



Master

2020

Open Access

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

Quelles utilisations commerciales pour un trust suisse ? Regards sur la fiducie-gestion et les conventions d'actionnaires

Van Den Brand, Olivier

How to cite

VAN DEN BRAND, Olivier. Quelles utilisations commerciales pour un trust suisse ? Regards sur la fiducie-gestion et les conventions d'actionnaires. Master, 2020.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:144671>

Olivier VAN DEN BRAND
Université de Genève – Faculté de droit
Année académique 2019-2020
Mémoire de maîtrise

QUELLES UTILISATIONS COMMERCIALES POUR UN TRUST SUISSE ?

Regards sur la fiducie-gestion et les conventions d'actionnaires

Professeur : Luc Thévenoz
Assistant : Célian Hirsch

Date de dépôt : vendredi 22 mai 2020

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION	- 2 -
II. LE TRUST POUR PALLIER CERTAINES LIMITES DE LA FIDUCIE-GESTION . - 5 -	
A. Panorama général de la fiducie	- 5 -
B. Le régime de la fiducie-gestion en particulier.....	- 6 -
1. <i>La portée et les conséquences de la Vollrechtstheorie.....</i>	<i>- 6 -</i>
2. <i>L'application de l'art. 401 CO.....</i>	<i>- 7 -</i>
C. L'art. 401 al. 2 et 3 CO face à la faillite du fiduciaire.....	- 7 -
1. <i>Une protection nécessaire mais insuffisante</i>	<i>- 7 -</i>
2. <i>Une protection dépendante de l'origine et de la composition du patrimoine.....</i>	<i>- 8 -</i>
3. <i>Une protection incertaine vis-à-vis des sommes d'argent encaissées</i>	<i>- 10 -</i>
D. La plus-value du trust	- 11 -
1. <i>La place laissée au trust.....</i>	<i>- 11 -</i>
2. <i>Lorsque le patrimoine fiduciaire est composé d'immeubles</i>	<i>- 13 -</i>
3. <i>Lorsque le patrimoine fiduciaire est composé de comptes clients</i>	<i>- 15 -</i>
4. <i>Synthèse</i>	<i>- 16 -</i>
III. LE TRUST POUR SÉCURISER LES CONVENTIONS D'ACTIONNAIRES.....	- 18 -
A. Panorama général des conventions d'actionnaires	- 18 -
B. Les vecteurs de stabilité	- 19 -
1. <i>De la dissuasion des comportements dissidents.....</i>	<i>- 19 -</i>
2. <i>De la prévention des comportements dissidents.....</i>	<i>- 21 -</i>
C. La plus-value du trust	- 23 -
1. <i>La place laissée au trust.....</i>	<i>- 23 -</i>
2. <i>Du blocage efficace des actions</i>	<i>- 24 -</i>
3. <i>De l'empêchement du vote hérétique</i>	<i>- 25 -</i>
4. <i>De la nécessité d'un engagement durable.....</i>	<i>- 25 -</i>
5. <i>La limite des clauses « anti-fiduciaires ».....</i>	<i>- 26 -</i>
6. <i>Synthèse</i>	<i>- 28 -</i>
IV. CONCLUSION	- 29 -
BIBLIOGRAPHIE	- 30 -

I. INTRODUCTION

Le trust ne serait guère qu'une relation juridique entre un fiduciaire (trustee) et un (ou plusieurs) bénéficiaire(s) portant sur un patrimoine particulier remis par le constituant (settlor)¹. Rarement définition aussi simple aura pourtant suscité autant de questions. Il faut dire que toute l'utilité de l'institution réside précisément dans son extrême simplicité conceptuelle. La flexibilité qui en découle lui permet alors d'embrasser des situations d'une diversité et d'une complexité infinies. Ce n'est pas un hasard si le trust foisonne chez nos voisins anglo-saxons, berceau de sa naissance. Déjà bien ancrée, la tendance est aussi à un intérêt croissant pour cette institution au-delà des côtes de Sa Majesté, et notamment en Suisse.

Notre administration fédérale a en effet tout récemment terminé la rédaction d'un projet de droit suisse des trusts, qui n'a toutefois pas encore été porté à la connaissance du public et dont il n'est d'ailleurs pas garanti qu'il le soit un jour. Cette étape symbolique traduit un gain d'intérêt politique pour cette institution, en particulier depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007 pour notre pays de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1^{er} juillet 1985 (ci-après : CLH)². Il est indubitable que notre ordre juridique regorge de ressources et présente une flore luxuriante d'outils juridiques à de nombreuses fins. De par son polymorphisme, le trust pourrait toutefois se prêter à maints usages pour lesquels nous recourons jusqu'à maintenant à plusieurs instruments. Plus encore, il possède certaines caractéristiques dont sont dépourvues la plupart de nos institutions, et il est donc grand temps de s'interroger sur la place que pourrait occuper le trust dans notre ordre juridique. On le conçoit souvent comme véhicule de transmission privée de patrimoine en raison de son origine historique. Considérant le trust comme instrument de flexibilité et d'efficience, ce travail prend toutefois le parti d'examiner les plus-values que cette institution apporterait à notre ordre juridique en matière commerciale.

Pour ce faire, il est nécessaire que nous puissions définir les contours d'un futur trust suisse pour confronter ce dernier aux structures juridiques suisses actuelles. Le projet de droit suisse des trusts n'ayant pas encore été rendu public, cette tâche ne s'avère pas aisée. Nous avons donc choisi dans ce travail de nous appuyer sur une des caractéristiques centrales à la notion de trust, dont la consubstantialité est telle qu'elle se retrouve dans tout trust : le patrimoine séparé et distinct que représente le fonds du trust par rapport au patrimoine personnel du trustee. En vertu de ce principe, le patrimoine géré par le trustee est protégé à l'encontre des créanciers personnels de ce dernier et des prétentions que des tiers pourraient avoir à son encontre en vertu

¹ THÉVENOZ, *The rise*, p. 7. Notons qu'il existe également des trusts sans bénéficiaires, mais créés en vue de poursuivre un but particulier (*charitable trusts*).

² RS 0.221.371.

du droit de la famille ou du droit des successions. Cette caractéristique inhérente au trust ressort par ailleurs de plusieurs œuvres législatives centrales, au rang desquelles se trouvent la CLH (art. 11 par. 2), les Principles of European Trust Law (art. 1 par. 1 et 3) et le livre X du Draft Common Frame of Reference (art. 1:202 (1))³. A. VON OVERBECK a également exprimé le même avis dans le rapport explicatif qu'il a rendu en qualité de rapporteur officiel pour la CLH⁴. Enfin, ce principe est déjà ancré en droit suisse vis-à-vis des trusts créés d'après un droit étranger (art. 284b LP). Ainsi donc, les ordres juridiques peuvent aménager leurs trusts de la manière dont ils le souhaitent, mais si l'instrument créé ne présente pas cette caractéristique-clé, il ne s'agira pas d'un trust (art. 2 par. 2 let. a CLH). En se concentrant sur cette caractéristique précise, l'auteur de ces lignes n'a toutefois pas souhaité occulter d'autres éléments importants inhérents au trust. Nous pouvons notamment mentionner à ce sujet les exigences d'indépendance du trustee par rapport au settlor et aux bénéficiaires (sauf dérogation dans l'acte constitutif du trust) ou encore le régime particulier d'obligations fiduciaires auquel est soumis le trustee (respectivement art. 5:101 et 6:101 ss DCFR). Nous sommes toutefois de l'avis que de par sa brièveté, ce travail se prête moins à leur examen. Ces éléments se caractérisent en effet par leurs nuances, chaque ordre juridique pouvant les adapter à leurs besoins. Les aborder commanderait alors d'essayer d'anticiper le travail de l'administration fédérale, au risque de faire fausse route. En revanche, le caractère séparé et autonome du patrimoine du trust, s'il nécessite évidemment des adaptations, a un caractère plus binaire : un patrimoine est séparé ou ne l'est pas. Se concentrer sur ce seul élément permet ainsi de travailler sur une base solide, en l'absence de plus amples précisions concernant le projet de droit suisse des trusts.

Armés de ce constat, nous pourrions alors véritablement estimer l'apport qu'un trust suisse représenterait en matière commerciale. Plus particulièrement, nous nous attacherons à démontrer la plus-value que le patrimoine séparé du trust incarnerait vis-à-vis de deux institutions de notre ordre juridique, à savoir la fiducie-gestion et les conventions d'actionnaires. En tant que construction de notre ordre juridique la plus proche du trust, la première partage un certain nombre de similitudes avec celui-ci et y est souvent comparée. En raison de certaines différences profondes, il semblerait toutefois périlleux que le trust se borne à n'incarner qu'une nouvelle forme, plus développée, de fiducie-gestion⁵. Nous sommes donc de l'avis que trust et fiducie se ressembleront sans pour autant se confondre. Dans les prochaines lignes, nous suivrons ainsi l'idée selon laquelle le trust de droit suisse devrait constituer une institution distincte de celle-ci, consacrée séparément par notre ordre juridique. Ces quelques bases posées, nous évaluerons comment l'avènement d'un trust et de son patrimoine séparé

³ Ci-après : DCFR.

⁴ VON OVERBECK, p. 394.

⁵ Sur les divergences et ressemblances entre les deux institutions, voir THÉVENOZ, Propositions, p. 103 s. et le Message du Conseil fédéral concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, 2 décembre 2005, FF 2006 p. 561 ss, p. 569.

inconditionnel permettrait de pallier certaines situations problématiques engendrées par les règles applicables à la fiducie-gestion. Nous poursuivrons ensuite en examinant l'utilité que ce même patrimoine séparé pourrait présenter comme instrument d'accueil des conventions d'actionnaires, en particulier afin de sécuriser les clauses dites « de vote » et « de blocage », régulièrement abritées par celles-ci.

II. LE TRUST POUR PALLIER CERTAINES LIMITES DE LA FIDUCIE-GESTION

Les acteurs commerciaux de notre ordre juridique recourent amplement à la fiducie-gestion. Cette institution connaît cependant de sérieuses limites qui peuvent avoir de fâcheuses conséquences pour ceux-ci. Pour saisir pleinement l'apport que l'avènement d'un trust de droit suisse représenterait en la matière (D), nous commencerons ce chapitre par quelques considérations générales sur la fiducie, afin d'en cerner la nature et l'importance (A). Nous examinerons ensuite en particulier le régime applicable à la fiducie-gestion (B) et les limites singulières qui découlent de l'application de l'art. 401 al. 2 et 3 CO en cas de faillite du fiduciaire (C).

A. Panorama général de la fiducie

Institution séculaire née de la pratique et de sa reconnaissance par les tribunaux, la fiducie n'est pas définie expressément par la loi. *In abstracto*, elle se présente comme un contrat par lequel un fiduciaire remet des droits (titularité ou propriété) à un fiduciaire, à charge de ce dernier de les utiliser dans le but convenu par le contrat de fiducie (*pactum fiduciae*) et de les restituer au fiduciaire à sa demande ou à l'échéance du contrat⁶. Plus concrètement, la fiducie est une dénomination générale à l'ombre de laquelle sont en réalité abritées deux institutions distinctes : la fiducie-sûreté (fiducie mixte, *fiducia cum creditore*) et la fiducie-gestion (fiducie pure, *fiducia cum amico*). La première intervient principalement dans l'intérêt du fiduciaire⁷, en ce sens que le transfert de droits par le fiduciaire s'opère afin de garantir une dette que lui-même ou un tiers dont il se porte garant a envers le fiduciaire⁸. En retour, le fiduciaire s'engage à ne pas faire un usage de la chose ou de la créance remise allant au-delà de ce qui est nécessaire au maintien de la garantie de ses créances⁹, ce qui en implique la restitution si la dette est remboursée¹⁰. La *fiducia cum amico* se distingue quant à elle par le fait qu'elle s'opère principalement dans l'intérêt du fiduciaire. Celui-ci transmet alors au fiduciaire une portion de son patrimoine, que ce dernier sera chargé de gérer et d'employer conformément au *pactum fiduciae*.

Qu'elle soit en faveur du fiduciaire ou du fiduciaire, la fiducie est une institution juridique qui occupe une place centrale dans notre système économique. La fiducie-sûreté est notamment largement utilisée en matière immobilière, domaine dans lequel la plupart des crédits

⁶ DE GOTTRAU, Transfert de propriété, p. 174 ; ENGEL, p. 228 ; GUILLAUME, Incompatibilité, p. 32 ; PODA, p. 56 ; TERCIER/PICHONNAZ, p. 224.

⁷ DE GOTTRAU, Transfert de propriété, p. 174 ; ENGEL, p. 229 ; THÉVENOZ, Propositions, p. 102 ; ZUFFEREY, p. 318.

⁸ DE GOTTRAU, Transfert de propriété, p. 176.

⁹ AESCHLIMANN/FOËX, p. 24.

¹⁰ DE GOTTRAU, Cession à fin de garantie, p. 116 ; PODA, p. 57 ; ZUFFEREY, p. 318.

immobiliers sont garantis par le transfert par l'emprunteur au bailleur de fonds d'une cédule hypothécaire¹¹. La fiducie-gestion remplit quant à elle un rôle essentiel dans maintes situations de la vie des affaires. Les banques, par exemple, y recourent abondamment pour offrir des solutions d'investissement à leurs clients. En transmettant la propriété de leurs avoirs à leur banque, celle-ci peut ainsi les placer sur les marchés interbancaires en leur faveur, ce qui ne serait pas possible sans recourir à la fiducie-gestion en raison du fait que ces placements ne sont pas accessibles aux simples investisseurs. Mais cette institution trouve également application dans des situations aussi diverses que variées, allant de la titrisation d'actifs à la détention passagère de valeurs patrimoniales¹².

B. Le régime de la fiducie-gestion en particulier

1. La portée et les conséquences de la Vollrechtstheorie

Selon les principes d'unité, d'incessibilité et d'indivisibilité attachés à la notion de patrimoine en droit suisse, notre ordre juridique ne saurait *a priori* connaître de patrimoine n'appartenant à personne. De cette perception du patrimoine comme véritable émanation de la personnalité¹³ découle la *Vollrechtstheorie*, aussi connue sous les noms de « théorie de la pleine propriété » ou « du transfert intégral des droits ». En vertu de cette conception dominante du droit suisse, le transfert de patrimoine à titre fiduciaire, qu'il s'opère à des fins de sûreté ou dans un but de gestion, a pour effet d'en transférer la pleine propriété juridique au fiduciaire¹⁴, ce qui vaut également pour les valeurs acquises en remploi de ce patrimoine¹⁵. Fort de sa position de plein propriétaire, le fiduciaire en réunit alors toutes les prérogatives. Il dispose ainsi de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* à l'égard du patrimoine remis en fiducie, et peut se comporter vis-à-vis de celui-ci comme bon lui semble, quand bien même il ne devrait pas en raison de l'obligation de restitution qui lui incombe en vertu du *pactum fiduciae*. Dans une expression largement reprise par la doctrine depuis, le Tribunal fédéral a pu illustrer cette position particulière qu'il occupe en écrivant que « le fiduciaire peut plus que ce qui lui est permis »¹⁶. Quant au fiduciaire, dénué de sa qualité de propriétaire qu'il a perdue au bénéfice du fiduciaire, il n'est plus considéré que comme le créancier et ayant droit économique de ce dernier¹⁷.

¹¹ THÉVENOZ, Propositions, p. 103.

¹² THÉVENOZ, Cendrillon, p. 26.

¹³ AUBRY/RAU, p. 104, 106, 108 et 111.

¹⁴ ENGEL, p. 232 ; GUILLAUME, Incompatibilité du trust, p. 32 ; PEYROT, p. 42 ; STEINAUER, Tome III, p. 429 s. ; ZUFFEREY, p. 334. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_474/2014 du 9 juillet 2015, consid. 5.1.

¹⁵ PEYROT, p. 43 ; THÉVENOZ, Cendrillon, p. 17 ; THÉVENOZ, Propositions, p. 107.

¹⁶ ATF 119 II 326, JdT 1995 II 87, consid. 2b.

¹⁷ TERCIER/PICHONNAZ, p. 224 s.

2. L'application de l'art. 401 CO

Si le régime applicable à la titularité juridique du patrimoine remis en fiducie est identique quel que soit le type de fiducie considéré, nous ne pouvons en dire de même concernant les règles qui gouvernent la relation juridique s'établissant entre le fiduciaire et le fiduciaire. Depuis sa consécration formelle par le Tribunal fédéral en 1905 dans l'arrêt *Grüiring-Dutoit c. Kappeler*¹⁸, la fiducie-gestion a usé la plume de nombreux auteurs sur le point de savoir à quel régime elle devait être soumise¹⁹. Alors que l'application de principe des règles du mandat a relativement rapidement fait l'unanimité dans la doctrine, les auteurs s'écharpaient toutefois encore sur la question de l'applicabilité particulière de l'art. 401 CO en cas de faillite du fiduciaire²⁰. Ayant vocation à s'appliquer aux situations de représentation indirecte, c'est-à-dire à chaque fois que le mandataire agit en son nom mais pour le compte du mandant, d'aucuns ont opéré une distinction entre celle-ci et la fiducie-gestion pour justifier l'inapplicabilité de cette disposition²¹. D'autres ont au contraire plaidé pour l'application sans distinction des règles du mandat à la fiducie-gestion, celle-ci n'étant *in fine* qu'un type de mandat particulier, dont la représentation indirecte n'est qu'une modalité d'exécution²². C'est en faveur du second courant que notre Haute Cour trancha en 1973 dans l'arrêt *Feras Anstalt et consorts c. Banque Vallugano SA*²³. Cet arrêt cardinal déclara ainsi applicable le mécanisme institué par l'art. 401 al. 2 et 3 CO à la faillite du fiduciaire. De prime abord salutaire, ce jugement eut toutefois un effet paradoxal. Tout en ayant le mérite d'améliorer indubitablement la sécurité juridique de la fiducie-gestion en consacrant l'applicabilité de cette norme à la faillite du fiduciaire, il a affublé l'institution d'une de ses plus grandes limites. Le régime institué en cas de faillite du fiduciaire-gérant par cette disposition est en effet insatisfaisant, raison pour laquelle il constitue la cible de la majorité des estocades portées à l'encontre de notre fiducie-gestion.

C. L'art. 401 al. 2 et 3 CO face à la faillite du fiduciaire

1. Une protection nécessaire mais insuffisante

De prime abord, l'art. 401 al. 2 et 3 CO offre une protection bienvenue au fiduciaire face à la faillite du fiduciaire. Le grand avantage apporté par cette disposition réside dans le régime particulier qu'il réserve à certaines parties du patrimoine acquis conformément au mandat-fiduciaire. Instaurant un droit de distraction en faveur du fiduciaire vis-à-vis des créances (al. 2)

¹⁸ ATF 31 II 105.

¹⁹ THÉVENOZ, Cendrillon, p. 14 ss.

²⁰ *Ibid.*, p. 19.

²¹ *Ibid.*

²² ZUFFEREY, p. 334 et 349.

²³ ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, consid. 5 et 6. Cette lecture fut encore confirmée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 115 II 468 (JdT 1990 I 374), consid. 2b.

et des objets mobiliers (al. 3) acquis auprès de tiers par le fiduciaire, il permet en effet au moins à une portion du patrimoine fiduciaire d'échapper à la mainmise des créanciers. Cette disposition crée donc un mécanisme de subrogation légale en faveur du fiduciant²⁴. À condition notamment qu'il satisfasse à ses obligations envers le fiduciaire (paiement des honoraires, remboursement d'avances...) ²⁵, le fiduciant se voit ainsi octroyé un droit de distraction dans la faillite du fiduciaire²⁶, qu'il peut exercer afin de récupérer la titularité des créances et la propriété des biens mobiliers dont il n'était auparavant que simple ayant droit économique. Sans ce mécanisme dérogatoire, l'application de la *Vollrechtstheorie* conjuguée à celle des principes d'universalité de la faillite (art. 197 LP) et d'égalité entre les créanciers (art. 220 LP) aurait des conséquences implacables pour le mandant d'un fiduciaire en faillite. Il verrait en effet l'entièreté du patrimoine fiduciaire tomber dans la masse en faillite de son mandataire, sans pouvoir en distraire le moindre denier. Nous voyons donc l'avantage non négligeable – mais justifié – que l'art. 401 al. 2 et 3 CO concède au fiduciant.

Nécessaire à n'en pas douter, cette protection n'en est pas moins insuffisante. Un certain nombre de situations y échappent en effet. Ainsi, bien que cette disposition offre au fiduciant une protection essentielle, force est de constater qu'elle s'avère encore trop timide. Comme nous le verrons, elle ne concerne premièrement qu'un cercle (trop) restreint de valeurs patrimoniales, tributaire de l'origine et de la composition du patrimoine fiduciaire. Ensuite, le régime qu'elle offre est insatisfaisant vis-à-vis des sommes d'argent encaissées par le fiduciaire en raison du traitement rigoureux que leur réserve le Tribunal fédéral.

2. Une protection dépendante de l'origine et de la composition du patrimoine

La première incarnation de l'étroitesse de l'art. 401 al. 2 et 3 CO réside dans l'asymétrie du régime de protection institué par cette disposition, à un double égard. Premièrement, d'après la lettre de la loi, le mécanisme de subrogation légale et le droit de distraction qui en est issu existent uniquement vis-à-vis des créances et des objets mobiliers que le fiduciaire a acquis *auprès de tiers* en son propre nom, mais pour le compte du fiduciant (art. 401 al. 1 CO, auquel se réfèrent les alinéas 2 et 3). Il découle de ce qui précède une insécurité non négligeable pour le fiduciant. Dans l'hypothèse où le fiduciaire se trouve durablement incapable d'honorer ses dettes, le fiduciant ne détient *de lege lata* aucun droit de distraction sur les biens mobiliers et créances qu'il a lui-même remis au fiduciaire²⁷. Il s'ensuit que ces éléments tomberont dans la masse en faillite de ce dernier, dans laquelle le fiduciant devra produire sa créance découlant

²⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, p. 643 ; CR CO I-WERRO, CO 401 N 1.

²⁵ REYMOND, Acte fiduciaire, p. 651 ; CR CO I-WERRO, CO 401 N 6 s. ; ZUFFEREY, p. 259.

²⁶ À laquelle nous pouvons assimiler la saisie, le séquestre et la procédure concordataire (CR CO I-WERRO, CO 401 N 7).

²⁷ MARCHAND, p. 154 ; MÜLLER, p. 416 ; PANNATIER KESSLER, p. 291 ; CR CO I-WERRO, CO 401 N 9.

du *pactum fiduciae* tendant à la restitution des valeurs patrimoniales remises à titre fiduciaire²⁸. De nature seulement personnelle, cette créance n'aura pas les effets d'un droit de distraction. Le fiduciaire sera ainsi colloqué en dernière classe de par sa qualité de simple créancier chirographaire (art. 219 al. 4 et 5 *cum* 220 LP) et ne pourra recouvrer qu'une fraction du patrimoine remis en fiducie, qui correspondra au dividende de faillite. C'est la raison pour laquelle de nombreux auteurs plaident pour une interprétation plus large de cette disposition afin de ne plus faire dépendre la protection du fiduciaire de l'origine du patrimoine fiduciaire²⁹. Ces défaillances sont d'autant plus marquées que le législateur a institué un régime plus clément dans un certain nombre de cas précis dans lesquels intervient une fiducie-gestion. Il en est par exemple ainsi dans la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (LB)³⁰. L'art. 16 LB liste en effet les valeurs patrimoniales détenues à titre fiduciaire destinées à distraction en cas de faillite (art. 37d LB), sans faire de distinction quant à leurs origines. Un élargissement au régime particulier institué par l'art. 401 al. 2 et 3 CO a aussi été reconnu relativement aux titres au porteur et valeurs à ordre (art. 201 LP). La Loi fédérale sur les titres intermédiaires du 3 octobre 2008 (LTI)³¹ suit cette tendance en cas de faillite du dépositaire (art. 17 et 18), ce qui vaut également dans la Loi fédérale sur les établissements financiers du 15 juin 2018 (LEFin)³² vis-à-vis des placements collectifs de capitaux (art. 40). Dans tous ces domaines, le fiduciaire bénéficie donc d'une protection accrue à l'encontre des effets de la faillite du fiduciaire, indépendante de l'origine du patrimoine sur lequel porte la fiducie. Il est permis de penser que ces situations bénéficient d'un traitement particulier en raison du régime étroit de surveillance auquel leurs acteurs sont soumis³³. Cela ne permet toutefois pas de justifier un traitement différent des fiducies échappant à ces domaines, qui ne présentent aucune différence de nature par rapport à celles énumérées ci-dessus. À ce jour, notre Haute Cour s'en tient toutefois toujours strictement à la lettre de l'art. 401 al. 2 et 3 CO lorsqu'un régime plus favorable n'est pas applicable³⁴.

Ensuite, les immeubles sont les laissés-pour-compte de l'art. 401 al. 2 et 3 CO. Cela n'a pas réellement de conséquences dans la situation où l'immeuble est transféré par le fiduciaire, puisqu'alors la limite que nous venons d'énoncer s'applique. En revanche, lorsqu'il est acquis par le fiduciaire auprès d'un tiers, celui-ci glissera entre les mailles du filet de sécurité institué par cette disposition³⁵. L'absence de prise en compte des biens immobiliers par le régime dérogatoire de l'art. 401 al. 2 et 3 CO découle des principes cardinaux de publicité et de foi

²⁸ PEYROT, p. 42 ; ZUFFEREY, p. 354.

²⁹ MARCHAND, p. 152 ; THÉVENOZ, Cendrillon, p. 52 ; CR CO I-WERRO, CO 401 N 9 ; ZUFFEREY, p. 364.

³⁰ RS 952.0.

³¹ RS 957.1.

³² RS 954.1.

³³ THÉVENOZ, Cendrillon, p. 20 et 22 ss.

³⁴ ATF 102 II 103, consid. II.2.b ; ATF 117 II 429, consid. 3b ; ATF 122 III 361, consid. 3.a ; Arrêt du Tribunal fédéral 6S.160/1999 du 20 avril 1999, SJ 1999 I p. 462, consid. 6.

³⁵ ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, consid. 6 ; ATF 112 III 90, consid. 4.c. Voir aussi MARCHAND, p. 154.

publique attachés aux droits réels et au registre foncier³⁶. Le tiers-créancier doit en effet pouvoir se fier à ce dernier lorsque celui-ci désigne le fiduciaire comme propriétaire de l'immeuble, plus particulièrement encore lorsqu'il souhaite garantir une créance en grevant l'immeuble en question. Quoi qu'il en soit, le recours à la fiducie-gestion en matière immobilière paraît périlleux face à l'insécurité à laquelle est exposée le fiduciant en cas de faillite du fiduciaire.

3. *Une protection incertaine vis-à-vis des sommes d'argent encaissées*

Même estampillés « d'origine tierce », faut-il encore pouvoir attribuer au fiduciant la créance ou l'objet mobilier acquis auprès du tiers. En présence d'un bien mobilier, la question ne prête pas à débat : il doit être individualisé³⁷. On doit donc pouvoir certifier qu'un bien précis a été acquis pour le compte du fiduciant. L'attribution des créances est cependant malaisée, et c'est précisément sur ce point que la seconde faille de l'art. 401 al. 2 et 3 CO se fige. Si la créance n'a pas encore été encaissée par le fiduciaire, il ne fait aucun doute qu'elle entre dans la sphère de protection de la disposition. Il suffit alors qu'elle soit individualisable³⁸. En revanche, le bât blesse lorsque la créance a déjà été encaissée, mais qu'elle se trouve toujours dans le patrimoine fiduciaire. En réalité, l'incertitude entourant le traitement de celle-ci tient moins à la lettre de la loi qu'à l'interprétation qu'en fait le Tribunal fédéral. Alors qu'une partie de la doctrine plaide pour qu'une somme d'argent encaissée en espèces soit traitée comme un objet mobilier (et doive ainsi être individualisée), et qu'une somme transférée par virement bancaire soit traitée comme une créance (individualisable)³⁹, le Tribunal fédéral exige en toute situation l'individualisation de la somme concernée⁴⁰. Il semble ainsi traiter – à tout le moins implicitement – les créances encaissées comme des choses mobilières, indifféremment de la forme qu'elles adoptent⁴¹.

Les juges se montrent par ailleurs particulièrement intransigeants vis-à-vis des exigences d'individualisation des sommes encaissées⁴². En raison de cette approche, le Tribunal fédéral a refusé à plusieurs reprises au fiduciant le droit de distraire de la masse en faillite du fiduciaire les sommes d'argent que ce dernier avait encaissées pour le compte du premier. Dans l'arrêt *Steinmann*⁴³, il a refusé que des fonds réceptionnés par un avocat en faveur de sa cliente soient distraits de la masse en faillite du mandataire, quand bien même ce dernier avait pu établir la nature fiduciaire des fonds et leur montant. Il a également refusé l'application de l'art. 401

³⁶ MÜLLER, p. 415 ; TERCIER/BIERI/CARRON, p. 645 ; CR CO I-WERRO, CO 401 N 8.

³⁷ MÜLLER, p. 415 ; STOFFEL/CHABLOZ, p. 328.

³⁸ MÜLLER, p. 415 ; TERCIER/BIERI/CARRON, p. 644.

³⁹ CR CO I-WERRO, CO 401 N 11.

⁴⁰ ATF 127 III 273, consid. 3.b.

⁴¹ CR CO I-WERRO, CO 401 N 11.

⁴² CR CO I-WERRO, CO 401 N 14 ; THÉVENOZ, Cendrillon, p. 27 ; ZUFFEREY, p. 346.

⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral B.116/1990 du 20 juillet 1990, SJ 1990 637.

al. 2 CO dans l'affaire de la faillite de l'agence immobilière H. Golay et P. Chappuis⁴⁴. Celle-ci avait pris de soin d'encaisser les loyers des immeubles dont elle avait la gérance sur un compte postal séparé de ses propres fonds, mais qui réunissait en revanche des loyers dus à plusieurs de ses clients. Le mélange des sommes eut alors raison des exigences d'individualisation portées par le Tribunal fédéral. Les juges ordonnèrent également à cette occasion un strict rapport de correspondance entre la somme encaissée par le fiduciaire et celle due par celui-ci au fiduciant⁴⁵. Ils relevèrent par ailleurs que même dans l'hypothèse où la régie immobilière avait ouvert autant de comptes distincts qu'elle comptait de clients, cela n'aurait semble-t-il pas suffisamment individualisé les fonds en raison du fait qu'elle conservait un pouvoir de disposition sur ces comptes⁴⁶. Si le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion inverse dans l'affaire de la faillite de la banque Vallugano, c'est en faveur d'un contexte factuel tout à fait particulier⁴⁷. Au moment de sa faillite, la banque avait encaissé un certain nombre de sommes d'argent représentant des remboursements de prêts octroyés dans le cadre de ses opérations fiduciaires. Ces sommes purent être distraites en faveur des clients de la banque en raison de la publicité de leur caractère fiduciaire. Il semble en effet que la banque avait pris de nombreuses précautions afin de ne pas préjudicier ses créanciers et de faire apparaître la nature fiduciaire des fonds, en procédant notamment au dépôt des sommes encaissées sur des comptes spéciaux au nom de chacun des fiduciaires, sur lesquels elle ne disposait plus d'aucun pouvoir de disposition⁴⁸ et en ne faisant pas apparaître les fonds fiduciaires au bilan⁴⁹. Au regard de ces quelques affaires jugées, il paraît donc que le régime strict d'individualisation exigé par le Tribunal fédéral applicable aux sommes d'argent encaissées par le fiduciaire repose majoritairement sur un argumentaire en faveur de la protection des créanciers du fiduciaire.

D. La plus-value du trust

1. La place laissée au trust

Évaluer la plus-value commerciale que représenterait un trust pour l'ordre juridique suisse vis-à-vis de notre fiducie-gestion actuelle commande premièrement d'identifier dans quelles situations le régime de l'art. 401 al. 2 et 3 CO aboutit à des conséquences insatisfaisantes. Nous avons vu que ce régime dérogatoire était lui-même supplanté par des lois plus favorables, notamment en matières bancaire et de placements collectifs de capitaux. De toute évidence, même si le trust peut être utilisé dans ces domaines également, ce n'est pas à leur égard que sa plus-value sera la plus importante, mais vis-à-vis des nombreuses situations dans lesquelles la

⁴⁴ ATF 102 II 103.

⁴⁵ *Ibid.*, consid. II.4.

⁴⁶ *Ibid.*, consid. II.5.

⁴⁷ REYMOND, L'arrêt Feras Anstalt, p. 599.

⁴⁸ ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, consid. 7 ; ATF 102 II 103, consid. II.2.a (revenant sur l'arrêt *Feras Anstalt*).

⁴⁹ ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, consid. 8b.

fiducie-gestion reste soumise à l'art. 401 al. 2 et 3 CO. Nous avons abordé la problématique des immeubles, exclus du régime dérogatoire, mais cela vaut également pour d'autres hypothèses dans lesquelles recourir à la fiducie-gestion est d'usage, mais dont le patrimoine fiduciaire échappe aux extensions consenties par le législateur.

Les lacunes susmentionnées – dépendance de la protection de l'origine et de la composition du patrimoine fiduciaire et traitement strict des sommes d'argent encaissées – sont en particulier de taille pour les mandataires professionnels, régulièrement amenés à faire transiter les avoirs de (ou à destination de) leurs clients sur des comptes dédiés. Il est en effet courant en pratique qu'un client crédite un compte bancaire ouvert au nom d'un mandataire afin que ce dernier accomplisse certaines tâches pour son compte, ou que le mandataire réceptionne une somme d'argent d'un tiers à destination du client. Il en est ainsi du notaire chargé de recueillir des fonds de son client afin de procéder à l'acquisition d'un immeuble, ou de verser le produit de la vente d'un immeuble à celui-ci. L'avocat aussi peut recevoir des fonds de son mandant comme avance d'honoraires ou en vue d'une opération particulière comme le règlement d'un litige. La situation est également courante auprès des régies immobilières, qui réceptionnent les versements des propriétaires d'immeubles afin de les utiliser pour assurer l'administration et l'entretien des immeubles en question, et qui collectent de la même manière les loyers versés par les locataires à destination des propriétaires. Dans chacune de ces situations, une fiducie-gestion prend place, et tant le fiduciaire que le fiduciant sont exposés aux faiblesses de l'art. 401 al. 2 et 3 CO en cas de faillite du second : que les fonds proviennent d'un tiers, ils souffriront des exigences strictes d'individualisation de la jurisprudence au sujet des sommes d'argent encaissées par le fiduciaire ; qu'ils proviennent du fiduciant, et ces fonds ne bénéficieront d'aucune protection. Les comptes clients se trouvent ainsi bien démunis face à la faillite du fiduciaire.

C'est donc vis-à-vis de la détention fiduciaire d'immeubles et des comptes clients des mandataires professionnels qu'un trust de droit suisse représenterait une valeur ajoutée pour notre ordre juridique. Créer un trust par lequel nous pourrions consacrer une entorse inconditionnelle à la *Vollrechtstheorie* vis-à-vis du patrimoine fiduciaire comblerait adéquatement ces situations insatisfaisantes. Cela permettrait en effet de donner naissance à un véritable patrimoine fiduciaire séparé, affecté au but poursuivi par le trust, répondant de ses propres dettes et titulaire de ses propres créances, distinctes de celles du patrimoine personnel du trustee⁵⁰. En cas de faillite de ce dernier, l'effet de ring-fencing propre au trust empêcherait que le patrimoine fiduciaire soit soumis à la mainmise de ses créanciers personnels. La tâche peut sembler lourde face à une *Vollrechtstheorie* encore bien ancrée dans notre ordre juridique, mais en réalité nous avons pu relever que celle-ci souffre déjà d'un certain nombre d'exceptions

⁵⁰ THÉVENOZ, Cendrillon, p. 50-51 ; THÉVENOZ, Propositions, p. 107.

dans des situations où législateur a estimé opportun d'adoucir la rigueur de l'art. 401 al. 2 et 3 CO.

Plus important encore, cela fait maintenant depuis le 1^{er} juillet 2007 et l'entrée en vigueur de la CLH pour la Suisse que notre ordre juridique reconnaît les effets des trusts constitués d'après un droit étranger. Si cet instrument laisse nécessairement une certaine marge de manœuvre aux législateurs nationaux, la reconnaissance du fait que le patrimoine détenu par le trustee en sa qualité constitue un patrimoine séparé de son patrimoine personnel est une caractéristique à laquelle les Etats signataires ne peuvent déroger (art. 11 par. 2 et 3 let. a à c). En vue de la ratification de cette convention, ce principe a été gravé en droit suisse à l'art. 284b LP⁵¹, qui consacre un droit de distraction du patrimoine du trust quelle qu'en soit sa composition⁵². L'ordre juridique suisse se trouve donc dans une situation où il reconnaît un patrimoine fiduciaire séparé inconditionnel vis-à-vis de situations de nature fiduciaire constituées d'après un droit étranger, mais se refuse à procéder de la sorte vis-à-vis de ses propres institutions. Pour que le patrimoine du trust suisse puisse se voir reconnaître un caractère séparé inconditionnel tout en préservant les intérêts en présence, il est toutefois nécessaire que des précautions particulières soient prises, dont la nature dépend selon qu'il consiste en un immeuble ou en des comptes clients.

2. Lorsque le patrimoine fiduciaire est composé d'immeubles

En raison de leur appartenance aux droits réels, les immeubles exigent un régime particulier pour que nous puissions les incorporer au patrimoine fiduciaire séparé du trust. Si la détention fiduciaire d'immeubles n'est en effet pas protégée, c'est avant tout en raison de la force de foi publique attachée aux inscriptions du registre foncier. Le créancier d'un fiduciaire doit pouvoir partir du principe que son débiteur est effectivement propriétaire de l'immeuble en question s'il y est inscrit comme tel. Pour permettre une intégration des immeubles au patrimoine fiduciaire inconditionnel que nous imaginons, il est donc nécessaire que le registre foncier retranscrive la nature fiduciaire de la propriété de l'immeuble. Nous pouvons à ce sujet nous intéresser à la solution que notre ordre juridique offre aux trusts étrangers. Pour ménager les impératifs de publicité et de foi publique tabulaire relatifs aux immeubles, les Chambres fédérales et notre Conseil fédéral ont usé de la possibilité qui leur a été laissée par l'art. 12 de la CLH, et ont édicté les art. 149d LDIP et 58 de l'Ordonnance sur le registre foncier du 23 septembre 2011 (ORF)⁵³. Ces dispositions prévoient la possibilité, pour le trustee, le settlor ou le juge, de

⁵¹ FF 2006 p. 611.

⁵² MARCHAND, p. 154.

⁵³ RS 211.432.1.

requérir l'inscription d'une mention du rapport de trust au registre foncier⁵⁴. Selon A. PEYROT, une simple faculté a été laissée à ceux-ci afin de garantir une reconnaissance optimale des trusts étrangers, conformément au but de la CLH⁵⁵. Facultative, la distraction de l'immeuble de la faillite du trustee dépend toutefois de cette mention. Si aucune mention n'est portée au registre foncier, le rapport de trust sera inopposable aux tiers de bonne foi (art. 149d al. 3 LDIP et 970 al. 4 CC par analogie)⁵⁶. En cas de faillite du trustee, la protection de ses créanciers prévaudra sur celle des bénéficiaires, et l'immeuble tombera ainsi dans la masse en faillite du premier⁵⁷. En revanche, dans la situation inverse, la bonne foi du créancier se trouvera anéantie (art. 970 al. 4 CC), et l'immeuble pourra donc être distrait au profit des bénéficiaires du trust⁵⁸.

À notre sens, si l'on souhaite étendre la distraction du patrimoine fiduciaire aux immeubles, l'ordre juridique suisse devrait *de lege feranda* instaurer non pas une possibilité, mais une obligation de mention de la nature fiduciaire de la propriété de l'immeuble. Il est vrai que les intérêts du settlor, du trustee ou des bénéficiaires pourraient plaider pour une réplique *mutatis mutandis* du régime réservé aux trusts étrangers, en leur laissant juger de l'opportunité de la mention du rapport de trust, à leurs risques et périls. D'un autre côté, le régime facultatif aménagé par les art. 149d LDIP et 58 ORF repose, semble-t-il, sur un argument qui n'a pas de prise vis-à-vis d'un éventuel trust de droit suisse. Le législateur n'a pas besoin de laisser une faculté pour garantir une plus grande reconnaissance du trust, puisque s'il prend la décision de créer un trust de droit suisse, il reconnaîtra *a fortiori* une telle institution. Une mention obligatoire du rapport de trust au registre foncier aurait aussi l'avantage d'apporter une plus grande sécurité juridique et augmenterait de manière générale l'efficacité des transactions. Si la nature fiduciaire de la propriété de l'immeuble ressort obligatoirement du registre foncier, de nombreux litiges pourront être prévenus, évitant par la même occasion également le délicat examen de la bonne foi du créancier à propos de l'existence du rapport de trust. Enfin, selon la doctrine, la mention de ce rapport ne commanderait pas non plus la divulgation de l'identité du settlor ou des bénéficiaires, puisqu'elle peut se borner à indiquer que le propriétaire de l'immeuble l'est à titre fiduciaire⁵⁹. Les intérêts légitimes d'anonymat ne s'en trouveraient ainsi pas bafoués.

⁵⁴ La loi utilise les termes « lien de trust ». PEYROT leur préfère ceux de « rapport de trust » ou de « relation de trust », que nous utiliserons également (PEYROT, p. 84 n. 10).

⁵⁵ PEYROT, p. 87 s.

⁵⁶ FOËX, p. 85.

⁵⁷ MARCHAND, p. 154.

⁵⁸ FOËX, p. 264 s. ; GUILLAUME, Trust et immeubles, p. 43 ; PEYROT, p. 88.

⁵⁹ FOËX, p. 264 ; GUILLAUME, Trust et immeubles, p. 42.

3. Lorsque le patrimoine fiduciaire est composé de comptes clients

Quant aux comptes clients, la protection asymétrique dont ils bénéficient trouve sa source dans deux arguments distincts. Premièrement, si le patrimoine remis en fiducie par le fiduciaire échappe à l'art. 401 al. 2 et 3 CO, c'est selon notre Haute Cour en raison du but de la disposition : celle-ci a vocation à assimiler autant que possible les effets des représentations directe et indirecte, afin que le fiduciaire ne soit pas tributaire du bon vouloir du fiduciaire qui pourrait finalement opter pour la conservation des valeurs patrimoniales acquises auprès de tiers, en contrariété à ses devoirs⁶⁰. Cet argument peut toutefois d'ores et déjà être balayé par les élargissements aménagés par le législateur dans les domaines que nous avons énumérés, où l'origine du patrimoine n'a pas d'emprise (cf. *supra* II.C.2). Cela nous pousse également à soutenir qu'un traitement différent des comptes clients ne se justifie pas de ce point de vue-là. Deuxièmement, concernant les sommes d'argent se trouvant créditées sur le compte du fiduciaire – que ce soit par un tiers ou par le fiduciaire –, l'argument justifiant une (très) stricte individualisation de celles-ci trouve sa source dans la protection des intérêts des créanciers. L'arrêt *Feras Anstalt* a en effet pu montrer que ces sommes ne sont distraites que lorsque leur nature fiduciaire apparaît clairement et indubitablement aux yeux des tiers, ce qui exige selon les juges une ségrégation par l'ouverture de comptes libellés au nom de chaque mandant, desquels le fiduciaire ne peut plus disposer⁶¹. Nous avons également vu que si le législateur a consenti à des exceptions dans certaines situations précises, c'était probablement en raison de la surveillance étroite exercée sur celles-ci (cf. *supra* II.C.2). Pour ne pas faire paraître le mandataire professionnel plus solvable qu'il ne l'est en réalité aux yeux de ses créanciers, il est donc nécessaire que la nature fiduciaire de ses fonds soit clairement indiquée.

La solution du Tribunal fédéral en ce sens ne nous semble toutefois pas être adéquate. Exiger premièrement du mandataire professionnel qu'il ouvre un compte destiné à faire transiter les fonds de ses clients pour chacun d'entre eux impliquerait des coûts élevés, tant sur le plan administratif que financier. Cela engendrerait aussi pour celui-ci une perte importante de réactivité, l'ouverture d'un compte pouvant prendre plusieurs jours. Deuxièmement, toute l'utilité d'un compte client réside selon nous justement dans le pouvoir de disposition que le mandataire détient sur celui-ci. Cela lui permet d'exécuter rapidement et de manière autonome les instructions de ses mandants. Pour disposer de la même flexibilité, la seule alternative actuelle à disposition du mandataire réside dans la représentation directe, ce qui exige que le mandant octroie une procuration au mandataire (art. 32 al. 1 CO). Comme le relève L. THÉVENOZ, si la solution est imaginable vis-à-vis d'un mandat impliquant des opérations récurrentes, elle s'avère lourde et inefficace pour traiter de transactions ponctuelles⁶². Les

⁶⁰ ATF 102 II 103, consid. II.2.b ; ATF 117 II 429, consid. 3.b.

⁶¹ ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, consid. 7.

⁶² THÉVENOZ, Cendrillon, p. 27.

mandataires professionnels doivent donc pouvoir recourir à un seul compte recueillant les avoirs de tous leurs clients et garder un pouvoir de disposition sur celui-ci, sans toutefois prêter les intérêts de leurs créanciers. La publicité de la nature fiduciaire des fonds accueillis sur leurs comptes clients doit ainsi être garantie. Nous sommes d'avis qu'une telle garantie peut être satisfaite par la conjugaison de deux mesures : la ségrégation des fonds fiduciaires et l'adoption d'une comptabilité adéquate.

La détection des fonds fiduciaires passe en effet premièrement par la ségrégation de ceux-ci vis-à-vis du patrimoine personnel du trustee. Les sommes d'argent transférées à titre fiduciaire doivent être collectées sur un compte bancaire spécifique et dédié. Si cette exigence découle déjà des règles déontologiques des avocats et des notaires, ce n'est pas le cas des régies immobilières. Cette règle devrait donc être étendue à tous les mandataires professionnels qui réceptionnent des fonds de et à destination de leurs clients, et ancrée dans la loi. La protection du patrimoine du trust dépendrait ainsi de sa distinction des fonds personnels du trustee. Cette exigence seule n'est toutefois pas suffisante. Si elle permet d'identifier clairement les sommes détenues en fiducie, elle ne permet pas de faire apparaître nettement cette distinction aux yeux des créanciers personnels du trustee. Pour cette raison, elle doit être associée à une comptabilité spécifique⁶³, tant du point de vue interne qu'externe. Sur le premier plan, le mandataire professionnel doit être capable d'identifier en tout temps comment se répartit le crédit de son compte client entre ses différents mandants. Cette première mesure permettra en cas de faillite de rapidement identifier les fonds et de pouvoir les restituer de manière efficiente. D'un point de vue externe, le créancier doit pouvoir aisément se rendre compte de la nature fiduciaire de certains actifs en consultant les états financiers du mandataire. Cette exigence découle déjà des règles de la comptabilité commerciale (art. 957 ss CO). *De lege feranda*, il faudrait étendre cette obligation à tous les mandataires professionnels recueillant les avoirs de leurs clients, sans toutefois que la tâche ne représente une charge administrative trop importante. La combinaison de ces deux mesures – ségrégation des fonds fiduciaires et adoption d'une comptabilité adéquate – assurerait une publicité suffisante et ainsi une protection efficace des créanciers du trustee.

4. Synthèse

L'entrée en vigueur d'un trust de droit suisse, qui consacrerait un patrimoine fiduciaire séparé et distinct inconditionnel, permettrait donc de pallier les faiblesses de l'art. 401 al. 2 et 3 CO. Cette consécration, dont le législateur n'est qu'à quelques encablures, doit toutefois s'accompagner de mesures préservant les intérêts des créanciers. Lorsque le trust porte sur un immeuble, le rapport de trust devrait obligatoirement être mentionné au registre foncier. Pour

⁶³ *Ibid.*, p. 51.

les comptes clients des mandataires professionnels, une distinction stricte entre le patrimoine personnel du mandataire et les fonds de ses clients doit être opérée, sans toutefois que l'on exige l'ouverture d'un compte par client. Cette ségrégation doit s'accompagner par ailleurs de comptabilités interne et externe détaillées. À ces conditions, l'avènement d'un trust suisse et de son patrimoine séparé incarnerait une réelle plus-value pour nos mandataires professionnels. Premièrement, cela leur permettrait de développer des services de détention fiduciaire en matière immobilière, ce qui pourrait présenter un certain intérêt⁶⁴. Ensuite, cela résoudrait le flou qui règne actuellement vis-à-vis de leurs comptes clients, que ceux-ci soient alimentés par leurs clients ou en leur faveur.

⁶⁴ THÉVENOZ, Créer et gérer des trusts, p. 65.

III. LE TRUST POUR SÉCURISER LES CONVENTIONS D'ACTIONNAIRES

Les conventions d'actionnaires sont des outils largement utilisés par l'actionnariat des sociétés anonymes⁶⁵. Souvent destinées à apporter de la stabilité aux actionnaires, elles faillissent toutefois dans certaines situations à leur fournir un cadre pérenne. Nous commencerons par exposer certains aspects juridiques des conventions d'actionnaires (A), avant de nous concentrer sur les outils principaux par le biais desquels les actionnaires assurent l'effectivité des clauses de vote et de blocage, ce qui nous permettra d'en relever certaines faiblesses (B). À la lumière de ces dernières, nous tâcherons de démontrer quelle valeur ajoutée un trust de droit suisse représenterait pour les actionnaires (C).

A. Panorama général des conventions d'actionnaires

Comme son nom l'indique, la convention d'actionnaires est un contrat liant plusieurs actionnaires d'une société par le biais duquel ceux-ci conviennent de respecter les uns envers les autres certaines obligations qui ne sont prévues ni par la loi ni par les statuts de la société⁶⁶. Son existence est indépendante du contrat de société, qui lie quant à lui tous les actionnaires de la société concernée⁶⁷. L'utilité de ces accords est éprouvée, que la société anonyme en question soit de taille conséquente ou plus modeste. En présence d'un actionnariat important, ils représentent en effet de précieux outils à disposition des actionnaires qui souhaitent exercer une influence sur la société. Dans les sociétés de plus petite taille, ils leur permettent de prévoir des obligations de nature plus personnelle allant au-delà de la seule obligation légale de libération des actions (art. 680 al. 1 CO)⁶⁸, ce que ne sauraient prévoir les statuts⁶⁹.

Les conventions d'actionnaires peuvent revêtir des formes diverses et variées, et ne sont donc pas soumises à un régime juridique prédéfini⁷⁰. Chaque clause incorporée dans la convention devra ainsi être examinée au regard du régime le plus pertinent. Prise dans son ensemble, la convention d'actionnaires est toutefois la plupart du temps assimilée à une société simple⁷¹, à tout le moins lorsque les actionnaires s'unissent en vue d'atteindre un but commun (art. 530 al. 1 CO). Cet ample cadre permet l'aménagement d'une toile d'obligations et de droits hétéroclites par les actionnaires entre eux, voire même par la société vis-à-vis de ses actionnaires⁷². Il est notamment courant que les actionnaires recourent à ces conventions afin

⁶⁵ PETER/JACQUEMET, p. 443.

⁶⁶ BLOCH, p. 17.

⁶⁷ PETER/JACQUEMET, p. 442-443 ; WILHELM/BLOCH, p. 105.

⁶⁸ HÉRITIER LACHAT, La face cachée de la lune, p. 102 ; PETER/JACQUEMET, p. 442.

⁶⁹ HÉRITIER LACHAT, La face cachée de la lune, p. 102.

⁷⁰ ARTER, p. 332 ; BLOCH, p. 46 s. et 50 ; HÉRITIER LACHAT, La face cachée de la lune, p. 104 s. ; HÉRITIER LACHAT, Les conventions d'actionnaires, p. 89.

⁷¹ BLOCH, p. 47 ; HÉRITIER LACHAT, La face cachée de la lune, p. 104 s. ; STEPHENSON, p. 55.

⁷² FORSTMOSER/KÜCHLER, p. 5.

de peser d'un plus grand poids dans les orientations de la société, et ce sont sur celles-ci que les prochaines lignes se concentreront. Pour ce faire, des clauses dites « de vote » et « de blocage » y sont insérées. Les premières ont pour but d'assurer que chaque actionnaire use de son droit de vote dans une direction particulière, et se trouvent au cœur du dispositif. Les secondes, plus accessoires mais néanmoins indispensables, instituent des restrictions d'aliénation des actions afin d'éviter que les actionnaires puissent se retirer à leur guise de l'accord et visent ainsi à assurer une certaine pérennité à la convention d'actionnaires.

Les conventions porteuses d'un tel objectif voient alors deux intérêts antagonistes s'affronter. D'un côté, les actionnaires doivent s'assurer que la convention prévoit un certain degré de flexibilité, pour qu'ils ne soient pas éternellement liés entre eux. Sans permettre une sortie impromptue, des mécanismes de sortie doivent être aménagés, sans quoi la convention pourrait constituer un engagement excessif (art. 27 CC) ou représenter un juste motif de dissolution judiciaire de la société simple (art. 545 al. 1 ch. 7 CO)⁷³. De l'autre, vouloir exercer une influence requiert souvent une vision à long terme, et donc un besoin de stabilité. Or, n'en déplaise à l'adage *pacta sunt servanda*, rien n'empêche un actionnaire de s'écarter de son engagement⁷⁴. Et comme tout contrat, les conventions d'actionnaires ne sont, somme toute, que des *res inter alios actae*, et ne lient donc que les actionnaires qui en sont parties⁷⁵. Elles ne sont en particulier pas opposables à la société. Il en découle qu'une décision qui serait prise par la société malgré le vote dissident d'un actionnaire partie à la convention ne pourra être annulée au prétexte que l'actionnaire en question a violé son engagement découlant de la convention⁷⁶. De même, le tiers acquéreur de bonne foi d'une action engagée dans la convention d'actionnaires se verra protégé dans son acquisition, quand bien même l'aliénateur n'a pas respecté les mécanismes de sortie de ladite convention. Les actionnaires doivent ainsi pouvoir partir du principe qu'ils s'engagent dans un cadre pérenne pour atteindre leurs objectifs. Pour ne pas dépendre de la seule bonne volonté de leurs cocontractants et assurer une certaine stabilité à leur accord, ils recourent fréquemment à divers mécanismes, qui ont soit pour but de dissuader la violation de l'accord, soit de la prévenir.

B. Les vecteurs de stabilité

1. De la dissuasion des comportements dissidents

En prévoyant une sanction en aval d'une éventuelle violation de la convention, les actionnaires peuvent exercer une influence en amont de celle-ci. Si les cocontractants respectent

⁷³ BLOCH, p. 75 s. ; HÉRITIER LACHAT, La face cachée de la lune, p. 106.

⁷⁴ ARTER, p. 334 ; BLOCH, p. 85 ; HÉRITIER LACHAT, La face cachée de la lune, p. 106.

⁷⁵ HÉRITIER LACHAT, La face cachée de la lune, p. 106 ; HÉRITIER LACHAT, Les conventions d'actionnaires, p. 93.

⁷⁶ HÉRITIER LACHAT, Les conventions d'actionnaires, p. 93 ; ROUILLER, p. 74 ; WILHELM/BLOCH, p. 106.

leurs engagements, c'est en effet aussi parce qu'ils s'exposent à une sanction dans le cas contraire. En la matière, il existe fondamentalement deux mécanismes sanctionneurs : l'action en dommages et intérêts et la clause pénale. Conformément à l'art. 97 al. 1 CO, la première présuppose l'inexécution d'une obligation préexistante, l'existence d'un dommage, un lien de causalité naturelle et adéquate entre la première et la seconde, et enfin une faute, qui est présumée. Concernant les violations d'un accord de vote ou d'une clause de blocage, son utilité relève toutefois d'un vœu pieux, la preuve de l'existence d'un dommage et de son étendue s'avérant la plupart du temps impossible à apporter⁷⁷. Un vote dissident ou l'aliénation d'actions à un tiers ne causent en effet dans la majorité des cas aucun dommage économiquement chiffrable. Même si d'aventure un dommage pouvait être identifié, faudrait-il encore démontrer le lien de causalité entre le comportement dissident et celui-ci⁷⁸. Or, en cas de violation d'un accord de vote, force est de constater que les décisions sociétaires se prennent rarement à une voix près. Certaines décisions sont même prises à bulletins secrets, rendant impossible la preuve de la violation de la convention elle-même⁷⁹. L'action en dommages et intérêts est donc d'un maigre secours pour les actionnaires. Les clauses pénales (art. 160 ss CO) offrent quant à elles une plus grande satisfaction, en ce sens qu'elles exemptent celui qui s'en prévaut d'apporter la preuve de l'existence et de l'étendue du dommage⁸⁰. La simple violation de la convention – qu'il faut toutefois prouver – engendre l'obligation de payer la somme stipulée. Ces caractéristiques ont pour effet qu'il n'est pas rare que de telles clauses soient incorporées dans les conventions d'actionnaires⁸¹. Les actionnaires devront alors seulement s'assurer de ne pas stipuler une pénalité excessive, qui pourrait être réduite par le juge (art. 163 al. 3 CO). Sans être excessive, la clause pénale peut toutefois être dissuasive, et donc utile.

Mais outre la fastidieuse tâche d'apport de la preuve, ces mécanismes sanctionneurs impliquent souvent l'ouverture d'une procédure judiciaire, qui se caractérise rarement par sa brièveté et sa gratuité. Plus généralement, ils partagent tous la même tare, qui réside à notre sens dans la nature-même de la sanction. Si celle-ci exerce une influence indéniable en amont de la violation, elle ne se concrétise *in fine* qu'en aval de celle-ci. Or, il est imaginable que le coût d'opportunité d'un actionnaire dissident soit tel que le bénéfice qu'il retire de la violation l'excède. Pour cette seule raison, les moyens de prévention des violations se présentent comme des candidats préférables pour satisfaire au but de stabilité des conventions d'actionnaires abritant des clauses de vote et de blocage.

⁷⁷ PICHONNAZ *et al.*, p. 512.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ BLOCH, p. 108.

⁸⁰ BLOCH, p. 110 ; CHAPPUIS, p. 67 ; PICHONNAZ *et al.*, p. 512.

⁸¹ HÉRITIER LACHAT, Les conventions d'actionnaires, p. 96.

2. *De la prévention des comportements dissidents*

La première alternative à disposition des actionnaires pour prévenir la violation d'une convention de vote ou de blocage est incarnée par l'action en exécution (art. 97 ss CO). Cette dernière est toutefois d'une efficacité limitée vis-à-vis des conventions d'actionnaires, puisque dans la plupart des cas il ne sera pas possible d'anticiper un comportement dissident⁸². Elle ne garde ainsi une utilité que dans des situations marginales, lorsqu'une décision de la société est annulée pour une raison quelconque et qu'il est prouvé qu'un actionnaire a voté contrairement à la clause de vote⁸³. Les autres actionnaires pourront alors saisir le juge pour qu'il exige du rebelle qu'il s'exécute conformément à ses engagements à l'occasion du nouveau vote. Pour combler ces limites, les actionnaires recourent à des moyens conventionnels, que nous pouvons diviser en deux catégories : les clauses visant à garantir soit une unité de vote, soit à assurer l'efficacité des clauses de blocage, et celles poursuivant la satisfaction de ces deux objectifs, sans toutefois y arriver de manière absolument satisfaisante.

Pour garantir un vote concentré, il n'est pas rare que les actionnaires usent de la possibilité qui leur est laissée par l'art. 689 al. 2 CO et octroient à un représentant les pouvoirs de les représenter⁸⁴, afin que celui-ci vote conformément à leur décision. S'agissant d'un cas de représentation directe, cette solution est toutefois limitée par l'art. 34 al. 1 CO, qui permet la révocation en tout temps des pouvoirs du représentant⁸⁵. En usant de cette possibilité, l'actionnaire dissident peut décider de résilier les pouvoirs du représentant peu de temps avant l'assemblée générale et voter de manière hérétique à l'insu des autres actionnaires⁸⁶. Pour assurer l'effectivité des clauses de blocage, les parties cherchent à restreindre ou à cadrer les possibilités d'aliénation des actions. Il est ainsi courant que les actionnaires recourent à la consignation des actions engagées⁸⁷. Celle-ci présente toutefois également des limites, car son utilité dépend du type des actions consignées. Si cela empêche efficacement l'aliénation clandestine d'actions nominatives lorsque les statuts de la société excluent la possibilité de les transférer par cession⁸⁸, ce n'est pas le cas des actions au porteur. Même consignées, ces dernières peuvent en effet être transférées par délégation de possession⁸⁹. Les actions peuvent aussi être timbrées, afin d'attirer l'attention du tiers sur le fait que les actions qu'il s'apprête à acquérir s'inscrivent dans le cadre d'une convention d'actionnaires⁹⁰. La doctrine s'accorde

⁸² CHAPPUIS, p. 65 ; ROUILLER, p. 75.

⁸³ BLOCH, p. 86.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 113.

⁸⁵ PICHONNAZ *et al.*, p. 511.

⁸⁶ BLOCH, p. 114 ; PICHONNAZ *et al.*, p. 511.

⁸⁷ BLOCH, p. 114.

⁸⁸ FAVROD-COUNE, p. 358.

⁸⁹ BLOCH, p. 116 ; FAVROD-COUNE, p. 358. Notons toutefois qu'en raison des impératifs de transparence et de lutte contre le blanchiment d'argent, les actions au porteur sont vouées à être de moins en moins courantes.

⁹⁰ BLOCH, p. 134.

toutefois sur le fait que le timbrage n'a pas d'effet *propter rem* et que le tiers ne peut donc voir la convention d'actionnaires lui être opposée par ce biais⁹¹.

Au rang des solutions mixtes visant tant à garantir un consortium de vote qu'à assurer l'effectivité des clauses de blocage, nous pouvons citer la fiducie-gestion et la mise en propriété commune des actions. Recourir à la première exige des actionnaires qu'ils remettent la propriété de leurs actions au fiduciaire, également appelé « nommée »⁹². Le fiduciaire sera alors chargé de gérer les actions remises en fiducie, et il lui incombera ainsi de voter conformément à la volonté des actionnaires (qui n'en sont alors plus à proprement parler) et de veiller à ce que les actions ne puissent être transférées qu'en harmonie avec les stipulations de la convention d'actionnaires. La solution est satisfaisante, mais souffre de certaines limites. Premièrement, nous avons pu constater que les actionnaires-fiduciants n'étaient pas – ou peu – protégés contre la faillite du fiduciaire (cf. *supra* II.C.2). Ensuite, il est courant que les statuts prévoient des clauses dites « anti-fiduciaires », dont la portée varie selon les statuts des sociétés considérées. La mise en propriété commune des actions représente pour sa part également une alternative attrayante pour les actionnaires. Les actions remises formeront alors un seul patrimoine, qui appartiendra en entier à chacun des communistes-actionnaires⁹³. Elle est efficace pour restreindre l'aliénation des actions, puisqu'en vertu du principe de la main commune les actionnaires ne peuvent disposer de leur position de communiste qu'avec l'accord unanime des autres actionnaires (art. 653 al. 2 CC)⁹⁴. L'art. 690 al. 1 CO commandant qu'un représentant commun soit élu pour pouvoir exercer les droits attachés aux actions, la propriété commune est aussi utile pour assurer l'effectivité des clauses de vote⁹⁵. La faiblesse de cette option réside toutefois à notre sens dans le fait qu'elle crée un régime relativement complexe, mêlant droits réels (art. 652 à 654 CC) et application des règles de la communauté qui sous-tend la propriété commune (art. 653 al. 1 CC), *in casu* celles de la société simple. À ce double niveau de règles s'ajoute selon nous le désavantage que la propriété commune a précisément pour but de créer une communauté juridique au sens le plus strict du terme, là où les actionnaires ne souhaitent qu'une communauté économique.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² ROUILLER, p. 33.

⁹³ HÉRITIER LACHAT, Les conventions d'actionnaires, p. 94 ; STEINAUER, Tome I, p. 543.

⁹⁴ STEINAUER, Tome I, p. 543. Notons que les copropriétaires peuvent toutefois convenir d'une autre règle en vertu de l'art. 534 CO.

⁹⁵ BLOCH, p. 124 ; MONTAVON *et al.*, p. 346.

C. La plus-value du trust

1. *La place laissée au trust*

Les actionnaires ne manquent donc pas d'outils juridiques pour prévenir ou sanctionner la violation des clauses de vote et de blocage qui les lient. C'est toutefois à nouveau à la lumière des faiblesses que ceux-ci présentent et des observations que nous avons faites que nous pourrions révéler la valeur ajoutée qu'un trust suisse apporterait en la matière. De manière générale, nous avons pu constater que les mécanismes sanctionneurs sont insatisfaisants en raison de leur nature-même : ils ne font que dissuader un actionnaire de violer la convention. Quant aux moyens de prévention des violations, leur efficacité varie. Dans le cadre des clauses de vote et de blocage, certains garantissent une bonne sécurité contre les transferts clandestins au détriment des autres parties à la convention mais n'empêchent pas un actionnaire de voter à rebours de ses obligations, et d'autres ont l'effet inverse. Pour arriver à une solution acceptable, les actionnaires devront alors les conjuguer. Cela présente le risque de créer une structure juridique complexe, difficile à manœuvrer et à comprendre pour l'actionnaire qui n'est pas juriste, et donc peu en adéquation avec les intérêts de la vie des affaires. Seules la fiducie-gestion et la mise en propriété commune des actions tendent à satisfaire les deux objectifs à la fois, sans y parvenir pleinement. La mise en propriété commune des actions a pour effet d'instaurer un régime également retors et plutôt rigide, et de créer une véritable communauté d'actionnaires, dont la propriété de chacun porte sur toutes les actions à la fois. C'est principalement pour cette raison que la fiducie-gestion nous paraît plus convaincante, puisqu'elle permet de préserver une certaine dimension individuelle dans la collectivité représentée par la convention d'actionnaires. En raison du régime de protection insuffisant découlant de l'art. 401 al. 2 et 3 CO, celle-ci n'incarne toutefois pas non plus une solution idéale.

Nous l'avons déjà relevé (cf. *supra* II.D.4), créer un trust et reconnaître en particulier inconditionnellement le caractère séparé de son patrimoine permettrait de pallier les insuffisances de la fiducie-gestion. Cela présenterait premièrement l'immense avantage de soustraire les actionnaires désirant bénéficier des effets de la fiducie au risque de faillite du fiduciaire, à condition que le patrimoine réunisse les caractéristiques que nous avons énumérées plus haut (cf. *supra* II.D.2 et II.D.3). Mais nous sommes également d'avis que ce même développement pourrait combler efficacement – et surtout plus simplement – les faiblesses relatives à la sécurisation des clauses de blocage et de vote. Recourir à un trust octroierait en effet aux actionnaires un cadre plus efficient pour accueillir leurs conventions d'actionnaires, en assurant une sécurité juridique optimale et en évitant l'emploi de structures juridiques alambiquées. Pour ce faire, l'instrument que nous imaginons ne devra donc pas se borner à dissuader la violation de la convention, mais à en réduire à néant les probabilités de violation.

Le trust de droit suisse devra ainsi premièrement permettre un blocage efficace des actions pour éviter leur aliénation clandestine et empêcher les votes hérétiques, tout en évitant si possible les problématiques de formation interne de la volonté des actionnaires. Pour assurer une certaine stabilité, il faudra aussi le concevoir comme un instrument dont les actionnaires ne peuvent se retirer en tout temps.

2. Du blocage efficace des actions

Pour éviter que la convention d'actionnaires ne soit qualifiée d'engagement excessif au sens de l'art. 27 CC ou que la société simple qu'elle constitue soit dissolue en raison d'un juste motif en vertu de l'art. 545 al. 1 ch. 7 CO, il est d'usage d'aménager en faveur des actionnaires un droit de sortie⁹⁶ concurrent de l'objectif de blocage des actions. Les actionnaires conviennent ainsi de restrictions au pouvoir de disposition qu'ils ont sur leurs actions⁹⁷. Il peut notamment s'agir d'une interdiction de les grever ou de la création d'un droit de préemption en faveur des autres actionnaires dans l'hypothèse où un des cocontractants souhaiterait se départir de ses actions. Force est de constater que tant que les actionnaires retiennent la propriété de leurs actions, la possibilité qu'un tel engagement ne soit pas respecté existe. Afin d'empêcher toute violation de ce point de vue, le recours au trust et à son patrimoine séparé est intéressant. En transférant leurs actions au trustee, les actionnaires en perdent la propriété et sont ainsi dépossédés de leur qualité d'actionnaires au profit de celui-ci. Par la même opération, ils se voient alors dénués de la capacité de disposer de leurs titres, ce qui annihile toute possibilité d'aliénation clandestine. Seul le trustee, propriétaire juridique des actions, possède cette prérogative. Ce procédé se révèle par ailleurs avantageux vis-à-vis d'autres formes de remise des actions à un tiers, comme la consignation. Contrairement à cette dernière, le recours au trust présente l'avantage d'avoir le même effet de blocage indépendamment du type d'actions remises et des clauses statutaires de la société. Qu'elles soient nominatives ou au porteur, elles ne peuvent plus être transférées par les actionnaires que ce soit par endossement, cession ou délégation de possession. Par ailleurs, transférer les actions à un trustee représente en la matière un gain en efficience lorsqu'un droit de préemption est prévu dans la convention d'actionnaires. Si les autres actionnaires l'exercent, la centralisation qu'implique la détention fiduciaire simplifiera le transfert des actions de l'actionnaire sortant à ceux-ci. Pour que les autres actionnaires soient « crédités » de ces actions, le trustee n'aura qu'à opérer un simple jeu d'écritures dans ses comptes internes.

⁹⁶ BLOCH, p. 75 s. ; HÉRITIER LACHAT, *La face cachée de la lune*, p. 106.

⁹⁷ BLOCH, p. 264.

3. *De l'empêchement du vote hérétique*

Recourir à un trust empêche également efficacement les actionnaires de voter de manière hérétique. En effet, en abandonnant la propriété de leurs titres, ils perdent aussi leur qualité de vote individuelle. Par ce biais, ils sont également dispensés de l'élection d'un porte-voix : en tant que propriétaire des actions, le trustee se chargera de représenter les actionnaires lors de l'assemblée générale. Afin de régir la manière dont le trustee exercera les droits de vote associés aux actions, les actionnaires disposent selon nous fondamentalement de deux options. Ils peuvent premièrement désirer conserver le plein contrôle de ce droit. Dans cette optique, ils devront alors se concerter à l'approche de chaque assemblée générale pour formuler leurs consignes à destination du trustee, qui n'aura ainsi plus qu'à voter conformément aux instructions. Si ce choix est tout-à-fait légitime, il suppose toutefois que les actionnaires conviennent de la manière par laquelle leur décision sera formulée. Il s'ensuit alors que de possibles dissensions internes peuvent mener à un blocage du processus décisionnel. De ce point de vue, nous sommes de l'avis que la seconde option présente un plus grand intérêt. Les actionnaires pourraient en effet octroyer au trustee une marge d'appréciation, pouvant être entravée par un certain nombre d'instructions générales découlant de l'acte constitutif du trust, ou au contraire encadrée par la seule exigence d'agir dans l'intérêt des actionnaires. Octroyer ainsi un pouvoir discrétionnaire au trustee peut sembler risqué pour les actionnaires, mais nous sommes de l'avis que cela n'irait pas à l'encontre de leurs objectifs. Il semble en effet que si les actionnaires souhaitent s'allier pour influencer l'orientation d'une société, c'est avant tout dans l'optique d'un meilleur retour économique. En recourant au trust et en laissant au trustee le soin de voter de manière autonome, les actionnaires récolteraient alors les dividendes sans être contraints de s'engager activement dans une politique de vote. Dans cette hypothèse, les actionnaires ne seraient pas non plus dénués de toute protection. En effet, le trustee engage sa responsabilité à leur encontre. Si l'avènement d'un futur trust de droit suisse s'accompagne d'un régime dédié d'obligations à la charge du trustee, il serait d'autant plus aisé pour les actionnaires de démontrer que celui-ci a failli à ses obligations. Une précaution supplémentaire pourrait aussi être incarnée par la possibilité d'élire un protecteur, ce qui est courant en présence d'un trust. Celui-ci serait chargé de superviser les actes du trustee et pourrait même disposer de pouvoirs d'approbation plus ou moins larges, afin de garantir une protection plus grande encore des actionnaires.

4. *De la nécessité d'un engagement durable*

Lorsqu'ils conviennent de s'allier afin d'exercer une influence sur la société, les actionnaires désirent *a priori* inscrire un tel accord dans la durée. Que cette dernière soit déterminée ou non, nous avons démontré l'importance d'aménager un droit de sortie des actionnaires, par le biais de droits de préemption orchestrés par le trustee par exemple. Mais confier au trust suisse le

soin d'accueillir les conventions d'actionnaires commande que notre futur droit ne lui applique pas une règle similaire à l'art. 404 CO. De manière générale, cette disposition est déjà critiquée pour l'instabilité qu'elle inocule dans la relation entre le mandataire et son mandant⁹⁸. Cela est d'autant plus vrai dans notre situation. Si l'on souhaite offrir à l'accord entre les actionnaires la stabilité à laquelle il aspire, force est de constater que l'on ne peut tolérer qu'un des actionnaires, voire même que le trustee, puisse résilier en tout temps la relation mise en place. *De lege feranda* et sous réserve que l'acte constitutif du trust prévoie des mécanismes de sortie adéquats, nous rejoignons donc l'opinion de L. THÉVENOZ en affirmant que l'art. 404 CO tel qu'il existe actuellement ne devrait pas trouver application⁹⁹, ou alors que son régime devrait être durci. Cela permettrait par ailleurs de favoriser l'indépendance du trustee dans la situation où les actionnaires décideraient de lui laisser l'opportunité du vote¹⁰⁰.

5. *La limite des clauses « anti-fiduciaires »*

En principe, les actions d'une société anonyme sont librement transmissibles¹⁰¹, ce qui se vérifie toujours vis-à-vis des actions au porteur. La propriété de ces dernières pouvant être transférée par simple remise de la possession de l'action, la société ne dispose pas des moyens pour en entraver la circulation¹⁰². En revanche, recourir à la fiducie-gestion et *a fortiori* à un trust comme moyen de sécuriser une convention d'actionnaires peut se heurter à un écueil lorsque les actions engagées sont nominatives. En raison de leur nature, la transmissibilité de ces dernières peut en effet être limitée par les sociétés par le biais d'un certain nombre d'entraves, dont font partie les clauses dites « anti-fiduciaires ».

Qu'elles soient cotées en bourse ou non, les sociétés disposent de la possibilité d'inclure une telle clause dans leurs statuts, par laquelle elles peuvent refuser que les actions nominatives soient transférées à titre fiduciaire (art. 685*b* al. 3 CO et 685*d* al. 2 CO)¹⁰³. Concrètement, la société se réserve ainsi le droit d'exiger de l'acquéreur des actions qu'il déclare expressément acquérir celles-ci en son nom et pour son propre compte. L'effet de ce type de clauses varie toutefois selon que l'action nominative est cotée en bourse ou non. Dans la première hypothèse, le fait que les actions soient par définition librement négociables a pour conséquence que la société n'a pas le pouvoir d'en restreindre le transfert. En revanche, elle peut refuser d'inscrire l'actionnaire sur le registre des actionnaires à droit de vote. Privé de cette prérogative, l'actionnaire ne bénéficiera ainsi que de ses droits économiques (art. 685*f* al. 3 CO)¹⁰⁴. Dans la

⁹⁸ THÉVENOZ, Cendrillon, p. 70.

⁹⁹ THÉVENOZ, Cendrillon, p. 48 et 71 ; THÉVENOZ, Propositions, p. 105.

¹⁰⁰ THÉVENOZ, Propositions, p. 105.

¹⁰¹ FAVROD-COUNE, p. 315 ; MONTAVON *et al.*, p. 340 ; ROUILLER *et al.*, p. 108.

¹⁰² MONTAVON *et al.*, p. 340.

¹⁰³ BLOCH, p. 273 ; MONTAVON *et al.*, p. 341.

¹⁰⁴ ROUILLER, p. 29.

seconde hypothèse, la société peut effectivement empêcher le transfert des actions nominatives¹⁰⁵. La clause anti-fiduciaire aura alors pour effet d'empêcher que tous les droits associés à l'action passent à l'acquéreur tant que la société ne donne pas son approbation au transfert (art. 685c al. 1 CO)¹⁰⁶. L'acquéreur ne pourra donc ni percevoir les dividendes, ni exercer son droit de vote. La doctrine relève que de telles clauses sont courantes en pratique, mais que leur étendue varie cependant¹⁰⁷. Certaines sociétés prohibent quasiment totalement le recours à la détention fiduciaire, en refusant d'inscrire le fiduciaire comme actionnaire à droit de vote. D'autres font preuve d'une plus grande souplesse, et autorisent le transfert fiduciaire des actions à concurrence d'une certaine proportion du capital-actions. Enfin, certaines refusent un tel transfert ou l'aménagent particulièrement, sous réserve d'une éventuelle exception que pourrait octroyer le conseil d'administration. En somme, le but de toutes ces restrictions est d'éviter que des actionnaires indésirables intègrent l'actionnariat de la société ou qu'ils y occupent une place trop importante¹⁰⁸. Instaurer des restrictions au transfert des actions sans clause anti-fiduciaire permettrait en effet aux actionnaires de trop aisément les contourner en recourant à un prête-nom.

Sans nier leur importance, la portée des clauses anti-fiduciaires peut toutefois être relativisée. Lorsque les actions sont nominatives, le trust ne perd pas non plus pour autant tout son intérêt. Il en est ainsi évidemment si les statuts de la société ne contiennent pas de clause anti-fiduciaire. Il se peut aussi que même si les statuts incorporent une telle clause, celle-ci autorise la détention fiduciaire à condition que le fiduciaire garantisse que les actionnaires qu'il représente respectent les autres clauses des statuts¹⁰⁹. Dans les cas de sociétés non cotées, il peut même régulièrement arriver qu'avec l'accord de ses mandants, le fiduciaire communique à la société l'identité des actionnaires qu'il représente, rendant ainsi superflu le recours à ces clauses¹¹⁰. Enfin, même si les statuts lui en laissent l'opportunité, le conseil d'administration de la société peut renoncer à ce que l'acquéreur des actions déclare détenir celles-ci en son nom et pour son propre compte, situation qui serait par ailleurs courante en pratique¹¹¹. Dans toutes ces hypothèses et lorsque les actions engagées sont au porteur, recourir à un trust comme moyen de sécurisation d'une convention d'actionnaires présente une utilité indubitable et en ferait un outil précieux.

¹⁰⁵ AUBERSON/OPPLIGER, p. 620.

¹⁰⁶ MONTAVON *et al.*, p. 341 ; ROUILLER, p. 25 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, CO 685b N 36.

¹⁰⁷ Les lignes qui suivent sont tirées de ROUILLER, p. 34 s.

¹⁰⁸ AUBERSON/OPPLIGER, p. 619 ; FAVROD-COUNE, p. 315 ; MARTIN, p. 107 ; OBRIST, p. 166 ; ROUILLER *et al.*, p. 111 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, CO 685b N 7 et 35 ss.

¹⁰⁹ CR CO II-TRIGO TRINDADE, CO 685d N 18.

¹¹⁰ Entretien avec N. ETCHEPAREBORDA, Associate Director chez Schroder & Co Bank AG.

¹¹¹ ROUILLER, p. 75 n. 308.

6. *Synthèse*

Si ceux-ci disposent déjà de pléthore d'instruments juridiques pour arriver à leur but, mettre à disposition des actionnaires un trust de droit suisse aurait le mérite de délaissier les défauts de chacun de ceux-ci pour en concentrer tous les avantages au sein d'un seul et même instrument. En empêchant efficacement toute violation des clauses de vote et de blocage tout en aménageant des mécanismes de sortie contrôlés et inviolables, le trust se trouve en outre à la jonction entre désir de stabilité et nécessité de flexibilité des actionnaires. Si ces derniers se résolvent à lui déléguer le soin de voter selon leurs intérêts, le recours à un trustee augmente par ailleurs considérablement l'efficience des clauses de vote et évite que le processus interne de formation de la volonté des actionnaires ne se grippe. Pour le surplus, le trustee se chargera également d'éplucher les comptes et rapports de société pour prendre la décision la plus conforme aux intérêts des actionnaires, ce qui consiste en autant de lourdes tâches dont ceux-ci seront délestés. Nous avons toutefois pu relever que le recours à une telle structure fiduciaire pouvait se heurter aux clauses anti-fiduciaires, par lesquelles les sociétés souhaitent assurer que leurs restrictions à la transmissibilité des actions nominatives soient effectives. Le récif est de taille, mais dans tous les cas où il n'existe pas de telle clause ou lorsque la société renonce à exiger une déclaration fiduciaire, un trust peut et devrait intervenir.

IV. CONCLUSION

Vêtu de son plus simple appareil, son désormais fameux patrimoine fiduciaire séparé que nous avons parfois qualifié « d'inconditionnel », le trust s'avèrerait donc être un précieux outil à disposition des acteurs commerciaux suisses, et en particulier des mandataires professionnels et des actionnaires.

Pour les premiers, recourir à un trust permettrait de remédier à la protection lacunaire dont souffrent leurs comptes clients, actuellement soumis au régime de la fiducie-gestion. Créer un trust sur ces comptes consoliderait ainsi leur position, tout en leur donnant la possibilité de développer des services de détention fiduciaire d'immeubles. Prenons ici l'occasion de relever que ce qui constitue un avantage pour eux en représente également un pour leurs clients, qui se verront alors soulagés du risque de voir leurs avoirs tomber dans la masse en faillite de leur mandataire, et qui pourront aussi bénéficier d'un nouveau service leur octroyant la possibilité de remettre la propriété de leur immeuble à un trustee afin que celui-ci puisse le gérer adéquatement. Pour les actionnaires, faire appel au trust leur accorderait un cadre pérenne permettant d'y loger les accords par lesquels ils visent à exercer une influence sur une société, en particulier vis-à-vis des clauses de vote et de blocage. Outre la protection qu'il offrirait à l'encontre de la faillite du fiduciaire, déjà abordée à l'aune de la fiducie-gestion, les avantages se traduisent ici par le fait que le trust permettrait non pas de dissuader ou de prévenir avec une efficacité relative la violation de ces clauses, mais de l'empêcher. L'examen des conventions d'actionnaires nous a aussi permis de concevoir le trust comme instrument d'efficacité, permettant de joindre stabilité et flexibilité au sein d'une même institution. Nous pouvons également relever ici qu'une telle structure pourrait présenter un intérêt pour les sociétés elles-mêmes. Si un climat de confiance suffisant s'installe entre celles-ci et les trustees, elles pourraient renoncer à faire un usage trop extensif de leurs clauses anti-fiduciaires, permettant au trust d'incarner un unique point de contact pour un grand nombre d'actionnaires. En particulier, cela pourrait leur permettre de réduire leurs coûts et leurs charges administratives.

En se concentrant sur l'apport qu'une seule caractéristique – certes consubstantielle – du trust représenterait vis-à-vis de deux institutions de notre ordre juridique, ce travail ne saurait prétendre à l'exhaustivité. Nous l'écrivions en introduction, l'avènement d'un trust suisse devra en effet aussi s'accompagner de la création d'un corpus de règles et de questionnements profonds. Mais cela nous permet toutefois d'entrevoir toutes les possibilités dans lesquelles les acteurs commerciaux pourront recourir à un trust, et il est fort à parier que ces cas seront nombreux. Il ne reste maintenant plus qu'à espérer que le législateur franchisse une dernière étape, et qu'il dote les rives de la Sarine, du Rhône et du Léman de cet outil.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

AUBRY Charles/RAU Charles-Frédéric, Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae, Tome 4, Strasbourg (F. Lagier) 1844.

BLOCH Olivier, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse, avec un aperçu du droit boursier, 2^e éd., Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2011.

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

FAVROD-COUNE Pascal, Crowdfunding : analyse du droit suisse du financement participatif, thèse Lausanne, Lausanne (CEDIDAC) 2018.

FORSTMOSER Peter/KÜCHLER Marcel, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zurich (Schulthess) 2015.

MARCHAND Sylvain, Précis de droit des poursuites, 2^e éd., Genève (Schulthess) 2013.

MARTIN Françoise, Sociétés anonymes de famille : structure, maintien et optimisation de la détention du capital, 2^e éd., Genève (Schulthess) 2013.

MONTAVON Pascal/MONTAVON Michael/BUCHELER Rémy/MATTHEY Alban/JABBOUR Ivan/REICHLIN Jeremy, Abrégé de droit commercial, 6^e éd., Zurich (Schulthess) 2017.

MÜLLER Christoph, Contrats de droit suisse, Berne (Stämpfli) 2012.

OBRIST Thierry, Recueil de cas pratiques en droit des affaires : droit commercial et droit fiscal, Berne (Stämpfli) 2014.

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

PEYROT Aude, Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse, thèse Genève, Genève (Schulthess) 2011.

PODA Endrit, Les effets en droit privé de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique, thèse Genève, Genève (Schulthess) 2019.

ROUILLER Nicolas/BAUEN Marc/BERNET Robert/LASSERE ROUILLER Colette, La société anonyme suisse : droit commercial, droit comptable, responsabilité, loi sur la fusion, droit boursier, droit fiscal, 2^e éd., Genève (Schulthess) 2017.

STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels, Tome I, 6^e éd., Berne (Stämpfli) 2019 (cité : Tome I).

STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels, Tome III, 4^e éd., Berne (Stämpfli) 2012 (cité : Tome III).

STOFFEL Walter A./CHABLOZ Isabelle, Voies d'exécution : poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3^e éd., Berne (Stämpfli) 2016.

TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRIGO TRINDADE Rita (édit.), Commentaire romand, Code des obligations II, 2^e éd., Bâle (Helbing) 2017 (cité : CR CO II-AUTEUR).

TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Genève (Schulthess) 2016.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, Le droit des obligations, 6^e éd., Zurich (Schulthess) 2019.

THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., Genève, Bâle, Munich (Helbing) 2012 (cité : CR CO I-AUTEUR).

ZUFFEREY Mathieu, La représentation indirecte : étude d'une institution de droit suisse des obligations, thèse Fribourg, Zurich (Schulthess) 2018.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS DANS DES OUVRAGES COLLECTIFS

AESCHLIMANN Lionel/FOËX Bénédict, Sûretés mobilières : limites et réforme du droit suisse, *in* Journée 2005 de droit bancaire et financier [THÉVENOZ Luc/BOVET Christian, édité.], Genève (Schulthess) 2006, p. 17 ss.

ARTER Oliver, Commercial trusts, *in* Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II [JÖRG Florian Stefan/ARTER Oliver, édité.], Berne (Stämpfli) 2007, p. 307 ss.

AUBERSON Camille/OPPLIGER Damien, L'affaire Sika : un exemple en faveur d'une approche économique des transferts d'actions soumis à l'agrément de la société, *in* Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA/SZW), 2015, n° 6, p. 614 ss.

CHAPPUIS Fernand, Aspects théoriques et application pratique de la clause pénale dans les conventions d'actionnaires, *in* Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA/SZW), 2003, n° 2, p. 65 ss.

DE GOTTRAU Nicolas, Cession à fin de garantie : droit du cédant de faire valoir en son nom une créance cédée contre le débiteur cédé, *in* Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA/SZW), 2007, n° 2, p. 113 ss (cité : Cession à fin de garantie).

DE GOTTRAU Nicolas, Transfert de propriété et cession à fin de garantie : principes, et applications dans le domaine bancaire, *in* Sûretés et garanties bancaires : exposés présentés lors de la Journée d'étude organisé par le Centre du droit de l'entreprise le 14 septembre 1995 à l'Université de Lausanne [IYNEDJIAN Nicolas *et al.*, édité.], Lausanne (CEDIDAC) 1997, p. 173 ss (cité : Transfert de propriété).

FOËX Bénédict, Trust et registre foncier : quelques remarques sur le transfert de la propriété du settlor au trustee, *in Successio*, 2009, vol. 3, n° 4, p. 259 ss.

GUILLAUME Florence, Incompatibilité du trust avec le droit suisse ? Un mythe s'effrite, *in Revue suisse de droit international et de droit européen (RSDIE/SZIER)*, 2000, vol. 10, n° 1, p. 1 ss (cité : Incompatibilité).

GUILLAUME Florence, Trust, réserves héréditaires et immeubles, *in Pratique juridique actuelle (PJA/AJP)*, 2009, n° 1, p. 33 ss (cité : Trust et immeubles).

HÉRITIER LACHAT Anne, Les conventions d'actionnaires ou la face cachée de la lune, *in Le contrat dans tous ses états* [BELLANGER François/CHAIX François/CHAPPUIS Christine/HÉRITIER LACHAT Anne, édité.], Berne (Stämpfli) 2004, p. 101 ss (cité : La face cachée de la lune).

HÉRITIER LACHAT Anne, Les conventions d'actionnaires : quelques exemples pratiques, *in Les successions dans les entreprises : travaux de la journée d'étude organisée le 20 mai 2005* [CEDIDAC, édité.], Lausanne (CEDIDAC) 2006, p. 85 ss (cité : Les conventions d'actionnaires).

PETER Henry/JACQUEMET Guillaume, Les avantages (statutaires) particuliers de l'art. 628 al. 3 CO : une alternative méconnue aux conventions d'actionnaires, *in Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA/SZW)*, 2017, n° 4, p. 442 ss.

PICHONNAZ Pascal *et al.*, La force contraignante des conventions d'actionnaires : quelques aspects de droits suisse et turc, *in Revue suisse de jurisprudence (RSJ/SJZ)*, 2006, vol. 102, n° 22, p. 505 SS.

REYMOND Claude, Acte fiduciaire ou acte simulé ? : réflexions sur quelques arrêts récents, *in La semaine judiciaire (SJ)*, 1989, n° 38, p. 649 ss (cité : Acte fiduciaire).

REYMOND Claude, L'arrêt Feras Anstalt et consorts c. Vallugano S.A. et l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'acte fiduciaire, *in Journal des Tribunaux (JdT)*, 1974, vol. I, p. 596 ss (cité : L'arrêt Feras Anstalt).

ROUILLER Nicolas, *in THEVENAZ Alain (édité.)*, La prise de pouvoir dans les sociétés commerciales en Suisse, Berne (Stämpfli) 2013.

STEPHENSON Mona, Résilier une convention d'actionnaires, *in Expert Focus (EF)*, 2019, n° 1-2, p. 55 s.

THÉVENOZ Luc, Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de La Haye, *in Journée 2006 de droit bancaire et financier* [THÉVENOZ Luc/BOVET Christian, édité.], Genève (Schulthess) 2007, p. 72 ss (cité : Créer et gérer des trusts).

THÉVENOZ Luc, La fiducie, cendrillon du droit suisse : propositions pour une réforme, *in Rapports et communications/Société suisse des juristes*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 1995, p. 253 ss (cité : Cendrillon).

THÉVENOZ Luc, Propositions pour un trust suisse, *in* Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA/SZW), 2018, vol. 90, n° 2, p. 99 ss (cité : Propositions).

THÉVENOZ Luc, Trusts: The rise of a global legal concept, *in* European private law: a handbook (vol. II) [BUSSANI Mauro/WERRO Franz, édit.], Berne (Stämpfli) 2014, pp. 3-39 (cité : The rise).

VON OVERBECK Alfred E., Rapport explicatif sur la Convention-Trust de 1985, *in* Actes et documents de la Quinzième session (1984) de la Conférence de La Haye de droit international privé [BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE, édit.], 1985 [<https://assets.hcch.net/docs/ec6fb7e0-deda-417f-9743-9d8af6e9e79b.pdf>] (27.04.2020).

WILHELM Christophe/BLOCH Olivier, La clause électorale prévue dans une convention d'actionnaires : clause virtuelle du droit suisse ?, *in* Revue suisse de jurisprudence (RSJ/SJZ), 2010, vol. 106, n° 5, p. 105 ss.