque l'invocation de cette indépendance constitue un abus de droit (art. 2 al. 2 CC). D'autre part, elle invoque la jurisprudence relative au séquestre de biens qui paraissent appartenir à des tiers mais dont il est vraisemblable qu'ils appartiennent en réalité au débiteur. Elle cite enfin l'art. 15 CHT, sur lequel on reviendra plus loin (IV), pour justifier l'application de ces règles impératives du droit suisse et faire abstraction de l'existence des trusts. Contrairement à l'affaire précédente, ni la Cour de justice ni le Tribunal fédéral n'examinent explicitement si les trusts créés par Dmitri Rybolovlev sont des *sham trusts* selon la loi applicable aux trusts. Ils parviennent au même résultat en se fondant sur le principe de transparence que le droit suisse a développé à propos des sociétés. Par dérogation à la règle que le principe de transparence (*Durchgriff*) relève du droit applicable aux diverses sociétés (et trusts) en cause, le caractère sommaire et

rapide des procédures de mesures provisionnelles autorise le juge suisse à « appliquer le droit suisse en lieu et place du droit étranger qui serait topique au fond. »<sup>47</sup> Pour le Tribunal fédéral, il n'est pas davantage insoutenable d'appliquer à la mesure conservatoire de l'art. 178 al. 2 CC la jurisprudence relative au séquestre sur les biens formellement au nom de tiers.

« Dans de telles circonstances, la cour cantonale n'est pas tombée dans l'arbitraire en retenant que, malgré la dualité de personnes en la forme, les trusts ne constituent qu'un simple instrument dans la main du recourant, qui a conservé des pouvoirs de gestion étendus et en apparaît comme le principal bénéficiaire et que, conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes, en sorte qu'il faut en faire « abstraction » ».

Dans ces *circonstances*, la mesure conservatoire – dans l'attente du prononcé du divorce et du règlement du régime matrimonial – n'est pas critiquable. On peut en revanche s'interroger sur les *raisonnements* employés pour fonder ce résultat. Était-il nécessaire de « faire abstraction » des trusts pour ordonner la mesure conservatoire? Le fait que le constituant des trusts en soit le principal bénéficiaire et qu'il conserve des pouvoirs de gestion étendus de sorte que « les trusts ne constituent qu'un simple instrument dans [sa] main » suffisent-ils à ignorer ces trusts? Les tribunaux peuvent-ils se fonder sur des principes tels que l'abus de droit et le *Durchgriff* du droit suisse pour se dispenser d'examiner la validité des trusts selon la loi qui leur est applicable?

Sans « faire abstraction » des trusts, le même résultat aurait pu être fondé sur une simple application des règles suisses applicables au régime matrimonial des époux Rybolovlev.

1. Selon l'art. 208 CC, sont réunis aux acquêts les biens qui en faisaient partie et qui ont été aliénés par libéralités entre vifs et sans le consentement du conjoint dans les cinq années précédant la dissolution du régime ainsi que ceux qui ont été aliénés dans l'intention de compromettre la participation du régime. Ces conditions sont clairement réalisées par les faits dont la Cour de justice et le Tribunal fédéral ont retenu la vraisemblance. La créance en participation de Madame porte donc également sur la valeur de ces biens.

2. Monsieur s'étant appauvri en procédant à ces aliénations, il n'est plus en mesure d'honorer la créance de participation ainsi calculée. L'art. 220 CC

<sup>45</sup> *Ibidem*, c. C.f.

<sup>46</sup> *Ibidem*, c. 7.5.

<sup>47</sup> Tribunal fédéral (note 38), c. 7.3.2.

permet à Madame de rechercher pour le découvert les tiers qui ont bénéficié d'aliénations sujettes à réunion. Ce droit de fond justifie la mesure provisionnelle ordonnant le blocage en mains des tiers.<sup>48</sup>

Si les tribunaux ont pu motiver la mesure provisionnelle en appliquant des principes suisses de transparence et d'abus de droit pour faire abstraction de trusts soumis au droit chypriote, ils ne pourront probablement plus le faire dans le jugement au fond fixant la créance de participation et les biens qui en répondent.<sup>49</sup>

### III. Les juges suisses face à la loi applicable au trust

Les deux affaires rapportées montrent les difficultés que rencontrent les tribunaux à examiner les effets de trusts étrangers dans des situations complexes où ces effets entrent en conflit avec *d'autres règles* applicables à un *autre titre* (succession, régime matrimonial, etc.). La recherche, la compréhension et l'application de règles étrangères applicables aux trusts – qui ne sont ni des contrats ni des personnes morales et n'ont pas de pendant dans l'ordre juridique suisse – pose des problèmes qui méritent d'être discutés. Ces difficultés peuvent créer la tentation de régler le problème «à la hache», d'ignorer le trust problématique soit en le qualifiant de *sham trust* (mais sans procéder à une véritable analyse de cette notion selon la loi applicable à ce trust), soit en invoquant un principe de droit suisse (*Durchgriff*, transparence, abus de droit) en lieu et place de la loi applicable.

#### 1. L'établissement du contenu de la loi applicable au trust

La détermination de la loi applicable à un trust ne pose le plus souvent pas de difficulté. La règle principale de rattachement, qui figure à l'art. 6 CHT, désigne la loi choisie par le constituant. Presque tous les actes de trust récents contiennent une clause à cet effet dont l'interprétation ne soulève pas de problème particulier.<sup>50</sup>

L'étape suivante est bien plus délicate : le tribunal doit établir les règles du droit étranger applicables aux faits qui lui sont soumis. Le législateur est conscient des difficultés que le juge peut rencontrer dans l'établissement du contenu du droit étranger. On peut dégager des art. 16 LDIP et 96 LTF cinq principes qui prescrivent et dans une certaine mesure facilitent la tâche du tribunal :

- i. Le contenu du droit étranger est établi d'office par le tribunal.
- ii. La collaboration des parties peut être requise.
- iii. «En matière patrimoniale», le tribunal peut mettre l'établissement du contenu du droit étranger à la charge des parties.<sup>51</sup>
- iv. Lorsque le contenu du droit étranger ne peut pas être établi, le droit suisse est appliqué à la place du droit étranger.
- v. Le Tribunal fédéral revoit librement l'application du droit étranger, sauf «en matière pécuniaire» où son examen se limite à la viola-

<sup>48</sup> Les mesures de l'art. 178 CC peuvent également servir à garantir une créance d'un époux; elles ont le pas sur la réglementation de la poursuite pour dettes et la faillite, cf. TF, 5A\_852/2010 du 28 mars 2011, c. 3.1, SJ 2012 I 35.

<sup>49</sup> C'est ce que suggère le Tribunal fédéral (note 38) au c. 7.3.3.2: «S'agissant de la question du *Durchgriff*, si, en droit international des sociétés, la jurisprudence l'examine à l'aune du droit applicable à la société, [cette jurisprudence] n'a toutefois pas été rendue dans le cadre de mesures provisoires. Or, dans de telles procédures – qui revêtent un caractère sommaire et rapide –, le Tribunal fédéral [...] a déjà eu l'occasion de dire [...] que le juge suisse peut appliquer le droit suisse en lieu et place du droit étranger qui serait topique au fond.»

<sup>50</sup> Il arrive que des actes de trust plus anciens ne permettent pas d'appliquer l'art. 6 CHT, cf. notamment ATF 96 II 79, JdT 1971 I 329, *Harrison c. Schweizerische Kreditanstalt*, et le *Deed of Gift* du 24 octobre 1887 relatif à l'*America's Cup*, reproduit in: Peter H. (éd.), *The 32nd America's Cup Jury and its Decisions*, Austin etc., 2009, pp. 23–25. Le rattachement subsidiaire de l'art. 7 CHT, fondé sur le critère des liens les plus étroits et quatre indices, peut réserver des difficultés considérables.

<sup>51</sup> L'art. 16 al. 1 LDIP, 2<sup>e</sup> phrase, parle un peu imprécisément de «fardeau de la preuve». La version allemande utilise à juste titre *Nachweis* plutôt que *Beweis*. «Il ne s'agit pas là d'une preuve au sens strict du terme, de sorte que les règles ordinaires en la matière ne sont pas applicables.» ATF 119 II 193, c. 2.cc, JdT 1994 I 45. Lorsque le tribunal ou les parties échouent à établir le contenu du droit étranger, le droit suisse est appliqué à titre de droit supplétif, art. 16 al. 2 LDIP.

tion des droits constitutionnels du recourant, et donc à l'arbitraire<sup>52/53</sup>.

L'établissement du droit étranger est une question de droit, et non de fait. Les affaires relatives aux trusts sont en principe de nature « patrimoniale » (LDIP) ou « pécuniaire » (LTF).<sup>54</sup> En matière patrimoniale, et en cette matière seulement, la tâche des tribunaux est allégée à deux égards. Les premiers juges peuvent (mais ne doivent pas) renoncer à établir d'office le contenu du droit étranger en mettant ce fardeau à la charge des parties; si celles-ci échouent, le tribunal appliquera le droit suisse à titre supplétif (art. 16 al. 2 LDIP). Le Tribunal fédéral est, lui, dispensé de vérifier l'application exacte du droit étranger (et du droit suisse appliqué à titre supplétif), qu'il ne revoit que sous l'angle limité de l'arbitraire.

Mais comment le contenu du droit étranger est-il établi par le juge ou par les parties? On ne saurait attendre des juges suisses (ni d'ailleurs des avocats) qu'ils soient versés dans la connaissance des autres ordres juridiques. En principe, ils n'ont pas une connaissance personnelle et certaine de la règle étrangère applicable et de son interprétation selon la théorie des sources propres à l'ordre juridique concerné. Un juge suisse ne peut pas non plus poser une question préjudicielle à un juge étranger. C'est pourquoi le contenu du droit étranger sera presque toujours établi par un ou plusieurs avis de droit, c'est-à-dire par l'opinion d'un ou plusieurs experts. Si plusieurs avis de droit sont obtenus sur la même question, il est probable qu'ils se contrediront sur un ou plusieurs points. Comment le tribunal doit-il apprécier l'autorité et la pertinence des avis de droit?

Ces questions dépassent de beaucoup les trusts et ne peuvent pas trouver ici une discussion approfondie. Elles ont cependant une acuité particulière en matière de trusts puisque le juge suisse, dans son appréciation des avis de droit qui lui sont soumis, ne peut souvent pas s'appuyer sur sa connaissance personnelle et approfondie du droit suisse, auquel le

trust reste encore étranger. Je me limiterai ici à formuler quelques remarques et suggérer quelques solutions pratiques.

a) Le droit étranger n'est pas un fait, mais un ensemble de règles juridiques que le tribunal doit rechercher et appliquer aux faits qui lui sont soumis, le cas échéant avec la collaboration des parties.<sup>55</sup>

b) Bien que le Tribunal fédéral le répète presque systématiquement,<sup>56</sup> on ne saurait assimiler un avis de droit produit à une simple allégation de la partie qui le produit. Parce qu'il énonce et explique une ou plusieurs règles du droit étranger que le juge doit appliquer d'office, un avis de droit n'est ni un fait allégué par une partie, ni sa preuve: il est l'opinion d'un expert sur une question juridique qui lui est posée. Le tribunal n'est pas lié par les opinions d'expert, il doit les apprécier. Contrairement à une allégation, une opinion d'expert ne peut pas être écartée simplement parce qu'elle est contredite par l'autre partie.

c) A l'inverse, un avis de droit n'est pas exact ou complet du seul fait qu'il n'est pas contesté par l'autre partie. Le juge doit exercer son esprit critique, comme il le fait à l'égard des raisonnements en droit (suisse) proposés par les parties. En particulier, pour apprécier la force persuasive d'un avis de droit, le tribunal doit s'interroger sur la pertinence des explications proposées, l'autorité et l'indépendance de son auteur.

En matière de trusts, les juridictions suisses ne sont pas toujours très regardantes sur l'indépendance des auteurs d'avis de droit. Ainsi, dans l'affaire *X v USA*,<sup>57</sup> où le gouvernement des Etats-Unis invoqua avec succès un *constructive trust* pour obtenir la distraction à son profit de biens séquestrés, le Tribunal fédéral se fonda sur un avis de droit émanant du *US Department of Justice*, c'est-à-dire du demandeur lui-même, avis de droit qui cite abondamment un traité de 1958, mais aucune littérature plus récente ni aucune décision judiciaire. Dans l'affaire *Succession*

<sup>52</sup> Jurisprudence constante. Pour un exemple intéressant, cf. TF, 5A\_437/2008 du 23 février 2009, c. 2.1 et 4.2.2.

<sup>53</sup> En revanche, le TF revoit avec plein pouvoir le choix de la loi applicable, c'est-à-dire l'application de la règle de conflit, qui est toujours une règle de droit suisse, art. 96 let. a LTF.

<sup>54</sup> Les mots sont synonymes, comme le confirme la version allemande qui parle de *vermögensrechtliche Sache* (LDIP) et de *vermögensrechtliche Ansprüche* (LTF).

<sup>55</sup> «Du moment que l'application du droit étranger découle d'une injonction de la règle suisse de conflit, le juge ne peut plus s'en remettre au bon vouloir des parties d'établir ou non le droit étranger et, dans le cas où elles ne le font pas, se référer au droit suisse.» ATF 121 III 436, c. 5a.

<sup>56</sup> ATF 132 III 83, c. 3.5; TF, 5A\_261/2009 du 1<sup>er</sup> septembre 2009, c. 1.3 non reproduit dans ATF 135 III 608; ATF 126 I 95, c. 4b.

<sup>57</sup> TF, 5C.169/2001 du 19 novembre 2001, c. 6b.

de Monsieur X rapportée plus haut, la Cour de justice admit un *sham trust sur la foi* d'un avis de droit établi par un avocat anglais *of counsel* de l'étude d'avocats représentant le demandeur.

d) Presque toutes les questions relatives à un trust sont de nature patrimoniale. Le juge peut non seulement requérir la collaboration des parties pour établir le droit applicable, mais aussi en «mettre la preuve (*Nachweis*) ... à la charge des parties.»<sup>58</sup> La règle est potestative, elle ne s'applique pas d'office. Une ordonnance de procédure paraît nécessaire, qui mette ce fardeau à la charge des parties de sorte que celles-ci puissent apprécier les enjeux et les conséquences de l'activité qui est requise d'elles.

e) Lorsque les parties produisent chacune un avis de droit, le tribunal se trouve souvent confronté à des opinions contradictoires sur une règle particulière du droit étranger ou sur la façon dont elle s'applique aux faits de l'espèce. Comment trancher ? En matière de brevets d'invention, le Tribunal fédéral a considéré qu'il est arbitraire d'écarter une expertise et de préférer l'autre en appréciant leurs crédibilités respectives «sans avoir recours à un expert judiciaire indépendant lorsqu'on ne possède pas soi-même les connaissances techniques spécialisées.»<sup>59</sup> Cette jurisprudence ne signifie pas que, en présence d'avis de droit contradictoires produits par les parties, le tribunal doit systématiquement rechercher et mandater un nouvel expert pour trancher. Même étranger, le droit est un ensemble de principes et de méthode dont le juge a fait sa spécialité. Le plus souvent, parce qu'il est un expert du droit, un juge est à même d'apprécier la force persuasive d'avis de droit contradictoires se rapportant à un droit étranger, de choisir l'interprétation préférable et de l'appliquer aux faits.

Dans les autres cas, le tribunal peut être amené à solliciter un avis sur la loi applicable à un trust. Lorsqu'il s'agit du Royaume Uni, de Jersey ou de Chypre, il peut formuler une demande de renseignement fondée sur la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger du 7 juin 1968.<sup>60</sup> Le plus souvent, il recherchera un expert indépendant. En particulier, il peut s'adresser à l'Institut

suisse de droit comparé, à Lausanne, un office fédéral dont l'indépendance est reconnue et qui est à même d'exécuter de telles missions (ou de les faire exécuter par des correspondants étrangers) de manière relativement économique pour les parties, qui en supportent le coût.

## 2. La tentation de l'arme nucléaire : sham, Durchgriff etc.

Un magistrat peut avoir envie de baisser les bras lorsqu'il se penche sur un acte de trust long et complexe, généralement rédigé dans une langue étrangère et nécessairement soumis à un droit étranger. Le découragement peut lui venir lorsqu'il consulte des avis de droit, généralement contradictoires, qui (dans la tradition de la *common law*) se réfèrent à une jurisprudence abondante et subtile (*case law*) mettant en œuvre des principes et des règles de droit très différents des nôtres. L'agacement risque de s'installer lorsque le juge constate que certains effets du trust semblent contredire, frontalement ou subtilement, des règles que la tradition civiliste juge essentielles pour protéger le conjoint, les créanciers, les héritiers. Il s'aggrave lorsque la partie dont les intérêts sont contrariés par le trust plaide que celui-ci n'est qu'une construction de papier contredite par la réalité des faits et par le comportement de sa partie adverse.

Comme le montrent les deux affaires présentées plus haut, un tribunal peut être tenté de résoudre cette collision d'intérêts et de règles en faisant abstraction du trust au motif que celui-ci est inexistant, simulé, nul ou autrement inefficace. C'est la tentation de l'arme nucléaire : le trust est disqualifié, écarté, ce qui dispense d'examiner si vraiment, et dans quelle mesure, certains de ses effets peuvent être réduits parce qu'ils contreviennent à une règle impérative que le juge est tenu d'appliquer. Les deux affaires présentées plus haut illustrent bien cette tentation.

Dans la *Succession de Mr. X*, il n'était pas besoin de proclamer la nullité du trust pour ordonner la restitution à la succession des fonds reçus du trustee et dont l'emploi n'avait pas été justifié. Il suffisait probablement de constater que ces fonds avaient été versés par le trustee à X en tant que bénéficiaire du trust, de sorte que ce qu'il en restait revenait à la succession de X. Écarter le trust au motif qu'il serait un *sham trust* était inutile. Et la motivation qui soutient le *sham trust* est ici malheureusement très lacunaire.

<sup>58</sup> Sur la notion de preuve au sens de cette disposition, cf. note 51 supra.

<sup>59</sup> ATF 132 II 83, c. 3.6, JdT 2006 I 338.

<sup>60</sup> RS 0.274.161, en vigueur pour la Suisse depuis le 20 novembre 1970.

Les faits pertinents ne sont pas constatés. Et la règle de droit applicable au trust qui permettrait de le qualifier de *sham trust* n'est ni énoncée, ni appliquée. Depuis l'affaire *Rahman* qui avait de manière convaincante inspiré la décision zurichoise dans la *faillite de W.K. Rey*,<sup>61</sup> vingt ans ont passé et une abondante jurisprudence des principales juridictions trustales a précisé et restreint la notion de *sham trust*. Il ne suffit pas que le constituant n'ait pas eu la volonté sérieuse de constituer un trust et d'en respecter l'existence; il faut en plus que le trustee ait pu reconnaître cette intention frauduleuse et ait prêté son concours, à tout le moins par dol éventuel. La règle elle-même reste controversée, et n'est aujourd'hui probablement pas identique dans tous les droits qui connaissent le trust.<sup>62</sup>

Quelles que soient les incertitudes et les différences nationales qui caractérisent la doctrine du *sham trust*, trois constats s'imposent. D'abord, la notion est généralement restrictive et ce n'est qu'en présence de circonstances exceptionnelles qu'un tribunal en Angleterre ou en Australie, au Canada ou aux Etats-Unis, en Nouvelle-Zélande<sup>63</sup> ou dans les Iles Anglo-Normandes retiendra en fait et en droit qu'un trust est inefficace ou nul parce qu'il est un *sham trust*. Les affaires *Rahman* et *Werner K. Rey* datent de 20 ans ou plus, et ne reflètent plus l'état actuel de droit. Ensuite, pour juger qu'un trust est un *sham trust*, les tribunaux doivent procéder à des enquêtes approfondies et avoir une robuste compréhension de ce qui est usuel et de ce qui est aujourd'hui exceptionnel en matière de trusts, une compréhension dont probablement peu de juristes suisses disposent. Enfin, même si un jugement cantonal retenant un *sham*

*trust* selon la loi applicable à celui-ci encourt peu de risque d'être réformé par le Tribunal fédéral – qui ne le reverra que sous l'angle de l'arbitraire – un tel prononcé expose la cour cantonale et le Tribunal fédéral qui le confirme au regard critique de la communauté internationale des juristes, où les magistrats, avocats et professeurs spécialisés en cette matière ont beau jeu de mettre en question l'expertise des tribunaux suisses pour appliquer des règles complexes et controversées d'un autre droit que le droit suisse.

Dans la deuxième affaire (*Rybolovlev*), les art. 208 et 220 CC constituaient probablement des bases légales suffisantes pour justifier la mesure conservatoire de blocage ordonnée dans l'attente du prononcé du divorce. Ces règles qui protègent la créance de participation aux acquêts ne supposent pas que les actes de disposition qui les éludent soient nuls. Elles rendaient inutile le recours au *Durchgriff* que le droit suisse applique aux sociétés qu'il régit, alors que les trusts du cas d'espèce ne sont pas des sociétés ou des personnes morales, et ne sont pas soumis au droit suisse.

L'usage de l'arme nucléaire alimente la crainte que les tribunaux suisses, encore peu familiarisés avec les trusts, cherchent des parades faciles à des problèmes difficiles, compromettant la sécurité juridique que la ratification de la Convention sur les trusts devait créer. Cette impression est largement erronée, puisque de nombreuses autres décisions recensées plus haut reconnaissent les effets de trusts et leur donnent leur juste mesure. Mais il suffit qu'une ou deux décisions peu convaincantes aient un certain retentissement international pour dégrader la perception favorable que la Suisse avait su acquérir en matière de trusts.

L'usage de l'arme nucléaire soulève en outre une question de légitimité, qui peut ternir la considération dont nos tribunaux jouissent à l'étranger. Lorsqu'un tribunal suisse applique une règle du droit suisse (par exemple une règle successorale), personne ne peut douter de sa légitimité et de son autorité à le faire pour autant que la règle suisse soit effectivement applicable en vertu des règles de conflit de lois. Il n'en va pas de même lorsqu'un tribunal suisse applique une règle du droit suisse (telle que le *Durchgriff* du droit suisse des sociétés) à un trust qui ne relève pas de ce droit, ou encore lorsqu'il prétend appliquer la règle étrangère applicable (par exemple celle relative au *sham trust*) sans s'appuyer sur un

<sup>61</sup> Cf. note 28 *supra*. Pour l'état actuel de la jurisprudence de Jersey, cf. *MacKinnon v. Regent Trust Company Ltd.*, [2005] JCA 066, 2005 JLR 198 (Cour d'appel).

<sup>62</sup> Parmi une littérature abondante, cf. notamment *Thomas/Hayton*, Chapter 10: Shams, Revocable Trusts and Retention of Control, in: Hayton D. (ed.), *The International Trust*, 3<sup>e</sup> éd., Bristol 2011; *Li B.*, There is no Such Thing as a Sham Trust, *Trust Law International* 27/2013, 82. Cf. aussi les réflexions de la New Zealand Law Commission sur les développements de la jurisprudence relative au *sham trust*, Review of the Law of Trusts: A Trusts Act for New Zealand, Report 130, août 2013, pp. 71–73 et 88–89. Pour un point de vue suisse, cf. *Schwander I.*, Sham, *Durchgriff* und Ordre public vor Schweizer Gerichten, in: *Liber amicorum Nedim Peter Vogt*, Bâle 2012, pp. 233 ss.

<sup>63</sup> Cf. *Clayton v Clayton*, [2013] NZHC 301, distinguant un *sham trust* d'un *illusory trust*, paras. 68–91.

état de fait suffisamment complet ni sur un exposé suffisamment actuel de l'état du droit étranger.

En somme, les deux affaires présentées ici posent un problème de méthode.

#### IV. De la méthode : résoudre les conflits de normes

La méthode que les tribunaux et autorités suisses doivent appliquer en rapport avec un trust est prescrite par la Convention de La Haye sur les trusts. En laissant ici de côté les questions de compétence internationale,<sup>64</sup> cette méthode procède en quatre étapes :

1. L'acte juridique examiné est-il un trust au sens de la Convention ?<sup>65</sup>
2. Quelle loi est-elle applicable à ce trust ?<sup>66</sup>
3. Quels sont les effets de ce trust qui doivent être reconnus en accord avec la loi applicable ?<sup>67</sup>
4. Si certains de ces effets contreviennent à des règles impératives applicables à un autre titre, ces effets doivent-ils réduits ou exclus ?

C'est la dernière étape qui nous intéresse ici. Ainsi, dans l'affaire *Rybolovlev*, les effets du trust selon la loi applicable (les biens transférés aux trustees par Monsieur ne sont plus sa propriété au moment de la liquidation du régime matrimonial) entrent en conflit avec les dispositions impératives du Code civil qui protègent la créance de participation de Madame.

Sur cette quatrième étape, la Convention sur les trusts contient deux règles traditionnelles et une qui est unique dans les conventions de droit international privé.

- 4.1 L'art. 18 CHT permet au juge d'écarter les effets d'un trust s'ils sont incompatibles avec l'ordre public international de la Suisse. Cette disposition correspond à l'art. 17 LDIP, mais la

remplace dans le domaine d'application de la Convention.

- 4.2 L'art. 16 CHT permet au juge de donner effet aux dispositions internationalement impératives du droit suisse ou d'un droit étranger (lois dites de police ou d'application immédiate, *Eingriffsgesetze*). Il correspond aux art. 18 et 19 LDIP, qu'il remplace dans le domaine d'application de la Convention.
- 4.3 L'art. 15 al. 1 CHT – qui n'a pas d'équivalent dans la LDIP – dispose que :

«La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté...»

L'art. 15 CHT vise des situations internationales qui se rencontrent fréquemment, mais peut-être jamais autant qu'en présence de trusts. Une situation internationale présente souvent des rattachements à plusieurs ordres juridiques différents. Plusieurs droits s'appliquent *simultanément, mais à des éléments distincts* de la même situation internationale. Comme les règles substantielles de ces différents ordres juridiques ne sont généralement pas coordonnées, elles peuvent produire des résultats contradictoires.

Généralement, pour résoudre ces conflits de règle, on détermine quelle loi s'applique à quel aspect ou élément en qualifiant ce dernier selon la loi du for. Par exemple, la prescription relève en Suisse du droit matériel et non du droit procédural : elle sera donc régie par la *lex causae* (e.g. loi applicable au contrat, à l'acte illicite, à l'enrichissement illégitime, à l'obligation alimentaire, etc.) et non par la loi du for. Les conditions (et donc le moment) du transfert de la propriété mobilière relèvent en principe de la *lex rei sitae* (art. 100 LDIP), et non de la loi applicable au contrat même lorsque cette loi est le Code civil français dont l'art. 1583 dispose que la propriété est acquise de droit à l'acheteur dès le moment de la conclusion du contrat générateur d'obligations.

L'art. 15 CHT envisage le même problème mais l'exprime en des termes différents. A côté de la loi applicable au trust, qui en gouverne les effets (art. 8, 11 et 12 CHT), d'autres lois régissent, notamment, la capacité civile, la succession ou le régime matrimonial du settlor ou encore des bénéficiaires. Ces lois sont désignées par les règles de conflit du for. La Convention sur les trusts, par laquelle les Etats parties s'obligent à reconnaître les effets d'un trust selon la loi qu'elle désigne, réserve néanmoins le pouvoir

<sup>64</sup> Art. 149b LDIP ; art. 5 ch. 6, 23 al. 4 et 60 al. 3 de la Convention de Lugano de 2007 (RS 0.275.12) ; le domicile, le siège et l'établissement d'un trust sont définis à l'art. 21 LDIP.

<sup>65</sup> Cf. chapitre I «Champ d'application» de la Convention complété par l'art. 149a LDIP.

<sup>66</sup> Cf. chapitre II «Loi applicable» de la Convention et de l'art. 149c al. 1 LDIP.

<sup>67</sup> Cf. art. 8, 11 et 12 de la Convention, complétés par les art. 149d LDIP et 284a et 284b LP.

du juge de donner effet aux règles applicables à un autre titre, pour autant du moins que ces règles soient de nature impérative.

Alors que l'art. 16 CHT réserve l'application des règles internationalement impératives du for ou d'un Etat tiers, l'art. 15 CHT réserve celle de toutes les règles impératives (du for ou d'un Etat tiers) désignées par les règles de conflit du for à un titre autre que celui du trust.

Sans pouvoir ici présenter et commenter l'art. 15 systématiquement,<sup>68</sup> on peut essayer d'en guider l'application par les trois indications suivantes :

a) Les règles dont l'application est réservée ne sont pas les règles matérielles du for, mais celles désignées par les règles de conflit du for. Le juge suisse peut donner effet aux règles successorales suisses ou au régime matrimonial suisse lorsque ceux-ci sont désignés par la LDIP pour régir la succession (de *Mr. X*) ou le régime matrimonial (des époux *Rybolovlev*). Lorsque la LDIP soumet la succession ou le régime matrimonial à un droit étranger, c'est celui-ci que le juge doit prendre en considération au titre de l'art. 15.

b) Les règles dont l'application est réservée sont celles auxquelles «il ne peut être dérogé... par une manifestation de volonté.»<sup>69</sup> En droit suisse, le régime matrimonial peut être modifié par une convention des époux avant ou pendant le mariage («contrat de mariage»). Par un pacte successoral, les héritiers peuvent renoncer à la réserve successorale qui limite le pouvoir du testateur de disposer de ses biens à son décès. La possibilité pour les bénéficiaires de renoncer à ces protections dans les conditions et limites de la loi applicable au régime matrimonial ou la succession n'interdit pas au juge d'appliquer les règles impératives de ces lois au titre de l'art. 15 lorsque le bénéficiaires n'ont pas comment à cette dérogation.

Primo, la réserve successorale et le régime matrimonial sont mentionnés dans la liste exemplative de l'art. 15 al. 2. Ensuite, les mots «manifestation de volonté» et «voluntary act» figurant au premier alinéa ne disent pas si l'acte en question est unilatéral ou multilatéral. L'affaire *Rybolovlev* illustre parfaitement ce point. Madame refusait de consentir à la modification en sa défaveur du régime matrimonial que lui proposait Monsieur; celui-ci, pour produire les mêmes effets par d'autres moyens, constitue alors unilatéralement des trusts sur les biens qu'il veut soustraire au régime matrimonial. C'est parce que les règles sur le régime matrimonial protègent Madame contre une modification unilatérale en sa défaveur qu'elles ont vocation à s'appliquer.

c) L'art. 15 est une norme potestative: la Convention «ne fait pas obstacle à l'application» des règles qu'il réserve, mais elle ne l'impose pas non plus. Il appartient au tribunal de poser un jugement de valeur, de peser les intérêts en présence pour déterminer si le but et l'importance d'une règle impérative désignée par sa règle de conflit justifie qu'il ignore ou réduise les effets du trust.

Par exemple, dans une situation mettant en présence une succession soumise au droit suisse avec un trust de Jersey constitué de son vivant par le *de cuius*, le juge suisse devra se demander si un héritier réservataire qui n'est pas un bénéficiaire du trust peut faire valoir des prétentions sur le fonds du trust parce que sa réserve a été lésée par la constitution du trust. D'un côté, la loi de Jersey ne reconnaît aucun droit à un héritier qui n'est pas bénéficiaire du trust et exclut formellement que le trust soit affecté par des règles protégeant les droits des héritiers du settlor.<sup>70</sup> De l'autre, en l'absence d'un pacte successoral ou d'un cas d'exhérédation, l'art. 527 du Code civil suisse soumet à réduction, notamment, les donations faites dans les cinq années précédant le décès et «les aliénations faites par le défunt dans l'intention manifeste d'éluder les règles concernant la réserve.»<sup>71</sup>

Dans la pesée des intérêts protégés par ces règles, un tribunal suisse protégerait certainement l'héritier réservataire en lui reconnaissant une créance contre le trustee dans la mesure nécessaire à la reconstitution de sa réserve. Si un tribunal de Jersey devait être saisi, il ignorerait la règle suisse parce que sa propre

<sup>68</sup> Cf. surtout *Harris J.*, *The Hague Trusts Convention*, Oxford 2002, pp. 355 ss; *von Overbeck A.*, Rapport explicatif, in: Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Quinzième session, t. II, 1985, pp. 400–403; *Gutwiller P.M.*, *Schweizerisches Internationales Trustrecht: Kommentar zum Haager Übereinkommen*, Bâle 2007, pp. 105–116; *Jakob D./Picht P.*, *Das Haager Trust-Übereinkommen und seine Geltungseinschränkungen – ein Fass der Danaiden?*, in: *Festschrift für Ivo Schwander*, Zurich 2011, pp. 552–560.

<sup>69</sup> En anglais: «in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act». Les versions française et anglaise font également foi, ainsi qu'il résulte du dernier paragraphe de la Convention.

<sup>70</sup> Trusts (Jersey) Law 1984, section 9(2) and (3).

<sup>71</sup> Art. 527 ch. 3 et 4 CC.

loi applicable au trust lui interdit de la prendre en considération. L'un ou l'autre jugement ne serait probablement pas reconnu dans l'autre juridiction et pourrait être difficile à exécuter dans un Etat tiers. Le sort effectif des prétentions des héritiers réservataires opposées aux prétentions des bénéficiaires d'un trust dépendra ainsi, dans une large mesure, de la localisation des actifs sur lesquels le jugement devra être exécuté.

Ces deux issues sont compatibles avec la Convention sur les trusts, dont l'art. 15, norme potestative, ne tranche pas le conflit entre le trust d'une part, la réserve héréditaire et bien d'autres institutions de l'autre. De ce point de vue, la sécurité juridique créée par la Convention reste limitée. Mais il est important de noter ici que la protection de la réserve successorale, même au détriment du trust et de ses bénéficiaires, est possible sans qu'il faille pour cela considérer que le trust est inexistant, simulé, nul, invalide ou inefficace de toute autre manière. La créance de l'héritier réservataire contre le(s) bénéficiaire(s) de la libéralité suffit à le protéger. L'exécution forcée d'une créance est une situation fréquente lorsque l'exécution doit être requise à l'étranger. Même si l'exécution d'un tel jugement n'est pas garantie et dépendra des conceptions juridiques de l'Etat où les biens sont situés, le jugement suisse sera plus convaincant s'il est fondé sur l'application rigoureuse des règles suisses sur la réserve héréditaire que s'il repose sur une application approximative de doctrines controversées (telles que celle du *sham trust*) en application d'une loi pour laquelle les tribunaux suisses ne peuvent pas revendiquer une grande expertise.

## V. Conclusion

Il serait injuste de mesurer à l'aune des affaires *Rybolovlev* et *Succession de Mr. X* la reconnaissance des trusts par les tribunaux suisses. De nombreuses autres décisions démontrent une sensibilité croissante pour cette institution.

Ces deux affaires *X* dénotent cependant un problème de méthode. Il est facile d'identifier la loi applicable à un trust, mais il peut être extraordinairement complexe et coûteux d'en établir le contenu. Lorsqu'un trust entre en collision frontale avec d'autres règles importantes, la tentation est grande de faire l'économie de la complexité en considérant que ce trust est une nullité. La palette des principes

qui peuvent être invoqués pour cela est large: abus de droit, transparence, *Durchgriff*, *sham*, fraude à la loi...

La nullité d'un trust comme de tout acte juridique reste une situation exceptionnelle. Les droits régissant les trusts, et donc leur validité, sont généralement très restrictives sur leur nullité, et un jugement suisse déclarant qu'un trust est un *sham trust* sera rarement convaincant; il y faut des faits très particuliers, requérant de longues enquêtes, et des raisonnements juridiques complexes fondés sur un droit étranger souvent controversé ou incertain sur ces questions. Déclarer la nullité d'un trust sur la base du droit suisse (*Durchgriff* et autres doctrines similaires) ne convaincra pas davantage, puisque la nullité d'un acte juridique se juge en principe selon la loi qui lui est applicable, et non selon le droit du for.

Plutôt que de choisir entre Charybde et Scylla, les avocats et les tribunaux suisses auront intérêt à suivre jusqu'au bout la méthode prescrite par la Convention sur les trusts qui lie la Suisse depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2007. Ce n'est pas dans la nullité du trust, mais dans une application cohérente du trust en même temps que des règles impératives des autres lois (succession, régime matrimonial, etc.) désignées par nos règles de conflits que le problème peut être résolu. J'ai montré plus haut<sup>72</sup> comment les décisions rendues jusqu'ici dans les affaires *Mr. X* et *Rybolovlev* auraient pu se fonder sur une application rigoureuse des règles suisses applicables sans nier en soi l'existence ou la validité des trusts en jeu.

Il y a un double bénéfice à s'en tenir à une application méthodique de la Convention de La Haye sur les trusts. D'une part, sa ratification visait à améliorer la sécurité juridique que la Suisse offre aux trusts, aux trustees et aux bénéficiaires. Prononcer la nullité d'un trust sans un état de fait rigoureusement établi et un raisonnement juridique solidement étayé remet en cause cette sécurité juridique, la réputation de la Suisse et son attrait. D'autre part, sur ces questions délicates et subtiles, il faut résister à la tentation du blanc et du noir. Un jugement suisse fondé sur une application solide de la Convention et une coordination soigneusement pesée des intérêts en présence et des lois qui les protègent jouira d'une plus grande autorité que s'il est fondé sur une application approximative de la loi applicable au trust.

<sup>72</sup> Cf. chapitre III.2. supra.