



Chapitre de livre

2019

Published version

Open Access

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

Le trust et les huissiers

Marchand, Sylvain

How to cite

MARCHAND, Sylvain. Le trust et les huissiers. In: Vers les sommets du droit : Liber amicorum pour Henry Peter. Rita Trigo Trindade, Rashid Bahar et Giulia Neri-Castrane (Ed.). Genève : Schulthess, 2019. p. 85–103. (Collection genevoise. Recueils de textes)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:125186>

Le trust et les huissiers

Sommaire	Page
Introduction	86
I. Les créanciers du constituant (Settlor)	86
A. Poursuite contre le constituant en Suisse	86
B. Biens appartenant au trust	87
C. Révocation des donations faites au trust	90
II. Les créanciers du trustee	92
A. Faillite du trustee	92
B. Saisie des biens du trustee	93
III. Les créanciers du trust	94
A. Poursuites contre le trust	95
B. Faillite du trust	97
IV. Les créanciers des bénéficiaires	99
A. Fixed interest trust vs discretionary trust	99
B. La saisie des revenus d'un fixed interest trust	99
C. Saisie des versements discrétionnaires	100
D. Faillite d'un bénéficiaire	101
Conclusions	101
Bibliographie	103

* Professeur aux Universités de Genève et Neuchâtel.

Introduction

Rien ne décourage l'huissier, pas même ces constructions juridiques étranges venues d'outre-Manche, qui ne sont pas tout à fait des débiteurs,¹ mais qui peuvent quand même avoir des dettes.²

Dans ses fonctions de Directeur du centre de philanthropie, le Professeur Peter est amené à fréquenter de nombreux trusts, en particulier des *charitable trusts*. Ces trusts-là ne devraient a priori pas avoir trop de soucis financiers mais il n'en reste pas moins que nul n'échappe aux règles de l'exécution forcée. Dans ses fonctions académiques, le Professeur Peter s'est beaucoup intéressé à l'action révocatoire. L'activité des trusts, faite d'attributions et de donations, est propice à la révocation.

Il nous a donc semblé utile, dans cet ouvrage dédié Professeur Peter, d'envisager le trust et son entourage dans sa confrontation avec les règles du droit des poursuites. Dans la perspective des travaux du Parlement pour la création d'un trust suisse,³ cette question doit également être prise en compte par le législateur.

I. Les créanciers du constituant (Settlor)

A. Poursuite contre le constituant en Suisse

For de poursuite. Le constituant est celui qui a constitué le trust et en y affectant tout ou partie de son patrimoine. Les créanciers du constituant peuvent le poursuivre en Suisse s'il y est domicilié.⁴ Dans le cadre de ces procédures, les biens appartenant au constituant peuvent être saisis,⁵ ou tomber dans la masse active de sa faillite.⁶ Si le constituant n'est pas domicilié en Suisse, ses créanciers peuvent tenter de faire séquestrer ses biens en Suisse s'il existe un cas de séquestre. Tel sera

¹ Le trust n'a pas de personnalité juridique : MAYER, THOMAS M., p. 67.

² Art. 284a al. 1 LP.

³ Initiative 16.488 Regazzi : Codifier le trust dans la législation suisse. Voir le Communiqué de presse de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 23.10.2017 et le Communiqué de presse de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 27.04.2018.

⁴ Art. 46 LP.

⁵ Art. 96 LP.

⁶ Art. 197 LP ; sont intégrés dans la masse active tous les biens appartenant au débiteur.

le cas si les créanciers disposent d'une reconnaissance de dette ou d'une créance ayant un lien suffisant avec la Suisse, ou encore d'un titre exécutoire.⁷

B. Biens appartenant au trust

Distinction des patrimoines. Les biens affectés au trust sortent du patrimoine du constituant. Un trust constitué à l'étranger est reconnu en Suisse.⁸ Le constituant n'est donc plus propriétaire des biens du trust⁹ qui ne peuvent être saisis ni séquestrés par ses créanciers, et ne tombent pas dans la masse active de sa faillite.

Principe de transparence. Les créanciers peuvent néanmoins remettre en cause la dissociation du patrimoine du trustee et du patrimoine du trust selon le principe de transparence,¹⁰ qui permet au juge de ne pas tenir compte d'une structure juridique qui ne correspond pas à la réalité économique, lorsque cette structure a

⁷ Art. 271 al. 1 ch. 4 et 6 LP.

⁸ Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable aux trusts et à sa reconnaissance ; RS 0.221.371 (ci-après CLH-85).

⁹ Voir ATF 143 II 350. Le tribunal fédéral définit le trust ainsi : « (...) *le propriétaire absolu (le constituant) transmet [...] des biens qu'il veut mettre en trust à une personne (le trustee) pour que ce dernier détienne la propriété en trust pour le bénéfice d'une autre personne (le bénéficiaire)* ». Le dessaisissement du constituant, et donc le transfert de propriété des biens au trustee, est un élément constitutif du trust : UNDERHILL, ARTHUR / HAYTON, DAVID JOHN, p. 187 ch. 9-1 ss ; art. I (1) des principes de droit européen du trust ; THÉVENOZ, LUC, p. 21, 98.

¹⁰ Le principe de transparence est ainsi défini par le Tribunal fédéral : « *En principe, il faut prendre en compte l'indépendance juridique d'une personne morale. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un tiers peut être tenu des engagements d'un débiteur (arrêts 5A_654/2010 du 24 novembre 2011 consid. 7.3.1 ; 5A_871/2009 du 2 juin 2010 consid. 7.1). En effet, selon le principe de la transparence ("Durchgriff"), on ne peut pas s'en tenir sans réserve à l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une société appartient soit directement, soit par personnes interposées, à une même personne, physique ou morale ; malgré la dualité de personnes à la forme, il n'existe pas deux entités indépendantes, la société étant un simple instrument dans la main de son auteur, qui, économiquement, ne fait qu'un avec elle. On doit admettre que, conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes et que les rapports de droit liant l'une lient également l'autre ; ce sera le cas chaque fois que le fait d'invoquer la diversité des sujets constitue un abus de droit ou a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes (art. 2 al. 2 CC ; sur le principe de la transparence en général : cf. ATF 132 III 489 consid. 3.2 ; arrêts 5A_436/2011 du 12 avril 2012 consid. 9.3.2, résumé in PJA 2012 p. 1631 et 1635 ; 5A_175/2010 du 25 mai 2010 consid. 3.3.4 ; 4A_384/2008 du 9 décembre 2008 consid. 4.1, publié in SJ 2009 I p. 424) ».* arrêt (du Tribunal fédéral) 5A_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 7.2. Voir également arrêt (du Tribunal fédéral) 5A_205/2016 du 07 juin 2016, et arrêt (du Tribunal fédéral) 5A_113/2018 du 12 septembre 2018.

été mise en place par le débiteur pour échapper à ses créanciers. En principe, le principe de transparence est soumis au droit de la société contrôlée, donc en l'occurrence au droit applicable au trust.¹¹ Le droit suisse reste applicable en cas de mesures provisionnelles.¹² Il nous semble par ailleurs que s'agissant d'une règle de protection des créanciers, le droit suisse devrait être appliqué comme loi d'application immédiate,¹³ si le droit applicable au trust permet au constituant d'échapper abusivement à ses créanciers.¹⁴

Conditions. Deux conditions doivent être remplies pour que le juge puisse ainsi surmonter la structure juridique mise en place :

- l'identité économique entre le débiteur séquestré et le trust ;
- l'intention dolosive du débiteur lors de l'apport de biens au trust pour les soustraire à ses créanciers.¹⁵

Analogie avec la fiducie. La jurisprudence s'est surtout attachée à la figure de l'acte fiduciaire, et assez peu à celle du trust. Les tribunaux admettent en règle générale la distinction entre ayant droit-économique et propriétaire juridique qu'implique un mandat fiduciaire. Les créanciers du fiduciaire ne peuvent donc faire saisir ou séquestrer les biens remis au fiduciaire qu'exceptionnellement, lorsque le recours à la détention fiduciaire apparaît abusive.¹⁶

Indice d'abus. En matière de trust, la dissociation entre le patrimoine du constituant et celui du trust doit également être reconnue, car elle découle de la reconnaissance des trusts en droit suisse. Seuls des cas abusifs, où le constituant garde le contrôle des biens du trust et ne l'a mis en place que pour échapper à ses créanciers, peuvent justifier l'application du principe de la transparence.¹⁷ Le caractère révocable du trust, et le fait que le constituant soit désigné comme bénéficiaire du trust, sont bien sûr des indices importants du contrôle du constituant sur les actifs du trust. Le fait que *de facto* le trust fasse des paiements importants au constituant est aussi un indice pertinent de ce contrôle. La

¹¹ ATF 128 III 346.

¹² Arrêt (du Tribunal fédéral) 5A_259/2010 du 26 avril 2012 ; arrêt (du Tribunal fédéral) 5P.355/2006 8 novembre 2006.

¹³ Art. 18 LDIP.

¹⁴ Ce qui conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse (art. 17 LDIP) doit la prohibition de l'abus de droit fait partie (arrêt (du Tribunal fédéral) 4C.36/2000 du 21 janvier 2002 consid. 1c).

¹⁵ Arrêt (du Tribunal fédéral) 5A_113/2018 du 12 septembre 2018 consid. 8.3.2.

¹⁶ ATF 126 III 95.

¹⁷ L'application de ce principe est compatible avec la CLH-85, qui réserve les règles de protection des créanciers : art. 15 let. e CLH-85i.

jurisprudence reste cependant casuistique, et il est difficile d'en déduire des critères définitifs.

Jurisprudence. Le Tribunal de première instance de Genève a ainsi admis le séquestre des biens d'un trust par les créanciers du constituant en raison du fait que le constituant se faisait régulièrement verser des sommes considérables par le trust, et ceci malgré son irrévocabilité et une liste de bénéficiaires qui semblait factice.¹⁸ Dans un autre cas, la Cour de justice a au contraire écarté l'application du principe de la transparence, malgré le fait les constituants étaient aussi les bénéficiaires. La Cour a retenu que les constituants n'avaient pas de pouvoir de disposer des biens du trust (irrévocable et discrétionnaire) et que leur intention dolosive n'était pas établie.¹⁹

Contrôle factuel. Indépendamment des textes constitutifs du trust, c'est donc bien l'existence d'un contrôle factuel du constituant sur les actifs du trust qui est le critère déterminant. Il comporte l'indice de l'identité économique du débiteur et du trust et son caractère artificiel accrédite l'idée d'un dol.

Détermination fiscale. L'administration fiscale procède à des déterminations qui l'ont conduite parfois à taxer le constituant sur le patrimoine appartenant au trust.²⁰ La question se pose de savoir si ces déterminations lient le juge civil ? La réponse est en principe négative, puisque l'administration fiscale n'est jamais qu'un créancier du constituant parmi les autres. Il arrive cependant que ces déterminations fiscales contraignent le constituant à puiser dans le patrimoine du trust pour faire face à ses obligations fiscales. Cette circonstance accrédite l'idée d'un contrôle effectif du constituant sur le patrimoine du trust, et ouvre donc la porte à une application du principe de transparence. Il pourrait être utile dans cette perspective de prévoir au moment de la constitution du trust que le trustee peut prélever sur le trust les fonds nécessaires pour permettre au constituant de payer les impôts et taxes qui concernent les actifs du trust mais dont le constituant est reconnu débiteur par les autorités. Une telle clause permettrait au constituant

¹⁸ Arrêt (Tribunal de première instance de Genève) C/6249/2011 ; GANZONI, PHILIPP, p. 133.

¹⁹ Arrêt (Cours de justice de Genève) C/26585/2010 du 15 septembre 2011 ; GANZONI, PHILIPP, p. 133.

²⁰ Selon la circulaire n° 30 sur l'imposition des trusts du 22 août 2007, ch.5.1.1.2 : « *Dans la plupart des cas, le constituant est domicilié à l'étranger au moment de la création du trust mais il peut aussi être domicilié en Suisse. Si le constituant est domicilié en Suisse, un appauvrissement du constituant n'existera, selon le droit fiscal suisse, que si un autre sujet fiscal se trouve enrichi. Cela ne se produit que lors de la création d'un irrévocable fixed interest trust (voir chiffre 5.1.2). Dans tous les autres cas, le patrimoine et ses rendements demeureront attribués au constituant (voir également l'art. 335 CC et la réserve générale de l'évasion fiscale).* »

de faire face à ses obligations fiscales, sans remettre en cause le fait qu'il n'a plus le contrôle des actifs du trust.

Distributions aux bénéficiaires. Le principe de transparence peut-il aller jusqu'à permettre aux créanciers du constituant de remettre en cause des donations faites par le trust aux bénéficiaires, et de faire valoir que ces actifs appartiennent en réalité toujours au constituant ? Le versement de fonds aux bénéficiaires prouve en principe que les fonds du trust étaient bien destinés à des tiers et non au constituant lui-même. Il faut donc que des circonstances très particulières soient établies pour que la réalité économique de ces transferts de fonds soit remise en cause, par exemple la preuve que les bénéficiaires du trust détiennent les fonds à titres fiduciaires en leur nom mais pour le compte du constituant. Dans ce cas, la jurisprudence sur la détention fiduciaire d'actifs ou les hommes de paille pourrait s'appliquer.²¹

C. Révocation des donations faites au trust

Frustration des créanciers. La constitution du trust est-elle un acte révocable ? L'apport par le constituant des actifs nécessaires à la constitution du trust prive les créanciers du constituant de la possibilité d'atteindre ces actifs, par leur séquestre, leur saisie, ou leur intégration dans la masse active du constituant en faillite. Si le constituant renonce effectivement au contrôle de ces actifs, le principe de transparence ne permet pas aux créanciers du constituant de se prévaloir de la réalité économique pour contourner la construction mise en place. A défaut de la contourner, il peut être tentant de l'attaquer frontalement.

Libéralités révocables. La constitution du trust un an avant la déclaration de faillite du constituant, ou la remise d'acte de défauts de bien après saisie à ses créanciers, doit être considérée comme une libéralité révocable.²² L'administration de la faillite ou les créanciers doivent agir dans le délai de deux ans dès la déclaration de faillite ou la remise des actes de défauts de bien après saisie, contre le trustee,²³ devenu propriétaire du patrimoine du trust. L'action peut être portée au lieu du domicile du trustee, ou, si celui-ci n'est pas domicilié en Suisse, au lieu où le constituant a été saisi ou mis en faillite.²⁴ Le jugement révocatoire peut alors conduire à la saisie des biens du trust situés en Suisse, ou à leur intégration dans

²¹ ATF 126 III 95.

²² Art. 286 LP ; PEYROT, AUDE, p. 1-13. La protection des créanciers selon les règles impératives du for de poursuite est réservée par l'article 15 let. 3 CLH-85.

²³ PEYROT, AUDE, p. 10.

²⁴ Art. 289 LP.

la masse active de la faillite du constituant. Si les biens du trust sont localisés à l'étranger, le jugement révocatoire doit être exéquaté. Un jugement de révocation rendu dans le cadre d'une faillite ne bénéficie pas de la Convention de Lugano, et son exéquaté est donc tributaire du droit national du lieu de situation des biens.²⁵

Distributions aux bénéficiaires. Les biens déjà distribués à des bénéficiaires du trust pourraient le cas échéant faire l'objet d'une action révocatoire dès lors que ces bénéficiaires étaient de mauvaise foi.²⁶ Tel est le cas lorsque les bénéficiaires pouvaient et devaient réaliser que la constitution du trust par le constituant était destinée à soustraire des biens du constituant à ses créanciers. Si par exemple un père de famille fortuné mais craignant les procédures de créanciers mécontents constitue une part de son patrimoine en trust, dans le but que ce patrimoine soit remis à ses enfants plutôt qu'à ses créanciers, les créanciers porteurs d'actes de défauts de biens ou l'administration de la faillite du constituant pourraient agir contre le trustee en sa qualité de donataire de mauvaise foi²⁷ et contre les enfants en leur qualité de tiers de mauvaise foi,²⁸ pour autant que le juge considère que tous ces intervenants étaient conscients que la constitution du trust était potentiellement révocable. Le trustee et les bénéficiaires sont alors solidairement responsables de la restitution des biens au constituant, au profit de ses créanciers.²⁹

Dol. Ces situations peuvent étendre la période suspecte à cinq ans, dès lors que la volonté du constituant d'échapper à ses créanciers était reconnaissable par le trustee et les bénéficiaires du trust.³⁰

²⁵ TSCHUMY, JEAN-LUC, p. 161 n° 55 et les auteurs cités sous note 112. En revanche, le jugement révocatoire en faveur de créanciers porteurs d'un acte de défaut de bien après saisie est reconnu selon la Convention de Lugano : TSCHUMY, JEAN-LUC p. 161, n° 54.

²⁶ Art. 290 LP ; PEYROT, AUDE, Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse, p. 314.

²⁷ Art. 291 al. 3 LP.

²⁸ Art. 290 LP.

²⁹ PETER, HENRY, n°11 ad art. 290.

³⁰ PEYROT, AUDE, p. 6.

II. Les créanciers du trustee

Patrimoine du trustee. Les créanciers du trustee peuvent faire saisir, séquestrer, ou intégrer dans la masse active de la faillite du trustee, les biens qui lui appartiennent. Or, les biens du trust appartiennent au trustee.³¹

Reconnaissance du trust. Le principe fondamental de la Convention de La Haye sur la reconnaissance des trusts est cependant celui d'une distinction entre les biens personnels du trustee, et les biens du trust.³² Le patrimoine du trustee comprend donc deux masses : ses biens personnels et les biens appartenant au trust. La distinction de ces deux masses est opposable aux créanciers.³³

A. Faillite du trustee

Principe de distraction. En cas de faillite du trustee en Suisse, la loi prévoit expressément la distraction de biens du trust.³⁴ Celle-ci doit intervenir d'office, c'est à dire au moment de la constitution de la masse active.³⁵ Contrairement au droit de distraction du fiduciaire une action en revendication tendant à la distraction de la masse de certains biens du patrimoine fiduciaire ne devrait pas être nécessaire. C'est donc au moment de l'inventaire qu'il appartient au trustee d'indiquer au préposé à l'office des faillites les biens qui relèvent de son patrimoine personnel, et ceux qui relèvent du patrimoine du trust.

Revendications. Dans la mesure où biens sont en possession de la masse en faillite, celle-ci peut contester leur affectation au patrimoine du trust, en fixant au trust un délai pour revendiquer.³⁶ Le trustee étant déclaré failli, il doit être considéré comme empêché. Les règles légales ou les règles internes du trust applicables en cas d'empêchement du trustee doivent s'appliquer pour permettre le remplacement du trustee.³⁷ Le cas échéant, une restitution de délai peut être requise de l'administration de la faillite.³⁸ En revanche, les bénéficiaires du trust

³¹ Voir ATF 143 II 350 et supra fn 9. Le droit suisse ne peut pas admettre une dislocation du droit de propriété au profit du trustee et des bénéficiaires, selon les conceptions de common law : PEYROT, AUDE, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, p. 22 ss.

³² Art. 2 let. 1 CLH-85 ; art. 284b LP ; UNDERHILL, ARTHUR / HAYTON, DAVID, p. 2 ch. 1.1.(2).

³³ Art. 11 let. a CLH-85.

³⁴ Art. 284b LP.

³⁵ Art. 11 al. 2 let. b CLH-85 ; RÜETSCHI, DAVID / DOMENIG, BENJAMIN, n° 6 Art. 284b.

³⁶ Art. 242 al. 2 LP ; RÜETSCHI, DAVID / DOMENIG, BENJAMIN, n° 6 ad Art. 284b.

³⁷ THÉVENOZ, LUC, p. 71.

³⁸ Art. 33 al. 4 LP.

qui n'ont au mieux qu'une créance contre le trust n'ont pas de droit absolu sur les biens du trust et ne peuvent donc les revendiquer.³⁹ Le constituant par définition n'est plus propriétaire des biens du trust et ne peut donc pas les revendiquer.

Registre foncier. Lorsque les biens du trust comportent un immeuble en Suisse, le trustee est inscrit au registre du commerce comme propriétaire. Le principe de la distraction des biens du trust entre alors en conflit avec le principe de la foi publique attachée au registre foncier. Selon l'article 149d al. 3 LDIP, Le principe de distraction l'emporte, sous réserve de la protection de tiers de bonne foi. En cas de faillite, il est impossible de distinguer chaque créancier en fonction de sa connaissance ou non de l'existence du trust. Il convient donc à notre avis de faire prévaloir le principe de la foi publique du registre foncier, et d'intégrer l'immeuble dans la masse active de la faillite du trustee. Cette solution nous semble d'autant plus justifiée qu'une solution très simple permet d'éviter ce conflit entre le principe de la foi publique et le principe de la distraction : l'existence du trust peut être mentionnée au registre foncier.⁴⁰ Cette mention permet de réconcilier foi publique et distraction, et d'affecter sans hésitation l'immeuble au patrimoine du trust.

B. Saisie des biens du trustee

Principe de distraction. Si le trustee est domicilié en Suisse sans être inscrit au registre du commerce, ses biens peuvent faire l'objet d'une saisie. Selon l'art. 11 let. a CLH-85, la saisie ne peut cependant porter sur les biens détenus en trust. Il est du devoir du trustee, au moment de la saisie d'indiquer à l'office les biens qui font parties du patrimoine du trust. L'office évitera de les saisir, ou au moins les saisira en dernier lieu conformément aux principes de l'article 95 LP.⁴¹ En cas de saisie, une contestation sur l'affectation du bien au patrimoine du trust ou au patrimoine personnel du trustee (ou d'un autre trust géré par le trustee) doit être tranchée dans le cadre d'une procédure de revendication.⁴²

³⁹ THÉVENOZ, LUC, p. 72 propose de conférer à chaque bénéficiaire un droit de revendication. Il nous semble qu'il appartient au seul trustee de gérer les biens du trust, et d'en conserver le patrimoine. En cas d'empêchement, celui-ci doit être remplacé, ce qui justifie une éventuelle restitution de délai. En revanche, les bénéficiaires, qui ne sont pas toujours informés du patrimoine du trust, ne sont pas en charge de la conservation de ce patrimoine.

⁴⁰ Art. 149d al. 1 LDIP.

⁴¹ RÜETSCHI, DAVID / DOMENIG, BENJAMIN, n° 10 ad. Art. 284b ; BOPP, LUKAZ, Basler Kommentar, SchKG II, Art. 284b N 9.

⁴² La doctrine se réfère à une analogie avec l'article 68^e LP, qui concerne un litige sur l'affectation de biens dans les différentes masses constituant le patrimoine du débiteur. Sur cette

Conflit d'intérêts du trustee. En cas de saisie des biens appartenant au trust à la demande des créanciers du trustee, le trust doit pouvoir les revendiquer. Là encore, cette situation met le trustee dans une situation de conflit d'intérêts⁴³ qui doit être réglée selon les règles propres au trust. La revendication reste de toute façon possible jusqu'à la réalisation des biens, qui ne peut intervenir avant un délai d'un mois dès la saisie pour les biens meubles et six mois pour les immeubles, ce qui devrait laisser au trustee la possibilité de gérer cette situation de conflit d'intérêts. Dans le cadre de son devoir de gestion des biens du trust, le trustee a l'obligation de faire la déclaration de revendication dans le délai de l'article 106 al 2 LP pour suspendre la réalisation. Selon les règles applicables au trust, il en assume la responsabilité à l'égard des bénéficiaires.

Procédure de revendication. Les biens du trust sont en possession du trustee, c'est-à-dire en possession du débiteur. Le trustee détient cependant ces biens pour le compte du trust, qui serait le tiers revendiquant. Il s'agit donc d'un cas copossession qui conduit à la procédure de 108 LP,⁴⁴ avec cette conséquence qu'il appartiendra au créancier d'introduire une action en revendication contre le trust, s'il conteste l'affectation du bien au patrimoine du trust. Le défendeur sera le trust, représenté par le trustee, qui devra le cas échéant être remplacé selon les règles interne au trust applicables en cas de conflit d'intérêts. A l'inverse, la procédure de l'article 107 LP s'imposera lorsque l'actif revendiqué par le trust et un immeuble, si la relation de trust n'est pas mentionnée au Registre foncier.⁴⁵

III. Les créanciers du trust

Passif du trust. La gestion du trust peut générer un passif, et donc des créanciers qui ont pour débiteur cette institution étrangère qui n'est pas tout à fait une personne au sens juridique du terme, mais qui peut néanmoins avoir des dettes.

analogie : RÜETSCHI, DAVID / DOMENIG, BENJAMIN, n°11 ad. Art. 284b ; BOPP, LUKAZ, Basler Kommentar, SchKG II, Art. 284b N 10.

⁴³ THÉVENOZ, LUC, p. 71.

⁴⁴ Cette solution est conforme à l'analogie proposée par la doctrine avec l'art. 68e LP. Une revendication du débiteur sur l'affectation d'un bien à ses biens disponibles selon cette disposition conduit à la procédure de l'article 108 LP, avec à terme une action en revendication du créanciers (RUEDIN, ROLAND, Commentaire romand de la LP, art. 68e, N 5).

⁴⁵ Art. 107 al. 1 ch. 3 LP.

A. Poursuites contre le trust

For de poursuite. Selon l'article 284a al. 2 LP, les créanciers du trust peuvent engager une poursuite au siège du trust désigné dans les documents constitutifs du trust. Si ces documents indiquent un siège à l'étranger alors que le trust est administré en fait en Suisse, les créanciers peuvent engager une poursuite au lieu de l'administration de fait du trust.

Administration de fait. Par lieu où le trust est administré en fait, il faut à notre avis comprendre le lieu où se trouvent la majorité des actifs du trust. Les auteurs retiennent plutôt le critère du lieu effectif de prises de décision.⁴⁶ A notre avis, il ne sert cependant à rien de poursuivre un trust au lieu où il est effectivement dirigé, s'il n'y a pas d'actifs en ce lieu, puisque la poursuite vise la faillite du trust, et donc la réalisation de l'ensemble de ses actifs. Le critère du lieu de situation principal des biens nous semble donc s'imposer pour des motifs d'efficacité. Sinon, les créanciers d'un trust administré de fait depuis l'étranger mais dont les actifs sont en Suisse pourraient requérir le séquestre des biens du trust en Suisse, ce qui conduirait à une saisie des biens du trust au for du séquestre dans le cadre de la validation du séquestre. Cette solution irait à l'encontre de la volonté du législateur d'une gestion de la poursuite du trust par sa faillite.⁴⁷ Le domicile du trustee n'est en tout cas qu'un indice du lieu d'administration effectif.⁴⁸

Localisation des biens en mains d'une banque suisse. Dans une situation où les biens gérés par un trustee domicilié à l'étranger sont déposés auprès d'une banque suisse, la poursuite doit à notre avis pouvoir être introduite au lieu de situation des biens. Les critères de localisation des biens en matière de séquestre peuvent être utilisés, notamment en ce qui concerne les comptes bancaires. Cela signifie qu'un compte créancier ouvert au nom du trustee pour le compte du trust est localisé au siège de la succursale de la banque où le compte a été ouvert.⁴⁹ En revanche, si le trustee est domicilié en Suisse, le compte est localisé au domicile du trustee.⁵⁰

Commandement de payer. Le commandement de payer doit être notifié au trustee.⁵¹ Si celui-ci se trouve à l'étranger, la notification suppose le recours à

⁴⁶ RÜETSCHI, DAVID / DOMENIG, BENJAMIN, n° 12 ad. Art. 284a.

⁴⁷ Art. 284a al. 3 LP.

⁴⁸ RÜETSCHI, DAVID / DOMENIG, BENJAMIN, n° 12 ad. Art. 284a.

⁴⁹ ATF 107 III 147 ; ATF 128. I473 ; arrêt (du Tribunal fédéral) 5P.55/2003 du 16 mai 2003.

⁵⁰ ATF 137 III 625 ; ATF 128 III 473 ; ATF 114 III 31 ; ATF 112 III 115 ; ATF 107 III 147 ; ATF 103 III 86.

⁵¹ Art. 284a al. 1 LP.

l'entraide internationale, conformément aux principes de l'article 66 LP.⁵² La poursuite est en effet dirigée contre le trustee en qualité de représentant du trust. L'opposition et la représentation du débiteur dans la procédure de mainlevée relève de l'administration du trust, et donc de la compétence du trustee.

Plainte. La question de savoir si les bénéficiaires du trust ou le constituant ont qualité pour porter plainte contre les décisions des autorités de poursuites est délicate, dès lors que ni le constituant, ni les bénéficiaires ne sont parties à la procédure. La qualité pour porter plainte selon l'art. 17 LP est reconnue à toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégés ou, à tout le moins, atteinte dans ses intérêts de fait par une mesure ou une omission d'un organe de la poursuite.⁵³ En revanche, les tiers à la procédure d'exécution forcée n'ont en principe pas la qualité pour former une plainte à moins qu'un acte de poursuite ne leur soit directement préjudiciable.⁵⁴ A notre avis, les bénéficiaires sont au moins lésés dans leurs intérêts de fait et peuvent donc porter plainte contre des actes des autorités de poursuite qui leur sont directement préjudiciables, ne serait-ce que s'ils compromettent leurs attentes à l'égard du trust. En revanche, le constituant n'a pas d'attente digne de protection. Il a remis la gestion du trust dans les mains du trustee, et doit donc le laisser gérer la procédure de poursuite.

Concordat. La poursuite se continue en principe par voie de faillite. Le trustee doit être convoqué à l'audience de faillite, où il peut proposer l'ouverture d'une procédure concordataire.⁵⁵ Le cas échéant, l'activité du trustee sera surveillée par un commissaire nommé par le juge du concordat durant toute la durée du sursis.⁵⁶ Le commissaire doit refuser toute mesure de nature à augmenter les passifs, et des distributions aux bénéficiaires pendant la période du sursis nous semblent exclues, même si elles sont le but final du trust. Celui-ci doit retrouver une stabilité financière avant que son but puisse à nouveau être poursuivi.

⁵² RÜETSCHI, DAVID / DOMENIG, BENJAMIN, n° 13 ad. Art. 284a.

⁵³ TF 139 III 384 ; ATF 138 III 219 consid. 2.3 ; ATF 129 III 595 consid. 3 ; ATF 120 III 42 consid. 3.

⁵⁴ Arrêt (du Tribunal fédéral) 5A_483/2012 du 23 août 2012 consid. 5.3.1 et les références citées.

⁵⁵ Art. 173a LP.

⁵⁶ Art. 298 LP. Cette surveillance doit être limitée aux actes liés à l'administration du trust, et non à la gestion par le trustee de son propre patrimoine ou du patrimoine d'autres trusts. En effet l'expression « le débiteur » au sens de l'article 298 LP doit être comprise comme « le trust représenté par le trustee ».

B. Faillite du trust

Administration de la faillite. Dès la déclaration de faillite, l'office des faillites et, à terme, l'administration spéciale de la faillite, se substituent au trustee dans la gestion des biens.⁵⁷ Le trustee doit être consulté en vue de la constitution de l'état de collocation,⁵⁸ mais l'administration de la faillite n'est pas tenue par sa détermination.

Production des bénéficiaires et du constituant. Qu'ils aient des espérances, des expectatives⁵⁹ ou des *fixed interests*,⁶⁰ les bénéficiaires n'ont à notre avis de droit à l'égard du trust que dans la mesure où le patrimoine du trust n'est pas débiteur. Ils ne peuvent donc produire dans la faillite du trust. De même, le constituant n'a aucune créance contre le trust. En cas de trust révocable, le constituant peut prétendre après révocation à la restitution du produit de liquidation du trust.⁶¹ En cas de faillite, ce produit de liquidation est nul. Le constituant ne peut donc être inscrit en cette qualité à l'état de collocation.

Patrimoine du trust. La masse active de la faillite du trust ne doit intégrer que les biens du trust, à l'exclusion des biens relevant du patrimoine personnel du trustee, ou d'autres trusts gérés par le trustee. En cas de désaccord entre le trustee et l'office des faillites sur les biens devant être affecté au patrimoine du trust, et les biens personnels du trustee ou d'autres trusts gérés par le trustee, il appartiendra au trustee de revendiquer ces biens conformément à l'article 242 LP,⁶² soit en son propre nom, soit au nom des autres trusts qu'il représente.

Biens du trust à l'étranger. Si une partie des biens du trust sont à l'étranger, la masse en faillite doit les revendiquer selon l'article 242 LP. Cela suppose que le jugement de faillite soit reconnu au lieu de situation de ces biens, ce qui est souvent délicat compte tenu de l'absence de convention internationale sur la

⁵⁷ Le dessaisissement de l'article 204 LP concerne le trust représenté par le trustee.

⁵⁸ Art. 244 in fine LP.

⁵⁹ Sur la différence, voir ATF 53 III 31 ; ATF 97 III 23 ; ATF 73 III 149 ; arrêt (du Tribunal fédéral) 5A/68/2012 du 14 mai 2012.

⁶⁰ Dans le *fixed interest trust*, le trustee a l'obligation de procéder aux distributions en faveur des bénéficiaires conformément au trust deed. Voir VOGT, NEDIM PETER, n° 53 ad. art. 149a-e LDIP ; VISCHER, BERNARD / WYNE, JULIE, FJS 20, 2.5 . Un *fixed interest* correspond donc à une créance, mais elle est soumise à notre avis à la condition implicite que le patrimoine du trust ait été en tout ou en partie conservé par le trustee, ce qui n'est plus le cas si le trust est déclaré en faillite.

⁶¹ VISCHER, BERNARD / WYNE, JULIE, FJS 20, 2.4.

⁶² Dans le cadre de cette procédure, le trustee doit être considéré comme le tiers au sens de l'article 242 LP : RÜETSCHI, DAVID / DOMENIG, BENJAMIN, n° 24 ad. art. 284a.

reconnaissance des jugements de faillite. Le trustee a l'obligation d'indiquer à l'Office des faillites l'existence de ces biens à l'étranger,⁶³ qui sont mentionnés dans l'inventaire.⁶⁴ L'obligation du trustee de renseigner l'Office des faillites sur l'existence des biens à l'étranger est sanctionnée par les articles 163 ch. 1 et 323 ch. 4 CP.⁶⁵ En revanche, le principe de territorialité des actes d'exécution forcée exclut la mainmise des autorités de faillite sur les biens situés à l'étranger sans l'aide des autorités étrangères sur le territoire desquelles sont situés ces biens.⁶⁶ Certes, l'amical pression des autorités de faillite suisses sur le trustee pourrait l'encourager à rapatrier ces biens en Suisse. Il n'en a cependant pas l'obligation légale.

Responsabilité du trustee. La faillite du trust suppose une gestion pour le moins douteuse, ou en tout cas malchanceuse du trustee. La question de sa responsabilité peut donc se poser avec la tentation pour la masse de faire valoir cette créance du trust contre le trustee, à l'instar des masses en faillite de sociétés anonymes qui font valoir la responsabilité des administrateurs.⁶⁷ La question de savoir si le trustee assume une responsabilité à l'égard du trust, qui pourrait être invoquée par la masse en faillite du trust à son encontre, dépend du droit applicable au trust. L'absence de personnalité juridique du trust implique que la question est en général plutôt traitée comme une responsabilité du trustee à l'égard des bénéficiaires.⁶⁸ Si tel est exclusivement le cas selon le droit applicable au trust, la masse en faillite ne peut faire valoir de prétention contre le trustee. C'est cependant une question qui mériterait examen dans le cadre de l'élaboration législative d'un trust suisse.

Distributions aux bénéficiaires. Enfin, les distributions faites par le trust aux bénéficiaires dans l'année qui précède le jugement de faillite sont révocables : attribution sans contrepartie, elles doivent être considérées comme des donations au sens de l'article 286 LP. L'action révocatoire peut être exercée par la masse.⁶⁹

Dol. Le fait que ces distributions correspondent au but et à la raison d'être du trust doit conduire le juge à une certaine mesure dans l'appréciation de l'intention dolosive du trust au sens de l'article 288 LP (qui étendrait la période suspecte à cinq ans). Seules des attributions exceptionnelles réalisées alors que le passif du

⁶³ Art. 222 LP.

⁶⁴ Art. 27 OAO.

⁶⁵ ROMY, ISABELLE, n° 33 ad. art. 197 ; GILLIÉRON, PIERRE-ROBERT, n° 1831.

⁶⁶ ROMY, ISABELLE, n° 33 ad. art. 197 ; TC Jura, 24.06.201, RJJ 2014 p. 138 s.

⁶⁷ Art. 757 CO.

⁶⁸ UNDERHILL, ARTHUR / HAYTON, DAVID JOHN, p. 3, ch. 1.1.(7) ; VISCHER, BERNARD / WYNE, JULIE, FJS 20, ch. 1.6.

⁶⁹ Art. 285 al. 2. Ch. 2 LP ; art. 200 LP.

trust est déjà connu du trustee pourrait entrer en considération, avec cette limite qu'il faudrait encore que les bénéficiaires aient été informés de la situation.

IV. Les créanciers des bénéficiaires

A. Fixed interest trust vs discretionary trust

Créances, expectatives, espérances. Les droits de bénéficiaires contre le trust dépendent du type de trust : il peut s'agir de réelles créances, en cas de *fixed interest trusts*, ou de simples expectatives, voire d'espérances, en cas de *discretionary trusts*.⁷⁰

Saisie de revenu. Les créances du débiteur contre un tiers sont saisissables, ce qui n'est pas le cas de simples espérances. Les expectatives sont saisissables lorsque la condition dont elles dépendent n'est pas trop incertaine ou lointaine.⁷¹ Lorsque la créance contre un tiers donne droit à des revenus réguliers, sa saisie est soumise aux limitations de l'article 93 LP : la saisie ne peut être effective que pour une année, et le minimum vital du débiteur doit être protégé.⁷²

B. La saisie des revenus d'un fixed interest trust

Saisie de la créance. Sur la base de ces principes, on peut en déduire que les créanciers des bénéficiaires d'un fixed interest trust peuvent obtenir la saisie de ces revenus, en respectant les cautèles de l'article 93 LP. L'office des poursuites doit alors notifier au trustee son obligation de se libérer en mains de l'office.⁷³ Le trustee est tenu par cette injonction de l'autorité s'il se trouve en Suisse, avec le risque pour lui que le trust soit contraint par l'office des poursuites de repayer un *fixed interest* que le trustee aurait payé en mains du bénéficiaire, en violation de la notification de la saisie.

Trust étranger. Si le trust et le trustee sont à l'étranger, la notification de l'office des poursuites, pour peu qu'elle soit possible à l'étranger, n'est guère

⁷⁰ Sur la distinction, PEYROT, AUDE, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, p. 185ss ; VOGT, NEDIM PETER, n° 47 ad. art. 149a-e LDIP ; VISCHER, BERNARD / WYNE, JULIE, FJS 20, ch. 2.5.

⁷¹ MARCHAND, SYLVAIN, p. 88 ; TF, 4 novembre 2013, 5A_328/2013 in SJ 2014 I p. 145.

⁷² Dans ce sens, PEYROT, AUDE, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, p. 232-233.

⁷³ Art. 99 LP.

contraignante en raison du principe de territorialité de l'exécution forcée. Il appartiendra alors au trustee de décider s'il veut donner suite à cette injonction (ce qui, dans un sens, permet au bénéficiaire de régler ses dettes), ou la contourner en versant au bénéficiaire le montant du *fixed interest trust* sur un compte à l'étranger. Le débiteur pourrait cependant être astreint à reverser ces montants à l'Office des poursuites de son domicile, sous menace des peines de l'article 292 CP.⁷⁴

C. Saisie des versements discrétionnaires

Approche factuelle. Même si le trust est un *discretionary trust*, il n'en reste pas moins que le bénéficiaire est susceptible d'en percevoir des revenus substantiels et, selon les circonstances, relativement certains. Il nous semble donc trop formel de limiter la saisie de ces revenus au cas du *fixed interest trust*. Il ne s'agit pas d'une éventualité lointaine, mais de la perspective de percevoir des revenus substantiels dans un proche avenir. Il n'appartient pas aux créanciers d'analyser la nature juridique d'un trust sur lequel ils n'ont aucune information, pour déterminer s'ils peuvent saisir des revenus effectifs du débiteur.

Jurisprudence. Dans un arrêt ancien, le Tribunal fédéral a adopté une solution tout en pragmatisme à propos d'un trust de droit anglais discrétionnaire qualifié d'«alimentaire»: les distributions en mains de la bénéficiaire sont saisissables pendant une année, après déduction du minimum vital, dans la mesure où elles ont lieu. Il appartient à la bénéficiaire de s'en acquitter en mains de l'office. Là encore, le fait que le trust ne soit pas basé en Suisse a exclu une saisie en mains du trustee, et a conduit l'Office à percevoir en mains du bénéficiaire les montants versés par le trust.⁷⁵

Appréciation du trustee. S'agissant d'un *discretionary trust*, se posera alors au trustee informé de la situation la question existentielle de savoir s'il doit continuer à verser discrétionnairement à un bénéficiaire des montants destinés aux créanciers de celui-ci. Le trustee est tenu par le but du trust, qui est en général de prévoir une assistance en faveur des bénéficiaires. Ce but n'est pas forcément

⁷⁴ PEYROT, AUDE, Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse, p. 234.

⁷⁵ ATF 89 III 12 : « Peu importe à cet égard que le versement effectif soit irrégulier et ne respecte pas toujours les échéances mensuelles. Cette particularité n'empêche pas la saisie, qui se réalisera lors de la perception des aliments. Le cas est analogue à celui où le débiteur ne gagne pas pendant un certain temps (RO 78-III-128 sv). La seule conséquence est que la mesure ne produit pas son effet, et que l'on ne saurait donc punir la recourante, aussi longtemps que celle-ci ne peut s'acquitter du montant saisi, faute de recevoir les aliments ».

incompatible avec un versement en mains de l'office : l'assistance aux bénéficiaires peut aussi consister à aider les bénéficiaires à faire face à leurs dettes, et à préserver leurs autres actifs.

D. Faillite d'un bénéficiaire

Fixed interest trust. Dans l'hypothèse où l'un des bénéficiaires du trust est inscrit au registre du commerce en Suisse, ses créanciers le poursuivront par voie de faillite. En cas de *fixed interest trust*, l'administration de la faillite, ou un créancier cessionnaire,⁷⁶ pourra faire valoir la créance du bénéficiaire contre le trust, qui ne pourra plus procéder à des versements en mains du bénéficiaire failli.⁷⁷

Distributions durant la faillite. Toutes les distributions du trust intervenant entre la déclaration de faillite et sa clôture seront intégrées dans la masse en faillite, conformément à l'article 197 al. 2 LP. Là encore, il appartiendra au trustee de déterminer si de telles distributions sont justifiées dans un tel cas. Tel ne serait en tout cas pas le cas si le bénéficiaire est une société qui sera radiée après la clôture de la faillite. En revanche, s'il s'agit d'une personne physique, ces distributions restent dans l'intérêt du bénéficiaire, en ce qu'elles limitent le montant des actes de défauts de biens remis aux créanciers après faillite.

Conclusions

Il ressort de cette brève étude que le droit suisse de la poursuite est tout à fait en mesure d'appréhender l'éventualité d'un trust suisse, et la reconnaissance en Suisse des trusts étrangers. L'élaboration législative d'un trust suisse pourrait éventuellement conduire à des réflexions :

Sur les conflits d'intérêts du trustee poursuivi personnellement ou mis en faillite par ses propres créanciers. Une règle prévoyant la suspension de la procédure pour ce qui concerne les biens du trust, jusqu'au remplacement du trustee, pourrait à cet égard être utile.

Sur la responsabilité personnelle du trustee à l'égard des créanciers du trust. Un système de responsabilité pourrait être envisagé, sur le modèle de la responsabilité directe et indirecte des administrateurs de sociétés à l'égard des

⁷⁶ Art. 260 LP.

⁷⁷ Le failli perd en effet le pouvoir de recevoir des paiements : Art. 205 LP.

créanciers sociaux. Priorité devrait à notre avis être donnée à l'administration de la faillite, à l'instar des principes de l'article 757 CO.

Sur la nature juridique et la saisissabilité des droits des bénéficiaires à l'égard du trust. Les créanciers ne devraient pas avoir à analyser la nature du trust pour déterminer si les revenus effectifs de leur débiteur sont saisissables, et les revenus d'un trust suisse devraient être qualifiés de produits d'usufruit au sens (large) de l'article 93 LP, quelle que soit la nature du trust.

Des solutions originales sur ces questions permettraient au trust suisse de se démarquer de ses parents anglo-saxons et de mieux s'inscrire dans une tradition suisse de protection des créanciers.

Bibliographie

- BOPP, LUKAZ, in Basler Kommentar, SchKG, 2e éd. 2010, ad art. 284b LP
- GANZONI, PHILIPP, Résumé de quelques jurisprudences genevoises en matière de séquestre en 2010 et 2011, BJSchK 2013, p. 133 ss
- GILLIÉRON, PIERRE-ROBERT, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4e éd., Bâle 2005
- MARCHAND, SYLVAIN, Précis de droit des poursuites, 2e éd., Zurich 2013
- MAYER, THOMAS M., Der Trust und das auf ihn anwendbare Recht aus schweizerischer Sichtrecht, recht 2007, p. 64 ss
- PEYROT, AUDE, Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse, Zurich 2011
- PEYROT, AUDE, L'action révocatoire au secours des créanciers lésés par la constitution d'un trust, Not@lex 2013 p. 1 ss
- ROMY, ISABELLE, Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, ad art. 197
- RUEDIN, ROLAND, in Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, ad art. 68e LP
- RÜETSCHI, DAVID / DOMENIG, BENJAMIN, Schulthess-Kommentar SchKG, 4e éd., Zurich 2017, ad art. 284b LP
- THÉVENOZ, LUC, Trusts en Suisse, Zurich 2001
- TSCHUMY, JEAN-LUC, Journée de droit successoral 2018, L'action révocatoire et les actions des créanciers successoraux, Berne 2018, p. 145 ss
- UNDERHILL, ARTHUR / HAYTON, DAVID J., Law relating to trusts and trustees, 17e éd., Londres 2007
- VISCHER, BERNARD / WYNNE, JULIE, La notion de trust en droit suisse, FJS n° 20, état: 2019
- VOGT, NEDIM PETER, in Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2e éd. 2007, ad art. 149a-e LDIP