UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Livre 2001

Open Access

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

Trusts en Suisse : adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie = Trusts in Switzerland : ratification of The Hague Convention on trusts and codification of fiduciary transfers

Thévenoz, Luc

How to cite

THÉVENOZ, Luc. Trusts en Suisse : adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie = Trusts in Switzerland : ratification of The Hague Convention on trusts and codification of fiduciary transfers. Zurich : Schulthess, 2001. (Publications du Centre d'études juridiques européennes)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4817

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Publications du Centre d'études juridiques européennes, Genève

Trusts en Suisse

Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie

Trusts in Switzerland

Ratification of The Hague Convention on Trusts and Codification of Fiduciary Transfers

Luc Thévenoz

Professeur à l'Université de Genève
Directeur du Centre d'études juridiques européennes

Schulthess § Zurich 2001

Sommaire

Avant-propos 7
Remerciements 9

Trusts en Suisse:
Adhésion à la Convention de La Haye
sur les trusts et codification de la fiducie

I. Introduction 11
II. Le trust 18
III. Aperçu de la Convention 29
IV. Lacunes du droit international privé suisse 35
V. Trusts et droit successoral, en particulier les réserves successorales 44
VI. Trusts et régimes matrimoniaux 61
VII. Exécution forcée 65
VIII. Droit de suite des bénéficiaires et responsabilité de tiers 91
IX. Registres publics 117
X. Fors 131
XI. Article 13 134
XII. Réserves et autres déclarations permises par la Convention 138
XIII. Réserve de la souveraineté fiscale 140
XIV. Fiducie suisse: opportunité d'une codification 141
XV. Projet de codification de la fiducie 153
XVI. Résumé des propositions législatives 165

Trusts in Switzerland:
Ratification of The Hague Convention on Trusts
and Codification of the Law of Fiduciary Transfers

I. Introduction 177
II. Trusts 184
III. Overview of the Convention 195
IV. Lacunae in Swiss Private International Law 200

V. Trusts, Inheritance and Indefeasible Shares 209
VI. Trusts and Matrimonial Property Rights 225
VII. Enforcement 230
VIII. Beneficiaries' Right to Trace Assets and Third-Party Liability ... 255
IX. Public Registers 281
X. Jurisdiction 294
XI. Article 13 297
XII. Reservations and Other Declarations Permitted by the Convention 301
XIII. Reservation of Fiscal Sovereignty 303
XIV. Swiss Fiduciary Transfers: Ripe for Codification? 304
XV. Draft Codification of Fiduciary Transfers 316
XVI. Summary of Legislative Proposals 328

Zusammenfassung der vorgeschlagenen gesetzgeberischen Änderungen 341

Convention relative à loi applicable au trust et à sa reconnaissance – Convention on the law applicable to trusts and on their recognition – Übereinkommen über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung 351

Principes de Droit Européen du Trust - European Principles of Trust Law 379

Abréviations – *Abbreviations* 383

Bibliographie – *Bibliography* 385

Table des matières – *Table of contents* 395

Avant-propos

La Convention relative la loi applicable au trust et à sa reconnaissance fut conclue le 1er juillet 1985 sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé. Elle est entrée en vigueur le 1er janvier 1992 et lie aujourd'hui des États dont le système juridique s'inscrit dans la tradition romano-germanique (Italie, Pays-Bas, Malte) tout autant que des juridictions de *common law* (Australie, Canada, Royaume-Uni, Hongkong).

La Suisse ne l'a cependant toujours pas signée alors même qu'elle a joué un rôle important dans son élaboration. C'est un professeur suisse, A.E. von Overbeck, directeur de l'Institut suisse de droit comparé, qui servit comme rapporteur et eut une part déterminante à la rédaction des projets successifs. La délégation suisse fut active, entendue et écoutée tout au long de la conférence diplomatique. Cet engagement actif pour le succès de la Convention ne s'est pas concrétisé par la suite. C'est d'autant plus étonnant qu'entre-temps, les contacts des trusts étrangers avec la place financière et industrielle suisse se sont multipliés.

Notre ordre juridique reconnaît-il déjà dans une mesure appropriée les trusts soumis (par définition) à la loi d'un autre État? La signature et la ratification de cette convention amélioreraient-elle la sécurité juridique, notamment pour les particuliers et les entreprises établis en Suisse qui entretiennent des relations d'affaires avec des trustees? Quelles modifications de nos lois seraient-elles nécessaires pour reconnaître les effets de trusts étrangers valablement constitués sans compromettre les règles internationalement impératives de notre ordre juridique?

Au printemps 1999, l'Office fédéral de la justice m'a chargé d'entreprendre une étude pour répondre à ces questions et formuler des propositions concrètes. Il fut d'emblée convenu que son résultat serait publié afin de susciter les réactions des milieux professionnels et académiques concernés et vérifier ainsi la pertinence du chemin tracé. Le présent ouvrage reproduit mon rapport, les propositions qui en résultent et des annexes utiles à sa compréhension.

Conformément à mon mandat, ce rapport comprend en outre une proposition de codification de la fiducie suisse. Il ne s'agit pas de créer, sous ce nom, un trust de droit suisse, mais de renforcer une institution distincte, conforme à notre tradition juridique, consacrée par la pratique suisse des affaires et par la jurisprudence, et qui présente avec le trust certaines simi-

litudes fonctionnelles. Une reconnaissance améliorée des trusts étrangers justifie-t-elle une solidité et une flexibilité renforcées de notre fiducie? Le débat introduit par ce rapport devrait également clarifier ce point.

Les considérations et propositions qui suivent n'engagent que moi. Elles ne prétendent pas éviter toute controverse. Seules les réactions des savants et des praticiens permettront de vérifier leur opportunité d'ensemble et d'en améliorer le détail. Ma reconnaissance est d'ores et déjà acquise à ceux qui prendront le temps de me faire connaître leur point de vue.

Luc Thévenoz

Centre d'études juridiques européennes
Université de Genève
CH – 1211 Genève 4
Luc.Thevenoz@droit.unige.ch

Remerciements

Mon intérêt pour les trusts remonte à la rédaction d'un rapport sur la fiducie présenté en 1995 à la Société suisse des juristes. J'ai eu maintes fois l'occasion de l'approfondir, mais cette étude n'existerait pas sans l'appui que m'ont apporté de très nombreux collègues, amis et correspondants.

Je n'aurais pas trouvé le temps et la disponibilité intellectuelle nécessaires à réaliser cette étude sans le congé sabbatique accordé par l'Université de Genève et rendu possible par la disponibilité de *Christian Bovet*, *Gilles Petitpierre* et *Christine Chappuis*, qui m'ont remplacé. *William W. Park* et *Tamar Frankel* m'ont invité et très amicalement accueilli à la Boston University Law School. J'ai également profité des ressources presque inépuisables de la bibliothèque de Harvard University.

J'ai amplement bénéficié des informations et des idées que m'ont livrées *David Hayton*, d'Oxford University; *André Prüm*, de l'Université de Nancy et du Laboratoire de droit économique de Luxembourg; de *Jeffrey D. Kovar*, du Département d'État à Washington D.C.; de *Charles Rounds, Jr*., de Suffolk University; ainsi que *Hans Kuhn* pendant son séjour à Tulane University. Récents ou plus anciens, les échanges avec *Claude Reymond*, des Universités de Lausanne et Genève; *Madeleine Cantin-Cumyn*, de l'Université McGill à Montréal; *Michele Graziadei*, de l'Università di Torino; *Richard Pease*, de Lenz & Staehelin à Genève; *Markus Stieger* et *Edgar Paltzer*, de la section alémanique de STEP, ainsi que *Jean-Philippe Dunand*, des Universités de Neuchâtel et Genève, m'ont enrichi.

J'ai une gratitude toute particulière pour ceux qui, en préparant et animant avec moi un séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires en mai 1999, m'ont mieux fait voir la variété des problèmes qui résultent des contacts entre les trusts et l'ordre juridique suisse. Il s'agit de *Laura Jacquemoud*, juge à la Cour de justice de Genève; *Antoinette Borgnana Zulian*, de Pictet & Cie; *Anne-Marie de Weck*, de Lombard Odier & Cie; *Mark Barmes*, de Lenz & Staehelin, et de mes collègues à la Faculté de droit de Genève, *Gabrielle Kaufmann-Kohler*, *Bénédict Foëx* et *Nicolas Jeandin*.

Nombreux sont ceux qui m'ont accordé un temps précieux en se prêtant à mes consultations. Je ne puis ici les remercier tous nommément, mais souhaite adresser un remerciement particulier à *André Cuendet*, de Dexia-Banque Privée (Suisse) SA, et à *Hans Conrad Schulthess*, avocat au Barreau de Zurich.

Mes remerciements vont aussi à *Heinrich Koller*, directeur de l'Office fédéral de la justice, pour la confiance qu'il m'a accordée en me chargeant de cette étude. Les échanges réguliers que j'ai eus avec *Monique Jametti Greiner* et *Alexander Markus* ont balisé l'avancement de mes travaux. Ma reconnaissance s'adresse aussi à la Fondation Genève Place Financière et à son délégué, *François Gilliéron*, qui ont accepté de co-financer l'adaptation anglaise du rapport.

Je tiens à exprimer ma gratitude à *Margaret Tschanz-Norton*, d'Axone SA, qui a assuré la tâche tout à fait redoutable d'adapter en anglais un rapport que j'ai conçu en français. En réalisant la traduction allemande des propositions législatives, *Hildegarde Stauder* m'a permis d'affiner leur version française également. *Ariane Morin* m'a aidé à compléter mon appareil critique dans ses aspects de droit suisse. *Eveline Salvisberg* a donné au texte sa forme finale en le mettant en page.

À toutes celles et ceux-ci, et à tous ceux que je n'ai pas la place de nommer ici, j'exprime ma reconnaissance. Ils et elles m'ont fourni maintes pistes et évité moults pièges; les erreurs qui subsistent m'appartiennent en propre.

Luc Thévenoz

Trusts en Suisse: Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie

I. Introduction

L'ordre juridique suisse, nos tribunaux et les opérateurs économiques suisses entrent en contacts de plus en plus fréquents avec des trusts valablement constitués à l'étranger. La mobilité accrue des personnes fait que de nombreux citoyens des pays anglo-américains, quoique établis en Suisse, choisissent de soumettre leur succession à leur droit national[1] et de l'organiser totalement ou partiellement au moyen de trusts, qu'ils constituent de leur vivant déjà (*inter vivos trusts*) ou qui ne prendront effet qu'à leur décès (*testamentary trusts*). D'importants avoirs détenus par des trustees ès qualités sont déposés auprès des banques suisses. Celles-ci en sont d'ailleurs venus à conseiller dans ce domaine aussi leur clientèle étrangère et sont souvent en mesure de leur proposer des services de trustee au moyen de filiales établies dans des juridictions *offshore*.

Mais les contacts de l'ordre juridique suisse avec des trusts étrangers ne se limitent pas à ces trusts familiaux (*family trusts*), constitués par une personne fortunée à des fins de planification patrimoniale, successorale et fiscale. La mobilité croissante des capitaux assure la présence en Suisse d'importants capitaux détenus en trust. De nombreux investisseurs institutionnels étrangers, notamment des fonds de pension, actifs sur le marché suisse des capitaux sont organisés sous forme de trusts. De nombreux fonds de placement étrangers sont également organisés sous forme de trust, qui sont distribués en Suisse et dont des investisseurs privés et institutionnels suisses acquièrent des parts. Ces trusts financiers représentent, en volume et en valeur, un multiple des trusts familiaux.

Très actives à l'étranger, les entreprises suisses et leurs filiales recourent aussi à des trusts créés sous l'empire d'un droit étranger, que ce soit dans le cadre d'émissions obligataires sur un marché étranger (*indenture*

---

[1] Art. 90 al. 2 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 ("LDIP"; RS 291).

trusts), d'opérations de titrisation (*asset-backed securities*), d'autres opérations de financement ou encore pour assurer la prévoyance professionnelle de leur personnel.

L'importance croissante de ces trusts dans les rapports juridiques internationaux présentant des liens avec la Suisse fait apparaître plus intensément les lacunes de notre droit international privé en cette matière.

Caractéristique de la conception anglo-américaine de la propriété, né des "remèdes" progressivement octroyés par le Chancelier anglais et les juridictions d'équité là où le les tribunaux de droit commun n'assuraient pas la protection de certaines promesses juridiquement non contraignantes, le trust n'est pas comme tel connu du droit suisse[2], comme du reste de la plupart des pays de tradition romano-germanique[3]. Ainsi, lorsqu'un juge suisse doit qualifier un trust étranger selon la *lex fori* pour déterminer dans quel chapitre de la LDIP trouver les règles de rattachement applicables, il se trouve le plus souvent devoir choisir entre assimiler le trust à un contrat[4] ou à un patrimoine organisé[5], ce qui entraîne des différences de régime juridique importantes. L'un ou l'autre choix ne résout d'ailleurs pas toutes les difficultés – notamment en ne délimitant pas précisément quels effets dans l'ordre juridique suisse le droit suisse reconnaît à un trust – car l'assimilation du trust à un contrat ou à une société reste toujours une analogie et ne rend pas compte de ce qui est unique au trust. Alors que quelques textes

---

2 ATF 96 II 79, *Harrison c. Crédit Suisse*, JdT 1971 I 329 obs. REYMOND, ASDI 1971 223 obs. VISCHER, *Clunet* 1976 695 obs. LALIVE: il n'est pas possible de constituer un trust sous l'empire du droit suisse; l'acte juridique tendant à assurer la dévolution dans le temps de certaines libéralités au conjoint et à des descendants doit être converti en un contrat mixte relevant du mandat, du transfert fiduciaire de propriété, de la promesse de donner et de la stipulation pour autrui.

3 Pour des raisons historiques qui tiennent à leur très grande proximité (Écosse, Québec), voire à leur enclavement (Louisiane) dans une aire géographique de *common law*, ou encore à la colonisation anglaise (Afrique du Sud), plusieurs systèmes juridiques de tradition romano-germanique ont été infusés par le trust qui a progressivement trouvé sa place dans les institutions juridiques de droit civil qui nous sont familières. Motivés par des considérations utilitaristes qui tiennent principalement à la concurrence entre ordres juridiques, d'autres pays de la tradition du droit civil (Japon, Liechtenstein, Malte, divers États d'Amérique latine) ont légiféré pour greffer dans leurs institutions internes un trust directement inspiré du droit anglais.

4 Art. 112 ss LDIP. Cf. ATF 96 II 79, *Harrison*, cité à la note 2.

5 Art. 150 ss LDIP; cf. TF 3.9.1999: SJ 2000 I 269.

épars du droit suisse reconnaissent l'existence du trust[6], les seules règles de droit international privé qui lui soient spécifiquement consacrées sont celles qui figurent dans la convention (dite de Lugano) concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988[7].

De l'absence de règles de rattachement propres aux trusts et qui leur soient adaptées résulte une assez forte insécurité juridique. Celle-ci n'est pas nouvelle, ainsi qu'en attestent plusieurs arrêts anciens[8] où l'on peut lire la difficulté de nos tribunaux à comprendre le rôle exact du trustee d'un emprunt obligataire international[9], à identifier les rapports de propriété sur les actifs en trust[10] ou encore à qualifier la situation du bénéficiaire d'un trust dont les créanciers veulent saisir les prestations[11].

Mais les effets négatifs de ces incertitudes sur la sécurité juridique et la prévisibilité se sont accrus en fonction du nombre croissant des biens en trust[12] déposés en Suisse et des demandes plus fréquentes de mesures provisionnelles ou d'exécution forcée sur ces biens. Les tribunaux suisses sont désormais saisis de requêtes en renseignements ou en reddition de compte

---

6 Cf. notamment l'arrêté du Conseil fédéral protégeant par des mesures conservatoires les personnes morales, sociétés de personnes et raisons individuelles du 12 avril 1957 (RS 531.54), qui permet aux sociétés suisses de protéger leurs actifs de la spoliation par une puissance étrangère en temps de guerre en constituant des trusts (art. 18 ss).

7 RS 0.275.11. Cf. art. 5 ch. 6, art. 17 al. 2 et 3, art. 53 al. 2.

8 À commencer par un arrêt des juridictions genevoises de 1874, paru au *Clunet – Journal du droit international* 1874 p. 334, dans une affaire *Pught et Weatchers c. syndic Schlesinger.*

9 ATF 62 II 40, JdT 1936 I 552, *Aktiebolaget Obligationsinteressenter c. Banque des règlements internationaux* (Emprunt Young).

10 ATF 82 III 63, JdT 1956 II 99, *Rionda* (affaire du "Spanish Refugee Trust").

11 ATF 89 III 12, *Saunders*.

12 Dans ce rapport, j'utilise le plus souvent l'expression "biens en trust" (*in trust, subject to trust*) de préférence à celle, qu'on entend plus fréquemment, de "biens du trust". Les deux expressions sont synonymes. Sans être fausse, la seconde est malheureuse parce qu'elle suggère que les biens appartiennent à une entité nommée trust. Dans l'esprit du juriste de droit civil, elle renforce l'idée, toujours erronée, que le trust est une personne (ou une quasi-personne) morale. La conception (dite institutionnaliste) du trust comme une entité sans personnalité juridique, promue par les travaux fondamentaux de LEPAULLE dans la première moitié de ce siècle, est nettement perceptible aux États-Unis. "Increasingly, modern common law and statutory concepts and terminology tacitly recognize the trust as a legal 'entity', consisting of the trust estate and the associated fiduciary relation between the trustee and the beneficiaries." Restatement (Third) of Trusts, § 2 comment a (Tentative Draft No. 1, 1996).

dirigées contre la banque dépositaire ou de saisie de biens constitués en trust en violation de règles légales sur la réserve successorale. Ils sont amenés à décider si des biens en trust peuvent être saisis ou séquestrés par les créanciers personnels du trustee[13].

Or il est frappant de constater que cette activité judiciaire notable n'entraîne que rarement la publication de décisions dans les recueils officiels ou dans les revues scientifiques[14]. Outre le caractère souvent très privé et confidentiel des litiges en question, magistrats et avocats paraissent soucieux de ne pas publier des décisions qui semblent davantage arbitrer les intérêts en présence dans un cas d'espèce plutôt que de se prononcer sur les principes. La décantation jurisprudentielle ne se fait pas. Là où les décisions successives de nos juridictions devraient apporter plus de clarté et combler progressivement les lacunes de la loi, ce silence judiciaire ne le permet pas.

À ce jour, l'incertitude de nos règles quant à la loi applicable aux trusts étrangers et à la reconnaissance de leurs effets ne semble pas avoir nui sensiblement à l'attrait de la Suisse. Tout au plus sait-on que le choix de professionnels suisses comme trustees de trusts étrangers appelle des précautions particulières[15]. Il suffirait cependant d'une ou deux affaires judiciaires à forte publicité pour mettre en évidence les lacunes de notre droit et inciter les trustees étrangers ou leurs conseillers juridiques à réexaminer l'opportunité de recourir à certains services de la place financière suisse. Il est donc judicieux d'examiner maintenant si et comment cette insécurité peut être réduite par l'adoption de quelques normes judicieusement choisies.

---

13 Décisions des juridictions zurichoises dans la faillite de Werner K. Rey, ZR 1999 225 n° 52.

14 L'affaire Cortrust, qui occupe les juridictions zurichoises et le Tribunal fédéral depuis 1992 à propos de la saisissabilité des biens d'un trust liechtensteinois dans la poursuite contre le trustee, n'a encore fait l'objet d'aucune publication. Diverses décisions ont été rendues à Genève, principalement dans des contentieux successoraux, qui n'ont pas été publiées dans les revues. À l'occasion de son séminaire du 5 mai 1999 ("Trusts étrangers et ordre juridique suisse"), l'Association genevoise de droit des affaires a établi un recueil de documents reproduisant quatre jugements genevois et vaudois inédits rendus entre 1996 et 1998. Cf. également LIMBURG & SUPINO (1999), qui mentionnnent nombre de décisions non publiées.

15 Cf. SCHULTHESS & LIMBURG (1996).

En 1985, la Conférence de La Haye de droit international privé a adopté une convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (ci-après "la Convention"). Celle-ci est entrée en vigueur le 1er janvier 1992 entre l'Australie, l'Italie et le Royaume-Uni. Le Canada, les Pays-Bas et Malte sont venus depuis lors rejoindre les trois premiers États. La Convention lie également la Chine en ce qui concerne Hong Kong. Chypre, les États-Unis d'Amérique, la France et le Luxembourg l'ont également signée, sans encore l'avoir ratifiée. Le Luxembourg est cependant sur le point de le faire, soucieux de renforcer ainsi l'attrait de sa place financière pour les grands trustees étrangers.

Alors qu'elle a bénéficié de l'apport scientifique d'un éminent jurisconsulte suisse, le professeur Alfred von Overbeck[16], et qu'elle a déjà été discutée dans de nombreuses contributions scientifiques d'auteurs suisses, la Convention n'a pas encore été signée par notre pays.

Le présent rapport, rédigé sur mandat de l'Office fédéral de la justice, a pour objet d'examiner l'opportunité de ratifier la Convention et, dans l'affirmative, quels éventuels aménagements de notre droit interne permettraient d'assurer une reconnaissance adéquate des effets des trusts étrangers dans notre pays sans compromettre les valeurs essentielles qui inspirent notre juridique.

Dans un souci de concision, le chapitre II rappelle très succinctement les caractéristiques du trust en tant qu'institution développée dans les pays de *common law*. Le chapitre III résume le champ d'application de la Convention, les règles de rattachement qu'elle statue et la reconnaissance des effets d'un trust qu'elle prévoit.

La décision de ratifier la Convention doit répondre à deux questions successives. Notre droit international privé comprend-il des règles suffisant à assurer le régime juridique des trusts étrangers devant les tribunaux et autorités suisses et, si ce n'est pas le cas, les règles de la Convention sont-elles préférables et compatibles avec les principes fondamentaux de notre ordre juridique?

---

16 Professeur à l'Université de Fribourg et directeur de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne, Alfred von Overbeck a rédigé le rapport de la Commission spéciale sur son avant-projet de convention, puis le rapport explicatif qui commente la convention telle qu'elle fut adoptée par la conférence, cf. Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quinzième session*, t. II pp. 167 ss et pp. 370 ss.

Le chapitre IV présente donc les trois qualifications (contrat, société, successions) envisageables pour le trust sous l'empire de la loi fédérale du 18 décembre 1987 et les problèmes qui en résultent. Les chapitres V à XII examinent ensuite en plus de détails la façon dont la Convention règle l'interaction entre les effets d'un trust étranger et les autres droits et règles (en matière de succession, de régimes matrimoniaux, d'exécution forcée, de droits réels, etc.) auxquels notre droit international privé entend donner effet, que ce soit par des règles de rattachement propres, au titre de la réserve de l'ordre public international de la Suisse ou en tant que lois d'application immédiate.

Lorsque, conformément aux règles de conflit de lois, le droit suisse matériel a vocation à s'appliquer à des situations internationales où apparaît un trust, on verra au long des chapitres V à X que certains ajouts à notre législation seraient de nature à faciliter la prise en considération des effets de trusts dans le respect des règles impératives (protection des réserves héréditaires, des créanciers, des tiers de bonne foi, etc.) énoncées par notre ordre juridique et auquel il ne convient pas de renoncer.

La Convention dont l'opportunité de la ratification et les mesures d'accompagnement sont ici étudiées n'emporte d'aucune manière la réception ou la création d'une nouvelle institution dans notre droit interne. Son seul objet est de prendre acte de l'existence de trusts valablement constitués à l'étranger, de fournir les règles qui permettent d'identifier la loi qui leur est applicable et d'assurer la reconnaissance de leurs effets dans une mesure appropriée.

Cependant, l'amélioration de la reconnaissance des trusts étrangers par les juridictions et autorités administratives suisses n'est pas sans effet sur l'une au moins de nos institutions domestiques. La fiducie (*Treuhand*) est une institution que la pratique suisse et une jurisprudence plus que centenaire ont développée en quelque sorte en marge de nos codes. Bien qu'elle soit dogmatiquement très différente du trust anglo-américain, elle présente une forte analogie fonctionnelle puisque, comme le trust, elle permet de dissocier la titularité juridique d'un bien matériel ou immatériel de son bénéfice économique. Comme le trust, elle se prête à l'administration fiduciaire d'un bien autant qu'à la détention fiduciaire de sûretés. Sans jamais l'inscrire dans un texte de portée générale, le législateur a choisi la fiducie comme fondement dogmatique aux fonds de placement ainsi qu'à la ges-

tion collective des droits d'auteur. Il a en outre renforcé la protection des bénéficiaires des opérations fiduciaires des banques en prévoyant la distraction automatique des biens fiduciaires en cas de liquidation forcée d'une banque.

Fonctionnellement semblable aux trusts, la fiducie s'en distingue cependant par son histoire[17], par ses fondements dogmatiques qui ignorent la distinction entre *legal* et *equitable ownership* caractéristique du trust anglo-américain[18], par la rareté des cas où les bénéficiaires sont distincts du fiduciant lui-même et, pour la fiducie-gestion (*fiducia cum amico*), par son émancipation insuffisante des règles du mandat, ce qui soumet son sort à l'aléa d'une résiliation possible en tout temps et aux directives et instructions du fiduciant[19].

Bien que la Convention ait été principalement conçue pour permettre et faciliter la reconnaissance du trust anglo-américain dans les ordres juridiques qui sont étrangers à la *common law* et à l'*equity*, la définition assez large de son objet (article 2) pourrait s'étendre à notre fiducie si celle-ci était améliorée et lui assurerait ainsi une meilleure reconnaissance au-delà de nos frontières. Cet avantage n'est pas négligeable si l'on considère les difficultés apparues au cours des litiges tranchés par des juridictions étrangères relativement à la titularité et à la distraction des biens soumis à une fiducie de droit suisse[20].

C'est pourquoi le mandat de l'Office fédéral de la justice comprend un deuxième volet, qui consiste à étudier l'opportunité de codifier la fiducie telle qu'elle existe aujourd'hui en Suisse (chapitre XIV) et de formuler une proposition législative dans le triple but d'en améliorer la sécurité juridique, d'en augmenter la flexibilité et les applications possibles et d'en assurer la reconnaissance à l'étranger par le truchement de la Convention. Le présent rapport comprend donc un projet sommairement commenté de dispositions légales qui pourraient être insérées dans un nouveau chapitre du

---

17 Voir cependant la grande fresque historique tracée dans *Itinera Fiduciae* (1998).

18 Cette importante différence a été reconnue très tôt et a peut-être provoqué une surévaluation de la distance qui sépare le trust et la fiducie, cf. notamment GUBLER (1954) et REYMOND (1954).

19 Pour un état des lieux et une synthèse récents, cf. THÉVENOZ (1995) et WATTER (1995).

20 Outre plusieurs décisions non publiées, on relève en particulier l'affaire *Mebco* devant les juridictions françaises (JCP 1993 II n° 22005, rés. RSDA 1994 47 r62; JCP 1995 II n° 22427 obs. VASSEUR).

code des obligations (chapitre XV). Les règles par défaut (règles supplétives) correspondent pour l'essentiel au régime légal actuel des opérations fiduciaires tout en ménageant aux parties la possibilité de s'en écarter afin de réaliser des opérations qui ne peuvent pas l'être dans le cadre du droit actuel, notamment dans le cadre des règles actuelles sur le mandat dont la jurisprudence admet qu'elles s'appliquent en principe à toute fiducie-gestion (*fiducia cum amico*).

Comme le lecteur le constatera, la question des limites dans lesquelles notre ordre juridique accepte et reconnaît la constitution d'un trust ou d'une fiducie se pose le plus souvent de la même manière pour le trust et la fiducie. Au-delà de leurs différences structurelles et dogmatiques, les problèmes auxquels notre ordre juridique doit répondre tiennent à la fonction qui leur est commune: dissocier le contrôle juridique du bénéfice économique de certains biens. C'est pourquoi l'examen des objections et des difficultés liées à la reconnaissance des trusts étrangers et la discussion des aménagements nécessaires coïncide largement avec celle des limites qu'il faut assigner à la fiducie. Ces deux parties se font donc partiellement écho et, pour éviter d'inutiles répétitions, la discussion des objections et des limites dans lesquelles les trusts étrangers doivent être reconnus par l'ordre juridique suisse valent pour l'essentiel pour la fiducie suisse *de lege lata et ferenda*.

II. Le trust

Ce deuxième chapitre présente les caractères essentiels du trust tel qu'il est né de la jurisprudence des Chanceliers anglais et tel qu'il s'est développé depuis lors dans le cadre des principes de l'*equity* et dans la plupart des pays de *common law*.

Rappeler que le trust est le fruit d'un développement qui fut à l'origine tout à fait spécifique au droit anglais et qu'il fait partie du patrimoine juridique de tous les systèmes juridiques qui en sont dérivés ne peut faire oublier que le trust a été reçu dans de nombreux pays de droit civil. C'est le cas de certains États profondément influencés par la *common law* en raison de leur proximité géographique, historique et politique. En Écosse, en Afrique du Sud, au Québec et en Louisiane, les tribunaux, aidés dans une mesure variable par le législateur, ont progressivement reçu, reconnu et développé

un véritable trust dans les limites et les contraintes caractéristiques des systèmes juridiques de la tradition civiliste (*numerus clausus* des droits réels; absence de distinction entre *legal title* et *equitable ownership*, réserves successorales, etc.). D'une manière plus volontariste et avec un succès variable, le Japon (1922), Panama (1925), le Liechtenstein (1926), le Mexique (1932), la Colombie (1971), Israël (1979), l'Argentine (1995) – pour ne citer que quelques exemples importants – ont légiféré pour créer de toutes pièces une institution calquée sur le trust anglo-saxon. Même si ces trusts "de droit civil" s'écartent dans une mesure parfois appréciable du trust classique tel qu'il est illustré par exemple par la jurisprudence anglaise ou américaine au XIX^e siècle, ils n'en sont pas moins des avatars qui participent de la notion contemporaine du trust[21]. On peut leur trouver un dénominateur commun[22]. C'est ce qu'ont fait les rédacteurs de la Convention du 1^er juillet 1985. C'est aussi l'objet et l'ambition des *Principes de Droit Européen du Trust* publiés en 1999 par un groupe coopté d'éminents spécialistes choisis qui ont cherché à exprimer, en neuf articles et vingt-quatre alinéas, cette notion fondamentale du trust (*core notion of trust*)[23].

Présenter le trust en tant qu'institution ne saurait faire oublier que les règles lentement dégagées par la jurisprudence ont fait ou font actuellement l'objet de multiples réformes législatives dans la plupart des pays qui connaissent le trust. Par exemple, de nombreux législateurs ont eu soin de revoir les règles supplétives relatives aux pouvoirs du trustee quant au choix des investissements[24]. En outre, un certain nombre de petits États insulaires, qui se présentent comme des paradis fiscaux pour promouvoir les services de leur place financière, ont modifié certaines règles qui paraissaient fondamentales en matière de trust (buts, durée maximale, protection contre les créanciers, possibilité pour le settlor de contrôler le devenir du trust,

---

21 Cf. LUPOI (1995) et (1999).

22 Cf. en particulier WATERS (1995) pp. 341 ss; *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective* (1998).

23 *Principles of European Trust Law* (1999). Cet ouvrage présente et commente les Principes – rédigés en huit articles (en anglais et en français), reproduit en annexe au présent ouvrage – puis reproduit une série de rapports nationaux comparant ceux-ci au droit actuellement en vigueur en Écosse, en Allemagne, en Suisse, en Italie, en France, en Espagne, au Danemark et aux Pays-Bas. Le rapport suisse est l'œuvre du Prof. Alfred von Overbeck.

24 Cf. aux États-Unis: Restatement (Third) of Trusts: Prudent Investor Rule (1990); Uniform Prudent Investor Act (1994); au Royaume-Uni: [English] LAW COMMISSION & SCOTTISH LAW COMMISSION, *Trustees' Powers and Duties*, July 1999 (Joint Report No 260/172), accesible à www.open.gov.uk/lawcomm.

caractère secret à l'égard des bénéficiaires, etc.) au point que l'on peut, à raison, se demander si ces créatures *offshore* répondent encore à la notion de trust[25].

Le présent chapitre n'a pour objectif que de présenter, en des termes aussi simples que possible, la notion de trust en tant qu'institution (A), puis d'en rappeler les caractéristiques les plus distinctives aux yeux du juriste suisse (B–G). Il ne saurait remplacer les précis pédagogique[26], et encore moins les grandes synthèses comparatives[27] ou les traités qui, dans les grandes juridictions qui connaissent le trust, présentent celui-ci de manière très complète[28].

A. Notion

Le trust est d'abord une création jurisprudentielle des tribunaux d'*equity* pour laquelle le législateur n'est intervenu que tardivement, ponctuellement et sans souci de codifier la jurisprudence. C'est pourquoi on ne trouve généralement pas, en Angleterre, dans les États américains ou en Australie, de définition légale du trust. Le travail de définition y est œuvre de doctrine, et non de législateur ou de jurisprudence. Et, dans leur réticence traditionnelle à l'égard des abstractions juridiques, les auteurs anglo-américains se sont davantage attaché à caractériser le trust qu'à le définir. Il est néanmoins commode de citer ici trois définitions qui sont le résultat d'un travail normatif:

> "Dans un trust, une personne appelée 'trustee' est propriétaire de biens séparés de son patrimoine personnel; le trustee doit affecter ces biens (le fonds du trust) à l'intérêt d'une autre personne appelée 'bénéficiaire' ou à l'accomplissement d'un but d'intérêt général."[29]
>
> "Aux fins de la présente Convention, le terme 'trust' vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou

25 Cf. HAYTON (1999).

26 Pour des précis récents de la matière, cf. en particulier en français: BÉRAUDO (1992); en anglais: HAYTON (1998). Je ne connais pas d'équivalent en langue allemande.

27 Cf. FRATCHER (1974); WATERS (1995). Voir aussi DYER & van LOON (1982).

28 Cf. D. WATERS, "The Role of the Trust Treatise in 1990s", 59 *Missouri Law Review* pp.121-156 (1994).

29 Article I (1) des Principes de Droit Européen du Trust.

> à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé."[30]
>
> "A trust, as the term is used in this Restatement when not qualified by the word 'resulting' or 'constructive,' is a fiduciary relationship with respect to property, arising as a result of a manifestation of an intention to create that relationship and subjecting the person who holds title to the property to duties to deal with it for the benefit of charity or for one or more persons, at least one of whom is not the sole trustee."[31]

Le trust n'est donc pas une entité juridique[32], encore moins une personne morale telle qu'une fondation, mais une relation entre le trustee et les bénéficiaires dominée par les devoirs (*fiduciary duties*) du premier à l'égard des seconds. Le constituant (*settlor*) crée cette relation en déclarant sa volonté d'affecter certains biens aux intérêts d'un ou plusieurs bénéficiaires ou à un but déterminé et en transférant la propriété de ces biens au trustee. À moins qu'il n'en ait disposé autrement, son rôle s'arrête là. Le settlor peut certes se désigner lui-même parmi les bénéficiaires, il peut se réserver la possibilité de concourir ou de s'opposer à certaines décisions importantes du trustee; mais s'il ne l'a pas fait, il disparaît de la relation juridique qui se noue entre le trustee et les bénéficiaires, laquelle ne prendra fin qu'au moment où le trustee se sera entièrement dessaisi des biens en trust conformément à ses obligations.

B. Grande variété de droits et d'expectatives des bénéficiaires

Un trust a généralement pour effet de créer des droits, présents ou futurs, certains (*fixed*) ou purement éventuels (*contingent*), dans le chef des bénéficiaires désignés[33]. Ce qui est inusuel pour le juriste de droit civil, c'est

---

30 Article 2 al. 1 de la Convention.

31 Restatement (Third) of Trusts, § 1 (Tentative Draft No. 1, 1996).

32 Même si l'usage évolue en ce sens que l'on s'y réfère souvent comme à une entité formée des biens en trust et des relations fiduciaires relatives à ces biens qui lient le trustee aux bénéficiaires, cf. Restatement (Third) of Trusts, § 2, comment a (Tentative Draft No. 1, 1996), cité *supra* note 12.

33 Certains trusts ne sont pas créés en faveur de bénéficiaires, mais pour la poursuite d'un but particulier dont l'utilité est reconnue par la loi applicable au trust (*purpose trusts*). Les plus connus sont les *charitable trusts*. La tendance moderne est d'étendre les buts qui peuvent justifier la création de tels trusts dépourvus de bénéficiaires. Dans certaines juri-

l'extrême diversité des *interests* que le settlor peut ainsi conférer à des bénéficiaires[34].

– Diversité d'objets: les bénéficiaires peuvent se voir attribuer des prérogatives ou des expectatives très variées: usage gratuit ou onéreux d'une chose; jouissance des fruits d'un capital; distribution partielle ou complète du capital; toutes autres formes de prestations à charges du fonds du trust. Ainsi, l'*America Cup* – un trophée décerné pour la première fois en 1851 – est l'objet d'un trust dont le vainqueur de la régate devient le trustee et dont les bénéficiaires sont les futurs concurrents et le futur vainqueur de la régate que le trustee est tenu d'organiser pour remettre son titre en jeu au moment et aux conditions précisés par l'acte de trust de 1887[35].
– Diversité de bénéficiaires, qui peuvent être existants au moment de la création du trust et identifiés, ou être déterminés ultérieurement par des critères tels que la parenté, l'appartenance à un groupe, etc.
– Diversité d'échéances (à tel âge, de son vivant, au décès de …, etc.), dans des limites maximales de durée qui sont déterminées par des règles, souvent complexes (*rules against perpetuities*), et par des conditions suspensives ou résolutoires (divorce, faillite du bénéficiaire, etc.).
– Diversité de nature: les droits d'un bénéficiaire peuvent être déterminés d'avance (*fixed interest*) ou ils peuvent être laissés à la libre appréciation du trustee (*discretionary interest*) dans le cadre des termes plus ou moins précis de l'acte de trust. Le pouvoir du trustee – ou d'un éventuel tiers souvent appelé protecteur (*protector*) – peut aller jusqu'à la désignation de nouveaux bénéficiaires ou leur suppression.

Cette quadruple diversité n'est pas en soi inconnue des droits issus de la tradition romano-germanique. En Suisse, on la retrouve en partie dans la pratique testamentaire suisse, et surtout dans le domaine des fondations. Les trusts se distinguent de nos testaments par le fait qu'il reconnaissent

---

dictions *offshore*, le *purpose trust* peut même être un habit cachant (mal) un trust entièrement contrôlé par le settlor à son propre profit. Des trusts de ce dernier type, dont il est douteux qu'ils correspondent à la notion fondamentale du trust (*core concept of trust*), seront généralement contraires à l'ordre public suisse car il permettent, pour le settlor, de créer un patrimoine séparé par une affectation totalement fictive. L'ordre public suisse est réservé par l'art. 18 de la Convention.

34 FRATCHER (1974) N. 1 a illustré cet aspect en imaginant les clauses d'un trust prévoyant 26 types d'intérêts différents affectant le même patrimoine remis au trustee.

35 *Mercury Bay Boating Club Inc. v. San Diego Yacht Club*, 76 N.Y.2d 256, 557 N.E.2d 87, 557 N.Y.S.2d 851 (C.A., 1990).

souvent un (très) large pouvoir d'appréciation du trustee quant au moment, au montant et au bénéficiaire des distributions, une liberté qui est fondamentalement étrangère à notre droit successoral[36]. En outre, les attributions faites par le trustee peuvent s'étendre sur une durée parfois bien supérieure à celle que permet l'exécution testamentaire prolongée ou même la substitution fidéicommissaire (*Nacherbeneinsetzung*)[37]. Les trusts ordinaires se distinguent en outre de nos fondations par le fait qu'ils ne sont pas limités par un catalogue de buts admissibles, mais par l'existence de bénéficiaires. Trusts et fondations se rapprochent sensiblement en revanche en ce que tous deux permettent de stipuler des classes de personnes qui n'acquièrent pas de ce seul fait un droit exigible contre le trustee ou la fondation mais parmi lesquels ce trustee ou le conseil de fondation peuvent choisir librement les bénéficiaires effectifs de certaines prestations qu'ils déterminent selon leur libre appréciation dans le cadre fixé par l'acte de trust ou de fondation.

C. Devoirs du trustee

Les devoirs du trustee relatifs aux biens qui lui sont confiés sont au cœur de l'institution. Les *Principes de Droit Européen du Trust* les résument ainsi[38]:

> "(2) Le devoir fondamental d'un trustee est de se conformer aux termes du trust, de gérer raisonnablement les biens du trust et d'agir dans l'intérêt bien compris des bénéficiaires ou, en cas de trust ayant un but d'intérêt général, de promouvoir l'intérêt en question.
>
> "(3) Un trustee doit garder les biens du trust séparés et les protéger, tenir des comptes précis et fournir aux bénéficiaires ou au curateur les informations nécessaires à la sauvegarde de leurs intérêts.
>
> "(4) Sauf autorisation contraire découlant des termes du trust ou de la loi, un trustee doit remplir ses fonctions personnellement. Il doit agir honnêtement et, sauf autorisation contraire, éviter tout conflit d'intérêts.
>
> "(5) Un trustee est comptable du fonds du trust, il doit personnellement réparer toute perte causée au fonds du trust par une violation du trust. Il

36 Cf. *infra* V.A.1 et note 120.

37 PIOTET (1975) p. 96 a relevé que si la substitution fidéicommissaire est limitée à deux degrés, elle ne limite pas le moment où intervient la deuxième succession de sorte que le testateur pourrait instituer la commune de Lausanne héritière de ses biens à charge pour elle, en l'an 2222, de les remettre aux descendants de sa famille encore vivants.

38 Article V.

> doit personnellement ajouter à ce fonds tout profit que lui aurait procuré la violation de ses devoirs."

En droit anglo-américain, ces devoirs dits fiduciaires (*fiduciary duties*)[39] se distinguent des obligations contractuelles par leur intensité, le degré élevé de diligence et de fidélité attendu du trustee. Comme l'exprima Cardozo dans un arrêt toujours cité de la Cour d'appel de New York de 1928: "Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior."[40]

Ce qui vient d'être dit du trust paraît en fait très proche de notre fiducie-gestion (*fiducia cum amico*). À ce stade, les deux différences les plus notables relèvent davantage de la forme ou des circonstances que du fond. Notre fiducie repose sur un contrat entre le fiduciant et le fiduciaire alors que la déclaration de trust est généralement conçue comme un acte purement unilatéral du settlor[41]; lorsque le trustee décline son office, la validité du trust n'en est pas affectée, mais il revient alors au juge compétent de désigner un autre trustee. En outre, la fiducie suisse est presque toujours une relation entre le fiduciaire et le fiduciant, qui n'en est pas seulement l'initiateur mais presque toujours aussi l'unique bénéficiaire[42].

---

39 Qui sont caractéristiques du trust et y trouvent certes leur origine, mais se sont également développés de sorte à irradier de nombreuses autres relations juridiques relevant des règles de l'*equity* telles que, notamment, les devoirs du représentant envers le représenté (*agency*), des dirigeants d'une société envers les actionnaires, du tuteur envers son pupille, etc. Pour un aperçu récent, cf. McKENDRICK *et al.* (1992); Tamar FRANKEL, "Fiduciary Duties", in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London (Macmillan), New York (Stockton) 1998, vol. 2 p. 127; P. PARKINSON, "Fiduciary Obligations", in *The Principles of Equity*, ed. by P. Parkinson, Sydney (LBC Information Services) 1996, pp. 325-378.

40 *Meinhard v. Salmon et al.*, 249 N.Y. 458 (p. 464), 164 N.E. 545 (p. 546).

41 En réalité, la professionnalisation des services de trustee résulte en une véritable négociation du trust deed pour lequel le futur trustee est généralement le conseiller du settlor. Aux États-Unis, un mouvement doctrinal récent mais controversé insiste d'ailleurs sur le caractère contractuel du trust dans l'intention déclarée de réduire l'ampleur et l'intensité des devoirs fiduciaires, cf. surtout LANGBEIN (1995). Le débat est ancien cependant; il remonte à F.W. Maitland.

42 Bien qu'elle puisse l'être (art. 112 al. 2 et 3 CO), la fiducie-gestion ou la fiducie-sûreté n'est presque jamais stipulée en faveur d'autrui, cf. THÉVENOZ (1995) pp. 345-347; cf. ATF 96 II 79 c. 7b & 8c, JdT 1971 I 337 & 343, *Harrison*.

Cependant, la nature particulière du trust et le degré de protection qu'il offre aux bénéficiaires résulte d'un certain nombre de traits spécifiques qui sont, principalement, la ségrégation des avoirs en trust et leur insaisissabilité au profit des créanciers personnels du trustee (D), la responsabilité aux dettes du trustee (E), le droit de suite des bénéficiaires sur les biens aliénés par le trustee en violation du trust (F) et les possibilités d'intervention judiciaire à la requête des bénéficiaires voire du trustee lui-même (G).

D. Patrimoine séparé

La création d'un patrimoine séparé est la première caractéristique du trust mentionnée par la Convention, qui dispose que "les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee"[43]. Cette masse, souvent appelée fonds du trust (*trust fund*), "comprend non seulement les biens originaux et ceux ajoutés par la suite, mais également les biens acquis en remploi de ces biens."[44] Elle répond donc au principe de la subrogation réelle.

Dans tous les systèmes qui connaissent le trust, cette masse séparée se distingue des biens personnels du trustee à trois égards au moins:

– ils ne sont pas soumis à la mainmise des créanciers du trustee sauf, éventuellement, pour les dettes que celui-ci a contractées en sa qualité de trustee de ces biens (on y reviendra sous E); ils échappent ainsi à la faillite personnelle du trustee;
– ils ne sont pas soumis à son régime matrimonial et ne sont pas susceptibles de profiter à son conjoint;
– lorsque le trustee décède, ils échappent à sa succession et ne profitent pas à ses héritiers.

Analysés selon les concepts du droit civil, les biens soumis à un trust forment en fait un patrimoine séparé[45].

Le sort particulier du patrimoine séparé qui résulte de tout trust se traduit par des obligations strictes à charge du trustee. "Sauf disposition contraire des termes du trust, un trustee de plusieurs trusts doit tenir chaque

43 Art. 2 al. 2 lit. a de la Convention.

44 Art. III (1) des Principes Européens.

45 Sur les patrimoines séparés en droit suisse, cf. THÉVENOZ (2000).

fonds de trust séparé, non seulement de son patrimoine personnel, mais aussi du fonds de chacun des autres trusts."[46] Lorsqu'il manque à cette obligation stricte, lorsque par exemple il mélange un bien du trust à sa fortune personnelle ou lorsqu'il s'approprie sans droit ("en violation du trust", par exemple en prélevant une rémunération à laquelle il n'a pas droit ou en s'attribuant une libéralité contraire aux clauses du trust) un bien soumis au trust, il en est comptable sur son patrimoine personnel; il en doit la restitution en nature ou, lorsque ce n'est pas possible, en valeur.

E. Responsabilité aux dettes

Outre ses effets dans le régime matrimonial et successoral du trustee, la reconnaissance d'un patrimoine séparé formé de tous les biens faisant l'objet d'un trust se traduit nécessairement par un régime particulier de responsabilité aux dettes. On peut résumer ainsi les deux principes qui guident ce régime:

– Les créanciers personnels du trustee ne peuvent se désintéresser au moyen du fonds du trust, c'est-à-dire des biens dont il est le propriétaire en tant que trustee. Notamment, le fonds du trust ne tombe pas dans sa masse en faillite.
– Lorsque le trustee assume en cette qualité une obligation (contractuelle ou autre) envers un tiers, il ne répond en principe de son exécution que sur son patrimoine personnel. Il a cependant droit au remboursement de ses frais et débours (*expenses*), mais dans la mesure seulement où ceux-ci ont été encourus dans l'accomplissement diligent de ses obligations de trustee ou dans la mesure où ces dépenses ont profité au fonds du trust[47].

Ce régime est sévère pour le trustee, dont la position ne peut pas être comparée à celle de l'organe d'une société ou d'une fondation. D'abord, le trustee qui assume ès qualités des obligations envers des tiers grève son patrimoine personnel, alors que l'organe prend des engagements à charge de la société. En outre, la validité des engagements qu'il prend en sa qualité n'est pas limitée par ses pouvoirs en tant que trustee. S'il contracte au-delà

46 Art. III (3) des Principes Européens.

47 FRATCHER (1974) N. 91 p. 73; Restatement (2d) Trusts, § 245; Uniform Trust Code, s. 709 (2000 Annual Meeting Draft).

de ce que l'acte de trust et la loi applicable l'autorisent à faire, son engagement n'en est pas moins valable et l'oblige envers les tiers. Il devra s'exécuter à charge de son patrimoine personnel sans pouvoir se rembourser sur le fonds du trust.

La règle classique, qui est toujours celle du droit anglais[48], permet sous certaines conditions aux créanciers du trustee qui s'est valablement engagé en cette qualité de s'en prendre au fonds du trust. Assez restrictive, cette mainmise sur les biens en trust est considérée comme un *equitable remedy* résultant d'une subrogation du créancier au droit du trustee de se faire rembourser ses frais. La tendance moderne va dans le sens d'un accès direct de ces créanciers au fonds du trust pour autant que les dettes ont été assumées par le trustee agissant en conformité de ses devoirs. C'est ce que suggèrent les Principes de Droit Européen du Trust[49]; c'est également la règle dans plusieurs États américains[50]. Les codifications les plus récentes sont encore plus protectrices du trustee lorsque celui-ci agit ès qualités et dans le cadre de ses pouvoirs: elles l'exonèrent de toute responsabilité sur son patrimoine personnel et limitent les prétentions des tiers au fonds du trust[51].

F. Droit de suite des bénéficiaires

La deuxième caractéristique principale du trust anglo-américain est la protection des bénéficiaires lorsque le trustee a disposé de certains biens en violation de sa mission (*in breach of trust*), c'est-à-dire en violation des obligations que lui imposent l'acte de trust et la loi. Les bénéficiaires peuvent non seulement exiger du trustee qu'il répare toute perte ainsi causée au fonds du trust et qu'il l'augmente de tout profit qu'il aurait réalisé[52]. Ils

48 UNDERHILL & HAYTON (1995) Art. 86 para. 5 (pp. 787, 801-803); comp. FRATCHER (1974) p. 79. Cf. cependant les propositions du Trust Law Committee dans son rapport *Rights of Creditors Against Trustees and Trust Funds* de juin 1999, Londres (Butterworths Tolley).

49 Art. III (2), 2e phrase: "… le fonds du trust ne répond que des prétentions de créanciers à l'encontre du trustee comme tel…", et commentaire p. 46.

50 FRATCHER (1974) p. 79 (n. 657), et surtout SCOTT & FRATCHER (1987) t. IIIA § 271 A.1.

51 Uniform Trust Code, s. 1010 (a) (2000 Annual Meeting Draft); Trusts (Jersey) Law 1984, Art. 28; California Trust Law (1987), codifié dans California Probate Code, s. 18000.

52 Art. V (5) des Principes de Droit Européen du Trust; Uniform Trust Code, ss. 1002 & 1003 (2000 Annual Meeting Draft).

peuvent également, sous certaines conditions, exiger des tiers la restitution au fonds du trust des biens qui en ont été indûment aliénés ou obtenir une autre forme de réparation. Ce droit de suite (*tracing the trust assets*) existe en principe contre tout acquéreur d'un bien en trust à moins que celui-ci ne l'ait acquis de bonne foi et à titre onéreux (*bona fide purchaser for value without notice*)[53].

Le droit de suite avait une grande importance à l'époque où, en l'absence de texte légal, le trustee n'avait le droit de disposer des biens en trust que dans les cas expressément prévus par l'acte de trust. Les législations ont cependant évolué en même temps que la nature des biens constitués en trust. La propriété foncière, qui fut le premier et pendant longtemps le principal objet des trusts, a fait place aux actifs financiers. Leur gestion prudente dans l'intérêt des bénéficiaires suppose des pouvoirs étendus d'aliéner et de réinvestir. Comme les actes de trust étaient (et sont encore) souvent lacunaires sur l'étendue exacte des pouvoirs du trustee à cet égard, ceux-ci ont été progressivement complétés par des règles légales supplétives adoptées dans de nombreux pays de *common law* par les parlements respectifs. Avec le Trustees Act (1925) et le Trustee Investment Act (1961) en Angleterre[54], avec le Uniform Trustees' Powers Act (1964) et le Uniform Prudent Investor Act (1994)[55] aux États-Unis et d'autres législations équivalentes dans d'autres pays du Commonwealth[56], le pouvoir du trustee d'aliéner les biens en trust ont été considérablement étendus. La tendance peut être poussée à l'extrême dans les juridictions dites *offshore*, suivant l'exemple posé par l'art. 20(1) du Trusts (Jersey) Law de 1984[57]. La protection des bénéficiaires s'en trouve réduite d'autant[58].

---

53 FRATCHER (1974) p. 80, 2e col.; UNDERHILL & HAYTON (1995) Art. 104 pp. 916 ss; BOGERT (1987) §§ 161-165.

54 En attendant une nouvelle législation dont le besoin est fortement ressenti, cf. *supra* note 24.

55 Cette loi uniforme a été adoptée par plus de 30 États. Elle codifie et synthétise le Restatement (Third) of Trusts: Prudent Investor Rule (1992).

56 FRATCHER (1974) N. 100 pp. 81-83.

57 "Subject to the terms of the trust and subject to his duties under this Law, a trustee shall in relation to the trust property have all the same powers as a natural person acting as the beneficial owner of such property."

58 LANGBEIN (1995) pp. 640-643 y voit l'un des facteurs renforçant une explication plus contractuelle du trust au détriment d'une explication qui fait du trust une pure institution du droit des biens (droits réels).

G. Interventions du juge

Le troisième trait qui distingue le trust des institutions analogues des droits romano-germaniques (fiducie, fondation, substitution fidéicommissaire) tient au rôle du juge. Celui-ci n'est pas seulement l'arbitre de différends, l'ordonnateur des mesures provisionnelles qui préservent la situation et le rédacteur de jugements qui corrigent les effets d'une violation du trust. Dans une forme de juridiction gracieuse, il est aussi celui à qui le trustee, dans des situations de doute sérieux, peut demander des instructions qui l'obligeront – mais l'exonéreront en même temps d'une éventuelle responsabilité pour s'être mépris sur la bonne interprétation de l'acte du trust. Le juge remplace le trustee qui ne répond plus aux exigences de son office. Il a également le pouvoir de modifier l'acte du trust lorsque cela est nécessaire à la poursuite du but original. On dit souvent que "the trustee lives in the shadow of the court."

Une telle forme de juridiction est nécessaire dès lors que le settlor qui crée le trust ne retient aucun pouvoir sur son existence ou son fonctionnement, à moins qu'il ne se le soit réservé dans l'acte de trust. Les bénéficiaires ont un rôle passif. Le trustee se trouve donc seul pour accomplir sa tâche. La durée du trust, qui peut être considérable, impose souvent d'interpréter les clauses du terme dans le contexte de circonstances qui ont profondément changé. Face à une incertitude où son action pourrait engager sa responsabilité, le trustee a le choix de s'adresser au juge, dont l'interprétation fait règle.

III. Aperçu de la Convention

Ce n'est pas le lieu de commenter en détail les dispositions la Convention du 1er juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance[59]. Ce travail a d'ailleurs été accompli par le Professeur Alfred von Overbeck, qui

---

59 Les **textes originaux français et anglais**, reproduits *infra* pp. 351 ss, sont publiés dans les *Actes et documents de la Quinzième session*, tome II, et sur le site de la Conférence <hcch.net>, où l'on trouve également l'état des signatures et ratifications. On trouve une **traduction allemande** dans *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1987 pp. 55-58, également reproduits *infra* pp. 351 ss, ainsi qu'une traduction **italienne** dans *Trust Laws of the World* (2000) pp. 30-38.

a établi avec talent et autorité le rapport explicatif de la Convention[60]. La Convention a également fait l'objet de nombreuses mais plus brèves présentations en anglais, en français, en allemand et en italien notamment[61]. Le présent chapitre se limite à une présentation succincte de la matière réglée par la Convention. Celle-ci sera discutée de manière plus approfondie au long des chapitres suivants lors de l'examen de sa compatibilité avec les principes fondamentaux de notre ordre juridique et de la coordination entre la loi applicable au trust et les autres lois qui ont vocation à régir d'autres aspects d'une même situation internationale.

En cinq chapitres, la Convention établit son champ d'application (articles 1 à 5), détermine la loi applicable aux trusts (articles 6 à 10), énonce les effets qui résultent de leur reconnaissance (articles 11 à 14), réserve les règles applicables à un autre titre et prévoit certaines sauvegardes (articles 15 à 25), et se conclut par les clauses finales habituelles (articles 26 à 32).

A. Champ d'application

Comme elle est notamment destinée aux États ne connaissant pas le trust en tant qu'institution, la Convention caractérise les trusts auxquels elle est applicable de sorte à permettre une qualification autonome, indépendante des institutions connues de la loi interne du for. Cette qualification repose sur une définition (article 2 al. 1):

> "Aux fins de la présente Convention, le terme 'trust' vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé."

Cette définition est précisée par trois "caractéristiques" (article 2 al. 2) qui doivent permettre de distinguer le trust de certaines autres institutions poursuivant des buts semblables:

---

60 *Supra* note 16.

61 En **français:** von OVERBECK (1985b); GAILLARD & TRAUTMAN (1986); JAUFFRET-SPINOSI (1987); KLEIN (1990); GAILLARD (1990); REYMOND (1991); PÉLICHET (1994). En **anglais**: GAILLARD & TRAUTMAN (1987); LUPOI (1995) et (1997); HAYTON (1996); KÖTZ (1999). En **allemand**: KÖTZ (1986); PIRRUNG (1987). En **italien**: FUMAGALLI (1992); PATON & GROSSO (1994); BROGGINI (1996).

> "a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee;
>
> "b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;
>
> "c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi."

La définition est enfin complétée par une précision (article 2 al. 3):

> "Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust."

Le champ d'application fait l'objet de nombreuses précisions, qu'on peut ainsi résumer:

- la Convention "ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est rapportée par écrit" (article 3); chaque État contractant peut néanmoins déclarer l'étendre aux trusts créés par décision de justice (article 20);
- la Convention ne détermine pas la loi applicable à la validité du transfert au trustee de la propriété des biens qui font l'objet du trust ni celle qui régit le testament dont le trust peut naître (article 4); on entend souvent la métaphore que la Convention s'applique à la "fusée" qu'est le trust, mais pas à son "lanceur", c'est-à-dire à l'acte juridique par lequel des biens sont transférés au trustee[62];
- la Convention ne s'applique pas lorsque la loi qu'elle désigne comme applicable à un trust "ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause" (article 5);
- la Convention s'applique quelle que soit la loi désignée par ses règles de rattachement; chaque État contractant peut néanmoins faire une réserve pour en limiter l'application aux seuls trusts dont la validité est soumise à la loi d'un État contractant (article 21);
- la Convention s'applique également aux trusts créés avant son entrée en vigueur; chaque État contractant peut néanmoins faire une réserve

---

62 Cf. von OVERBECK (1995a) p. 381. Reprise par de nombreux auteurs, la métaphore est juste sous réserve d'une précision: c'est bien la loi applicable au trust (désignée par la Convention) qui détermine si un acte juridique du settlor remplit les exigences nécessaires à la constitution d'un trust (*e.g.* volonté claire de constituer un trust, détermination suffisante des biens faisant l'objet du trust et des bénéficiaires).

pour en limiter l'application aux trusts créés après l'entrée en vigueur de la Convention pour cet État (article 22).

Bien que l'article 13 figure dans un autre chapitre de la Convention, on peut aussi y voir une limitation de son champ d'application fondée sur le rattachement insuffisant d'un trust donné avec la loi d'un État qui puisse en fonder la validité:

> "Aucun État n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause."

La Convention ne modifie en rien la compétence fiscale des États contractants (article 19).

B. Loi applicable

Le chapitre II détermine la loi applicable aux trusts soumis à la Convention. Le principe est celui du libre choix par le constituant (article 6 al. 1). Ce choix est cependant inopérant lorsque la loi choisie ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause (article 6 al. 2). Lorsque c'est le cas ou lorsque le constituant n'a pas valablement désigné de loi applicable, la Convention désigne la loi "avec laquelle [le trust] présente les liens les plus étroits" (article 7 al. 1). Afin de faciliter la détermination de cette loi, elle énonce de manière non exhaustive quatre indices: le lieu d'administration du trust désigné par le constituant, le lieu de situation des biens, la résidence ou l'établissement du trustee et les objectifs du trust et les lieux où ceux-ci doivent être accomplis (article 7 al. 2).

La loi applicable au trust "régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust" (article 8 al. 1), ce qui comprend notamment:

> "a) la désignation, la démission et la révocation du trustee, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un trustee ainsi que la transmission des fonctions de trustee;
> "b) les droits et obligations des trustees entre eux;

"c) le droit du trustee de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs;
"d) les pouvoirs du trustee d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;
"e) les pouvoirs du trustee de faire des investissements;
"f) les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust;
"g) les relations entre le trustee et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du trustee envers les bénéficiaires;
"h) la modification ou la cessation du trust,
"i) la répartition des biens du trust;
"j) l'obligation du trustee de rendre compte de sa gestion."

Bien que le rattachement subjectif (article 6) ou objectif (article 7) désigne en principe une loi unique applicable à l'ensemble de ces questions, la Convention n'exclut pas qu'un élément particulier du trust, notamment son administration, puisse être régi par une loi distincte (article 9). Elle reconnaît également la désignation subséquente d'une nouvelle loi lorsque la loi initialement applicable au trust autorise un tel changement (article 10).

C. Effets et limites de la reconnaissance d'un trust

Le chapitre III (sous le titre un peu malencontreux de "reconnaissance"[63]) et la chapitre IV ("Dispositions générales") de la Convention tentent de délimiter méthodiquement les questions qui relèvent de la loi applicable au trust de celles qui sont soumises à une autre loi désignée par les règles de rattachement du for. En particulier, la Convention pose les principes qui permettent de coordonner les effets d'un trust avec les règles impératives applicables par exemple à la succession du trustee, à la protection de ses cocontractants ou de ses créanciers.

Comme le prévoit l'article 11, reconnaître les effets d'un trust soumis à une loi étrangère "implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee et que le trustee puisse agir comme

63 Cf. KÖTZ (1999) p. 44.

demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique" (article 11 al. 2). Dans la mesure prévue par la loi applicable au trust, cela implique notamment que les biens du trust soient soustraits à la mainmise des créanciers personnels du trustee et qu'ils ne fassent pas partie de son régime matrimonial ni de sa succession. Cela implique également que le trustee se voie reconnaître la qualité pour agir et pour défendre en justice relativement à ces biens, qu'il puisse comparaître en cette qualité devant toute autorité publique, devant notaire, ou encore qu'il puisse expressément faire enregistrer son titre de propriété en cette qualité pour les biens soumis à enregistrement (article 12).

La Convention prend un soin tout particulier à identifier les questions que le droit international privé du juge saisi est susceptible de soumettre à d'autres lois. Il s'agit essentiellement de:

– la validité du testament par lequel le trust est constitué ou de l'acte par lequel des biens sont transférés au trustee (article 4);
– les droits et obligations des tiers détenteurs des biens du trust (article 11 al. 3 lit. d);
– les règles impératives désignées par les règles de rattachement du for, notamment en matière de protection des mineurs et des incapables; d'effets personnels et patrimoniaux du mariage; de régime successoral, et notamment de réserves légales; de transfert de propriété et de sûretés réelles; de protection des créanciers en cas d'insolvabilité; et de protection des tiers de bonne foi (article 15);
– les lois d'application immédiate du for (article 16 al. 1);
– à titre exceptionnel, les lois d'application immédiate "d'un autre État qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit" (article 16 al. 2).

Ce catalogue étendu reflète le souci des rédacteurs de la Convention de garantir aux États ignorant cette institution que la reconnaissance de trusts constitués conformément à une loi étrangère ne compromet pas les principes fondamentaux inscrits dans leurs ordres juridiques. Ce même objectif est encore garanti par une réserve générale de l'ordre public international du for (article 18) et par la clause de sauvegarde (article 13), déjà citée, permettant au juge de ne pas "reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des

États qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause."

Notre droit international privé doit fournir aux tribunaux et aux autorités administratives suisses les règles de rattachement nécessaires à qualifier un trust, déterminer la loi qui lui est applicable et déterminer l'étendue des effets de cette loi. Convient-il pour cela de signer et de ratifier la Convention, comme le pensent aujourd'hui la plupart des auteurs suisses[64], ou peut-on en rester aux règles figurant actuellement dans la loi fédérale sur le droit international privé? Les déterminants de ce choix paraissent se résumer à trois questions principales:

– Les règles actuelles de notre droit international privé sont-elles suffisantes?
– Celles proposées par la Convention garantissent-elles dans une mesure suffisante le respect des principes et institutions essentiels de notre droit?
– La ratification de la Convention doit-elle être assortie de l'adoption, par le législateur suisse, de règles de droit matériel ou de droit international privé?

La réponse à ces trois questions est l'objet des chapitres qui suivent.

IV. Lacunes du droit international privé suisse

Lorsque le juge recherche les règles de conflit qui lui permettent de vérifier sa compétence juridictionnelle et de déterminer la loi applicable, il doit commencer par qualifier le rapport ou la question juridique qui lui est soumis. Cette qualification se fait *lege fori*, c'est-à-dire selon la loi matérielle du for: il recherche dans son propre droit interne l'institution à laquelle correspond le rapport juridique examiné. Or le droit interne suisse ne connaît pas l'institution du trust. Comme la loi fédérale sur le droit internatio-

64 Cf. en particulier FLATTET (1990) pp. 264 & 272; FUCHS (1998); GIOVANOLI (1994) pp. 215 s.; GUILLAUME (2000); GUTZWILLER (1985) p. 56; von OVERBECK (1997); REYMOND (1997), *id*. in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse* (1994) p. 22; SUPINO (1994) pp. 223-226: THÉVENOZ (1995) pp. 350 s.; THÉVENOZ & DUNAND (1998) pp. 506 s.; WACH (1987); WATTER (1995) p. 252. Comp. BREITSCHMID (1995) pp. 63 s.; KÜNZLE (2000) pp. 440 s.

nal privé du 18 décembre 1987 ne contient pas de règles expressément applicables au trust, le juge doit qualifier tout trust en le rapprochant de l'une des institutions du droit suisse (contrat, personne morale, testament, etc.), ce qui déterminera dans quel chapitre de la LDIP il trouvera les règles de for – dans la mesure où la Convention de Lugano n'est pas applicable[65] – et les règles de rattachement pertinentes.

Ramenés aux institutions du droit suisse interne, les rapports juridiques qui lient le settlor, le trustee et les bénéficiaires relativement aux biens du trust peuvent être qualifiés de trois manières fondamentalement différentes. En s'inspirant de l'arrêt *Harrison*, on peut y voir un contrat entre le settlor et le trustee, assorti d'un transfert de propriété du premier au second et d'une stipulation pour autrui en faveur des bénéficiaires. Comme l'a fait la jurisprudence récente[66], on peut voir dans certains trusts (mais sans doute pas dans tous) un patrimoine organisé, que le chapitre 10 LDIP assimile aux sociétés de personnes ou aux sociétés de capitaux. Enfin, on peut envisager une qualification successorale pour les trusts créés par une disposition pour cause de mort.

A. Qualification contractuelle

Bien que l'assimilation du trust à un rapport contractuel fiduciaire n'ait pas les faveurs de la doctrine[67], elle fut retenue par le Tribunal fédéral dans les deux seules décisions publiées avant l'entrée en vigueur de la LDIP. Dans son arrêt *Aktiebolaget Obligationsinteressenter c. Banque des règlements internationaux* de 1936, notre plus haute cour analysa les obligations fiduciaires de la Banque des règlements internationaux à l'égard du Reich allemand et à l'égard des obligataires de l'emprunt "Young" comme relevant d'un contrat sui generis analogue à un mandat, mais néanmoins distinct parce que non révocable et caractérisé par une plus grande indépendance du "représentant fiduciaire"[68]. Cette qualification contractuelle entraîna l'application du droit suisse. De même, dans son arrêt *Harrison c. Crédit Suisse*

65 Cf. *supra* note 7.

66 TF, SJ 2000 I 269; ZR 1999 225 n° 52.

67 Cf. cependant DREYER (1981) pp. 115-129.

68 ATF 62 II 40, JdT 1936 I 552.

de 1970, le Tribunal fédéral assimila un trust privé constitué du vivant du settlor à un contrat mixte relevant du droit des obligations[69]. Là aussi, cette qualification contractuelle entraîna l'application du droit suisse et obligea les juges à convertir un trust (inexistant selon le droit matériel suisse) en une donation en la forme d'un transfert fiduciaire de propriété avec stipulation pour autrui.

Une qualification contractuelle du trust présente de nombreux inconvénients. Elle impose d'abord de distinguer les trusts créés du vivant du settlor de ceux qui résultent d'une disposition à cause de mort: dénués de tout caractère contractuel, ces derniers doivent probablement être soumis à la loi successorale applicable[70].

Même pour les trusts constitués du vivant du settlor, cette qualification reste fort éloignée de la nature unilatérale de l'acte juridique qui crée le trust (*trust deed*), lequel est valable indépendamment de toute acceptation par le trustee de ses fonctions[71]. La qualification contractuelle confirme certes la liberté du settlor de choisir le droit applicable (rattachement subjectif, art. 116 LDIP). Elle est probablement opposable aux bénéficiaires (dont les droits, dans cette analyse, sont assimilables à des créances résultent d'une stipulation pour autrui), mais on peut douter de son opposabilité à d'autres tiers, tels qu'un éventuel *protector* et surtout les cocontractants du trustee[72].

---

69 ATF 96 II 79, JdT 1971 I 329, obs. REYMOND, ASDI 1971 223 obs. VISCHER, *Clunet* 1976 695 obs. LALIVE.

70 DREYER (1981) p. 119. Cf. *infra* IV.B.

71 Le droit anglo-américain analyse le trust comme une institution relevant du droit des biens (*property*). Or celui-ci est régi par un principe unilatéral (seul l'aliénateur est nécessaire à l'acte de disposition) qui contraste avec la plupart des modes de disposition selon le droit suisse. Ainsi, bien qu'il soit usuel de le recueillir, le consentement préalable du trustee n'est pas une condition nécessaire à la validité du trust et au transfert des biens sous son contrôle. "Trusts do not fail for want of a trustee." UNDERHILL & HAYTON (1995) p. 60. À juste titre, LANGBEIN (1995) pp. 650-652 fait observer que la plupart des trusts sont discutés avec le trustee qui conseille le settlor et souvent discute certaines clauses (dont sa rémunération) avant l'exécution du *trust deed*.

On relèvera encore que le settlor peut se déclarer trustee en faveur d'un tiers d'un bien dont il est déjà le propriétaire (*self-settled trust*). Cette figure est incompatible avec la notion de contrat.

72 On a pourtant vu *supra* II.E et II.F que le droit des trusts régit certains effets des trusts pour les créanciers du trustee et pour les acquéreurs de biens du trust.

En l'absence d'une élection de droit, elle suscite de nouveaux problèmes. Les obligations du trustee relèvent sans doute d'une "prestation de service" au sens de l'art. 117 al. 3 lit. c LDIP, ce qui paraît devoir entraîner l'application de la loi du lieu du domicile du trustee. La solution devrait cependant être différente lorsque le trust porte exclusivement ou principalement sur des immeubles, dont le lieu de situation devrait désigner la loi applicable (art. 119 al. 1 LDIP). En outre, qu'en est-il lorsque, comme c'est fréquent, plusieurs trustees sont désignés pour agir conjointement? Si ceux-ci sont domiciliés dans des États différents, il faut ajouter un critère de rattachement supplémentaire: activité prépondérante, lieu effectif de l'administration du trust. Le changement de domicile du trustee ou son remplacement par un autre trustee établi dans un autre pays entraîne-t-il un changement de la loi applicable au trust? La règle de rattachement suisse reconnaît-elle le changement de loi applicable au trust à l'initiative du trustee ou du protecteur, comme la possibilité en est souvent offerte par le *trust deed* ou par la loi applicable au trust?

L'assimilation du trust à un contrat laisse complètement de côté le statut des biens en trust, dont l'acquisition, la perte, le contenu et l'exercice des droits sont régis par le lieu de situation (cf. art. 99 et 100 LDIP). L'existence de droits que les bénéficiaires d'un trust pourraient faire valoir directement sur les biens en cas de violation du trust (*breach of trust*), à l'encontre du trustee voire à l'encontre d'acquéreurs de mauvaise foi, n'est ici rattachée d'aucune manière à la loi applicable au trust mais exclusivement à la loi du lieu de situation de ces biens. Aussitôt que les biens sont situés dans un État ne connaissant pas le trust dans son droit interne, un des effets les plus caractéristiques du trust anglo-américain est complètement ignoré.

Pour toutes ces raisons, on trouve aujourd'hui un très large consensus pour juger que l'assimilation du trust au contrat ne produit pas des solutions satisfaisantes en droit international privé suisse.

B. Qualification successorale

Comme la fondation[73], le trust peut également résulter d'une disposition pour cause de mort. Ces trusts testamentaires sont cependant plus rares

73 Art. 81 al. 1 CC.

qu'on ne pourrait le croire du fait que, dans le monde anglo-américain, la planification patrimoniale, successorale et fiscale privilégie les mesures qui prennent effet avant le décès du disposant. Les *inter vivos trusts* sont donc bien plus fréquents que les *testamentary trusts*, dont on ne trouve d'ailleurs (apparemment) pas d'exemple dans la jurisprudence suisse publiée.

Appliquer le chapitre 6 de la LDIP, "Successions", aux trusts testamentaires serait cependant inadéquat. Certes, la validité formelle et matérielle du testament ou du pacte successoral ressortit à la *lex successionis*[74]. C'est elle aussi qui régit la liberté du testateur de disposer de ses biens à son décès, la limitant parfois par des réserves héréditaires. Mais le trust lui-même, en tant que relation durable entre un trustee et un ou plusieurs bénéficiaires relativement à certains biens, n'est pas une institution successorale; son administration, les devoirs du trustee, les droits des bénéficiaires d'un trust valablement constitué, la position des tiers ne diffèrent pas selon que le trust est né d'un acte entre vifs ou d'une disposition pour cause de mort. Cela est confirmé par l'art. 92 LDIP, "domaine du statut successoral et de la liquidation"[75], dans lequel un trust valablement constitué ne trouve clairement pas sa place. Pour reprendre une métaphore déjà employée, la loi successorale affecte la possibilité de créer un trust sur certains biens ou sur une certaine quote-part par voie testamentaire et peut donc compromettre sa validité (lanceur); le trust lancé (fusée), elle n'en régit pas les effets.

On relèvera encore que l'interdiction de toute élection de droit en matière successorale prévue dans de nombreux ordres juridiques, et les limites étroites qui enserrent cette élection selon le droit international privé suisse[76], sont incompatibles avec la pratique qui consiste à choisir attentivement la loi applicable à tel trust en fonction de ses caractères particuliers. Du point de vue suisse, une qualification successorale des trusts testamentaires limi-

---

74 Ce que l'art. 4 de la Convention reconnaît expressément.

75 Art. 92 al. 1 LDIP: "Le droit applicable à la succession détermine en quoi consiste la succession, qui est appelé à succéder, pour quelle part et qui répond des dettes successorales, quelles institutions de droit successoral peuvent être invoquées, quelles mesures peuvent être ordonnées et à quelles conditions."

76 Art. 90 al. 2 et 91 al. 2 LDIP. Cf. également la convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort conclue à La Haye le 1er août 1989, non encore en vigueur (cf. www.hcch.net).

terait le choix à la loi du dernier domicile du testateur ou à celle d'un État dont il a la citoyenneté.

C. Patrimoine organisé

Les faiblesses inhérentes à la qualification contractuelle et une certaine ressemblance du trust avec le patrimoine personnalisé qu'est la fondation amenèrent la doctrine, bien avant l'adoption de la LDIP, à assimiler le trust – ou du moins certains trusts – à une entité dotée de la personnalité juridique et d'un patrimoine propre[77]. On retrouve là d'ailleurs l'influence de la conception "institutionnaliste" du trust défendue par LEPAULLE dès les années trente[78].

En assimilant aux sociétés du chapitre 10 "tout patrimoine organisé", qu'il soit ou non doté de la personnalité juridique[79], le législateur a indéniablement suivi cette orientation. Le message du Conseil fédéral indique d'ailleurs que l'art. 150 LDIP vise "certaines formes de trust"[80], une idée à laquelle toute la doctrine récente s'est ralliée.

Certes souvent préférable à une qualification contractuelle, l'assimilation de certains trusts à un patrimoine organisé laisse subsister d'assez nombreuses difficultés. La première se rapporte à l'exigence d'une organisation qui qualifie les patrimoines visés par l'art. 150 LDIP. Cette exigence ne peut caractériser que les trusts volontaires (*express trusts*) et disqualifie d'emblée ceux imposés par un juge ou par la loi (*statutory*, *implied*, *constructive* et *presumptive trusts*)[81].

Il y a là une question de degré, appréciée de façon divergente par les auteurs. KLEIN et MAYER estiment que tout trust volontaire devrait se voir

---

77 Voir les observations de REYMOND, LALIVE et VISCHER sur l'arrêt *Harrison* (note 69), qui faisaient suite notamment à BLOCH (1950) pp. 67-69 et SCHNITZER (1963) pp. 88 ss.

78 P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris (Rousseau) 1932; cf. *supra* note 12 et *infra* note 83. La conception institutionnaliste a clairement imprégné les auteurs et la jurisprudence suisse, comme le suggère ce passage d'un arrêt du Tribunal fédéral de 1963 en matière de poursuite pour dettes: "la recourante bénéficie d'un 'trust' alimentaire anglais; … elle vit des prestations de cette institution…" ATF 89 III 12, 13, *Saunders*.

79 IPRG-VISCHER (1993) Art. 150 N. 12.

80 FF 1983 I 255, n° 292.

81 IPRG-VISCHER (1993) Art. 150 N. 15, approuvé par DUTOIT (1997), Art. 150 N. 5.

appliquer les règles du chapitre 10 de la LDIP relatives aux sociétés, que ce soit à titre de patrimoine organisé au sens de l'art. 150 ou par comblement d'une lacune de la loi[82]. Limitant son analyse aux trusts des États-Unis d'Amérique[83], BARTHOLD estime que tout trust volontaire américain présente un degré d'organisation suffisant au regard de l'art. 150[84]. VISCHER, von PLANTA et EBENROTH & MESSER excluent toute réponse *a priori* et estiment que le degré d'organisation doit être vérifié *in concreto*[85]. Si certains trusts – tels que les trusts d'investissement (*unit* ou *investment trusts*), assimilables à nos fonds de placement, les trusts commerciaux et généralement les trusts charitables – présentent indéniablement une organisation effective reconnaissable de l'extérieur, ce n'est pas nécessairement le cas de tous les trusts privés. Un trust révocable ne satisfait probablement pas cette condition: le contrôle que peut encore exercer le settlor s'y oppose. Quid d'un trust irrévocable où les droits des bénéficiaires sont fixes? Faut-il que le trust ait un caractère discrétionnaire pour qu'il présente une autonomie suffisante par rapport à son créateur et puisse être assimilé à un patrimoine organisé? Ces questions signalent autant de facteurs d'insécurité juridique.

Le Tribunal fédéral paraît avoir posé un seuil assez bas en semblant se contenter d'un acte de trust exprès qui, en lien avec la loi applicable audit trust, détermine suffisamment les droits et obligations du trustee[86]. Dans l'affaire W.K. Rey, un juge zurichois a estimé qu'un trust ayant une fonction analogue à une société holding et reposant sur un acte de trust écrit devait être assimilé à une société au sens de l'art. 150 LDIP[87].

---

82 F.E. KLEIN, "Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des IPRG", BJM 1989 359 ss, p. 362; MAYER (1998) pp. 103-137.

83 La conception américaine du trust évolue indéniablement dans le sens d'une institutionnalisation qui n'est pas sans rappeler LEPAULLE: "Increasingly, modern common law and statutory concepts and terminology tacitly recognize the trust as a legal 'entity,' consisting of the trust estate and the associated fiduciary relation between the trustee and the beneficiaries." Restatement (Third) of Trusts, § 2, comment a (Tentative Draft No. 1, 1996).

84 B. BARTHOLD, *Aussonderung von Treugut im schweizerischen Partikularkonkurs*, thèse de Bâle, Zurich (Schulthess) 1997, pp. 154-158.

85 IPRG-VISCHER (1993) Art. 150 N. 15; IPR-PLANTA (1996) Art. 150 NN. 12 & 13; C. EBENROTH & U. MESSER, "Das Gesellschaftsrecht im neuen schweizerischen IPRG, RDS 1989 I 49 ss, pp. 66-70.

86 TF, SJ 2000 I 271 c. 2/e/bb & cc.

87 Décision du 30 novembre 1994, ZR 1999 225 n° 52, sous B.1, p. 229.

L'assimilation du trust (ou de certains trusts) à un patrimoine organisé reconnaît en principe la liberté de désigner la loi applicable au trust (théorie de l'incorporation, art. 154 al. 1 LDIP)[88]. En revanche, elle ne prévoit pas la faculté – généralement reconnue par les droits de *common law* – de soumettre l'administration du trust à une loi différente de celle qui régit sa validité[89].

Lorsque cependant le settlor n'a pas fait un tel choix, le critère de rattachement objectif paraît insuffisant puisque l'art. 154 al. 2 LDIP désigne le droit de l'État dans lequel le trust est "administré en fait". S'il s'agit certes de l'un des éléments à prendre en considération lorsqu'il a été choisi par le settlor (cf. article 7 al. 2 lit. a de la Convention), il n'a pas le caractère déterminant qu'on lui reconnaît en droit des sociétés. On retrouve d'ailleurs les mêmes problèmes que ceux mentionnés plus haut en rapport avec le domicile du trustee: changement de domicile du trustee, pluralité de trustees, remplacement du trustee, possibilité de soumettre le trust à un droit national différent.

Les questions juridiques caractéristiques du trust sont souvent difficiles à rapprocher de celles, caractéristiques du droit des sociétés, par lesquelles l'art. 155 LDIP circonscrit le "domaine du droit applicable". Ainsi:

– Le trust n'ayant pas la personnalité juridique, seul le trustee est susceptible de jouir et d'exercer des droits civils; sa capacité à agir en cette qualité est-elle alors soumise à la loi applicable au trust (comme le suggère l'art. 155 lit. c LDIP) ou aux règles sur les personnes physiques (art. 34 à 36 LDIP)?
– L'aliénation faite par le trustee en violation de ses obligations (*breach of trust*) est-elle un cas de défaut du "pouvoir de représentation" du trustee (art. 155 lit. i LDIP), qui serait alors opposable à tout acquéreur domicilié en Suisse pour autant qu'il "ait connu ou dû connaître ces restrictions" (art. 158 LDIP)? Ou cette question – et avec elle le droit de suite des bénéficiaires (*tracing the assets*) – relève-t-elle de la *lex rei sitae*[90] qui, s'il s'agit du droit suisse, voit dans le trustee un proprié-

88 MAYER (1998) p. 138 voit cependant une difficulté dans le fait que le trust privé n'est généralement pas soumis à des exigences d'enregistrement, de publicité ou d'organisation qui permettent de lui appliquer l'art. 154 al. 1 LDIP.

89 MAYER (1998) p. 139.

90 Opinion dominante: IPRG-VISCHER (1993) Art. 150 N. 17;

taire dont le pouvoir de disposition *erga omnes* n'est pas limité par ses obligations de trustee?

– Dans les registres publics assurant la publicité des biens et droits immatriculés (immeubles, marques, brevets), ce sont les sociétés ou les fondations qui sont inscrites en tant que propriétaires ou titulaires d'autres droits, et non leurs organes. Ce mode d'inscription renseigne les tiers, les créanciers et les acquéreurs potentiels de manière adéquate. On ne peut pas faire de même pour le trust, qui n'est pas un sujet de droit propriétaire du bien enregistré, mais une relation juridique relative à ce bien. Seul le trustee peut être inscrit: doit-il l'être ès qualités[91]? Assimiler le trust à une société au sens du chapitre 10 de la LDIP ne résout pas ce problème ni d'autres semblables.
– Les biens en trust ne répondent-ils des dettes contractées par le trustee que dans la mesure prévue par la loi applicable au trust (art. 155 lit. h LDIP), ce qui devrait les soustraire à la mainmise des créanciers personnels du trustee, y compris dans l'exécution forcée sur les biens qui sont situés en Suisse? Ou l'ordre public international et la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite garantissent-ils aux créanciers personnels du trustee (domicilié en Suisse ou indépendamment de son domicile?) l'exécution forcée sur tous les biens localisés en Suisse dont il est le propriétaire, indépendamment de sa qualité de trustee?

Cette dernière question est sans doute l'une des plus difficiles en droit en même temps que l'une des plus sensibles pour la place financière suisse en tant que dépositaire et gérante d'importants avoirs contrôlés par des trustees. En matière d'exécution forcée, le trustee doit-il être assimilé à un fiduciaire au sens du droit suisse, ce qui ne permet la distraction en faveur du fiduciant (resp. des bénéficiaires) que dans les seuls cas prévus par une disposition légale (art. 401 du Code des obligations, art. 16 de la loi fédérale sur les fonds de placement, art. 16 et 37*b* de la loi sur les banques)? La qualification du trust comme patrimoine organisé au sens de l'art. 150 al. 1 LDIP ne répond malheureusement pas avec certitude à cette question, qui a suscité un débat scientifique particulièrement riche et intéressant[92]. Mais la diver-

---

91 La doctrine est divisée, cf. MAYER (1998) p. 152; BREITSCHMID (1995) p. 65.

92 Cf. en particulier MAYER (1998) pp. 148-153 (pas de mainmise des créanciers personnels du trustee dans la seule mesure où le droit interne suisse prévoit la distraction des biens en faveur du fiduciant ou du bénéficiaire d'une fiducie: art. 401 CO, 16 LFP, 16 et 37*b* LB); SUPINO (1994) pp. 236-243 (reconnaissance intégrale du régime résultant de la loi applicable); D. ZOBL, *Die Aussonderung von liechtensteinischem Treuhandgut in der schweizerischen Zwangsvollstreckung*, Zurich (Schulthess) 1994, *passim*, notamment

sité des opinions exprimées et le silence total de la jurisprudence publiée n'offre aucune sécurité aux settlors, aux trustees et aux bénéficiaires de trusts étrangers dont le droit international privé suisse reconnaît pourtant la validité.

Si l'assimilation d'un trust aux sociétés et aux patrimoines organisés qui font l'objet du chapitre 10 de la LDIP paraît généralement préférable à une qualification contractuelle, elle ne suffit pas, et de beaucoup, à apporter des réponses suffisamment prévisibles à certaines des questions les plus importantes qui se posent dans la pratique internationale des trusts. Il y a là une véritable lacune de notre législation interne qui justifie que l'adhésion à la Convention de 1985 sur la loi applicable aux trusts et à sa reconnaissance soit sérieusement envisagée. C'est pourquoi l'on va maintenant examiner méthodiquement la compatibilité des dispositions de cette convention avec les principes juridiques fondamentaux de l'ordre juridique suisse.

V. Trusts et droit successoral, en particulier les réserves successorales

Qu'il soit établi du vivant du settlor (*inter vivos trust*) ou à par une disposition pour cause de mort (*testamentary trust*), le trust est un moyen privilégié de planification patrimoniale et successorale (*estate planning*) pour les ressortissants et les résidents des pays qui connaissent cette institution. Ces personnes voyagent, elles viennent parfois établir leur domicile en Suisse ou peuvent y avoir des biens. Notre ordre juridique ne peut être indifférent à ce type de situations, qui a notamment donné lieu à l'arrêt *Harrison*, discuté bien au-delà de nos frontières[93]. On constate également la création d'un nombre croissant de trusts par des citoyens suisses qui résident ou ont

pp. 85-96 (distraction en faveur des bénéficiaires d'une *Treuhand* liechtensteinoise); BARTHOLD (1997) pp. 162-180 (distraction en faveur des bénéficiaires de trusts américains, dont la position est assimilée à celle d'un usufruitier du droit suisse) et pp. 109-119 (pas de distraction en faveur des bénéficiaires d'une *Treuhand* liechtensteinoise en dehors des cas reconnus par le droit suisse, *e.g.* art. 401 CO).

93 Cf. *supra* note 2. Selon une déléguée du gouvernement français à la Conférence de La Haye, les trusts testamentaires ont suscité 90% des arrêts rendus par les juridictions françaises en matière de trust, cf. *Actes et documents* (1985) p. 247.

résidé à l'étranger, mais dont la succession peut être soumise au droit suisse[94]. Tandis que les ressortissants d'États connaissant le trust peuvent désigner leur loi nationale pour régir leur trust en même temps que leur succession (*professio iuris*, art. 90 al. 2 LDIP[95]), les citoyens suisses n'ont pas cette possibilité puisque le trust est inconnu de notre droit interne.

La Convention s'applique non seulement aux trusts constitués du vivant du settlor (*inter vivos trusts*), mais aussi à ceux créés par une disposition pour cause de mort (article 2 al. 1)[96]. Elle ne concerne toutefois pas la validité des testaments (article 4), qui est régie par la loi désignée par les règles de conflit du juge saisi: si un tribunal suisse est saisi, la question est régie par les art. 90 ss LDIP. En outre, la Convention réserve les règles impératives de cette même loi qui, telles les règles sur les réserves successorales, peuvent vouloir s'appliquer alors même qu'un trust a pu être valablement constitué, notamment du vivant du settlor (article 15 al. 1 lit. c).

La Convention impose ainsi au juge de distinguer soigneusement les questions réglée par la loi applicable au trust de celles qui sont réservées à la loi applicable à la succession.

L'expérience montre que les litiges relatifs à un trust privé créé de son vivant par le *de cujus* dans le contexte d'une succession soumise au droit suisse (ou à un autre droit d'inspiration romano-germanique) ne sont pas rares. Les deux problèmes les plus fréquemment rencontrés touchent d'abord l'obtention par les héritiers réservataires des informations relatives au trust qui leur permettent de vérifier le respect de leurs réserves puis, le cas échéant, la mise en œuvre des moyens de droit tendant à la reconstitution de ces mêmes réserves. Ces problèmes ne concernent cependant que les trusts dits familiaux (*family trusts*). Ils ne se présentent dans les autres types de trust (*investment trusts*, trusts à fin de sûreté, etc.) dont on a relevé les contacts avec l'ordre juridique suisse.

---

94 En raison de leur dernier domicile, art. 90 al. 1 LDIP, ou par élection de droit (*professio iuris*), art. 87 al. 2 & 91 al. 2 LDIP.

95 Ce que notre jurisprudence paraît admettre sur la base d'indices sérieux sans même que la volonté du testateur à cet égard soit complètement exprimée, ATF 125 III 35, SJ 1999 I 298.

96 Cette précision a été ajoutée par la Conférence à l'avant-projet rédigé par la Commission spéciale, cf. *Actes et documents* (1985), pp. 167, 208, 227 (document de travail n° 8), 247-248 et 313.

Il convient de relever qu'aucun des pays de droit civil qui ont jusqu'ici ratifié ou adhéré à la Convention (Italie, Pays-Bas, Malte) n'a adopté de disposition légale relative à ces problèmes.

A. Reconstitution des réserves successorales

Le trust est né et a prospéré dans la tradition de la *common law*, laquelle se distingue historiquement des droits d'inspiration romaniste par une très large liberté du testateur de disposer pour cause de mort. Le trust (*inter vivos* et testamentaire) y est tout à la fois l'expression de cette liberté et un moyen de l'exercer en aménageant, dans la durée et souvent sur plusieurs générations, la dévolution d'une fraction plus ou moins large du patrimoine du disposant. La collision entre le trust, né sous de pareils cieux, et les réserves successorales connues sous d'autres cieux, paraît donc inévitable et difficile à résoudre.

Ce tableau doit cependant être nuancé à deux égards au moins.

Primo, les ordres juridiques qui trouvent leur origine dans la *common law* ont évolué. À l'exception semble-t-il du Dakota du Sud, tous connaissent des règles assurant au conjoint et aux descendants survivants une certaine subsistance des obligations alimentaires qui étaient celles du défunt[97]. Tandis que les réserves successorales se calculent comme autant de fractions de la succession, ces règles se distinguent par le pouvoir d'appréciation qu'elles reconnaissent au juge dans la fixation des paiements dus par la succession aux héritiers privilégiés. D'une manière générale, cette protection du conjoint et des descendants intervient si le *de cujus* n'a pas déjà pris les mesures nécessaires pour assurer leur existence, leur éducation ou leur installation. Ainsi, on ne peut pas opposer les États à réserves successorales à ceux qui priveraient les plus proches parents du défunt de toute protection. La distinction juste oppose les régimes dont l'application est automatique à ceux qui exigent du juge qu'il prenne en considération l'ensemble des circonstances pour fixer les parts dévolues à certains héritiers privilégiés.

---

[97] Le Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act anglais de 1975 protège même certains dépendants qui ne sont pas juridiquement apparentés au défunt.

Secundo, certains pays de tradition civiliste font co-exister depuis longtemps un système de réserves successorales avec l'institution du trust. Sans parler de réceptions plus récentes, comme on les trouve par exemple au Japon, au Liechtenstein et dans un certain nombre de pays d'Amérique Latine, on mentionnera ici deux exemples[98]. L'Écosse connaît, depuis bien avant son union à l'Angleterre au sein du Royaume-Uni, un véritable trust. Son droit successoral est encore et toujours caractérisé par un système de réserves successorales, les *legal rights*, comprenant le *ius relictae* du conjoint survivant et le *legitim* des descendants. Ces droits préférentiels, qui limitent la liberté de disposer à cause de mort, ne portent cependant que sur les choses mobilières[99]. Les rapports entre *legal rights* et trusts constitués par le *de cujus* ne paraissent pas poser un problème majeur si l'on en juge par la brièveté de la discussion qu'en fait le traité qui fait aujourd'hui autorité[100]. La Louisiane connaît également un système rigide de réserves successorales[101], partiellement hérité du Code civil français, dont le principe est d'ailleurs inscrit dans sa constitution[102]. Elle a donc apporté un soin tout particulier à assurer l'effectivité de ces règles lorsqu'elle a codifié le trust[103]. En particulier, les libéralités excessives sont sujettes à réduction[104].

Le droit suisse, comme de nombreux autres ordres juridiques également représentés lors de la Conférence de La Haye de 1984, connaît tout à la fois des règles sur le régime matrimonial (*infra* VI) et un système généreux de réserves successorales. Sauf motif d'exhérédation, la liberté de dis-

---

98 Le Québec en revanche, lointain héritier du Code Napoléon, a renoncé aux réserves et lui a préféré le principe d'une survie de l'obligation alimentaire (art. 684 à 695 du Code civil de 1991), dont le montant est fixé par le juge en fonction des circonstances et limité au maximum à la moitié de la part successorale légale (en cas de décès intestat). La protection de cette obligation alimentaire est notamment assurée par une véritable action en réduction (art. 689 ss).

99 Pour une présentation très succincte: R. MACDONALD, "Scotland", in *European Succession Laws*, D. HAYTON (ed.), Bristol (Jordans) 1998, NN. 4.151-155 pp. 96 s.

100 WILSON & DUNCAN (1995) NN. 9-60 à 9-63 pp. 142 s.

101 La réserve des descendants (*legitime*) est réglée aux art. 1493 à 1505 du Code civil de Louisiane, formant un chapitre intitulé "The disposable portion and its reduction in case of excess". La réserve du conjoint survivant (*marital portion*) est réglée aux art. 2432 à 2437.

102 Article 12 § 5 de la Constitution de l'État de Louisiane de 1974. Il fallut un vote parlementaire à la majorité des 2/3 pour supprimer, le 21 octobre 1995, la réserve légale des descendants capables qui ont accompli leur vingt-quatrième année (art. 1493 du Code civil).

103 Louisiana Trust Code (1964), codifié in Louisiana Revised Statutes §§ 9:1841-1847.

104 Art. 1503 à 1505 du Code civil de Louisiane.

poser du testateur se réduit donc à une quotité disponible, variable selon les héritiers légaux en présence[105]. Les articles 470 à 480 protègent les expectatives successorales des descendants, des père et mère et du conjoint survivant. La modification de ce système n'est pas souhaitable; elle n'est d'ailleurs pas en discussion. C'est pourquoi il convient d'examiner comment la Convention sur le trust permet de garantir les réserves imposées par la loi applicable à la succession du settlor, notamment lorsqu'il s'agit du droit matériel suisse.

On relèvera encore que, si les art. 470 à 480 CC sont indiscutablement des règles impératives[106], elles ne s'imposent qu'aux situations internationales auxquelles le droit suisse s'applique à titre de *lex successionis*, c'est-à-dire en tant que loi nationale désignée par les règles de conflit du for (article 15 al. 1 lit. c de la Convention). Le droit international privé reconnaît la validité d'une *professio iuris* en faveur de la loi d'un État dont le *de cujus* a la nationalité[107]. Les réserves héréditaires ne relèvent pas de notre ordre public international[108].

Selon le droit suisse, auquel nous allons maintenant limiter notre analyse en tant que *lex successionis*, la lésion de réserves successorales n'est pas un motif de nullité ou d'annulation d'un acte de disposition (entre vifs ou à cause de mort). Elle donne à l'héritier lésé une action judiciaire tendant à la réduction des dispositions testamentaires excessives ainsi qu'à la réduction et à la restitution, dans la mesure nécessaire à reconstituer la réserve, des libéralités reçues par des tiers du vivant du *de cujus*[109]. Cette action est soumise à un double délai qui limite dans une mesure assez stricte

---

105 Art. 477 à 480 CC.

106 Le fait que l'héritier lésé dans sa réserve puisse renoncer à exercer l'action en réduction ne change rien à la nature des dispositions sur la réserve, qui s'imposent au testateur, cf. von OVERBECK (1985a) N. 137 p. 401.

107 Art. 90 al. 2 LDIP.

108 Cf. ATF 102 II 136, JdT 1976 I 595, *Hirsch c. Cohen*; approuvé par S. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse: Personnes – familles – successions*, Zurich (Schulthess) 1999, pp. 595-600. Cf. cependant ATF 118 II 108 (violation de l'ordre public par le droit successoral français qui discrimine les enfants illégitimes?).

109 ATF 110 II 228 c. 7c, JdT 1985 I 630.

l'incertitude juridique qui grève les bénéficiaires de dispositions pour cause de mort et de libéralités qui pourraient s'avérer excessives[110].

1. Trusts testamentaires

Les trusts créés par une disposition testamentaire du settlor ont, par nature, le caractère d'une disposition pour cause de mort: ils n'affectent le patrimoine du disposant qu'à son décès[111]. Dans un trust testamentaire, la Convention distingue le testament du trust, le premier étant l'instrument juridique qui crée le trust. Conformément à son article 4 , la Convention "ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au trustee."

La validité formelle et matérielle du testament est soumise à des règles de rattachement spécifiques qui, pour le juge suisse, se trouvent aux art. 90 à 95 LDIP ainsi que dans la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires[112]. À supposer la disposition testamentaire en question valable au terme de cette première étape, le trust relève alors du champ d'application de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, dont les articles 6 et 7 désignent la loi qui est applicable à ce trust[113]. Cette deuxième étape du raisonnement n'intervient qu'après la première. Lors de la conférence de 1984, on a beaucoup utilisé l'image du lanceur (l'acte de disposition entre vifs ou à cause de mort par lequel le settlor transfère au trustee la titularité juridique de biens) et de la fusée (le trust lui-même)[114].

Un trust testamentaire ne peut donc être valablement créé que si la disposition testamentaire en question est valable à la forme et au fond au

---

110 Un an depuis la connaissance de la lésion par l'héritier réservataire et au plus dix ans dès l'ouverture de l'acte ou de la succession, art. 533 al. 1 CC. En revanche, la réduction peut être opposée en tout temps par voie d'exception, art. 533 al. 2 CC.

111 Cf. *supra* IV.B.

112 RS 0.211.312.1.

113 Cf. D.W.M. WATERS, Rapport explicatif relatif à la Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1er août 1989, in *Actes et documents de la Seizième session*, t. II: *Successions – loi applicable*, La Haye (Bureau permanent) 1990, N. 108 p. 586 2e alinéa.

114 Cf. *supra* note 62.

regard du droit applicable à la succession. Pour le juge suisse, deux situations peuvent se présenter.

Dans une première hypothèse, le droit applicable à la succession (désigné par les art. 86 ss LDIP) reconnaît au testateur la possibilité, par une disposition à cause de mort, de constituer un trust sur tout ou partie des biens de la succession. Cas échéant, il coordonne cette liberté avec des règles impératives protégeant la vocation successorale de certains héritiers privilégiés. Si la disposition testamentaire en question est valable au regard de ces règles, elle est susceptible de causer la création d'un trust dont la validité doit par ailleurs être contrôlée au regard de la loi applicable au trust. La *lex successionis* et la loi applicable au trust ne coïncident pas nécessairement: elles sont désignées par des règles de rattachement différentes. Le trust testamentaire doit satisfaire aux exigences de forme et de fond de l'une et de l'autre.

Dans une deuxième hypothèse, la loi nationale applicable à la succession est le droit suisse ou un droit semblable. Notre Code civil, qui permet notamment la création d'une fondation par testament (art. 81 al. 1 CC), ne connaît pas la création d'un trust comme disposition à cause de mort. Or les "modes de disposer"[115] font l'objet d'un catalogue limitatif (*numerus clausus*)[116]. Une disposition d'un type inconnu du droit suisse est nulle de nullité absolue[117].

La conversion[118] d'une telle disposition (nulle) en une institution d'héritier ou de légataire grevé d'une charge ou d'une substitution licite paraît difficile[119]. Il est peu vraisemblable que la charge soit à ce point détaillée qu'elle détermine avec assez de précision le sort des biens à constituer en trust. Or le droit successoral suisse postule le caractère éminemment personnel des dispositions à cause de mort; il ne permet en principe pas au testateur de déléguer à un tiers la compétence de choisir certains bénéficiai-

---

115 Intitulé du chapitre III du titre quatorzième du Code civil.

116 DRUEY (1997) § 4 N. 19; PIOTET (1975) pp. 77 ss.

117 GUINAND & STETTLER (1999) N. 136 sous d), p. 76; DRUEY (1997) § 12 NN. 60 & 64; PIOTET (1975) p. 250; H.M. RIEMER, "Nichtige (unwirksame) Testamente und Erbverträge", in *Festschrift Max Keller*, Zurich (Schulthess) 1989, pp. 245 ss, not. pp. 252-253.

118 PIOTET (1974) p. 196; DRUEY (1997) § 12 N. 23; von TUHR *et al.* (1979) t. I pp. 228 s.

119 *E.g.* conversion d'une fondation d'entretien illicite en une fondation de famille valable: ATF 75 II 81 c. 4, JdT 1949 I 595.

res de préférence à d'autres ou de déterminer les attributions respectives[120]. La charge de constituer un trust discrétionnaire paraît ainsi nulle d'emblée. Celle de constituer un trust à droits fixes peut éventuellement être convertie, dans les étroites limites du droit suisse, en une série de conditions ou de substitutions vulgaires ou fidéicommissaires[121]. À supposer que la clause testamentaire en question puisse être ainsi convertie en une ou plusieurs dispositions valables au regard du droit suisse, la protection des parts réservataires serait aisément assurée: comme toutes autres dispositions pour causes de mort, celle-ci serait sujette à l'action en réduction de l'art. 522 CC.

2. Trusts *inter vivos*

La protection des réserves héréditaires pose des problèmes plus délicats et plus fréquents en rapport avec les trusts constitués du vivant du settlor (*trusts inter vivos*).

Il faut relever d'emblée que la constitution d'un trust (ou l'attribution de nouveaux biens à un trust existant) du vivant du settlor ne constitue pas nécessairement une libéralité en faveur des bénéficiaires. Les droits acquis par ceux-ci peuvent être la contrepartie de prestations faites ou d'avantages consentis au settlor (*e.g.* trusts constitués pour fournir des sûretés aux créanciers du settlor) ou de prestations faites directement au fonds du trust (*e.g. unit trusts*, où les bénéficiaires participent aux investissements collectifs à proportion de leurs apports; fonds de pension organisés sous forme de trusts; etc.). Il faut donc établir un critère pour distinguer les trusts qui ont le caractère de libéralité de ceux qui sont constitués en contrepartie d'avantages reçus du settlor.

On ne peut pas juger du caractère onéreux ou gratuit du trust dans le chef du trustee. Pour celui-ci, à moins qu'il ne soit lui-même l'un des bénéficiaires du trust, l'acquisition de la propriété des biens constitués en trust

---

120 ATF 81 II 22 c. 8, JdT 1955 I 584; ATF 68 II 155 c. 7, JdT 1942 I 626. Moins strict: ATF 100 II 98 c. 3 (validité de la clause "le restant de mon argent pour les lépreux"). Plus libéral: J.Ch. SCHÄRER, *Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit*, thèse Berne 1973 (qui propose un cadre et des conditions dans lesquels une certaine délégation devrait être admise), approuvé par DRUEY (1997) § 12 N. 63 et § 8 NN. 23 ss; PIOTET (1975) p. 77.

121 L'art. 488 al. 2 CC limite la substitution fidéicommissaire à un seul degré, c'est-à-dire à un seul grevé.

ne représente aucun avantage patrimonial hormis l'éventuelle rémunération de ses services. Cette propriété est grevée d'obligations étendues relatives à la conservation, l'administration et le placement des biens et, surtout, de l'obligation de les distribuer sans contrepartie aux bénéficiaires. C'est donc nécessairement dans le chef du ou des bénéficiaires que l'on doit apprécier le caractère onéreux ou gratuit du trust. La doctrine et la jurisprudence suisses définissent la libéralité (*unentgeltliche Zuwendung*)[122] comme tout sacrifice patrimonial volontaire en faveur d'autrui à titre (totalement ou partiellement) gratuit[123]. La constitution d'un trust est une libéralité du settlor dans la mesure où les distributions stipulées dans l'acte de trust ont pour les bénéficiaires le caractère de libéralités du settlor. Un *private trust* mis en place pour assurer la transmission d'un patrimoine personnel sur une ou plusieurs générations est une libéralité en faveur des bénéficiaires, même si le settlor exécute, en partie du moins, une obligation morale.

a) Distributions effectuées par le trustee aux bénéficiaires avant le décès du settlor

Puisque le caractère onéreux ou gratuit d'un trust s'apprécie dans le chef des bénéficiaires, les distributions déjà reçues par ceux-ci doivent être réunies en valeur à la succession dans la mesure où elles ont le caractère de libéralité et ont pour effet d'entamer les réserves successorales de sorte qu'elles sont sujettes à l'action en réduction (art. 475 et 527 CC). Ces libéralités entre vifs, qui doivent être assimilées à des donations[124], sont notamment sujettes à l'action en réduction si elles ont été exécutées dans les cinq ans précédant le décès du settlor (ch. 3) ou si elles ont été voulues par le défunt "dans l'intention manifeste d'éluder les règles concernant la réserve" (ch. 4). Les bénéficiaires de bonne foi ne sont d'ailleurs tenus de restituer que la valeur de leur enrichissement au jour de l'ouverture de la succession (art. 528 al. 1 CC).

---

122 La loi emploie ce mot sans jamais le définir, cf. notamment art. 208, 225, 321, 473 ss, 520 ss, 626 ss CC, art. 246 et 526 CO. Sous la note marginale "libéralités", l'art. 286 LP vise "toute donation et toute disposition à titre gratuit".

123 DESCHENAUX, STEINAUER & BADDELEY (2000) N. 1426 ; HAUSHEER, REUSSER & GEISER (1996) Art. 238 N. 20; PIOTET (1975) pp. 277 ss, spéc. p. 281.

124 Cf. *infra* note 129 et V.A.2.c).

b) Fonds du trust au moment du décès du settlor

La réunion et la réduction des distributions déjà reçues par les bénéficiaires ne suffit pas nécessairement à reconstituer les réserves. Le fonds du trust encore existant au décès du settlor doit également être pris en considération puisqu'il représente des libéralités différées dans le temps. La qualification comme libéralité, qui est la raison de l'assujettissement à la réduction successorale, s'apprécie dans le chef des bénéficiaires. En revanche, la valeur totale des libéralité faites par le settlor au moyen du trust inclut nécessairement la valeur des actifs qui n'ont pas encore été distribués, estimée au jour du décès[125].

Ainsi, dans la mesure où les distributions prévues par l'acte de trust ont le caractère de libéralités pour les bénéficiaires, le fonds du trust au moment du décès représente des libéralités différées. Il doit être réuni aux biens extants pour le calcul des réserves héréditaires. Dans la mesure nécessaire, il est – comme les distributions déjà faites aux bénéficiaires – soumis à réduction et à restitution.

Les conditions auxquelles le fonds du trust est sujet à réduction dépend cependant d'une question de qualification: s'agit-il d'une libéralité entre vifs ou à cause de mort? Dans le premier cas, l'action en réduction ne porte sur le fonds du trust que si le trust était révocable du vivant du settlor, si les biens ont été transférés au trustee dans les cinq ans précédant le décès, ou encore s'ils l'ont été "dans l'intention manifeste d'éluder les règles concernant la réserve" (art. 527 CC). Dans le second cas, l'ensemble des biens en mains du trustee au jour du décès du settlor serait sujet à l'action en réduction dans la mesure nécessaire à reconstituer les réserves successorales (art. 522 CC); le trust serait en réalité purement et simplement ignoré, son patrimoine intégralement assimilé aux biens extants de la succession.

Aux fins de l'action en réduction, les attributions faites au trustee du vivant du settlor et qui se retrouvent dans le fonds du trust au jour de l'ouverture de la succession doivent être traitées comme des libéralités entre vifs (art. 527 CC). Les libéralités indirectes sont déjà connues du droit suisse, notamment dans le contexte de la fondation. L'appauvrissement du donateur (fondateur ou settlor) ne coïncide pas nécessairement avec l'enrichis-

---

125 Art. 474 al. 1 et 537 CC.

sement des bénéficiaires de la fondation ou du trust. La jurisprudence et la doctrine suisses considèrent que le moment déterminant est celui de l'acte de disposition du fondateur en faveur de la fondation et y voient donc une libéralité entre vifs[126]. À la différence d'une disposition pour cause de mort, qui n'affecte le patrimoine du *de cujus* qu'après son décès, la création d'une fondation ou d'un trust affectent immédiatement le patrimoine du settlor[127]. Du point de vue du droit successoral, et plus particulièrement des règles sur l'action en réduction, c'est le moment du dessaisissement du donateur qui doit être pris en considération, et non pas l'enrichissement des bénéficiaires ultimes[128].

Comme la constitution d'une fondation, la création d'un trust doit être assimilée aux donations[129]. En particulier, les héritiers réservataires peuvent demander la réduction du fonds du trust au jour du décès si le trust était révocable par le *de cujus* de son vivant, si les biens ont été transférés au trustee dans les cinq ans précédant le décès du settlor (art. 527 ch. 3 CC) ou encore lorsque le settlor avait "l'intention manifeste d'éluder les règles concernant la réserve" (art. 527 ch. 4 CC). Une telle intention devrait être retenue si, de son vivant, le settlor était directement ou indirectement le bénéficiaire exclusif ou principal du trust ou s'il conservait *de facto* le contrôle du fonds du trust. Un tel trust devrait être considéré comme un mécanisme purement successoral destiné à éluder les règles sur la réserve.

c) Complètement du Code civil

Pour améliorer la prévisibilité et la sécurité juridique qui résulteront de la ratification de la Convention par la Suisse, il convient de préciser dans le Code civil la façon dont l'action en réduction s'applique aux trusts ayant le

---

126 RIEMER (1975) ART. 82 NN. 6-7; BaK-GRÜNINGER (1998) Art. 82 ZGB NN. 1-2; ATF 90 II 365 c. 3c, JdT 1965 I 331; ATF 99 II 246 c. 9h, JdT 1974 I 252.

127 De la même manière que les donations entre vifs (art. 239 CO), visées à l'art. 527 ch. 3 CC.

128 Cf. Cour de cassation française (1ère Chambre civile), arrêt du 20.2.1996 (*Ziesenis*), JCP 1996 II 22647 note BÉHAR-TOUCHAIS, *Rev. crit. dr. int. privé* 1996 692 obs. DROZ

129 L'art. 82 CC énonce formellement l'analogie ("comme une donation") en raison du caractère unilatéral de la fondation, qui la distingue du contrat (bilatéral) de donation de l'art. 239 CO, cf. RIEMER (1975) Art. 82 N. 6. Comme la fondation, le trust repose sur un acte unilatéral du constituant, de même que toute distribution repose sur cet acte unilatéral et sur l'acte unilatéral du trustee.

caractère de libéralité à l'égard des bénéficiaires. Si les bénéficiaires qui ont reçu des distributions avant le décès du settlor ont qualité pour défendre à l'action en réduction à concurrence des valeurs reçues, seul le trustee peut défendre à cette action pour les biens dont il est encore le propriétaire.

Pour le fonds du trust en mains du trustee, il convient de permettre au trustee de choisir entre une restitution en nature ou en valeur. En effet, le trustee est chargé de gérer les biens qui lui sont confiés conformément à l'intérêt de tous les bénéficiaires. Les formes de placement sont déterminées à la fois par la nature des biens remis par le settlor, par les clauses de l'acte de trust et par les échéances probables des distributions prévues par cet acte. Les biens en trust ne sont pas toujours faciles à partager ou à réaliser. Plutôt que d'obliger le juge à déterminer quels biens doivent être remis aux demandeurs victorieux ou réalisés en leur faveur, il est préférable de condamner le trustee à une prestation d'argent à charge du fonds du trust. Cette solution s'impose d'autant plus lorsque le fonds du trust consiste notamment en une entreprise dont le settlor a voulu assurer la poursuite des activités. Dans la mesure où l'action en réduction n'épuise pas le fonds du trust, l'intérêt des bénéficiaires subsiste, et il convient de ne pas imposer le démembrement de l'entreprise en permettant au trustee de trouver ou lever les fonds nécessaires à indemniser les héritiers dont la réserve est lésée.

Les dispositions du Code civil régissant la réduction des libéralités entre vifs pourraient donc être complétées de la manière suivante:

Art. 527, nouvel alinéa

[2] La constitution d'un trust du vivant du settlor est assimilée à une donation lorsque les distributions prévues dans l'acte du trust ont le caractère de libéralités pour les bénéficiaires.

Art. 528*a* (nouveau) c. En matière de trusts

[1] Dans le cas visé à l'article 527 alinéa 2, l'action en réduction est exercée contre chaque bénéficiaire pour les distributions reçues par lui et contre le trustee pour ce qui fait encore l'objet du trust.

[2] Le trustee peut demander à restituer en valeur.

Que ces dispositions soient insérées dans le Code civil ou qu'elles figurent dans une loi fédérale spécifique aux trusts faisant l'objet de la Conven-

tion[130], elles ressortissent matériellement au droit successoral suisse et ne sont donc applicables que pour autant que celui-ci est désigné comme loi applicable à la succession par les règles de conflit du for.

L'action en réduction contre le trustee et les bénéficiaires est un litige successoral qui relève en principe de la compétence du juge au lieu du dernier domicile[131]. Le trustee n'a pas nécessairement son domicile en Suisse et les biens du trust n'y sont pas nécessairement localisés. L'exécution forcée d'un éventuel jugement condamnant le trustee à une prestation pécuniaire en faveur d'un héritier réservataire pourrait s'avérer problématique au cas où les biens nécessaires sont situés à l'étranger. En effet, certaines législations récentes sur le trust comprennent des dispositions qui sont en fait destinées à mettre les trusts à l'abri des prétentions successorales d'héritiers réservataires; elles disposent que la validité du transfert de propriété au trustee et celle du trust lui-même ne sont d'aucune manière affectées par des dispositions étrangères instituant des réserves héréditaires[132].

Du point de vue du droit international privé suisse, une telle règle ressortit davantage au droit des successions qu'à la loi applicable au trust. Elle tend en outre à paralyser l'application de l'article 15 al. 1 lit. f de la Convention, laquelle l'emporte – selon la conception suisse des rapports entre le droit international et le droit interne – en tant que norme de rang supérieur. Une règle de cette nature sera donc simplement ignorée lorsque la loi applicable à la succession selon les règles de conflit du for institue des héritiers réservataires. Le jugement condamnant le trustee pourra donner lieu à l'exécution forcée sur les biens du trust situés en Suisse. En l'absence d'une convention internationale en la matière[133], la reconnaissance et l'exé-

---

130 Pour les aspects de technique législative, cf. *infra* XVI.

131 Art. 538 CC; art. 86 al. 1 LDIP; art. 18 de la loi sur les fors en matière civile ("LFors") du 24 mars 2000 (RS 272, RO 2000 2355). Le juge suisse peut également être compétent en raison de la nationalité suisse du *de cujus* et d'une éventuelle *professio iuris*, art. 87 LDIP.

132 *E.g.* art. 8A(2)(b) du Trusts (Jersey) Law, introduit par le Trusts (Amendment) (Jersey) Law 1989; art. 8 (b) du [Bahamas] Trusts Choice of Governing Law Act 1989; art. 11 (b) du [Bermuda] Trusts (Special Provisions) Act 1989. D. HAYTON a proposé l'adoption d'une règle semblable en droit anglais: "Developing the law of trusts for the twenty-first century", *The Law Quarterly Review* 106 (1990) pp. 87 ss, 95-96.

133 La convention de Lugano (RS 0.275.11) ne concerne pas la matière successorale; il en va de même de la future convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale à laquelle travaille la Conférence de La Haye de droit international privé.

cution de ce jugement à l'étranger pourrait s'avérer problématique lorsque les actifs du trust sont situés dans une juridiction qui ne reconnaît pas le caractère impératif des réserves héréditaires statuées par la *lex successionis.*

B. Droit d'information des héritiers réservataires à l'encontre du trustee

Reconnaître aux héritiers réservataires lésés l'action en réduction relativement à un trust constitué par le *de cujus* de son vivant ne suffit pas à les protéger s'ils ne disposent pas des informations nécessaires à faire valoir ce droit. Ces informations leur sont en outre nécessaires pour décider s'il convient de répudier une succession dont les biens extants ne couvrent pas les dettes. Le problème n'est pas nouveau et il est assez fréquemment traité par la jurisprudence et par la doctrine car le Code civil ne statue explicitement une obligation générale de renseigner qu'à la charge des héritiers eux-mêmes (art. 607 al. 3 & 610 al. 2 CC) ou à la charge de tiers mais dans le seul contexte d'un inventaire successoral (art. 581 al. 2 CC). Les particularités du trust imposent cependant, si l'on veut reconnaître les trusts étrangers sans compromettre un principe fondamental du droit suisse des successions, de prévoir une base légale expresse pour permettre aux héritiers réservataires d'obtenir les informations nécessaires à l'exercice de leurs droits.

Au risque d'être schématique, on peut résumer ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral. Les héritiers (de même d'ailleurs que l'exécuteur testamentaire, voire l'administrateur officiel de la succession) tiennent de la loi le droit d'obtenir les renseignements nécessaires à faire valoir leurs droits successoraux et à assurer une dévolution de la succession conforme à la loi[134]. Ce droit peut être exercé individuellement par chaque héritier[135]. Il peut être exercé notamment contre le dépositaire de biens successoraux; s'il s'agit d'une banque, celle-ci ne peut opposer le secret bancaire[136]. L'héritier réservataire dispose d'un droit d'information plus étendu, qui porte non seulement sur les biens qui étaient propriété du *de cujus* à son décès,

---

134 ATF 89 II 87 c. 6; ZR 1965 190 n° 136 c. 1 & 2.

135 ATF 82 II 555 c. 7, JdT 1957 I 136, confirmé *obiter* par ATF 121 III 118 c. 3, rés. JdT 1995 I 274.

136 ATF 89 II 87 c. 6. Sur les "faits de nature strictement personnelle" que la banque pourrait devoir taire: ATF 74 I 493.

mais aussi sur les attributions faites de son vivant dans la mesure où elles sont susceptibles de rapport ou réduction[137]. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral semble même consacrer le droit d'obtenir des renseignements bancaires sur les avoirs que le *de cujus* a transféré à une société de domicile dans la mesure où il en est resté l'ayant droit économique[138].

La doctrine est fondamentalement en accord avec la jurisprudence[139]. Certains auteurs relèvent, à raison, que le droit aux renseignements des héritiers trouve ses limites dans sa finalité, c'est-à-dire dans la nécessité de mettre en œuvre des droits successoraux[140].

En ratifiant la Convention, le législateur helvétique ne saurait s'en remettre à la jurisprudence pour garantir aux héritiers réservataires l'information nécessaire à faire valoir leurs droits dans le contexte d'un trust. Lorsque l'héritier est en même temps un bénéficiaire du trust, la loi qui gouverne celui-ci lui garantit généralement le droit d'exiger du trustee la reddition de comptes, ce qui lui permettra de vérifier le respect de ses droits successoraux[141]. Certes, il ne paraît pas très difficile d'étendre la jurisprudence du Tribunal fédéral, notamment en matière de fondations et de socié-

---

137 ATF 90 II 365 c. 2a, JdT 1965 I 330; TF, Rep. 1993 127 c. 4b (dans le contexte d'un inventaire); cf. arrêt de la Cour de justice de Genève du 11.12.1998, in ASSOCIATION GENEVOISE DE DROIT DES AFFAIRES, documentation du séminaire du 5 mai 1999 "Trusts étrangers et ordre juridique suisse", pp. 90-93; *idem* du 6.03.1997, n.p. (ACJC/297/1997), cité par STANISLAS (2000) n. 73 p. 438.

138 TF, Rep. 1996 5. Cf. LIMBURG & SUPINO (1999) pp. 206-208, qui discutent des décisions non publiées.

139 Cf. surtout M. AUBERT *et al.*, *Le secret bancaire suisse*, 3e éd., Berne (Stämpfli) 1995, pp. 329-332; A. MEIER-HAYOZ & P. FORSTMOSER, "Die Auskunftsrechte von Erben gegenüber Banken", *Deutschland-Schweiz: Zeitschrift zur Förderung der Wirtschaftsbeziehungen* 1970 pp. 536 ss; STANISLAS (2000) pp. 333 ss; A. OSWALD, *Die Auskunftspflicht im Erbgang*, thèse Zurich (Juris) 1976, not. pp. 5-7, 28, 68, 78; P. SCHWAGER, *Das schweizerische Bankgeheimnis…*, thèse de Fribourg, Zurich (Schulthess) 1973, pp. 121-125. À propos de l'exécuteur testamentaire, cf. KÜNZLE (2000) pp. 264 ss; P. BREITSCHMID, "Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung", in *Praktische Probleme der Erbteilung*, Berne 1997, p. 119; BaK-KARRER (1998) Art. 518 N. 18.

140 B. KLEINER & R. SCHWOB, in *Kommentar zum Bankengesetz*, Zurich (Schulthess), Art. 47 N. 19 (livraison juin 1996); J.N. DRUEY, "Der Anspruch des Erben auf Information", BJM 1988 113-132. Ainsi, pas de droit d'être renseigné sur une libéralité entre vifs lorsque l'action en réduction est prescrite: STANISLAS (n. 137), p. 335.

141 Certaines juridictions tendent même à dépouiller certains bénéficiaires de leur droit d'être informé, ce qui est critiquable et risque de nuire à la reconnaissance internationale de tels trusts, cf. D. HAYTON, "Anglo-Trusts, Euro-Trusts and Caribbo-Trusts: Whither Trusts?", in *Modern International Developments in Trust Law*, ed. by D. Hayton, The Hague etc. (Kluwer Law International) 1999, pp. 1 ss, not. pp. 14-16.

tés de domicile[142], au contexte du trust. Mais il ne faut pas sous-estimer les différences sensibles qui existent entre le droit du trust tel qu'il s'exprime dans la plupart des juridictions de *common law* et notre propre droit.

Le droit des trusts comprend de manière très générale une obligation de confidentialité du trustee à l'égard de tous les tiers[143]. La reddition de comptes aux bénéficiaires, l'information du juge voire du protecteur, y apparaissent comme des exceptions à la règle. Pour le trustee, pour le juge et tout juriste anglo-américain, une obligation du trustee de donner à un héritier du settlor des informations sur la valeur et la composition du fonds du trust, sur ses bénéficiaires et sur les distributions déjà intervenues paraît inconcevable si cet héritier n'est pas en même temps un bénéficiaire. L'idée que cette information soit due parce que nécessaire à la sauvegarde des réserves successorales paraît curieuse puisque ces droits ne connaissent pas l'institution en tant que telle[144].

Un trustee confronté à cette situation, même s'il est soumis à la compétence territoriale des tribunaux helvétiques, se trouve dans un conflit de devoirs. La loi applicable au trust lui enjoint de sauvegarder les intérêts des bénéficiaires et l'efficacité des clauses de l'acte de trust en taisant à tout tiers, fût-il un héritier du settlor, jusqu'à l'existence même du trust. La loi applicable à la succession du settlor lui enjoint au contraire de donner à l'héritier réservataire les informations nécessaires à lui permettre d'exiger, si la réserve est lésée, la restitution d'une partie du fonds du trust ou des distributions faites aux bénéficiaires. La responsabilité pécuniaire du trustee à l'égard des bénéficiaires, voire sa responsabilité disciplinaire, sont en jeu et elles sont régies par la loi applicable au trust! Le droit de l'héritier réservataire d'obtenir ce genre d'informations du trustee restera certainement lettre morte si le trustee ne peut pas, au minimum, s'appuyer sur une disposition légale formelle et claire pour obéir au devoir d'information que la loi successorale entend lui imposer.

Une disposition de cette nature n'est pas inconnue de notre droit privé fédéral: on la trouve notamment statuée au chapitre des effets généraux du mariage. L'art. 170 CC pourrait servir de modèle à la règle dont on propose

---

142 Cf. *supra* notes 137 & 138.

143 Pour une présentation générale: BROWNBILL (2000).

144 Quand la loi en question ne prétend pas paralyser le droit à la réserve, cf. *supra* note 132.

l'adoption à l'occasion de la ratification de la Convention. Sur le modèle de l'art. 170 CC et conformément à la jurisprudence fédérale relative aux informations dues aux héritiers par de simples dépositaires de biens successoraux ou devant être rapportés à la succession, il convient d'étendre aux dépositaires une telle obligation dans le contexte du trust. À défaut de cette mesure, il suffirait que les biens déposés en Suisse soient sous le contrôle de trustees résidant à l'étranger pour paralyser le droit qu'il convient ici de garantir.

Il est donc proposé d'introduire dans le Code civil une disposition qui pourrait être ainsi formulée:

> **Art. 533*a*** (nouveau)
>
> [1] Lorsqu'un héritier réservataire rend vraisemblables des faits qui, s'ils étaient prouvés, fonderaient une action à l'encontre d'un trustee ou du bénéficiaire d'un trust, le juge peut astreindre le trustee à fournir les renseignements utiles et à produire les pièces nécessaires. Il peut faire de même à l'encontre des bénéficiaires ou des dépositaires des valeurs patrimoniales concernées.
>
> [2] Est réservé le secret professionnel des avocats, des notaires, des médecins, des ecclésiastiques et de leurs auxiliaires.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la réserve du secret professionnel des avocats et des notaires concerne les secrets dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur activité professionnelle caractéristique. La gestion de fortune[145], l'administration d'un trust, l'activité de trustee comme celle de protecteur d'un trust[146] ne sont pas couvertes par le secret pénalement protégé de l'avocat ou du notaire[147], de sorte que celui-ci ne peut pas être opposé à l'obligation de témoigner ou de produire des pièces qui résulte de l'art. 170 al. 3 CC ou de l'art. 533*a* al. 2 proposé ci-dessus.

Cette disposition ressortit matériellement au droit successoral suisse et n'est donc applicable que pour autant que celui-ci soit désigné comme loi applicable à la succession par les règles de conflit du for.

---

[145] ATF 120 Ib 112; 115 Ia 197, JdT 1991 IV 142; 114 III 105, JdT 1990 II 98; 112 Ib 606, JdT 1987 IV 450; etc.

[146] Cf. ATF 124 III 363, SJ 1999 38.

[147] Art. 321 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311; "CP").

VI. Trusts et régimes matrimoniaux

La constitution d'un trust *inter vivos* sur certains biens d'un conjoint peut avoir pour effet de priver l'autre conjoint de certains droits ou de certaines expectatives résultant du régime matrimonial. La Convention réserve sans ambiguïté les règles impératives de la loi applicable aux effets personnels et patrimoniaux du mariage selon les règles de conflit du for (article 15 al. 1 lit. b).

La question ne relève du Code civil suisse que pour autant que le droit suisse soit désigné comme applicable au régime matrimonial du settlor par la loi fédérale sur le droit international privé lorsqu'un juge suisse est saisi[148], ou lorsque le droit suisse est désigné par les règles de conflit du for étranger saisi. Nous allons donc ici examiner si un complètement du titre sixième du Code civil, "Du régime matrimonial", est nécessaire dans toutes les hypothèses où c'est bien la loi suisse qui s'applique à cet aspect d'un différend.

Dans chacun des trois régimes prévus par le Code civil, la constitution d'un trust sur des biens propres d'un conjoint ne pose pas de difficulté particulière. Dans le régime ordinaire de la *participation aux acquêts* (art. 196 ss CC) et dans celui de la *communauté des biens* (art. 221 ss CC), les biens propres sont précisément ceux dont l'époux propriétaire peut disposer à sa convenance[149]. Une libéralité faite à un tiers prive certes les acquêts ou les biens communs du revenu des biens propres aliénés[150], mais c'est la conséquence de l'exercice d'un droit de disposition que la loi n'a pas entendu restreindre. Dans la *séparation de biens* (art. 247 ss CC), chaque conjoint bénéficie de la même liberté sur l'ensemble de ses biens.

La constitution d'un trust *inter vivos* par l'un des conjoints peut poser problème lorsqu'il porte sur ses acquêts dans le régime de la participation aux acquêts (1.) ou sur des biens communs dans celui de la communauté de biens (2.).

---

148 Art. 52 à 57 LDIP.

149 Dans les limites cependant des règles sur les effets généraux du mariage (art. 166, 169, 178 CC) et, pour la participation aux acquêts, de l'art. 201 al. 2 CC.

150 Art. 197 al. 2 ch. 4 (sous réserve d'un contrat de mariage contraire, art. 199 al. 2 CC) et 223 al. 2 CC.

1. Acquêts

Dans le régime ordinaire de la participation aux acquêts, chaque époux est propriétaire des biens qu'il acquiert à titre onéreux pendant le mariage (acquêts; art. 197 CC). Il en a l'administration, la jouissance et la disposition pendant toute la durée du régime[151]. Lors de la dissolution du régime, chaque époux a droit, en valeur, à la moitié du bénéfice réalisé par l'autre, à moins qu'une autre participation au bénéfice ait été convenue[152]. Le bénéfice se calcule comme la valeur des acquêts à l'époque de la liquidation du régime sous déduction des dettes qui les grèvent[153].

Aux acquêts qui sont en mains de l'époux au jour de la dissolution du régime, l'art. 208 CC prescrit d'ajouter la valeur, au jour de leur aliénation (art. 214 al. 2 CC), des acquêts dont il "a disposé par libéralités entre vifs, sans le consentement de son conjoint, dans les cinq années antérieures à la dissolution du régime, à l'exception des présents d'usage", ainsi que ceux qui ont été aliénés pendant toute la durée du régime "dans l'intention de compromettre la participation de son conjoint". Inspirée de législations voisines[154], cette protection de la participation de chaque époux au bénéfice de l'autre correspond à la réunion et à la réduction des libéralités entre vifs prévues par le droit successoral[155].

La participation d'un époux au bénéfice réalisé par son conjoint est une créance monétaire du premier contre le second[156]. Lorsque certains biens d'acquêts ont été aliénés dans l'un des hypothèses visées par l'art. 208 CC, il se peut que les acquêts restants et les biens propres du débiteur de cette créance ne suffisent pas à satisfaire cette créance. Dans cette hypothèse, l'art. 220 CC statue que "l'époux créancier ou ses héritiers peuvent rechercher pour le découvert les tiers qui ont bénéficié d'aliénations sujettes à réunion"[157]. Cette action est soumise à un double délai de péremp-

---

151 Art. 201 al. 1 CC.

152 Art. 215 al. 1, 216 & 217 CC.

153 Art. 210 et 214 al. 1 CC.

154 Art. 1573 CCfr.; § 1375 (2) BGB.

155 Cf. art. 220 al. 3 CC.

156 HAUSHEER, REUSSER & GEISER (1992) Art. 215 N. 16; DESCHENAUX, TERCIER & BADDELEY (2000) NN. 1608-1610.

157 Art. 220 al. 1 CC.

tion[158]. "Pour le surplus, les dispositions sur l'action en réduction successorale s'appliquent par analogie."[159] Le for est en principe au domicile de l'époux débiteur[160] ou à son dernier domicile lorsque celui-ci est décédé[161].

La réunion en valeur de certaines libéralités aux acquêts pour le calcul du bénéfice et l'éventuelle action en restitution contre les tiers sont très semblables à l'action en réduction du droit successoral. La qualification des aliénations faites à un trustee devrait donc être traitée de manière identique: il n'est possible de caractériser cette aliénation comme libéralité que si les distributions prévues par l'acte de trust ont ce caractère pour les bénéficiaires. Pour lever toute ambiguïté, il convient donc de compléter l'art. 208 par un alinéa 3 nouveau qui dispose:

> **Art. 208**, nouvel alinéa
>
> 3 La constitution d'un trust du vivant du settlor est assimilée à une libéralité lorsque les distributions prévues dans l'acte du trust ont le caractère de libéralités pour les bénéficiaires.

En revanche, il n'est pas besoin de préciser à l'art. 220 CC les modalités de l'action exercée contre le trustee et contre les bénéficiaires dans la mesure où le renvoi de l'al. 3 aux "dispositions sur l'action en réduction successorale" comprend l'art. 528*a* (nouveau) CC proposé ci-dessus.

À la différence des règles successorales, celles sur les effets généraux du mariage comprennent déjà un art. 170 CC qui statue un droit de chaque époux à obtenir de son conjoint, voire d'un tiers par décision de justice, les renseignements utiles et les pièces nécessaires à le renseigner sur les revenus, biens et dettes de son conjoint. Ce droit s'étend aux actes de disposition visés par l'art. 208 CC[162]. Cet article s'applique également en cas de dissolution du régime matrimonial du vivant du conjoint défendeur[163]. Lorsque l'union conjugale prend fin par le décès d'un époux, le nouvel article

---

158 Art. 220 al. 2 CC.

159 Art. 220 al. 3 CC, tel que modifié par l'annexe (ch. 2) de la LFors.

160 Art. 15 al. 1 lit. c LFors; en matière internationale: art. 51 lit. b LDIP.

161 Art. 18 al. 1 LFors; en matière internationale: art. 51 lit. a et 86 à 88 LDIP.

162 *Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug* 1991 115 (n° 92), c. 1.

163 Le droit de renseignement de chaque époux lui appartient tant que dure le mariage, jusqu'au jugement de divorce passé en force, cas échéant pendant la durée de la procédure de liquidation du régime matrimonial en tant que celle-ci est séparée de la procédure de divorce: DESCHENAUX, STEINAUER & BADDELEY (2000) N. 306; HAUSHEER, REUSSER & GEISER (1999) Art. 170 N. 6.

533*a* CC proposé plus haut assurera une information équivalente du conjoint survivant dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial et de la succession.

2. Biens communs

Dans le régime conventionnel de la communauté de biens, les biens communs sont l'objet d'une propriété commune[164]. À la différence du copropriétaire, le propriétaire en mains communes ne dispose pas d'une quote-part qu'il puisse aliéner[165].

Une libéralité telle que la constitution d'un *family trust* ne relève pas de l'administration ordinaire des biens communs[166]. Elle n'est donc possible que par un acte de disposition commun des deux époux ou avec le consentement de l'autre[167]. À supposer cependant que l'un des époux constitue un trust sur des biens communs sans le consentement de son conjoint, le transfert de propriété au trustee – qui ne relève pas de la loi applicable au trust mais de la loi du lieu de situation de ces biens[168] – est entaché d'un vice qui empêche la création du trust, sauf guérison par l'effet des règles sur l'acquisition de bonne foi[169] ou par la présomption de consentement du conjoint[170].

La question paraît un peu hypothétique pour le genre de biens (comptes bancaires, valeurs mobilières, immeubles) qui sont typiquement l'objet de trusts qui ont le caractère de libéralités. Dans le régime de la communauté, les époux auront vraisemblablement eu soin de faire mentionner leur double titularité dans les documents bancaires ou dans les registres publics.

---

164 Cf. art. 652 à 654 CC; cf. HAUSHEER, REUSSER & GEISER (1996) Art. 221 N. 3; DESCHENAUX, STEINAUER & BADDELEY (2000) NN. 1608-1610.

165 Confirmant l'art. 653 al. 3 CC, l'art. 222 al. 3 CC dispose qu'aucun époux ne peut disposer de sa part aux biens communs pendant la durée du régime.

166 Art. 227 CC.

167 Art. 228 al. 1 CC.

168 Art. 4 de la Convention; art. 99 à 102 LDIP.

169 Art. 714 al. 2, 933 et 973 CC. La protection de l'acquéreur qui ignore de bonne foi l'absence de consentement du conjoint (art. 228 al. 2 CC) se cumule à la protection de l'acquéreur qui ignore de bonne foi que l'aliénateur n'a pas de pouvoir de disposition sur la chose (art. 714 al. 2, 933 et 973 CC), cf. HAUSHEER, REUSSER & GEISER (1996) Art. 228 N. 43; DESCHENAUX, STEINAUER & BADDELEY (2000) NN. 1723-1725.

170 Art. 228 al. 2 CC.

Vu le caractère tout à fait extraordinaire de la constitution d'un trust (comme d'une fondation), il serait sans doute très difficile au trustee d'apporter la preuve qu'il a fait usage de la diligence imposée par les circonstances (art. 3 al. 2 CC) en acceptant (à supposer que la banque ou le dépositaire accepte de l'exécuter) le transfert à son nom, par un seul époux, de comptes bancaires ou de valeurs mobilières inscrits au double nom des conjoints. Quant aux immeubles situés en Suisse, leur aliénation ne sera enregistrée qu'en vertu d'un acte authentique auquel les deux époux ont participé. Une éventuelle acquisition de bonne foi n'est donc envisageable que si les conjoints n'ont pas pris soin de rendre leur qualité de propriétaires communs évidente aux tiers[171]. C'est dans cette hypothèse seulement qu'un époux pourrait, dans des circonstances qui paraissent néanmoins extraordinaires, se faire opposer la constitution d'un trust sur des biens communs bien qu'il n'y ait pas consenti.

Ainsi, les règles générales protègent suffisamment chaque époux contre la constitution d'un trust sur des biens communs à laquelle il ou elle n'aurait pas consenti. Il n'est pas besoin de créer une règle spéciale.

VII. Exécution forcée

La reconnaissance en Suisse des effets d'un trust dans le cadre de l'exécution forcée portant sur des droits patrimoniaux localisés en Suisse doit être examinée sous trois aspects:

– Les biens en trust étant soustraits à l'exécution forcée au profit des créanciers personnels du trustee, les procédures de revendication et de séquestre prévues par la LP doivent garantir que ces biens ne peuvent être réalisés que par les créanciers auxquels la loi applicable au trust reconnaît un tel droit.
– Lorsque les clauses du trust reconnaissent à un bénéficiaire un droit exécutable et réalisable à des distributions futures, celui-ci doit pouvoir être soumis à l'exécution forcée au profit des créanciers du bénéficiaire.

[171] Ou si ces biens sont exclus de la communauté (art. 224 & 225 CC), ce qui supprime alors l'exigence du consentement du conjoint.

– Les créanciers du settlor doivent être protégés contre la création d'un trust destinée à soustraire des actifs réalisables à leur mainmise. Aux actions prévues par la loi applicable au trust vient s'ajouter l'action révocatoire du droit suisse, dont il convient de vérifier qu'elle peut s'appliquer à l'acte de disposition par lequel le settlor grève certains biens d'un trust en les transférant au trustee.

A. Exécution forcée sur les biens en trust

La Convention caractérise le trust comme "une masse distincte" de biens qui "ne font pas partie du patrimoine du trustee" (article 2, al. 2 lit. a). La reconnaissance d'un trust implique notamment, "dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit… a) que les créanciers personnels du trustee ne puissent pas saisir les biens du trust; b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci…" (article 11, al. 2).

Le principe que les biens en trust échappent à l'exécution forcée au profit des "créanciers personnels du trustee" connaît cependant des exceptions notables. La plupart des législations relatives au trust admettent que les biens du trust répondent envers les tiers des obligations contractées par le trustee conformément à l'acte de trust et à ses devoirs de trustee (*supra* II.E). Tout en permettant aux bénéficiaires et, cas échéant, aux autres trustees d'intervenir pour assurer que les biens du trust ne soient pas réalisés au profit des créanciers personnels du trustee, la procédure d'exécution forcée doit également être aménagée pour permettre à un créancier de faire valoir que sa créance grève les biens du trust conformément à la loi applicable au trust lui-même.

La ratification de la Convention fournit, à l'article 11 de celle-ci, une base légale suffisante pour garantir aux bénéficiaires que les biens du trust ne soient pas réalisés au profit des créanciers personnels du trustee. Il convient cependant d'aménager la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite[172] pour préciser les rôles respectifs des autorités de poursuite, du juge civil et des parties à un trust dans la mise en œuvre de ce principe. C'est ce que l'on va faire ici pour l'exécution singulière (voie de la saisie,

[172] Du 11 avril 1889, telle que révisée le 16 décembre 1994 (RS 281.1; "LP").

infra VII.A.1) ou collective contre le trustee (faillite, *infra* VII.A.2), ainsi que pour la mesure de sûreté que représente le séquestre au préjudice du trustee (*infra* VII.A.3).

1. Saisie au préjudice du trustee

Qu'il s'agisse d'une saisie ordinaire ou de la réalisation d'un gage, la loi sur les poursuites aménage une procédure de revendication (*Widerspruchsverfahren*)[173]. Celle-ci est introduite par l'office des poursuites "lorsqu'il est allégué qu'un tiers a sur le bien saisi un droit de propriété, de gage ou un autre droit qui s'oppose à la saisie ou qui doit être pris en considération dans la suite de la procédure"[174]. Lorsque cette prétention est contestée, le litige est porté devant un juge civil, qui l'instruit en procédure accélérée et décide si le bien saisi peut être réalisé au profit du créancier saisissant ou s'il doit être soustrait à la saisie[175].

La procédure administrative et judiciaire de revendication doit être aménagée à trois égards pour assurer la mise en œuvre du principe énoncé à l'article 11 al. 3 lit. a & b de la Convention.

a) Répartition des rôles dans la procédure civile de revendication

La répartition des rôles procéduraux – c'est-à-dire la charge d'introduire l'action civile, mais non pas le fardeau de la preuve – est déterminée par l'office des poursuites en fonction de l'apparence du droit qui résulte de la possession. Lorsqu'une chose mobilière est dans la possession exclusive du débiteur, il appartient au tiers qui prétend la soustraire à la saisie d'introduire l'action civile[176]; lorsque la chose est en possession ou en co-possession de ce tiers, il appartient au créancier saisissant d'intenter cette action[177]. Lorsque la chose est détenue par une autre personne, il faut déterminer si celle-ci possède pour le compte du débiteur ou d'un tiers.

---

173 Art. 106 à 109, auxquels renvoie l'art. 155 al. 1 LP.

174 Art. 106 al. 1 LP.

175 Art. 109 LP.

176 Art. 108 et 242 al. 3 LP.

177 Art. 107 et 242 al. 2 LP.

Dans les dispositions sur la revendication, la LP désigne par le mot "tiers" celui qui est susceptible d'obtenir la soustraction du bien à la procédure d'exécution forcée. C'est d'ailleurs ce tiers dont la possession ou la co-possession sert de critère dans la répartition des rôles procéduraux à l'action civile.

En matière de trust, le critère de la possession est inapplicable. En effet, le trustee est par définition le propriétaire juridique la chose. Sa possession est toujours originaire; elle peut être immédiate lorsque la chose est dans ses mains, ou médiate lorsqu'elle est déposée (en son nom et pour son compte) auprès d'un possesseur dérivé.

La possession a été choisie comme le critère qui détermine les rôles procéduraux dans l'action en revendication parce que, en matière mobilière, elle crée l'apparence d'un droit préférable[178]. Pour les immeubles, l'inscription au registre foncier emporte la même présomption[179]. Pour les créances et les droits immatériels qui ne sont pas constatés dans un registre, ces critères sont inapplicables[180]. La *ratio legis* du choix de la possession ou d'une inscription au registre foncier pour déterminer qui, du créancier ou du revendiquant, doit introduire le procès civil relatif à la réalisation du bien litigieux est donc l'apparence du droit préférable d'un tiers. Lorsque le débiteur apparaît comme le propriétaire du bien saisi, il appartient au revendiquant d'introduire l'action tendant à soustraire ce bien à l'exécution forcée. Lorsque l'apparence est contraire, il appartient au créancier saisissant d'introduire l'action tendant à soumettre le bien litigieux à l'exécution forcée.

Si l'on applique ce principe de l'apparence du droit préférable[181] aux rapports juridiques résultant d'un trust, le seul critère applicable paraît être celui de la reconnaissabilité aux tiers du fait que le bien saisi est l'objet

---

178 Art. 930 al. 1 CC: "Le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire." La LP emploie cependant le terme de *Gewahrsam* là où le Code civil utilise celui de *Besitz* pour indiquer une maîtrise factuelle directe sur le bien, sans nécessairement que l'élément subjectif qui caractérise le *Besitz* soit réalisé, cf. SchKG-STAEHELIN (1998) Art. 107 NN. 5-6; P.R. GILLIÉRON, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 3e éd., Lausanne (Payot) 1993, p. 211.

179 Cf. art. 973 al. 1 CC; absent de la LP de 1889, ce critère figure désormais aux art. 107 et 108, al. 1 ch. 3 LP.

180 Sur la *grössere Wahrscheinlichkeit der Berechtigung* en matière de créances et d'autres droits, cf. SchKG-STAEHELIN (1998) Art. 107 NN. 12-16.

181 *Besserer Rechtsschein*, cf. SchKG-STAEHELIN (1998) Art. 108 N. 4.

d'un trust ou, exprimée en d'autres termes, du fait que le trustee est propriétaire de ce bien en qualité de trustee. Toutes les législations relatives au trust imposent au trustee de prendre les précautions nécessaires à assurer la distinction entre son patrimoine personnel et le fonds du trust[182]; elles lui permettent, mais ne lui imposent généralement pas, de faire enregistrer le bien en qualité de trustee. Si le trustee a pris les précautions qui rendent reconnaissables aux tiers qu'un bien ne fait pas partie de son patrimoine personnel, il se justifie de mettre à la charge des créanciers saisissants l'initiative de l'action civile relative au statut juridique du bien saisi. À l'inverse, si le trustee n'a pas pris les précautions nécessaires de sorte que les tiers peuvent de bonne foi considérer que ce bien appartient au patrimoine personnel du trustee, l'apparence joue en faveur des créanciers saisissants; ceux qui ont intérêt à soustraire le bien à l'exécution forcée ont alors la charge d'introduire cette action.

Ce critère spécifique aux trusts n'est pas plus difficile à apprécier par l'office des poursuites ou par l'administration de la faillite que celui de la possession choisi par le législateur. En particulier, lorsque le bien saisi fait l'objet d'une inscription dans un registre public, la mention du trust dans le registre sera déterminante[183]. Lorsque le bien est déposé dans un entrepôt, auprès d'un intermédiaire financier ou en d'autres mains, le critère est satisfait si les documents contractuels et, quand ils existent, les extraits de compte désignent le trustee en cette qualité. Lorsque le bien est en possession directe du trustee, les circonstances reconnaissables aux tiers ne permettent généralement pas bien d'identifier comme tels les biens du trust.

Comme la possession, la désignation du bien comme relevant d'un trust est susceptible de certaines manipulations par un propriétaire qui chercherait à compliquer la tâche de ses créanciers. Il convient cependant de relever que la désignation frauduleuse d'un bien personnel comme relevant d'un trust entraîne certains inconvénients sensibles pour le propriétaire car elle limite ou rend plus difficile l'aliénation du bien ou la constitution de sûretés: l'acheteur ou le prêteur prudent voudra en effet s'assurer que le prétendu trustee ne viole pas les clauses du trust prétendu, de crainte de

---

182 Cf. art. III (3) PDET: "Sauf disposition contraire des termes du trust, un trustee de plusieurs trusts doit tenir chaque fonds de trust séparé, non seulement de son patrimoine personnel, mais aussi du fonds de chacun des autres trusts."

183 Cf. *infra* chapitre IX: Registres publics.

s'exposer au droit de suite des bénéficiaires[184]. En outre, l'apparence du droit qui résulte de la possession ou de la désignation du bien en trust n'a d'effet que sur la répartition des rôles dans la procédure civile, mais ne change rien au fardeau de la preuve, qui appartient effectivement à celui qui prétend que le bien doit être soustrait à l'exécution forcée. Enfin, l'incombance d'agir en justice que l'apparence de trust met à la charge du créancier saisissant ou de l'administration de la faillite n'est pas excessivement onéreuse dans la mesure où les tribunaux suisses sont toujours compétents[185].

La procédure de revendication relative aux biens dont il est allégué qu'ils font l'objet d'un trust pourrait ainsi faire l'objet d'un nouvel article de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite dont le premier alinéa pourrait être ainsi libellé:

> **Art. 108*a*** (nouveau) c. En matière de trusts
>
> [1] Lorsqu'il est allégué que le bien saisi est l'objet d'un trust, l'art. 108 s'applique lorsque ce rapport de droit est reconnaissable pour des tiers. Dans le cas contraire, l'art. 107 est applicable.

b) Définition de la qualité pour agir et pour défendre

En matière de trusts, la qualité pour agir ou pour défendre doit prendre en considération les compétences et droits que la loi applicable au trust reconnaît aux trustees, aux bénéficiaires, cas échéant au protecteur du trust (*protector*) ou encore à l'autorité publique chargée de veiller au respect des trusts charitables. Elle doit aussi prendre en considération que l'office du trustee est souvent partagé par plusieurs personnes physiques ou morales qui, en principe, prennent collectivement toutes les décisions qui sont de leur compétence.

Lorsqu'il est seul trustee, le débiteur qui fait l'objet de poursuites se trouve potentiellement dans un conflit d'intérêts: son souci de désintéresser ses créanciers et à mettre un terme aux poursuites ne coïncide pas nécessairement avec ses obligations fiduciaires tendant à assurer que les biens en trust ne soient pas réalisés au profit de ses créanciers personnels. Un tel

---

184 Cf. *supra* II.F et *infra* chapitre VIII: Droit de suite des bénéficiaires et responsabilité de tiers.

185 Art. 109 al. 1 à 3 LP.

conflit d'intérêts peut souvent justifier son remplacement comme trustee, un remplacement que lui-même et chaque bénéficiaire du trust peut requérir du juge au for du trust[186]. L'expérience montre cependant que de telles procédures sont longues lorsque le trustee – généralement peu enclin à être déchargé de son office – s'oppose à son remplacement. Même lorsque ce remplacement n'est pas litigieux, la décision d'un juge au for du trust peut prendre en temps excessif par rapport aux délais brefs prévus par notre procédure d'exécution forcée.

Il ne paraît donc pas réaliste de disqualifier le débiteur saisi et de l'empêcher de participer ès qualités à la procédure de revendication. En raison cependant des conflits d'intérêts qui peuvent compromettre sa loyauté, il importe de garantir la participation d'éventuels autres trustees et de ménager aux bénéficiaires la possibilité d'intervenir pour défendre leurs intérêts.

La procédure commence par l'allégation qu'un bien saisi doit être soustrait à l'exécution forcée au profit du créancier saisissant. Cette allégation peut émaner du débiteur-trustee mais également de tout autre intéressé: la loi ne limite pas le cercle des personnes qui peuvent provoquer le déclenchement de cette procédure[187].

Lorsque la revendication n'est pas contestée, le bien est soustrait d'office à l'exécution forcée. Lorsqu'elle est disputée, une procédure judiciaire est nécessaire, où la qualité de partie doit être précisée.

Lorsque la loi charge le tiers revendiquant de faire valoir son droit en justice, il convient de reconnaître largement la qualité pour agir dans le bref délai de vingt jours fixé par l'office des poursuites[188]. La qualité pour agir peut être calquée sur la manière dont la loi applicable au trust règle la qualité pour exercer le droit de suite sur un bien aliéné par le trustee en violation de ses obligations. Lorsque le débiteur-trustee est insolvable, il est manifestement dans l'intérêt de celui qui exerce la revendication d'obtenir du juge compétent la désignation d'un nouveau trustee. Mais cette désignation n'a pas besoin d'intervenir préalablement à l'ouverture de la procédure; elle donnera éventuellement lieu à une substitution de partie.

---

186 Cf. art. 17 ch. 2 et 53 al. 2 de la convention de Lugano (RS 0.275.11).

187 Art. 106 al. 1 LP *in initio*: "Lorsqu'il est allégué…".

188 Art. 107 al. 5 LP.

Vu la brièveté des délais et le caractère international du litige, il se peut que toutes les personnes à qui l'on reconnaît la qualité pour agir n'aient pas la possibilité d'introduire cette action dans le délai de 20 jours. D'ailleurs, l'art. 107 al. 5 LP enjoint à l'office des poursuites de fixer ce délai au tiers revendiquant, mais pas à l'ensemble des intéressés, dont l'office ignorera généralement l'identité. Vu les intérêts divergents qui peuvent opposer le trustee aux bénéficiaires, voire les bénéficiaires entre eux, il convient de permettre aux intéressés d'intervenir à la procédure postérieurement à l'ouverture de l'action.

La qualité pour introduire l'action en revendication pourrait être réglée de la manière suivante:

> **Art. 108*a*** (suite)
>
> [2] A qualité pour introduire l'action prévue à l'art. 107, 5ème alinéa, tout trustee, tout bénéficiaire et toute autre personne à qui les règles applicables au trust reconnaissent la qualité pour revendiquer le bien en mains de tiers. Celui qui apprend l'ouverture de l'action qu'il aurait eu qualité pour introduire dispose d'un délai de 30 jours pour intervenir.

La situation est différente quant à la qualité pour défendre. Lorsqu'il incombe au créancier saisissant de revendiquer un bien qui fait apparemment l'objet d'un trust, le nombre des défendeurs doit être limité afin de ne pas alourdir inutilement la tâche du demandeur dans le bref délai qui lui est imparti[189]. On ne peut attendre du créancier saisissant qu'il identifie tous les bénéficiaires et qu'il les assigne en justice comme consorts nécessaires. En outre, les bénéficiaires ne disposent généralement pas personnellement des informations nécessaires à établir l'appartenance de tel bien au fonds du trust; ils dépendent pour cela des trustees. Ceux-ci sont mieux en mesure d'évaluer les chances et les coûts de l'action et de réunir les moyens de preuve nécessaires à sa défense. En outre, leur identité peut être établie en tout temps.

Dans l'hypothèse où le débiteur est seul trustee au moment de la revendication, il se trouve seul défendeur. Le conflit d'intérêts dans lequel il se trouve justifie cependant que l'on permette à chaque bénéficiaire d'intervenir dans un délai raisonnable à la procédure afin de défendre ses intérêts dans l'attente d'un éventuel remplacement du trustee par le juge au for du trust.

---

[189] Vingt jours également, art. 108 al. 2 LP.

Cette proposition pourrait être formulée ainsi:

Art. 108*a* (suite)

[3] Lorsqu'ils sont plusieurs, les trustees défendent conjointement à l'action prévue à l'art. 108, 1er alinéa. Leur identité et leur domicile ou établissement sont indiqués par le débiteur à l'office des poursuites. L'inexactitude de ces indications ne nuit pas au demandeur, qui peut faire procéder en tout temps à la rectification de l'identité des défendeurs.

[4] Lorsque le débiteur est seul trustee, tout bénéficiaire peut intervenir à la procédure dans les 30 jours suivant celui où il a appris son existence.

c) Objection à la revendication: créances grevant le fonds du trust

Si les biens constitués en trust sont en principe soustraits à l'exécution forcée des créanciers personnels du trustee, ils répondent néanmoins de certaines dettes.

– Selon les principes classiques qui sont encore ceux du droit anglais[190], le trustee qui contracte des engagements en cette qualité et dans l'exécution régulière de ses devoirs ne grève en principe que son patrimoine personnel, à charge pour lui de se rembourser aux dépens du fonds du trust. Les créanciers concernés n'ont pas de droit direct sur le fonds du trust. Un droit indirect (*derivative right*) leur est cependant reconnu par une forme de subrogation lorsque le trustee est insolvable et a lui-même un droit de remboursement à l'encontre du fonds du trust *ou* lorsque refuser à ces créanciers la mainmise sur le fonds du trust consacreraient un enrichissement illégitime du fonds du trust à leurs dépens[191] *ou* encore lorsque les clauses du trust le prévoient[192].
– Le trustee qui contracte un engagement dans l'exécution régulière de ses devoirs peut cependant stipuler avec son cocontractant que la dette

---

190 Le droit anglais est actuellement considéré comme insatisfaisant; les praticiens du trust souhaitent une réforme législative sur l'ensemble du chapitre, cf. TRUST LAW COMMITTEE, *Report: Rights of Creditors Against Trustees and Trust Funds*, Londres, juin 1999.

191 UNDERHILL & HAYTON (1995) Art. 86 para. 5 (pp. 787, 801-803); BOGERT (1987) § 128; comp. FRATCHER (1974) p. 79. USA: Restatement (Second) of Trusts, §§ 266-270; SCOTT & FRATCHER (1987) §§ 268-269; BOGERT & BOGERT (1977) § 712, 1ère partie. Australie: MEAGHER & GUMMOW (1997) N. 2112.

192 SCOTT & FRATCHER (1987) § 270.

grèvera le fonds du trust exclusivement[193]. On pourrait ici parler de véritables "créanciers du trust", trust devant être entendu – ici comme ailleurs – comme désignant un patrimoine spécial et non une personne (ou une quasi-personne) morale.

– La tendance actuelle, à l'œuvre aux États-Unis depuis de nombreuses années[194] ainsi que dans les juridictions *offshore*[195], consacre une responsabilité exclusive du fonds du trust lorsque le trustee contracte expressément en cette qualité et en conformité de ses devoirs. Comme dans l'hypothèse précédente, ces créanciers peuvent soumettre les biens grevés du trust à l'exécution forcée pour se faire désintéresser.
– À toutes ces hypothèses qui entrent dans le cours normal de l'administration d'un trust s'ajoute une situation pathologique. Aux États-Unis, les cocontractants du trustee qui font crédit à celui-ci en croyant de bonne foi que les biens du trust répondent de sa dette ont effectivement accès aux biens en trust lorsque le bénéficiaire connaissait la situation et ne s'y est pas opposé (*estoppel*)[196].

La procédure de revendication doit donc permettre au créancier saisissant d'alléguer et de prouver que, selon la loi applicable au trust, sa créance peut être satisfaite à charge des biens du trust et donc que ceux-ci ne doivent pas être exclus de la saisie. Quelle que soit la partie qui a introduit l'action civile, lorsque le revendiquant a apporté la preuve que le bien fait bien l'objet d'un trust (ce dont le revendiquant supporte la preuve), il faut permettre au créancier d'objecter que la loi applicable au trust l'autorise néanmoins à faire réaliser ce bien à son profit (ce dont le créancier supporte la preuve). Cette objection à la revendication doit être expressément réservée.

---

193 États-Unis: BOGERT & BOGERT (1977) § 126; Restatement (Second) of Trusts, § 271; SCOTT & FRATCHER (1987) § 271; *Jessup v. Smith*, 223 N.Y. 203, 119 N.E. 403 (C.A. 1918, per Cardozo J.). Écosse: WILSON & DUNCAN (1995) NN. 29-05 à 09. Australie: MEAGHER & GUMMOW (1997) N. 2103. La situation en droit anglais est incertaine, cf. TRUST LAW COMMITTEE, *Rights of Creditors Against Trustees and Trust Funds : A Consultation Paper*…, Londres, avril 1997, N. 2.35.

194 SCOTT & FRATCHER (1987) § 271A; BOGERT & BOGERT (1977) § 712, 2e partie; California Trust Law (1987), codifié dans California Probate Code, s. 18000. Uniform Trust Code, § 1010 (a) (2000 Annual Meeting Draft).

195 Cf. Trusts (Jersey) Law (1984), Art. 28 (1).

196 Restatement (Second) of Trusts, § 313: "If a third person extends credit to the trustee in reliance upon his apparent ownership of the trust property, and the beneficiary knew or had reason to know that the trustee was receiving credit because of his apparent ownership, the third person can obtain satisfaction of his claim out of the trust property."

Art. 108*a* (suite)

5 Dans l'action prévue aux art. 107, 5ème alinéa, et 108, 1er alinéa, le créancier peut s'opposer à la revendication lorsque les règles applicables au trust lui reconnaissent le droit d'être désintéressé par la réalisation du bien saisi.

On relèvera que le succès de cet objection signifie que le bien en trust peut être réalisé au profit du seul créancier qui en bénéficie. Elle ne profite pas à d'autres créanciers participant à la même série[197].

Une dernière remarque doit être ici formulée en rapport avec l'exécution forcée au profit des créanciers qui bénéficient d'un droit de mainmise sur les actifs du trust. Selon un arrêt déjà ancien du Tribunal fédéral – relatif à un *Spanish Refugee Trust*[198] – rendu dans le contexte d'un séquestre, lorsqu'il y a plusieurs trustees et que le créancier dirige sa poursuite contre un seul des trustees, l'exécution forcée porterait sur une part de propriété en main commune. Ce ne seraient pas alors les biens grevés du trust qui seraient l'objet de l'exécution forcée, mais la part de liquidation revenant au trustee poursuivi[199].

Cette décision est erronée. Si l'on peut généralement assimiler la propriété des trustees sur le fonds du trust à une forme de propriété commune dont les trustees disposent en principe conjointement et à l'unanimité, le "créancier du trust" est créancier de tous les trustees pris solidairement et, aux conditions rappelées plus haut, ce sont les biens grevés du trust qui répondent de sa dette, et non une part de liquidation. Il ne cherche pas à faire saisir les droits du trustee dans une forme particulière d'indivision, mais un patrimoine dont les trustees sont conjointement et solidairement titulaires. En principe, une telle poursuite doit être dirigée contre tous les trustees simultanément. Si, pour des raisons qui tiennent à la compétence internationale des autorités suisses d'exécution forcée, cela peut ne pas être le cas, l'exécution forcée ne peut être réduite à une part de liquidation dans une indivision car le(s) trustee(s) poursuivi(s) n'ont en principe[200] aucun *equitable interest* sur le fonds du trust; ils n'ont aucun intérêt personnel au

197 Art. 110 LP.

198 ATF 82 III 63 c. 3, JdT 1956 II 99, 101-102, *Rionda*.

199 Ordonnance du Tribunal fédéral du 17 janvier 1923 concernant la saisie et la réalisation de parts de communautés (RS 281.41).

200 Sauf exception lorsque un trustee est en même temps un bénéficiaire. Mais l'exécution forcée sur ses droits en tant que bénéficiaire répond à d'autres principes, cf. *infra* VII.B.

fonds du trust, à l'exception de leurs honoraires éventuels et du remboursement de leurs frais.

2. Faillite du trustee

En matière de revendication, la faillite se distingue de la saisie (ou de la réalisation du gage) par une définition moins large des droits justifiant la distraction de la masse[201], par une liste additionnelle de cas où elle est justifiée[202], ainsi que par une procédure préliminaire très différente, dirigée par l'administration de la faillite et non par l'office des poursuites. En outre, la qualité pour contester la revendication devant le juge civil appartient à la masse en faillite, qui peut aussi en offrir la cession aux créanciers[203].

De même que, dans la mesure prévue par la loi applicable au trust, les biens grevés du trust sont soustraits à la saisie des créanciers du trustee (article 11 al. 3 lit. a de la Convention), ils doivent être "séparés du patrimoine du trustee en cas… de faillite de celui-ci" (*ibidem*, lit. b). Il convient donc de les distraire de la masse en faillite d'une manière semblable à ce que le droit suisse prévoit pour les fonds de placement et pour les opérations fiduciaires des banques[204]. L'administration de la faillite y procédera d'office (*Absonderung*).

Cette distraction doit cependant réserver les droits que le failli peut exercer sur le fonds du trust en raison notamment des frais et des honoraires auxquels il peut prétendre en tant que trustee: ces "créances"[205] font partie de la masse active sur laquelle les créanciers du failli sont désintéressés. L'existence et la mesure de ces prétentions sont déterminées par l'acte de trust et la loi qui lui est applicable.

Le législateur ne s'est pas expressément prononcé sur les voies de droit lorsque l'administration de la faillite estime injustifié une distraction fon-

---

201 J.L. TSCHUMY, *La revendication de droits de nature à soustraire un bien à l'exécution forcée*, thèse Lausanne 1986, pp. 80-82.

202 Art. 201 à 203 LP.

203 Art. 242 al. 3 et 260 LP.

204 Art. 16 et 4 al. 4 LFP; 16 ch. 2 et 37*b* LB.

205 En réalité, des récompenses puisqu'il s'agit de deux patrimoines différents dont le failli est le titulaire, de sorte que la qualité de créancier et de débiteur se confondent, cf. THÉVENOZ (2000) pp. 353-354 & 364-366.

dée sur la loi sur les banques ou sur la loi sur les fonds de placement[206]. En cas de contestation, il convient de prévoir que c'est le juge de la revendication qui est compétent pour trancher. Il appartient alors à l'administration de la faillite de fixer un délai. La qualité pour agir en revendication doit être semblable à ce qui est prévu en cas de saisie.

Il conviendrait donc de compléter la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite de la manière suivante:

> **Art. 242*a*** (nouveau) 3*bis*. En matière de trust
>
> [1] Les biens qui font l'objet d'un trust sont distraits de la masse en faillite pour être remis aux autres trustees ou à un nouveau trustee, sous déduction des prétentions du failli grevant ces biens.
>
> [2] Lorsque les conditions d'une telle distraction ne paraissent pas réalisées, l'administration impartit aux trustees un délai de 20 jours pour intenter une action en revendication au for de la faillite. L'art. 108*a*, al. 3, s'applique par analogie.

À la différence de l'exécution spéciale (saisie), qui frappe certains biens au profit de certains créanciers, la faillite en tant que procédure collective concerne l'ensemble du patrimoine personnel du trustee. Le sort des patrimoines spéciaux dont le trustee est seul titulaire ou co-titulaire avec d'autres trustees ne peut pas être confondu avec sa faillite personnelle.

En théorie, on pourrait envisager que les biens du trust situés en Suisse soient inventoriés comme tels par l'administration de la faillite et que les créances correspondantes ("créanciers du trust") soient colloquées au bénéfice d'un privilège particulier et exclusif sur ces biens, de manière analogue aux créances garanties par gage[207]. Toutefois, l'analogie avec les créances garanties par gage est trompeuse: les biens du trust répondent envers un nombre indéterminé de créanciers désignés par la loi du trust; si leur réalisation produit un excédent, celui-ci reste acquis au fonds du trust et ne saurait profiter aux créanciers personnels du failli.

Ainsi, dans la faillite personnelle du trustee, on ne saurait traiter les biens faisant l'objet du trust et les créanciers qu'ils doivent désintéresser de

---

[206] Cf. B. LUTZ, in *Kommentar zum Bankengesetz*, Art. 37*b* N. 10; D. ZOBL, "Kollisionen zwischen Sachen- und Zwangsvollstreckungsrecht: Gedanken und Bemerkungen zum Ausbau der Aussonderungsrechte im Bankenkonkurs", in *Festschrift Anton Heini*, Zurich (Schulthess) 1995, pp. 543 ss, 555-556; THÉVENOZ (2000) pp. 358-363.

[207] Art. 219 al. 1 LP.

la même manière que des gages. Procéder ainsi confond l'insolvabilité du trustee et la solvabilité du fonds du trust. En outre, traiter les deux dans la même procédure aurait pour effet de soumettre les actifs et les passifs du trust à la procédure de faillite du trustee, à ses délais, à ses organes et à ses incidents, ce qui est incompatible avec l'exigence "que les biens du trust soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci" (article 11, al. 3 lit. b de la Convention).

Dans la distraction des biens en cas de faillite du trustee, il n'y a donc pas de place pour une objection telle que celle prévue à l'art. 108*a* al. 5 LP proposé plus haut[208]. La faillite du trustee doit être complètement dissociée de l'exécution forcée sur le fonds du trust. Les biens en trust localisés en Suisse ne peuvent y faire l'objet d'une exécution forcée que par voie de saisie ou de réalisation d'un gage.

Exceptionnellement, une décision de faillite relative au fonds du trust comme tel peut être prononcée par le juge du for du trust conformément à la loi applicable au trust[209]. Elle est susceptible d'être reconnue en Suisse et peut donner lieu à l'ouverture d'une procédure collective limitée aux biens et aux créances rattachés au territoire suisse, conformément au chapitre 11, "Faillite et concordat", de la LDIP.

3. Séquestre au préjudice du trustee

Lorsque bien faisant l'objet d'un trust est frappé d'un séquestre civil à la requête d'un créancier du trustee[210], sa soustraction à l'exécution forcée peut être requise dans deux procédures différentes.

Par renvoi de l'art. 275 LP, la procédure de revendication peut être ouverte par le trustee séquestré ou par les bénéficiaires comme en matière de saisie[211]. Les aménagements proposés plus haut valent donc aussi pour la revendication en matière de séquestre.

---

208 Cf. *supra* VII.A.1.c).

209 Cf. TRUST LAW COMMITTEE (n. 190), chapter 5; BOGERT & BOGERT (1977) § 247-T (business trusts),

210 Art. 271 ss LP.

211 Art. 106 à 109 LP, cf. *supra* VII.A. Cf. M. OCHSNER, "De quelques aspects de l'exécution du séquestre", in *Le séquestre dans la nouvelle LP*, éd. par V. Jeanneret, Zurich (Schulthess) 1997, p. 59; GILLIÉRON (2000) Art. 106 N. 23.

En outre, soucieux de garantir mieux que par le passé les droits des intéressés dans la mesure conservatoire que représente le séquestre, le législateur de 1994 a ouvert à "celui dont les droits sont touchés par [le] séquestre"[212] la voie de l'opposition à l'ordonnance de séquestre, formée devant le juge qui l'a prononcée. Assortie d'un bref délai de dix jours dès celui où il en a connaissance, cette procédure garantit au lésé un réexamen rapide et contradictoire des conditions qui fondent le séquestre.

Il ne semble pas douteux que le séquestre portant sur des biens en trust touche les droits des bénéficiaires autant que ceux des trustees, même si ces droits sont de nature différente. Le *legal title* des trustees correspond essentiellement à notre conception de la propriété. Les trustees sont propriétaires des biens grevés du trust, et ils peuvent à l'évidence faire valoir ce droit dans la procédure d'opposition. L'*equitable interest* des bénéficiaires – une qualification sans contrepartie en droit suisse comme dans les autres droits de tradition romano-germanique – est également une forme de droit absolu sur ces mêmes biens, puisqu'il leur permet notamment, aux conditions fixées par la loi du trust, de les revendiquer "dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposés."[213] Même si le droit suisse ne connaît pas actuellement d'équivalent à de tels droits, la ratification de la Convention impose de reconnaître aux bénéficiaires d'un trust la qualité pour former opposition contre l'ordonnance de séquestre frappant un bien faisant l'objet du trust.

Cette interprétation de l'art. 278 al. 1 LP au regard de l'article 11 al. 3 lit. d de la Convention paraît suffisamment évidente pour qu'il ne soit pas besoin de compléter sur ce point le texte de la loi.

On relèvera que l'existence de biens qui peuvent être réalisés au profit du créancier séquestrant est une condition de l'ordonnance de séquestre. Elle constitue aussi le thème de la procédure de revendication lorsque, comme ici, des biens existants sont susceptibles d'être soustraits au séquestre en raison de droits de tiers. C'est pourquoi la doctrine admet que, dans le cadre nécessairement restreint des preuves susceptibles d'être administrées dans la procédure d'opposition, la soustraction des biens séquestrés à

---

212 Art. 278 al. 1 LP.

213 Article 11 al. 3 lit. d de la Convention; cf. *infra* VIII.

la mainmise du créancier ne peut pas être établie avec suffisamment de vraisemblance, le séquestre est maintenu et les parties renvoyées à agir par la voie de la revendication[214].

B. Exécution forcée sur les droits des bénéficiaires

On a mentionné plus haut la très grande diversité des *interests* que le settlor peut conférer aux bénéficiaires dans l'acte du trust[215]. Que le trust ait pour lui un caractère onéreux (*e.g. investment trusts, security trusts*) ou gratuit (*e.g. family trusts*), le bénéficiaire est d'emblée ou finit par être titulaire d'un droit contre le trustee à la remise de certains avantages patrimoniaux. Un tel droit (éventuellement assorti de termes ou de conditions) peut naître dès la création du trust, comme c'est le cas par exemple du bénéficiaire viager des revenus du fonds du trust ou des investisseurs dans un fonds de placement ou de pension organisé en trust (*fixed interests*). À l'inverse, ce droit peut ne naître qu'au moment où le trustee d'un trust discrétionnaire décide de procéder à une distribution après avoir souverainement apprécié les circonstances. Dans tous les systèmes juridiques de *common law*, de tels droits sont en principe réalisables au profit des créanciers du bénéficiaire à moins que le contraire ne résulte d'une clause du trust ou d'une disposition particulière de la loi qui lui est applicable[216].

Une précision s'impose d'emblée: ce qui est soumis à l'exécution forcée des créanciers du bénéficiaire n'est pas le fonds du trust mais le(s) droit(s) du bénéficiaire – lorsque et pour autant qu'il(s) existe(nt) – à la remise de valeurs patrimoniales par le trustee, le plus souvent d'ailleurs sous la forme de sommes d'argent[217]. L'exécution forcée ne porte pas sur les biens en trust, qui sont la propriété du trustee tant et aussi longtemps qu'ils n'ont pas été distribués à un bénéficiaire, mais sur les droits du bénéficiaire contre le trustee à l'obtention d'un avantage à charge de ces biens.

---

214 SchKG-REISER (1998) Art. 278 N. 11.

215 Cf. *supra* II.B.

216 FRATCHER (1974) § 73 p. 57; BOGERT (1987) § 39; Restatement (Second) of Trusts, § 147; Restatement (Third) of Trusts, § 56 (Tentative Draft No. 2, 1999); WILSON & DUNCAN (1995) NN. 10-44 ss. Les créanciers d'un bénéficiaire ont des droits plus étendus lorsque ce bénéficiaire est en même temps le (ou un des) settlor(s) du trust, cf. *infra* VII.C.1.

217 Mais pas nécessairement, puisque l'avantage reçu par le bénéficiaire peut consister aussi dans l'utilisation d'une maison d'habitation ou d'un pâturage, cf. supra II.B.

Sont également sujets à l'exécution forcée d'autres droits que le bénéficiaire pourrait obtenir contre le trustee, notamment le droit à des dommages-intérêts qui lui seraient personnellement dus en raison d'une violation des devoirs du trustee (*breach of trust*)[218].

On examine ici dans quelle mesure les droits du bénéficiaire sont, en Suisse, sujets à l'exécution forcée par voie de saisie (a), de faillite (b) et de séquestre (c).

1. Par voie de saisie

L'*interest* du bénéficiaire peut faire l'objet d'une saisie (*Pfändung*) s'il s'agit d'un *(i)* droit patrimonial, *(ii)* réalisable, *(iii)* soumis à l'exécution forcée en Suisse et *(iv)* que la LP ne déclare pas absolument ou relativement insaisissable.

(i) La saisie ne peut porter que sur des droits patrimoniaux dont le bénéficiaire est titulaire, et non sur de simples expectatives[219]. Il résulte de l'article 8, al. 2, lit. g & i de la Convention que c'est la loi applicable au trust qui détermine si et depuis quand le bénéficiaire dispose d'un véritable droit à l'encontre du trustee. Celui-ci peut être soumis à un terme, voire à une condition casuelle (suspensive ou résolutoire) dont la réalisation n'apparaît pas purement hypothétique de sorte que l'on peut estimer la valeur de l'avantage patrimonial grevé de la condition.

L'*interest* du bénéficiaire d'un trust discrétionnaire (*discretionary trust*) reste une simple expectative tant que le trustee reste libre, selon son appréciation souveraine (*in his absolute discretion*), de procéder ou non à une distribution en faveur dudit bénéficiaire. Un droit patrimonial ne naît qu'au moment où le trustee a exercé ce pouvoir et décidé une distribution[220]. Aux

---

[218] Il convient de distinguer strictement la réparation due par le trustee négligent ou infidèle au *trust fund* lui-même – cf. UNDERHILL & HAYTON (1995) pp. 826-831 – dont tout bénéficiaire peut exiger l'exécution mais seulement au profit du *trust fund*, des situations, plus rares, où la responsabilité du trustee est engagée à l'égard du bénéficiaire directement, cf. BOGERT & BOGERT (1977) § 862.

[219] SchKG-VONDER MÜHLL (1998) Art. 92 N. 2 et références.

[220] Sur la nature de *l'interest* du bénéficiaire d'un trust discrétionnaire, cf. surtout Restatement (Third) of Trusts, § 50 (Tentative Draft No. 2, 1999); MEAGHER & GUMMOW (1997) NN. 317 & 923; ONG (1999) pp. 246-248, et cette définition par Lord Wilberforce dans *Gartland v. Inland Revenue Commissioners*, [1968] AC 553 (pp. 617-618), [1968] 1

États-Unis, on reconnaît cependant aux créanciers la possibilité de mettre la main sur l'expectative du bénéficiaire, ce qui n'a pas pour effet d'obliger le trustee à procéder à une distribution qu'il n'aurait pas encore décidée à moins que le trustee n'abuse de son pouvoir discrétionnaire[221], mais qui l'obligerait à verser en mains de ces créanciers une distribution qu'il viendrait à décider[222].

(ii) Les droits du bénéficiaire contre le trustee ne sont réalisables que s'ils sont susceptibles d'être transmis entre vifs; la question ressortit également à la loi applicable au trust[223]. De telles restrictions sont fréquentes dans les trusts familiaux; elles résultent parfois de la loi, le plus souvent des clauses du trust.

Les plus connues sont les clauses dites de *spendthrift*, admises dans la plupart des États américains. Par une telle clause, le settlor soustrait l'*interest* du bénéficiaire à l'aliénation volontaire par le bénéficiaire en même temps qu'à la mainmise de ses créanciers[224], sauf pour certaines classes de créanciers (dettes d'aliment, créances fiscales notamment)[225]. Elle ne restreint

---

All ER 121: "No doubt in a certain sense a beneficiary under a discretionary trust has an 'interest': the nature of it may, sufficiently for the purpose, be spelt out by saying that he has a right to be considered as a potential recipient of benefit by the trustees and a right to have his interest protected by a court of equity. Certainly that is so, and when it is said that he has a right to have the trustees exercise their discretion 'fairly' or 'reasonably' or 'properly' that indicates clearly enough that some objective consideration (not stated explicitly in declaring the discretionary trust, but latent in it) must be applied by the trustees and that the right is more than a mere spes. But that does not mean that he has an interest which is capable of being taxed by reference to its extent in the trust fund's income: it may be a right with some degree of concreteness or solidity, one which attracts the protection of a court of equity, yet it may still lack the necessary quality of definable extent which must exist before it can be taxed."

221 Uniform Trust Code, § 504 (2000 Annual Meeting Draft).

222 Restatement (Third) of Trusts, § 60 (Tentative Draft No. 2, 1999); BOGERT (1987) § 41 p. 161.

223 STAEHELIN (1995) p. 277 et références sous nn. 243 & 244.

224 Restatement (Second) of Trusts, §§ 152 ("Restraint on alienation of income") et 153 ("Restraint on alienation of principal"); Restatement (Third) of Trusts, § 58 (1) (Tentative Draft No. 2, 1999). Cf. surtout BOGERT (1987) § 40; Uniform Trust Code, § 502 (2000 Annual Meeting Draft).

225 Essentiellement, les créances alimentaires du conjoint, de l'ex-conjoint et des enfants; celles correspondant à la fourniture de biens et de services nécessaires au bénéficiaire; celles correspondant à des services nécessaires à la protection de ses intérêts dans le trust ainsi que les créances publiques. Restatement (Second) of Trusts, § 157; Restatement (Third) of Trusts, § 59 (Tentative Draft No. 2, 1999). Uniform Trust Code, § 503 (2000 Annual Meeting Draft) envisage de renoncer à la deuxième catégorie.

cependant ni la transmissibilité ni la saisissabilité d'une distribution une fois exécutée par le trustee[226]. La même règle vaut pour les *support trusts*[227].

Le droit anglais classique est plus restrictif mais connaît néanmoins les *protective trusts*, lesquels confèrent au bénéficiaire un *life interest* (*e.g.* distribution des revenus ou d'une annuité) qui, en cas de faillite du bénéficiaire, se transforme en un trust discrétionnaire en faveur du bénéficiaire original et de ses proches[228].

D'autres restrictions à l'aliénation des droits du bénéficiaire peuvent tenir à la communauté qui unit les bénéficiaires (*blended trusts*) ou encore à la nature strictement personnelle du droit du bénéficiaire (usage d'un appartement, *personal trusts*)[229].

Aussi malheureux que cela soit pour les créanciers du bénéficiaire en question, l'extinction des droits des bénéficiaires d'un trust, résultant d'une clause du trust ayant le caractère d'une condition résolutoire, n'est pas contraire à l'ordre public suisse[230], à tout le moins lorsque ces droits sont acquis à titre gratuit au bénéficiaire. Les créanciers du bénéficiaire ne sont pas privés d'un actif auquel ils auraient eu accès en l'absence d'un trust; seule leur échappe une libéralité à laquelle le bénéficiaire n'avait pas un droit inconditionnel. La situation est bien sûr différente lorsque le settlor est lui-même le (ou l'un des) bénéficiaire(s) de telles clauses, qui sont alors destinées à mettre tout ou partie de son patrimoine à l'abri de ses créanciers tout en lui en conservant le bénéfice; il y a là une fraude aux intérêts des

---

226 Cf. Uniform Trust Code, §§ 502 (c) et 506 (2000 Annual Meeting Draft).

227 BOGERT (1987) § 42: "where the trustee is directed to spend only so much of the income as is necessary for the education and maintenance of the beneficiary, and to spend the income only for those purposes". Selon le Restatement (Second) of Trusts, § 154, cet intérêt est cependant soumis à la mainmise des créanciers privilégiés mentionnés *supra* note 225.

228 Angleterre: sec. 33 du Trustee Act 1925; UNDERHILL & HAYTON (1995) pp. 184-186. Australie: MEAGHER & GUMMOW (1997) NN. 924-930. États-Unis: BOGERT (1987) § 44, mais, *protective trusts* est parfois employé pour désigner l'ensemble des *spendthrift* et des *discretionary trusts*, cf. *In re Shurley*, 171 B.R. 769 (p. 776 n. 3) (1994).

229 Restatement (Second) of Trusts, § 160.

230 Art. 17 LDIP, art. 18 de la Convention. Sur l'exécution forcée en Suisse de droits intransmissibles selon la *lex causae*, cf. D. STAEHELIN (1995) p. 277 (1ère col.). Sur la saisissabilité des droits conditionnels, futurs ou incessibles, cf. A. STAEHELIN, *Probleme aus dem Grenzbereich zwischen Privat- und Zwangsvollstreckungsrecht : Die Pfändung und Admassierung unveräusserlicher Rechte und künftiger Vermögensstücke…*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1968, not. pp. 5-6, 15-16 & 28 ss.

créanciers du settlor qui est sanctionnée par l'action révocatoire du droit suisse et par divers remèdes prévus dans les législations relatives aux trusts[231].

(iii) Les droits du bénéficiaire sont soumis à l'exécution forcée en Suisse *lorsque le bénéficiaire est domicilié en Suisse*[232]. Ce domicile crée d'ailleurs un for ordinaire de poursuite[233]. Pour les sociétés et les personnes morales, le siège social est déterminant, subsidiairement le siège principal de leur administration[234]. Les droits du bénéficiaire ne sont généralement pas incorporés dans des papiers-valeurs[235]. Ils sont alors saisis en mains du bénéficiaire[236], qui sera tenu de remettre à l'office des poursuites les valeurs qu'il recevra du trustee sous les peines de la loi[237]. En outre, l'office des poursuites notifiera au trustee (les trustees lorsqu'il y en a plus d'un) la saisie intervenue; cet avis est une mesure de sûreté[238], non une formalité constitutive de la saisie[239]. S'il n'est pas domicilié ou établi en Suisse, le trustee (qui est un tiers à la poursuite) n'est pas tenu d'y faire élection de domicile, ce qui rend nécessaire une notification par les autorités de son lieu de résidence lorsqu'une notification postale n'est pas autorisée par une convention liant la Suisse à l'État concerné[240].

Les droits du bénéficiaire peuvent également être soumis à l'exécution forcée en Suisse *lorsque le trustee est domicilié en Suisse* tandis que le bénéficiaire est domicilié à l'étranger[241] ou que son domicile ne peut pas

---

231 Cf. *infra* VII.C.1: Protection des créanciers du settlor.

232 ATF 31 I 208 c. 2, confirmé récemment not. in ATF 107 III 147 c. 4, JdT 1984 II 25; STAEHELIN (1995) p. 265.

233 Art. 46 al. 1 LP.

234 Art. 46 al. 2 LP.

235 Font exception les parts de fonds de placement (*unit* ou *investment trusts*) et celles de *business trusts* (BOGERT & BOGERT (1977) § 247-O), qui sont généralement émises sous forme de papiers-valeurs.

236 Art. 99 LP; cf. ATF 89 III 12, *Saunders* (saisie en mains de la bénéficiaire des distributions mensuelles d'un trust alimentaire anglais).

237 Art. 169 et 292 CP.

238 Cf. note marginale ad art. 98 LP.

239 SchKG-LEBRECHT (1998) Art. 99 N. 7.

240 Art. 66 al. 3 LP par analogie; cf. SchKG-LEBRECHT (1998) Art. 69 N. 5.

241 ATF 107 III 147 c. 4a, JdT 1984 II 25, et références; ATF 114 III 31, JdT 1989 II 89; cf. art. 167 al. 3 LDIP; STAEHELIN (1995) p. 265; K.I. MÖSSLE, *Internationale Forderungspfändung…*, thèse, Berlin (Duncker & Humblot) 1991, pp. 224-226.

être établi[242]. En l'absence d'un autre for de poursuite[243], celui-ci peut être créé par l'obtention d'un séquestre sur les droits du bénéficiaire[244].

Une difficulté apparaît cependant lorsqu'il y a plusieurs trustees qui ne sont pas tous domiciliés en Suisse. Les droits du bénéficiaire doivent-ils être considérés comme localisés (*belegen*) en Suisse? Il serait impraticable d'exiger la présence en Suisse de tous les trustees ou même d'une majorité d'entre eux. Il serait préférable de retenir le cumul de deux critères de rattachement: le domicile en Suisse d'un trustee au moins et la localisation des biens ou d'une partie significative des biens grevés du trust.

(iv) L'obstacle à l'exécution forcée peut résulter de la LP, qui déclare certains biens absolument ou relativement insaisissables. La question peut notamment se poser pour les trusts familiaux où certaines clauses – *e.g.* l'attribution de tout ou partie du revenu du capital pendant la vie du bénéficiaire (*life interest*) – présentent une certaine analogie avec la rente viagère.

Or, l'art. 92 ch. 7 L P déclare insaisissable "le droit aux rentes viagères [en allemand: *Stammrecht*] constituées en vertu des articles 516 à 520 du code des obligations", tandis que l'art. 93 LP permet de saisir les créances périodiques (rentes) dérivant de ce droit, "déduction faite de ce que le préposé estime indispensable au débiteur et à sa famille" (minimum vital) et seulement pour une durée d'une année à compter de la date de l'exécution de la saisie.

L'insaisissabilité d'un bien constitue l'exception à la règle et doit être interprétée restrictivement. En faisant une référence expresse aux dispositions du code des obligations, le législateur a clairement exprimé son intention de restreindre l'art. 92 ch. 7 LP aux rentes viagères constituées selon le droit suisse[245]. Il ne convient pas de l'étendre aux trusts soumis à une loi étrangère. Comme nous l'avons vu plus haut, le trust permet au settlor de prendre des mesures assez étendues pour protéger les bénéficiaires contre l'insolvabilité ou les prétentions de leurs créanciers. Les limites à ces clau-

---

242 ATF 76 III 18, 19, JdT 1951 II 9.

243 En l'absence de domicile suisse du débiteur (art. 46 LP), un for de poursuite peut résulter d'un établissement ou d'une élection de domicile pour l'exécution de la dette (art. 50 LP), voire du simple séjour (art. 48 LP) ou encore de l'engagement des droits du bénéficiaire en faveur d'un créancier en Suisse (art. 51 al. 1 LP).

244 Art. 272 al. 1 ch. 3 et 52 LP.

245 SchKG-VONDER MÜHLL (1998) Art. 92 N. 28 et références.

ses sont fixées par la loi applicable au trust, et varient donc considérablement d'une juridiction à l'autre. Il ne se justifierait pas que le droit suisse de l'exécution forcée restreigne la saisissabilité des droits des bénéficiaires au-delà de ce que prévoit ou permet la loi applicable au trust. Comme on l'a vu plus haut pour les autres conditions de la saisie, l'office des poursuites devra donc examiner la loi applicable au trust pour déterminer l'ampleur de la saisie[246]. Sa décision pourra être revue par des autorités judiciaires au moyen de la plainte et du recours au Tribunal fédéral.

2. Dans la faillite du bénéficiaire

Lorsque le bénéficiaire est sujet à la poursuite par voie de faillite, la masse en faillite est formée de tous ses biens saisissables[247]. Il en résulte que les droits du bénéficiaire contre le trustee tombent dans la masse en faillite aux mêmes conditions que celles qui viennent d'être examinées pour la saisie.

3. Séquestre

Les droits des bénéficiaires peuvent être séquestrés en Suisse dans la mesure où ils peuvent y faire l'objet d'une saisie.

4. Conclusion

Dans son état actuel, la LP assure la mainmise des créanciers du bénéficiaire sur les droits de celui-ci qui résultent d'un trust valablement constitué dans toute la mesure où, indépendamment de la loi applicable à la procédure d'exécution forcée, l'acte du trust et la loi qui est applicable au trust ne rendent pas ces droits inaccessibles aux créanciers du bénéficiaire.

---

246 Par exemple, Uniform Trust Code, § 501 (2000 Annual Meeting Draft): "To the extent a beneficiary's interest is not protected by a spendthrift provision, a creditor or assignee of the beneficiary may reach the beneficiary's interest in an appropriate judicial proceeding, including a proceeding to attach present or future distributions to or for the benefit of the beneficiary. The court shall award the creditor or assignee such relief as is appropriate under the circumstances, following consideration of the beneficiary's actual needs and the needs of those legally dependent on the beneficiary for support."

247 Art. 197 LP.

C. Protection des créanciers du settlor

La constitution d'un trust sur certains biens a pour effet de les soustraire à la mainmise des créanciers du settlor. Lorsque le settlor obtient une contrepartie (*e.g.* une participation aux placements réalisés par un *investment trust* ou un prêt garanti par un *security trust*), la position des créanciers n'est pas péjorée: leur débiteur a réalisé un investissement qui, comme tout autre investissement, peut s'avérer profitable ou déficitaire. Lorsqu'en revanche le trust est constitué à titre gratuit, par exemple dans un but charitable ou pour pourvoir à l'entretien de membres de la famille du settlor, voire à l'entretien du settlor lui-même, la solvabilité du settlor est réduite sans contrepartie. Cet effet n'est pas spécifique au trust: la même chose résulte de toute autre libéralité, notamment lorsque le débiteur fait une donation entre vifs soumise au droit suisse[248] ou constitue de son vivant une fondation suisse de famille ou une fondation charitable. L'ordre juridique suisse protège les créanciers en leur permettant, à certaines conditions[249], d'exercer l'action révocatoire pour faire réaliser à leurs profits les biens abusivement soustraits au patrimoine du débiteur par l'acte de disposition attaqué[250].

Ce péril est connu depuis fort longtemps dans les pays où le trust existe en tant qu'institution. Outre la possibilité de révoquer la constitution d'un trust résultant des règles sur la faillite ou l'insolvabilité (*fraudulent conveyance*), que l'on examinera ici au regard de la législation suisse sur l'exécution forcée (b), les droits de *common law* contiennent des garde-fous supplémentaires qui permettent aux créanciers de faire réaliser à leur profit les biens en trust ou les droits que le settlor s'est réservé en se désignant comme bénéficiaire (a).

---

248 Art. 239 ss CO.

249 Art. 285 à 292 LP.

250 "Révocation" ou action révocatoire, art. 285 à 292 LP. Les règles sur la fondation y renvoient en ces termes: "La fondation peut être attaquée, comme une donation, par les héritiers *ou par les créanciers* du fondateur" (art. 82 CC). La donation est expressément visée à l'art. 286 LP. L'art. 250 CO permet en outre au donateur de refuser l'exécution d'une promesse de donner en raison de la péjoration de sa situation financière; l'art. 240 al. 3 CO permet à l'autorité tutélaire de faire annuler la donation lorsque le donateur est interdit pour cause de prodigalité ou lorsque la procédure d'interdiction était en cours au moment de la donation.

1. Les droits des créanciers selon la loi applicable au trust

D'une manière tout à fait générale, la *common law* considère qu'un trust constitué par le settlor pour soustraire tout ou partie de son patrimoine à ses créanciers est invalide. La sanction de cette violation de l'ordre public (*public policy*) varie considérablement d'un ordre juridique à l'autre. Tous permettent cependant aux créanciers du settlor de faire réaliser à leurs profits soit les biens grevés du trust invalide, soit l'intégralité des droits et des expectatives (*interest*) que l'acte de trust confère au settlor en tant que bénéficiaire, en faisant abstraction des conditions et restrictions qui sont sensés le protéger.

Dans chaque système, on retrouve une ou plusieurs des quatre doctrines suivantes[251].

– L'intention frauduleuse du settlor permet à ses créanciers de requérir du juge qu'il prononce l'annulation (*set aside*) du trust. Il en résulte que le trustee n'a jamais acquis la propriété des biens concernés, de sorte que ceux-ci peuvent être saisis et réalisés aux profits des créanciers ou tomber dans la masse en faillite du settlor. Dans certains États américains, le seul fait de créer un trust en sa propre faveur fait présumer l'intention frauduleuse de sorte qu'il appartient au settlor de démontrer les faits qui justifient la validité du trust. Parfois, les créanciers peuvent faire exécuter les biens en trust sans devoir préalablement introduire une action tendant à son annulation[252].
– Les créanciers peuvent se désintéresser sur tous les biens du trust lorsque le settlor est le seul bénéficiaire du trust[253] ou lorsque le trust est révocable[254] ou encore lorsque les droits qu'il s'est réservé sont substantiellement équivalents à la propriété – par exemple, le revenu du trust sa vie durant (*life interest*) et le droit de désigner librement de nouveaux bénéficiaires (*power of appointment*)[255].

---

[251] Cf. *In re Baum*, 22 F.3d 1014 (US Court of Appeals 10th Circuit, 1994, appliquant le droit du Colorado).

[252] Restatement (Second) of Trusts, § 63; Restatement (Third) of Trusts, § 28 comments a & c (Tentative Draft No. 2, 1999); BOGERT & BOGERT (1977) § 211 p. 59 & 66.

[253] BOGERT & BOGERT (1977) § 223 n. 56. Cette "self-settlor rule" vaut également lorsque le débiteur poursuivi est l'un des settlors en même temps que l'un des bénéficiaires, cf. *In re Shurley*, 115 F.3d 333 (US Court of Appeals 5th Circuit, appliquant le droit du Texas), *cert. denied*, 552 U.S. 82 (1997).

[254] Uniform Trust Code, § 505(a)(1) (2000 Annual Meeting Draft)

[255] USA: BOGERT & BOGERT (1977) § 233. Écosse: WILSON & DUNCAN (1995) N. 8-30.

– Lorsque le trust créé par le settlor lui confère un *interest* en tant que bénéficiaire mais que cet *interest* est soit aléatoire (trust discrétionnaire: simple expectative), soit soumis à des conditions ou à des restrictions d'aliénabilité qui sont de nature à le soustraire à la mainmise des créanciers du settlor (*spendthrift clauses*) [256], les créanciers peuvent exiger du trustee une distribution correspondant au maximum de ce que le settlor est en droit de recevoir, en faisant abstraction de toutes les restrictions qui grèvent son droit ou son expectative[257]. L'intention frauduleuse du settlor n'est pas une condition.
– Enfin, les législations applicables à l'exécution forcée contre le settlor ou à sa faillite prévoient, à des conditions variables, diverses formes d'action révocatoire (*fraudulent conveyance*)[258], qui ne nous intéressent pas dans le présent chapitre, consacré à l'exécution forcée menée en Suisse à l'encontre du settlor (infra b).

Ces diverses constructions juridiques se recoupent à maints égards et il est parfois difficile de les distinguer. On relèvera que certaines permettent aux créanciers du settlor de s'en prendre directement aux biens en mains du trustee, alors que d'autres leur permettent d'exiger du trustee une distribution immédiate correspondant à l'expectative maximale du settlor. Tous ces remèdes judiciaires sont susceptibles d'être administrés (dans une mesure variable) par les tribunaux disposant d'une juridiction *in personam* sur le trustee et / ou d'une juridiction *in rem* sur les biens en trust[259].

De cet exposé beaucoup trop concis, il convient de retenir que, indépendamment de la révocation que la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite permet d'exercer en Suisse dans la poursuite infructueuse ou dans la faillite du settlor, les créanciers peuvent généralement trouver, dans la loi applicable au trust et auprès d'autres tribunaux, des moyens de droit puissants qui leur permettent de mettre la main sur des actifs qui leur seraient autrement soustraits.

---

256 Restatement (Second) of Trusts, § 156.

257 USA: Uniform Trust Code, § 505(a)(2) (2000 Annual Meeting Draft); Restatement (Third) of Trusts, §§ 57, 58 (2) (Tentative Draft No. 2, 1999); cf. *Vanderbilt Credit Corp. v. Chase Manhattan Bank*, 473 NYS2d 544, 100 AD2d 544 (N.Y., 1984). Angleterre: UNDERHILL & HAYTON (1995) p. 184; OAKLEY (1998) p. 231; *Re Burroughs-Fowler*, [1916] 2 Ch 251.

258 Angleterre: UNDERHILL & HAYTON (1995) pp. 260-267; OAKLEY (1998) pp. 224-230; section 423 du Insolvency Act 1986. Australie: MEAGHER & GUMMOW (1997) NN. 959-965.

259 Pour les USA: BOGERT & BOGERT (1977) § 292.

2. Les droits des créanciers selon le droit suisse de l'exécution forcée

Lorsque le settlor est soumis à l'exécution forcée en Suisse, ses créanciers peuvent exercer l'action révocatoire (*Anfechtungsklage*) conformément au chapitre 10 de la LP.

La révocation n'a aucun effet sur la titularité ou les droits réels limités grevant les biens qui en font l'objet[260]. Elle "a pour but de soumettre à l'exécution forcée les biens qui lui ont été soustraits par suite d'un acte" visé par la loi (art. 285 al. 1 LP).

(i) Pour les trusts qui ont le caractère de libéralités pour les bénéficiaires (*e.g.* trusts familiaux), c'est-à-dire ceux qui ont été constitués par le settlor sans contrepartie des bénéficiaires[261], la constitution du trust – et donc le transfert de biens au trustee – est sujet à révocation si elle a eu lieu dans l'année précédant la faillite ou la saisie (art. 286 LP).

(ii) Les trusts constitués par un settlor surendetté afin de fournir des sûretés à ses créanciers sont révocables, dans le même délai d'une année, lorsque la dette garantie préexistait et que le settlor ne s'était pas engagé auparavant à la garantir[262]. Tout trust constitué pendant la même période suspecte pour assurer d'une autre manière le règlement des dettes du settlor est également sujet à révocation[263].

(iii) Enfin, est également révocable tout trust constitué, dans les cinq ans précédant la faillite ou la saisie, par un settlor dans l'intention de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains créanciers au détriment des autres. L'art. 288 LP exige que cette intention soit "reconnaissable par l'autre partie". Cette condition est réalisée lorsque l'intention du settlor était reconnaissable soit au trustee lui-même, soit aux bénéficiaires à l'insu du trustee.

---

260 SchKG-STAEHELIN (1998) Art. 285 NN. 8-10; H.R. SCHÜPBACH, *Droit et action révocatoires: Commentaire des articles 285 à 292 de la [LP]*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1997, Art. 291 N. 4.

261 Sur les trusts ayant le caractère de libéralités pour les bénéficiaires, cf. *supra* V.A.2 (protection des réserves successorales) et VI.1 (protection du conjoint dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts). La constitution de sûretés sans contrepartie du bénéficiaire est une libéralité, cf. ATF 95 III 47, JdT 1970 II 78.

262 Art. 287 ch. 1 LP.

263 Art. 287 ch. 2 LP.

L'application des conditions matérielles auxquelles la LP soumet l'action révocatoire ne paraît ainsi pas poser de difficulté particulière. En particulier, le texte de l'art. 286 al. 1 LP vise "toute donation et autre disposition à titre gratuit", une formule qui inclut la constitution d'un trust ayant le caractère de libéralité pour ses bénéficiaires, de sorte qu'il n'est pas besoin de le compléter comme on l'a proposé plus haut en matière de droit successoral[264].

L'action peut être dirigé contre le trustee et, pour les distributions déjà faites, contre les bénéficiaires qui les ont reçues[265].

Le for de l'action révocatoire est le domicile suisse du défendeur, à défaut le for de la saisie ou de la faillite[266]. Lorsque l'un au moins des trustees est domicilié en Suisse, le juge de son domicile est compétent pour connaître de l'action dirigée contre tous les trustees[267].

VIII. Droit de suite des bénéficiaires et responsabilité de tiers

Les bénéficiaires d'un trust n'ont pas seulement des droits personnels à l'encontre du trustee, dont ils peuvent mettre en jeu la responsabilité lorsque celui-ci viole les obligations qui résultent du trust[268]. Selon la conception anglaise du trust – que l'on retrouve dans tous les systèmes juridiques qui en sont issus – les bénéficiaires jouissent, sur les biens du trust, d'un

---

264 Cf. proposition d'art. 527 al. 2 CC *supra* V.A.2.c). RIEMER (1975) Art. 82 N. 9 relève d'ailleurs que la mention "par les créanciers du fondateur" à l'art. 82 CC est une simple confirmation.

265 Art. 290 LP: "personnes… qui ont bénéficié d'avantages de [l]a part" du débiteur; cf. SchKG-STAEHELIN (1998) Art. 290 N. 5. Dans la révocation pour surendettement, l'action ne peut être que contre les bénéficiaires qui connaissaient ou ne pouvaient ignorer le surendettement du settlor, art. 287 al. 2 LP.

266 Art. 289 LP.

267 Cf. art. 7 (cumul d'actions) al. 1 LFors. La convention de Lugano (RS 0.275.11) n'est pas applicable à raison de la matière (art. 1er al. 2 ch. 2).

268 Cette responsabilité est bien sûr soumise à la loi applicable au trust, cf. art. 8 lit. g de la Convention.

equitable interest opposable aux tiers[269]. Lorsque le trustee manque à ses obligations envers les bénéficiaires, ceux-ci disposent presque toujours de prétentions (*remedies*) contre le trustee et, sous certaines conditions, de prétentions contre certains tiers ayant participé à ou bénéficié de ce *breach of trust.* Ces droits ne sont pas cumulatifs: ainsi, les bénéficiaires doivent en principe choisir entre exercer le droit de suite sur le bien vendu par le trustee en violation de ses devoirs (*tracing*) ou exiger du trustee la remise du profit qu'il a tiré de la vente. La jurisprudence montre que les tiers ne sont généralement recherchés que lorsque le trustee ne peut plus faire face à ses obligations envers les bénéficiaires.

Lorsque le trustee aliène un bien soumis au trust ou constitue un droit réel limité en violation de ses devoirs (*breach of trust*), chaque bénéficiaire peut exercer, contre l'acquéreur concerné:

– un droit de suite sur le bien lui-même, ses revenus, le produit de son aliénation ou les biens acquis en remploi (*proceeds* ou *product*);
– lorsque le tiers a agi avec une mauvaise foi caractérisée, une action personnelle tendant à l'indemnisation de la pleine valeur du bien.

a) Le droit de suite repose sur l'idée que, lorsque le trustee dispose d'un bien du trust contrairement à ses devoirs, cet acte ne fait en principe pas perdre au bénéficiaire son *equitable interest* de sorte que le tiers acquiert le bien grevé du trust. Le bénéficiaire peut donc exiger du tiers qu'il restitue au fonds du trust le bien lui-même, ses revenus et accroissements, et lorsqu'il a été aliéné son produit de réalisation ou d'autres biens acquis en remploi. Le droit de suite incorpore donc un élément de subrogation réelle. Il peut cependant s'éteindre dans diverses circonstances, dont les plus importantes sont:

– l'acquisition onéreuse par un tiers de bonne foi dans l'ignorance que le trustee viole ses obligations (*bona fide purchaser without notice*)[270];
– la *dissipation* (en fait, la consommation ou la dépense sans remploi, *e.g.* perte au jeu, financement de vacances, etc.) du bien grevé du trust,

---

269 "Just as every owner of a legal interest has the right that others shall not, without lawful excuse, interfere with his possession or enjoyment of the property or adversely affect its value, so the beneficiary, as equitable owner of the trust res has the right that third persons shall not knowingly join with the trustee in a breach of trust." BOGERT & BOGERT (1977) § 901 *in initio.*

270 Cf. *infra* VIII.A.1.

de ses revenus, de son produit de réalisation ou d'autres biens acquis en remploi[271];

– le *change of position,* c'est-à-dire le fait que la position du défendeur innocent a changé de telle manière qu'il serait désormais inéquitable de l'astreindre à restitution[272].

b) La responsabilité personnelle éventuelle du tiers pour la valeur du bien – qui présente de l'intérêt pour le bénéficiaire notamment lorsque le bien a été dissipé ou lorsqu'il a perdu de sa valeur – repose sur l'assimilation du tiers fautif à un trustee sous l'angle de la responsabilité. Un *constructive trustee* encourt des obligations semblables à celles d'un trustee ordinaire (*fiduciary duties*, notamment devoir de loyauté). Il est donc exposé à une responsabilité qui va au-delà de la simple restitution des biens concernés. Cette responsabilité accrue n'est justifiée que par une faute particulière, dont les limites ne sont pas toujours faciles à cerner. La jurisprudence anglaise distingue diverses situations et semble, d'une manière générale, poser un test de *dishonesty*[273]. Le droit américain assimile l'ignorance délibérée de circonstances suggérant une violation des devoirs du trustee à la connaissance effective (*actual knowledge*) du *breach of trust* comme fondement de la responsabilité du tiers[274]. La simple négligence du tiers ne suffit pas à fonder sa responsabilité; sa mauvaise foi doit être caractérisée[275].

---

271 *Idem.*

272 Reconnu depuis longtemps par le Restatement (Second) of Trusts, §§ 291 comment g et 292 (3), l'objection tirée du *change of position* n'a été accueillie que récemment par la Chambre des Lords dans *Lipkin, Korman v. Karnpale*, [1991] 2 AC 548 (pp. 558 & 579-581), [1992] 4 All ER 512 (pp. 516 & 532-534); cf. cependant déjà *In re Diplock*, [1948] Ch. 465 (C.A., pp. 546-548). Voir aussi OAKLEY (1998) pp. 738-740, UNDERHILL & HAYTON (1995) pp. 927-929 et *infra* VIII.A.3.

273 PEARCE & STEVENS (1998) pp. 722-740, qui considèrent que le critère retenu par le Privy Council dans *Royal Brunei Airlines v. Tan*, [1995] 2 AC 378, [1995] 3 All ER 97, pour le tiers complice du *breach of trust* (*knowing assistance*) s'applique également au tiers qui reçoit sciemment le bien en trust (*knowing receipt*).

274 "… where facts suggesting fiduciary misconduct are compelling and obvious, it is bad faith to remain passive and not inquire further because such inaction amounts to a deliberate desire to evade knowledge." *New Jersey Title Insurance Co. v. Caputo*, 163 N.J. 143, 748 A.2d 507 (2000) et les nombreux précédents cités; BOGERT (1987) § 167; cf. déjà le Uniform Fiduciaries Act de 1922.

275 "The so-called dishonesty standard… [is] a way of differentiating bad faith from mere negligence in terms of purpose." *New Jersey Title Insurance Co. v. Caputo*, 163 N.J. 143 (p. 156), 748 A.2d 507 (p. 514).

À la différence du droit de suite, qui se limite au bien lui-même, à ses revenus et à ses remplois, la responsabilité du *constructive trustee* est en réalité une dette de dommages-intérêts qui grève l'ensemble de son patrimoine. Le *constructive trust* est le fondement théorique de la responsabilité de tiers dans trois situations où le trustee lui-même agit en violation de ses devoirs: lorsque le tiers assume délibérément la fonction d'un trustee sans avoir été régulièrement désigné (*trustee de son tort*), lorsqu'il acquiert ou reçoit de mauvaise foi un bien du trust (*knowing receipt*), ou encore lorsqu'il participe de mauvaise foi au *breach of trust* (*knowing assistance*)[276].

Les actions contre les tiers sont exercées par les bénéficiaires du trust au profit du fonds du trust. Le trustee peut faire de même[277]; le cas échéant, ce sera le nouveau trustee désigné par le tribunal compétent en remplacement de celui qui a manqué à ses obligations.

Lorsque le trustee et les tiers concernés sont établis dans le système juridique auquel le trust est soumis, la situation des tiers traitant avec le trustee s'intègre dans l'ensemble des règles et pratiques juridiques qui leurs sont habituelles. Lorsqu'en revanche ces tiers sont établis ou résident dans un état qui ne connaît pas l'institution du trust et le type de responsabilité qui peut résulter d'une transaction avec un trustee, l'application de la loi du trust peut produire des résultats inattendus parce sensiblement différents des principes du droit des biens et des contrats qui leur sont familiers.

Conscients de cette difficulté, les rédacteurs de la Convention ont voulu "que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, … en a disposé"[278], sous réserve cependant de deux limites notables:

– "La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté", notamment en ce qui concerne "le transfert de propriété et les sûretés réelles"[279].

---

[276] *Royal Brunei Airlines v. Tan* (n. 273); *Agip (Africa) Ltd v. Jackson*, [1990] 1 Ch 265, [1992] 4 All ER 385; Restatement (Second) of Trusts, §§ 321–326; cf. surtout PEARCE & STEVENS (1998) pp. 720-740.

[277] Restatement (Second) of Trusts, § 294.

[278] Article 11 al. 3 lit. d, 1ère phrase de la Convention.

[279] Article 15 al. 1 lit. d.

– "Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for."[280]

Ainsi, la Convention distingue l'acquéreur d'un bien en trust (ou d'un droit sur ce bien) du simple détenteur de ce bien. Il convient de les examiner séparément.

A. Position de l'acquéreur d'un (droit sur un) bien du trust

La première hypothèse examinée concerne un grand nombre de situations où le trustee, en violation de ses devoirs tels que déterminés par l'acte de trust et par la loi applicable au trust (*in breach of trust*), fait acquérir à un tiers la propriété ou un autre droit (notamment un droit réel limité, mais aussi un droit de licence sur un bien immatériel, etc.) sur un bien dont il est propriétaire en tant que trustee:

– Le trustee d'un tableau qu'il devra remettre à tel bénéficiaire à sa majorité vend ce tableau à un collectionneur domicilié en Suisse.
– Le trustee d'un domaine foncier en Suisse, indiqué comme tel au registre foncier[281], vend trois parcelles à un promoteur immobilier. Le pouvoir de les vendre n'est pas stipulé dans l'acte de trust ni prévu par la loi applicable au trust.
– En violation de l'acte de trust dont la teneur n'a pas été portée à la connaissance de la banque, le trustee d'un dépôt de titres obtient de la banque un prêt en faveur de l'un des bénéficiaires du trust contre le nantissement du portefeuille.

D'un côté, la Convention enjoint au juge d'appliquer les règles de la loi du trust qui permettent la revendication des biens du trust dans les cas où le trustee en a disposé en violation de ses obligations résultant du trust (article 11 al. 3 lit. d). De l'autre, elle déclare ne pas faire obstacle à l'application des dispositions impératives que les règles de conflit du for désignent comme applicables au transfert de la propriété et aux sûretés réelles (article 15 al. 1 lit. d).

---

280 Article 11 al. 3 lit. d, 2ème phrase.

281 Sur la mention de la qualité de trustee dans les registres publics, cf. *infra* IX.

Si les trustees des trois exemples précités étaient de “simples” propriétaires, la propriété serait valablement transférée, les sûretés valablement constituées, et leurs acquéreurs seraient protégés, pour autant bien sûr que les contrats conclus à cet effet ne soient pas entachés d’un vice. En droit suisse, le fait qu’un propriétaire viole une obligation envers un tiers n’affecte pas la validité du droit réel qu’il transfère ou constitue, même si l’acquéreur connaît ou devrait connaître l’irrégularité du comportement de l’aliénateur.

Une bonne illustration de ce principe est le régime de la fiducie. En droit suisse[282], le fiduciaire devient seul et plein propriétaire des choses et titulaire des droits qui lui sont remis à titre fiduciaire (*Vollrechtstheorie*). En tant que propriétaire, son pouvoir de disposer des biens fiduciaires est identique à celui de tout autre propriétaire: il n’est pas restreint par les obligations contractuelles qu’il a assumées envers le fiduciant. Ainsi, au regard du droit suisse, le propriétaire fiduciaire aliène efficacement les biens fiduciaires, même lorsqu’il viole la convention de fiducie et s’oblige ainsi à indemniser intégralement le fiduciant ou le bénéficiaire du dommage qu’il leur cause[283].

Le fait que le fiduciaire est considéré (non sans critiques) comme un propriétaire dont le pouvoir de disposer n’est pas limité ne doit pas faire surestimer les différences qui paraissent le distinguer du trustee.

1° D’une part, si l’acquéreur reste *en principe* étranger à la faute contractuelle du fiduciaire, ce n’est pas toujours le cas. L’incitation à violer le contrat de fiducie est, sous certains circonstances, un acte contraire aux mœurs qui peut engager la responsabilité civile de l’instigateur[284]. En outre,

---

282 La jurisprudence allemande retient la même solution (*Bundesgerichtshof*, NJW 1968 1471), mais elle est critiquée par H. KÖTZ, NJW 1968 1471 s.; H. SCHLOSSER, NJW 1970 681 ss, 685-686; H. COING, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäft*, Munich (Beck) 1973, pp. 163-168. Synthèse récente: S. GRUNDMANN, *Der Treuhandvertrag*, Munich (Beck) 1997, pp. 324-331.

283 ZOBL (1982) Syst. Teil N. 1427, avec références; STARK (1984) Art. 933 N. 57. *Contra* WATTER (1995) pp. 232-235; OFTINGER & BÄR (1981) Syst. Teil. N. 251. Indécis: ATF 91 III 104 c. 6, JdT 1966 II 44, 48.

284 Art. 41 al. 2 CO; cf. surtout J.M. GROSSEN, “La responsabilité du tiers complice de la violation du contrat”, in *Festgabe Wilhelm Schönenberger*, Fribourg (Ed. Universitaires) 1968, pp. 121-136, A. MÜLLER, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungen als Delikt…*, Zurich (Schulthess) 1975.

le comportement du fiduciaire peut constituer un acte pénalement réprimé (notamment un abus de confiance), dont l'acquéreur peut être l'instigateur, le complice, voire le receleur[285]. L'acquéreur peut donc être tenu à des dommages-intérêts conjointement avec le fiduciaire. Le droit suisse reconnaît au juge un large pouvoir d'appréciation dans la fixation du mode de réparation, qui comprend celui d'ordonner la restitution du bien acquis illicitement[286].

2° D'autre part, le droit suisse connaît des propriétaires dont le pouvoir de disposer est limité par leur acte juridique propre (*e.g.* contrat de mariage), l'acte juridique d'un tiers (*e.g.* testament) ou par une décision d'autorité. C'est le cas non seulement de l'héritier grevé d'une substitution fidéicommissaire[287] – laquelle présente une analogie certaine avec un trust rudimentaire qui n'aurait qu'un bénéficiaire (l'appelé) et une seule distribution pour l'ensemble du patrimoine concerné au terme stipulé par le testateur – mais aussi des héritiers d'une succession qui fait l'objet d'une exécution testamentaire, d'une administration d'office ou d'une liquidation officielle[288]; des époux dans le régime contractuel de la communauté des biens[289]; du propriétaire d'une chose frappée d'une saisie ou d'un séquestre[290]. Dans tous ces cas, l'acquéreur d'un propriétaire limité dans son pouvoir de disposition n'est protégé dans son acquisition que pour autant qu'il ignore de bonne foi cette limitation[291].

---

[285] Art. 138 ch. 1 al. 2 du Code pénal, en liaison avec les art. 24 al. 1, 25 et 160 ch. 1; THÉVENOZ (1995) pp. 336-337.

[286] Art. 43 al. 1 CO: "Le juge détermine le mode… de la réparation…". Cf. THÉVENOZ (1995) p. 337; K. OFTINGER & E.W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, t. I, 5e éd., Zurich (Schulthess) 1995, pp. 101-103. *E.g.* (hors fiducie): ATF 100 II 134 c. 6d. Même résultat par des raisonnements différents: GUBLER (1954) pp. 265a-266a; WATTER (1995) pp. 232-235.

[287] Art. 488 à 492 CC. Concernant la restriction du pouvoir de disposer du grevé, qui "devient propriétaire, à charge de restitution" (art. 491 al. 2 CC), cf. C. van de SANDT, "La transmission du patrimoine et la substitution fidéicommissaire: L'obligation de rendre la succession à un tiers", in *La transmission du patrimoine*, Fribourg (Ed. Universitaires) 1998, pp. 75 ss, not. 81-86, et ses références, ainsi que les auteurs cités à la note suivante; d'un avis contraire: PIOTET (1975) p. 100.

[288] Art. 554, 593 ss et 517 ss CC; STEINAUER (1997) N. 437; STARK (1984) Art. 933 N. 59.

[289] Art. 222 al. 3 et 228 CC; STARK (1984) Art. 933 N. 58.

[290] Art. 96 et 275 LP; STEINAUER (1997) N. 437 p. 119; STARK (1984) Art. 933 N. 61.

[291] Art. 933 & 935 CC en matière mobilière; cf. STEINAUER et STARK, *loc. cit.*

En *common law*, le trustee est le propriétaire (ou le titulaire juridique) des biens faisant l'objet du trust[292]. Grevée d'un trust en faveur de tiers, cette propriété sortit certains effets particuliers, dont la Convention impose en principe la reconnaissance. C'est notamment le cas du régime particulier dans l'exécution forcée du trustee et du droit de suite du bénéficiaire en cas de violation du trust, expressément visés par la Convention[293], qui paraissent les plus étrangers aux conceptions du droit civil.

On ne saurait opposer au droit de suite du bénéficiaire l'objection que l'ordre juridique suisse – à supposer que l'acquisition du bien lui soit soumise[294] – exige que le pouvoir de disposition du trustee soit identique à celui de tout autre propriétaire. Cette objection serait contraire à l'état actuel de notre droit qui, comme on vient de le voir, connaît des propriétaires dont le pouvoir de disposer est limité par leur propre acte juridique ou par celui d'un tiers. En outre, si la Suisse adhérait à la Convention, cette objection reviendrait à éluder l'article 11 al. 3 lit. d, 1ère phrase.

En revanche, en reconnaissant dans le trustee le titulaire d'un pouvoir de disposer dont les limites sont tracées par l'acte de trust et par la loi applicable au trust, on peut comparer ses actes de disposition sans pouvoirs aux cas d'acquisition *a non domino* selon le droit suisse. L'aliénation *in breach of trust* et les conditions auxquelles le *bona fide purchaser* est protégé peuvent être rapprochées de l'aliénation par le possesseur d'une chose confiée – ou par un propriétaire dont le pouvoir de disposer est restreint par un acte juridique – et de la protection de l'acquéreur de bonne foi selon l'art. 933 du Code civil.

Les moyens de droit (*remedies*) sont cependant différents entre les deux systèmes.

---

292 Cf. notamment art. I (1) des Principes de Droit Européen du Trust; Restatement (Second) of Trusts, § 2, confirmé par Restatement (Third) of Trusts, § 2 et comment f (Tentative Draft No. 1, 1996); WATERS (1995) p. 428; FRATCHER (1974) p. 28 N. 33 (qui relève que le titre du trustee sur l'objet du trust peut être plus limité que la propriété tel que la connaît le droit civil; cf. ég. UNDERHILL & HAYTON (1995) p. 38). La formule plus prudente, et critiquée, de l'art. 2 de la Convention ("sous le contrôle d'un trustee", "le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee") fut motivée principalement par le souci de permettre à des institutions semblables (mais non identiques) au trust de *Common law* de bénéficier des effets de la Convention.

293 Article 11 al. 3 lit. a & d de la Convention.

294 En tant que *lex rei sitae*, conformément aux art. 99 à 107 LDIP.

– Selon le droit suisse, l'acquéreur qui n'est pas protégé par les art. 933 ou 935 CC n'acquiert aucun droit réel sur la chose, dont il n'est que le possesseur sans droit, avant l'écoulement du délai de la prescription acquisitive[295].
– La situation de l'acquéreur *in breach of trust* est différente. Même s'il n'est pas un *bona fide purchase without notice*, il devient titulaire d'un véritable droit réel sur le bien. Son acquisition n'est pas nulle mais le droit acquis reste grevé de l'*equitable interest* des bénéficiaires, qui ont la possibilité d'exercer une action tendant à la remise du bien[296]. À la différence de celui qui est resté propriétaire selon le droit suisse, les bénéficiaires du trust doivent exercer un choix entre suivre le bien chez le tiers ou exiger du trustee la remise au fonds du trust du produit de la vente. En d'autres termes, l'acquéreur exposé à l'action des bénéficiaires n'est pas, comme en droit suisse, un possesseur sans droit, mais le titulaire d'un droit qui reste grevé du droit d'un tiers.

En dépit de cette différence de structure des deux régimes, il convient de vérifier, dans les pages qui suivent, si les principes du droit des trusts en cette matière sont véritablement aussi éloignés qu'il y paraît des règles fonctionnellement semblables du droit suisse: acquisition *a non domino* d'une chose confiée et responsabilité du possesseur sans droit.

1. Le droit de suite ("revendication") sur le bien lui-même

En droit anglais, lorsque l'acte de disposition du trustee n'est pas autorisé par les termes du trust ou par les règles supplétives de la loi applicable au trust, ou lorsqu'il contrevient d'une autre manière aux obligations du trustee, l'acquéreur du bien – ou d'un droit réel limité, tel qu'un gage, sur ce bien – n'est protégé, en principe[297], que pour autant qu'il acquière à titre onéreux et en ignorant sans sa faute que le bien était l'objet d'un trust. Ce *bona fide purchaser without notice* acquiert le bien libre de tout trust et n'est tenu à aucune restitution. En revanche, l'acquéreur à titre gratuit (le donataire ou

---

295 Art. 728 CC pour les choses mobilières.

296 *E.g.* pour le nantissement *in breach of trust* de papiers-valeurs: *Schantz v. Marine Midland Bank*, 221 B.R. 653 (p. 658); Uniform Commercial Code, § 8-315 (1) [révision 1977]. La révision 1994 de l'Article 8 UCC (*Investment Securities*) ne fonde plus une *cause of action* distincte mais réserve les actions qui sont fondées (ici) sur le trust (§ 8-502).

297 Les principales autres exceptions sont la *dissipation* et le *change of position* évoquées plus haut.

celui qui croit être le bénéficiaire du trust) n'est pas protégé et est tenu à restitution, même s'il est de bonne foi[298]. De même, l'acquéreur à titre onéreux n'est pas protégé lorsqu'il savait (*actual notice*) ou aurait dû savoir (*constructive notice*) que le bien était l'objet d'un trust. La bonne foi porte sur le fait que le bien aliéné fait l'objet d'un trust[299]. Il suffit que l'acquéreur le sache ou l'ignore fautivement pour que le bien qu'il acquiert reste grevé du trust et soit donc soumis au droit de suite. L'appréciation de l'ignorance fautive dépend de la nature de la transaction; la jurisprudence tendrait à l'exclure dans les transactions commerciales[300].

Aux États-Unis, le *Restatement Second* protège l'acquéreur à titre onéreux de bonne foi même lorsque celui-ci a connaissance de l'existence du trust, mais ignore sans sa faute que le trustee agit en violation de ses obligations[301]. La différence avec le droit anglais est peut-être moins réelle qu'apparente dès lors que la connaissance de l'existence du trust entraîne en général une obligation de s'enquérir des termes du trust de sorte que l'acquéreur négligent peut se voir reprocher d'avoir fautivement ignoré le *breach of trust*[302]. Le *Restatement Second* précise encore que, pour être de bonne

---

298 *Innocent volunteer*, cf. *Re Diplock*, [1948] Ch 465, [1948] 2 All ER 318 (Court of Appeal). Restatement (Second) of Trusts, § 289 (*donee*).

299 PIERCE & STEVENS (1998) pp. 730-731 & 100-101; OAKLEY (1998) p. 738; UNDERHILL & HAYTON (1995) Art. 104(2) pp. 916 ss.

300 " . . . as regards the extension of the equitable doctrines of constructive notice to commercial transactions, the Courts have always set their face resolutely against it. The equitable doctrines of constructive notice are common enough in dealing with land and estates, with which the Court is familiar; but there have been repeated protests against the introduction into commercial transactions of anything like an extension of those doctrines, and the protest is founded on perfect good sense. In dealing with estates in land title is everything, and it can be leisurely investigated; in commercial transactions possession is everything and there is no time to investigate title; and if we were to extend the doctrine of constructive notice to commercial transactions we should be doing infinite mischief and paralyzing the trade of the country." *Manchester Trust v. Furness*, [1895] 2 QB 539 (p. 545). Récemment approuvé par Vinelott J dans *Eagle Trust v. SBC Securities*, [1992] 4 All ER 488 (pp. 507-509) (Ch. D.), et par Scott LJ dans *Polly Peck International v. Nadir (N° 2)*, [1992] 4 All ER 769 (p. 782) (C.A.).

301 Restatement (Second) of Trusts, § 296.

302 *Idem*, § 297, comment f. Cf. cependant Uniform Trust Code, § 1012 (b) (2000 Annual Meeting Draft)

foi, l'acquéreur ne doit pas consciemment participer à une transaction illégale[303].

Comme la *doctrine of notice*, le droit suisse protège celui qui acquiert à titre onéreux un bien (ou un droit réel limité sur ce bien) dont il ignore de bonne foi que l'aliénateur n'a pas le pouvoir de disposer[304]. La bonne foi est présumée, mais elle ne peut être invoquée lorsqu'elle est "incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger" de l'acquéreur[305].

À la différence du droit anglais ou américain, on pourrait penser que le droit suisse protège également celui qui acquiert à titre gratuit dans les mêmes circonstances. En effet, l'art. 933 CC ne fait pas dépendre l'acquisition *a non domino* d'une contre-prestation quelconque de l'acquéreur. La différence n'est qu'apparente. En réalité, l'ordre juridique suisse distingue entre les acquisitions onéreuses et les acquisitions gratuites et protège les secondes dans une mesure sensiblement réduite.

(i) Selon l'art. 239 al. 1 CO, le contrat de donation est celui par lequel "une personne cède tout ou partie *de ses biens* à une autre sans contre-prestation correspondante."[306] La doctrine en déduit que le contrat est nul s'il porte sur des biens dont le donateur n'est pas le titulaire[307]. Or l'art. 933 CC protège certes l'acquéreur qui ignore de bonne foi que l'aliénateur n'a pas le pouvoir de disposer, mais il ne supprime pas l'exigence d'un titre d'acquisition valable, c'est-à-dire d'une obligation valable servant de cause

---

303 *Idem*, § 284 (1), 290: cette exception vise notamment les paiements faits par le trustee en cas de pari ou de jeu, pour rémunérer des services prohibés (aux États-Unis: prostitution) ou des biens interdits (stupéfiants). On pourrait y ajouter la corruption, le blanchiment d'argent et quelques infractions plus modernes.

304 Art. 933 CC: "L'acquéreur de bonne foi auquel une chose mobilière est transférée à titre de propriété ou d'autre droit réel par celui auquel elle avait été confiée, doit être maintenu dans son acquisition, même si l'auteur du transfert n'avait pas l'autorisation de l'opérer." Pour les immeubles, cf. art. 973 CC.

305 Art. 3 CC, al. 1 et 2 respectivement.

306 Cf. également les versions allemande ("aus seinem Vermögen") et italienne ("coi propri beni") du texte légal.

307 BaK-VOGT (1996) Art. 239 OR N. 42; P. CAVIN, *Traité de droit privé suisse*, t. VII/1: La *vente, l'échange, la donation*, Fribourg (Ed. Universitaires) 1978, p. 177; H. HONSELL, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 5e éd., Berne (Stämpfli) 1999, p. 183; P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 2e éd., Zurich (Schulthess) 1995, N. 1324; von TUHR *et al.* (1977) p. 497 n. 143 & p. 516.

juridique au transfert du droit réel[308]. La nullité du contrat de donation entraîne donc l'inefficacité de l'acte de disposition en faveur du donataire[309].

(ii) Le Code pénal distingue l'acquisition gratuite de l'acquisition onéreuse en matière de confiscation. "La confiscation ne sera pas prononcée lorsqu'un tiers a acquis les valeurs dans l'ignorance des faits qui l'auraient justifiée, et cela dans la mesure où il a fourni une contre-prestation adéquate…"[310]

(iii) En droit du trust, l'absence de protection de l'*innocent volunteer* (ou *donee*) s'applique essentiellement aux distributions faites à des bénéficiaires (ou à des bénéficiaires apparents) en contradiction avec les termes du trust. Par exemple, les trustees peuvent distribuer à des institutions charitables sur la base d'une clause de l'acte de trust qui est ensuite déclarée nulle par un tribunal[311]. Ou encore ils peuvent se tromper sur l'appartenance d'une personne à la classe de bénéficiaires énoncée dans l'acte de trust. Leur erreur peut aussi porter sur le montant de la prestation. Entre celui qui (même de bonne foi) a reçu à tort une distribution du trustee et celui à qui cette distribution était ou sera due, l'*equity* protège en principe le deuxième[312].

Dans la même situation, le droit suisse produit en fait la même solution. La cause des actes de disposition faites par le trustee en faveur des bénéficiaires (distributions) n'est autre que l'acte de trust lui-même, qui à cet égard est assimilable à une donation avec stipulation pour autrui[313]. Si

---

308 Cf. ATF 65 II 62, 65, JdT 1939 I 424, 426; ATF 48 II 1 c. 1, JdT 1922 I 241; STARK (1984) Art. 933 N. 58.

309 L'exigence d'un titre valable pour l'acquisition dérivée (principe de causalité) résulte de la loi en matière immobilière (art. 974 al. 2 CC), de la jurisprudence en matière mobilière (ATF 119 II 326 c. 2c, JdT 1995 II 87, 90 s.). Elle reste controversée pour la cession de créances, mais semble avoir la faveur de la doctrine récente (cf. H.C. von der CRONE, "Zession: kausal oder abstrakt? RSJ 1997 249; E. SPIRIG, *[Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen ZGB*, t. V 1k, 3e éd. (1993), Vorb. zu 164-174 NN. 106-107). Si l'on admet que l'efficacité d'une cession ne dépend pas de l'existence d'un titre d'acquisition valable, l'attributaire devient effectivement titulaire de la créance cédée, mais il est tenu de la restituer conformément aux règles de l'enrichissement illégitime (art. 63 CO; SPIRIG, *ibidem* N. 51).

310 Art. 59 ch. 1 al. 1 CP.

311 *Re Diplock*, [1948] Ch 465, [1948] 2 All ER 318 (Court of Appeal).

312 *Ibidem*, où les héritiers du settlor l'emportèrent sur les institutions charitables bénéficiaires selon les termes d'une clause nulle du trust.

313 Cf. ATF 96 II 79 c. 7b, JdT 1971 I 337, *Harrison*.

l'acte de disposition est soumis au droit suisse en tant que *lex rei sitae*, son efficacité (et donc l'acquisition par le bénéficiaire) dépend de l'existence d'une cause valable: l'acte de trust fondant l'obligation du trustee de remettre certaines valeurs au bénéficiaire[314]. Ainsi, en droit suisse également, celui qui, même de bonne foi, reçoit une attribution du trustee à laquelle il n'a pas droit n'est pas protégé dans son acquisition, qui est privée de cause[315]. En particulier, l'art. 933 CC ne s'applique pas. Il est donc exposé à la revendication du trustee, qui est resté propriétaire. Seule la prescription ordinaire de cinq ans peut lui faire acquérir la propriété, mais elle exige une bonne foi ininterrompue (art. 728 CC)[316].

Ainsi, en permettant au bénéficiaire d'exercer un droit de suite en mains de l'*innocent volunteer*, la loi applicable au trust n'entre pas en conflit avec le droit suisse lorsque celui-ci est applicable à l'acte de disposition en tant que *lex rei sitae*.

2. Le droit de suite sur les revenus et le produit de réalisation du bien

Le droit de suite permet au bénéficiaire (ou au trustee) d'exiger la restitution au fonds du trust non seulement du bien aliéné, qui est resté grevé du trust, mais de ses *proceeds*, c'est-à-dire de ses revenus (intérêts, dividendes, loyers, etc.), du produit de sa réalisation (conservé séparément ou mêlé à d'autres avoirs), ainsi que des biens acquis en remploi. On appelle *tracing* le processus par lequel le juge identifie les biens qui constituent le produit ou le remploi du bien originellement aliéné *in breach of trust*[317].

Le défendeur qui est tenu de restituer la chose elle-même, le produit de sa réalisation ou son remploi peut en imputer (ou se faire rembourser) le

---

314 Cf. *supra* note 309.

315 Cela est également vrai si l'on n'admettait pas que le transfert de certains droits (créances, autres droits immatériels) est valable indépendamment de sa cause. Dans ce cas, l'acquisition (efficace) crée un enrichissement de l'acquéreur, enrichissement illégitime puisqu'il ne repose pas sur une cause valable. La restitution par l'attributaire de ce qu'il a reçu à tort, de bonne ou de mauvaise foi, repose alors sur un droit personnel du trustee plutôt que sur un droit réel (art. 62 ss, 63 CO).

316 Art. 728 CC.

317 *Boscawen v. Bajwa*, [1996] 1 WLR 328 (p. 334), [1995] 4 All ER 769 (p. 776 f), per Millet LJ, approuvé par OAKLEY (1998) p. 711; PEARCE & STEVENS (1998) pp. 748 ss.

prix qu'il a payé au trustee dans la mesure où le fonds du trust en a bénéficié[318].

Le droit de suite s'éteint lorsque le bien, ses produits et remplois ont été "dissipés", c'est-à-dire qu'ils ont été dépensés ou consommés sans être remplacés par de nouvelles valeurs[319]. La dissipation est une objection péremptoire au droit de suite. La responsabilité de l'acquéreur innocent s'arrête là. Cependant, celui qui a fautivement acquis un bien en trust ou l'a dépensé ou consommé alors qu'il avait entre-temps appris le droit de suite dont le bien était grevé encourt une responsabilité comme *constructive trustee*, dont traite la section suivante.

En ce qui concerne les revenus, le produit de réalisation et les biens acquis en remploi, l'art. 938 CC traite plus favorablement le possesseur sans droit[320]. Tant et aussi longtemps que celui-ci est de bonne foi, il ne doit aucune indemnité pour l'usage et la jouissance de la chose dans les limites de son droit présumé[321]. Ainsi, s'il se croyait propriétaire de la chose, les revenus lui sont acquis et il n'en doit pas le remboursement. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe s'étendrait aux actes de disposition faits par le possesseur: celui qui aurait pu exercer la revendication et exiger la restitution du bien pendant qu'il se trouvait dans le patrimoine du défendeur ne peut exiger ni le prix de sa revente, ni même le profit réalisé par le possesseur sans droit[322].

Cette jurisprudence déjà ancienne, critiquée à juste titre par des auteurs récents sur la base d'un examen approfondi de la question[323], est contraire

---

318 Restatement (Second) of Trusts, § 291 comment o.

319 PEARCE & STEVENS (1998) pp. 761-762.

320 Art. 938 CC: "[1] Le possesseur de bonne foi qui a joui de la chose conformément à son droit présumé ne doit de ce chef aucune indemnité à celui auquel il est tenu de la restituer. [2] Il ne répond ni des pertes, ni des détériorations." L'art. 939 CC traite du remboursement des dépenses faites par le possesseur au profit de la chose d'autrui.

321 Art. 938 al. 1 CC.

322 ATF 71 II 90 c. 5, JdT 1945 I 521; approuvés par STEINAUER (1997) NN. 506 s. p. 139; STARK (1984) Art. 934 NN. 8 & 18-18c. Pour le possesseur de mauvaise foi, la règle spéciale (art. 940 CC: *infra* note 334) et les règles générales aboutissent en substance au même résultat.

323 Cf. surtout C. CHAPPUIS, *La restitution des profits illégitimes*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1991, pp. 71-83; P. HOLENSTEIN, *Wertersatz und Gewinnherausgabe*, Zurich (Schulthess) 1983, pp. 137 ss. Cf. en outre: H. HINDERLING, *Schweizerisches Privatrecht*, t. VI/1: *Der Besitz*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1977, p. 512; A. HOMBERGER, *[Zürcher] Kommentar zum schweizerischen ZGB*, 2e éd. (1938), Art. 938 N. 12.

au texte de la loi et produit des résultats inéquitables. La bonne foi du défendeur ne justifie pas qu'il conserve le produit de réalisation de la chose dont il reste (illégitimement) enrichi. La question échappe à l'art. 938 CC, qui ne vise que la jouissance du bien, sa perte et ses détériorations, mais non pas les actes de disposition du possesseur sans droit. Puisque la *lex specialis* ne règle pas cette question, c'est le régime général de l'enrichissement illégitime et de la gestion d'affaires sans mandat qui s'applique[324]. Ces dispositions protègent efficacement le possesseur de bonne foi, qui n'est tenu de restituer le produit de la réalisation que dans la mesure où lui-même est et reste enrichi[325].

En résumé, de bonne ou de mauvaise foi, le possesseur sans droit est tenu de restituer la chose ou son éventuel produit de réalisation. Le possesseur de bonne foi qui a consommé la chose ou son produit n'est pas tenu à restitution. Le droit suisse coïncide sur ces points avec les principes de l'*equity*. Il s'en distingue sur un seul aspect, en dispensant le possesseur sans droit mais de bonne foi – c'est-à-dire celui qui ignore sans sa faute l'irrégularité de sa position – de restituer les revenus perçus de la chose.

3. La responsabilité de l'acquéreur *for knowing receipt*

À certaines conditions, l'acquéreur est assimilé à un trustee et encourt de ce chef des obligations étendues qui, en cas de violation, l'obligent à indemniser le dommage causé au fonds du trust. Là où le droit de suite ne concerne que le bien, ses produits et remplois, les obligations et la responsabilité du *constructive trustee* grèvent l'ensemble de son patrimoine personnel. Elle a notamment pour effet que le tiers est tenu de rendre des comptes comme tout autre trustee et qu'il est comptable de la valeur du bien, même si celui-ci s'est déprécié ou a été consommé.

L'acquéreur est un *constructive trustee* du bien acquis:

– dès le moment de son acquisition lorsqu'il connaissait effectivement l'irrégularité de son acquisition[326];

---

324 Art. 62 ss et 423 CO.

325 Art. 64 CO.

326 Restatement (Second) of Trusts, § 291 (1)(c).

– ultérieurement, dès le moment où il réalise que le bien qu'il croyait libre de tout droit reste en fait grevé d'un *equitable interest* en faveur des bénéficiaires[327]. Cette situation concerne surtout l'acquéreur à titre gratuit (*innocent volunteer*)[328], dont on a vu qu'il ne fait pas perdre au bénéficiaire son *equitable interest* sur le bien, mais pas le *bona fide purchaser for value without notice*, car son acquisition éteint définitivement le droit du bénéficiaire.

La jurisprudence anglaise distingue le degré de connaissance du tiers qui exclut l'acquisition de bonne foi de celui qui déclenche une responsabilité comme *constructive trustee*. Le deuxième est plus élevé que le premier. Une telle distinction est nécessaire, sans quoi tout acquéreur à titre onéreux qui ne serait pas un *bona fide purchaser* serait automatiquement un *constructive trustee*, un résultat inéquitable et systématiquement rejeté par la jurisprudence et par les auteurs. En revanche, quel degré d'ignorance fautive est une *constructive notice* (excluant l'acquisition de bonne foi) sans entraîner la responsabilité du *constructive trustee* est un sujet présentement très débattu et donc incertain. Bien que cette classification ait elle-même été critiquée[329], un arrêt de 1982 a proposé de distinguer entre cinq états subjectifs différents dans le chef d'un tiers:

> "knowledge can comprise any one of five different mental states […]: (i) actual knowledge; (ii) wilfully shutting one's eyes to the obvious; (iii) wilfully and recklessly failing to make such inquiries as an honest and reasonable man would make; (iv) knowledge of circumstances which would indicate the facts to an honest and reasonable man; (v) knowledge of circumstances which would put an honest and reasonable man on inquiry."[330]

Alors que toutes ces hypothèses excluent que l'acquéreur soient un *bona fide purchaser without notice*, toutes ne font pas de lui un *constructive*

---

327 *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council*, [1996] AC 669 (pp. 705-706), [1996] 2 All ER 961 (p. 988).

328 Restatement (Second) of Trusts, § 292 (3).

329 "I gratefully adopt the classification but would warn against over refinement or a too ready assumption that categories (iv) or (v) are necessarily cases of constructive notice only. The true distinction is between honesty and dishonesty. It is essentially a jury question." Millet J in *Agip (Africa) Ltd v. Jackson*, [1990] 1 Ch 265, [1992] 4 All ER 385 (p. 405 e-f). Dans le même sens: PEARCE & STEVENS (1998) pp. 732-740; OAKLEY (1998) p. 341 (qui relève que la connaissance reste le fondement de cette responsabilité).

330 *Baden v. Société Générale*, [1992] 4 All ER 161 (p. 235), per Gibson J. (Ch. D. 1982).

trustee. Ainsi, dans les transactions commerciales, les hypothèses (iv) et (v) ne semblent pas avoir cet effet[331].

En droit suisse, la responsabilité de l'acquéreur de mauvaise foi – comme d'ailleurs de l'*innocent volunteer* depuis le moment où il prend conscience de l'irrégularité de sa situation – est régie principalement par l'art. 940 CC[332]. Elle est étendue puisqu'elle couvre tout le dommage résultant de l'indue détention. Il s'agit d'une véritable responsabilité extracontractuelle soumise à un régime spécial[333]. Le possesseur doit indemniser l'ayant droit pour l'usage qu'il a effectivement tiré de la chose et pour les revenus, perçus ou non. Il est en principe responsable de la perte ou de la détérioration de la chose. Lorsqu'il en a disposé juridiquement ou matériellement, il est redevable de son prix de revente ou de sa valeur[334].

4. Conclusion: délimitation entre la loi du trust et la *lex rei sitae*

De cette comparaison esquissée à grands traits, il ressort que, contrairement aux apparences, le droit suisse donne des solutions largement semblables à l'*equity* dans le régime des aliénations faites par un propriétaire dont le pouvoir de disposer est limité.

La principale différence tient au traitement de l'acquéreur qui, en dépit de sa bonne foi, n'est pas protégé dans son acquisition[335]. Les principes de l'*equitable tracing* l'obligent à restituer la chose elle-même, les revenus perçus et le produit de réalisation ou les remplois (pour autant que ces va-

---

331 *Eagle Trust v. SBC Securities*, [1992] 4 All ER 488 (p. 509 j); *Re Montagu's Settlement Trust*, [1987] 1 Ch 264, [1992] 4 All ER 308 (pp. 324 ss, not. 330c).

332 Art. 940 CC: "1 Le possesseur de mauvaise foi doit restituer la chose et indemniser l'ayant droit de tout le dommage résultant de l'indue détention, ainsi que des fruits qu'il a perçus ou négligé de percevoir. 2 Il n'a de créance en raison de ses impenses que si l'ayant droit eût été dans la nécessité de les faire lui-même. 3 Il ne répond que du dommage causé par sa faute, aussi longtemps qu'il ignore à qui la chose doit être restituée."

333 ATF 120 II 191 c. 4c.

334 La jurisprudence tend à appliquer l'art. 940 CC à l'aliénation du possesseur de mauvaise foi, cf. ATF 84 II 253; ATF 121 III 71 c. 3b, JdT 1995 I 576, 578; *Handelsgericht* SG, RSJ 1985 167. Comme l'art. 938 (*supra* VIII.A.2 et note 323), l'art. 940 CC concerne le dommage causé par l'indue détention, mais non par un acte de disposition. Là aussi, il convient de préférer les règles générales (art. 62 ss et 423 CO), qui aboutissent cependant à un résultat similaire.

335 En droit suisse comme en droit des trusts, il s'agit presque toujours d'un acquéreur à titre gratuit, cf. *supra* VIII.A.1.

leurs n'aient pas été dissipées dans l'ignorance non fautive de l'obligation de restituer). Le droit suisse fait de même, sauf pour les revenus perçus de bonne foi, même s'ils n'ont pas été consommés[336].

La différence paraît mince et ne paraît toucher aucun principe essentiel de notre ordre juridique. Est-ce à dire que, au-delà de la "revendication" du bien lui-même, visée par le texte de l'article 11 al. 3 lit. d de la Convention[337], il serait opportun que le juge suisse mette en œuvre les règles sur le *tracing* de la loi applicable au trust pour déterminer l'étendue de cette restitution quant aux fruits, aux profits, aux remplois? On doit sérieusement en douter. À la différence de nos quelques dispositions du Code civil et du Code des obligations, certes parfois un peu schématiques, les règles sur le *tracing* sont d'une extraordinaire complexité. Il suffit de lire les chapitres que leur consacrent les bons traités pour s'en convaincre. Pour un juriste qui n'a pas été formé dans les arcanes de l'*equity*, le défi serait redoutable et compromettrait une application efficace et prévisible de ces règles par nos tribunaux.

Il faut aussi relever que la jurisprudence suisse relative à la mauvaise foi du possesseur sans droit ne coïncide pas nécessairement avec la casuistique anglaise ou américaine, abondante, complexe et parfois contradictoire, que l'on a brièvement évoquée plus haut. À nouveau, l'application par un juge suisse des critères dégagés par des arrêts nombreux et complexes ne serait pas de nature à garantir une issue rapide et prévisible aux litiges.

Ainsi, dans la recherche de la ligne de partage entre le domaine d'application de la loi du trust et celui de la loi applicable aux droits réels et à la possession, il convient d'interpréter la Convention dans le souci d'assurer une solution rationnelle et raisonnablement prévisible des litiges. Le constat déjà énoncé que les principes du droit suisse en la matière et ceux de l'*equity* sont remarquablement proches garantit que les solutions ne paraîtront choquantes ni aux uns ni aux autres. Cette ligne de partage me paraît devoir être ainsi tracée:

---

336 Art. 938 al. 1 CC, cité *supra* note 320.

337 Selon son texte, l'article 11 al. 3 lit. d de la Convention implique de permettre "la revendication des biens du trust" (en anglais: "that the trust assets may be recovered") lorsque la loi applicable au trust le permet, mais ne se prononce pas sur les revenus de ces biens, leur produit de réalisation, leurs remplois, etc. La Convention est ici lacunaire et ouvre aux États contractants la marge de manœuvre que l'on discute ici.

– L'article 11 al. 3 lit. d, 1ère phrase, de la Convention statue que la revendication des biens du trust dont le trustee a disposé en violation de ses obligations sera reconnue dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert. C'est donc la loi du trust qui détermine si le trustee qui agit *in breach of trust* transfère au tiers un bien (ou un droit sur ce bien, *e.g.* un gage) libre du trust qui grevait ce bien. En particulier, la loi applicable au trust règle:
– la protection du *bona fide purchaser for value without notice;* dans l'appréciation des circonstances qui peuvent faire conclure à une ignorance fautive (*constructive notice*), il convient de prendre en considération la perspective de l'acquéreur qui, dans un pays de tradition civiliste, n'est pas forcément familier du trust et des restrictions qui limitent le pouvoir de disposer d'un trustee;
– l'existence d'un droit de suite sur le bien lui-même, c'est-à-dire le droit d'exiger du premier acquéreur ou de tout acquéreur subséquent la restitution de ce bien, la qualité pour exercer ce droit ainsi que les conditions auxquelles le prix de son acquisition doit être restitué à l'acquéreur tenu à restitution;
– l'extinction du droit de suite par l'effet de l'écoulement du temps ou par le consentement des bénéficiaires (*statute of limitation, laches, estoppel*)[338] ou par l'effet du comportement du défendeur (*change of position, dissipation*). Les règles sur la prescription acquisitive du droit suisse[339] sont cependant des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par une manifestation de volonté et qui concernent le transfert de la propriété et la protection des tiers de bonne foi. Conformément à l'article 15 al. 1 lit. d & f de la Convention, elles l'emportent sur les règles moins favorables de la loi applicable au trust en matière de prescription.
– Les conditions et l'étendue de la restitution en ce qui concerne les revenus du bien en question, son produit de réalisation, les biens acquis en remploi, le remboursement des impenses faites par le possesseur et son éventuelle responsabilité pour les dommages causés au bien ne sont visés ni par la première ni par la seconde phrase de l'article 11 al. 3 lit. d de la Convention. L'application de la loi qui régit l'acte de disposition (transfert de la propriété d'une chose, création d'un droit réel limité, transfert ou création d'un autre droit) à ces questions garantit que, de bonne ou de mauvaise foi, l'acquéreur d'un bien du trust

338 Cf. BOGERT (1987) §§ 169-170.

339 Art. 661 ss (immeubles) et 728 CC (choses mobilières).

est soumis au régime applicable à toute acquisition irrégulière. Lorsque, comme c'est souvent le cas, la *lex rei sitae* est celle du for, son application garantit en outre un traitement judiciaire plus efficace et prévisible. Ainsi, lorsque le droit suisse est applicable à titre de *lex rei sitae*[340], l'étendue de la restitution due par l'acquéreur non protégé et son éventuelle responsabilité envers les bénéficiaires devrait relever des règles applicables au possesseur sans droit, et non de la loi applicable au trust.

Parce qu'elle repose sur une interprétation du texte de la Convention conforme aux intentions de ses rédacteurs, la ligne de démarcation que l'on vient de tracer peut être mise en œuvre par les tribunaux suisses sans intervention du législateur. Il faut cependant reconnaître que le raisonnement est ici particulièrement complexe parce que, dans le cadre d'une démarche de droit international privé, il confronte le droit des biens de deux systèmes juridiques et de deux grandes familles (ordres juridiques d'origine romano-germanique et *common law*) qui reposent sur des principes complètement opposés. Il pourrait donc être opportun de faciliter la tâche de la jurisprudence en adoptant une disposition qui précise les règles de rattachement sur un point où la Convention est lacunaire. Cette disposition pourrait avoir la teneur suivante:

[1] Dans les cas visés par l'article 11, al. 3, lit. d de la convention, le droit désigné par le chapitre II de la convention détermine les conditions auxquelles l'acquéreur est tenu de restituer un bien du trust ou de renoncer au droit constitué sur un tel bien par le trustee en violation des obligations résultant du trust. Ce droit règle en outre le remboursement d'une éventuelle contre-prestation fournie par l'acquéreur.

[2] Le droit désigné par [la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987] détermine l'objet et l'étendue de la restitution en tant qu'elle porte sur les fruits et revenus de la chose, son produit de réalisation, ses remplois ou sa valeur. Ce droit régit également les indemnités relatives à l'usage et à la jouissance ainsi que le remboursement des impenses.

340 Art. 99 à 107 LDIP.

B. Le cas particulier des sûretés

En réservant les règles impératives de la loi désignée par les règles de conflit du for, l'article 15 lettre d de la Convention distingue entre celles concernant "le transfert de propriété" et celles relatives aux "sûretés réelles", sans limiter ces dernières à la constitution des sûretés.

L'intention des rédacteurs est claire, et elle trouve son origine dans plusieurs interventions de la Banque des règlements internationaux[341]. Le trust permet la constitution de sûretés sans dépossession: le propriétaire d'un bien peut s'en déclarer trustee en faveur de son créancier tout en conservant sa possession; il peut aussi en transférer la propriété à un trustee en faveur de son créancier mais en conserver la possession en vertu d'un prêt ou d'un bail. Là où la *common law* peut considérer qu'une sûreté réelle a été valablement constituée[342], le Code civil suisse (et d'autres ordres juridiques semblables) y voient une atteinte au principe du nantissement (*Faustpfandprinzip*), ce qui rendrait un gage nul[343] et toute autre forme de sûreté inopposable aux tiers[344]. L'exigence de dépossession du constituant du gage ne concerne pas seulement l'acquisition de la sûreté, mais aussi sa persistance[345]. C'est pourquoi les rédacteurs ont parlé des "sûretés réelles"

---

341 On trouve, dans les *Actes et documents de la Quinzième session* (1985): un rapport, "A trustee in Continental Europe: The experience of the Bank for International Settlements" de G.K. SIMONS & L.G. RADICATI (pp. 124-130); l'art. 19 de l'avant-projet (p. 170) et N. 148 du rapport (p. 202) de la Commission spéciale, discuté les 13 et 15 octobre 1984 (pp. 294-296, 297-303) en même temps que les document de travail (DT) n° 18 (p. 228; ultérieurement remplacé par le DT n° 53, p. 289) et les DT n° 42 et 44 (p. 271), n° 49 (p. 282) et n° 52, 53 et 53 (p. 289). Le comité de rédaction tint compte de ces discussions dans une nouvelle version (art. 15 du DT n° 58 p. 315), discuté et approuvé presque sans changement le 18 octobre (pp. 332-333). Le texte qui en résulta (DT n° 64, p. 342) subit d'ultimes retouches rédactionnelles le 19 octobre 1984 (p. 347).

342 Ce n'est pas nécessairement le cas, cf. *infra* note 346.

343 Art. 884 al. 3 CC: "Le droit de gage n'existe pas, tant que le constituant garde exclusivement la maîtrise effective de la chose."

344 Art. 717 al. 1 CC: "Lorsque celui qui aliène une chose la retient à un titre spécial, le transfert de la propriété n'est pas opposable aux tiers, s'il a eu pour but de les léser ou d'éluder les règles concernant le gage mobilier." Cette disposition vise spécifiquement le transfert fiduciaire de la propriété à fin de sûreté (*Sicherungsübereignung*).

345 ATF 99 II 34, JdT 1974 I 42. Cf. art. 888 CC: "[1] Le nantissement s'éteint dès que le créancier cesse de posséder le gage et qu'il ne peut le réclamer de tiers possesseurs. [2] Les effets du nantissement sont suspendus tant que le constituant garde exclusivement la maîtrise effective de la chose du consentement du créancier."

à l'article 15 al. 1 lit. d de la Convention, sans le restreindre par les mots "transfert" ou "constitution".

Le problème qui est ici en jeu ne concerne pas les conditions dans lesquelles le trustee peut constituer une sûreté sur un bien en trust. Le trustee ne bénéficie pas de règles plus favorables qu'un autre propriétaire quant aux conditions et formalités nécessaires à créer une sûreté opposable aux tiers. Selon le droit international privé suisse, la question relève de la loi du lieu de situation de la chose.

Le problème que les rédacteurs de la Convention avaient en vue concerne les conditions auxquelles le trustee peut acquérir et conserver une sûreté en tant que trustee en faveur des bénéficiaires du trust.

– Certains trusts (généralement purement domestiques) sont des substituts à la réserve de propriété. C'est le cas notamment de l'acquéreur à crédit de matériaux de construction ou de matières premières, qui s'oblige à conserver ceux-ci (ou les produits de transformation) en tant que trustee pour le fournisseur jusqu'au règlement du prix d'achat. On relèvera que certains États de *common law* y perçoivent un risque d'atteinte aux droits des autres créanciers et exigent une inscription de la sûreté[346], comme le droit suisse l'exige pour que la réserve de propriété soit efficace[347].
– D'autres utilisations du trust sont fort semblables à notre fiducie-sûreté. L'importateur qui acquiert le connaissement maritime et la marchandise qu'il représente en son nom mais en trust pour la banque qui finance l'acquisition[348] est dans une situation analogue à l'importateur qui acquiert la propriété fiduciaire des connaissements[349]. De même, le trust grevant les créances résultant des livraisons faites par l'emprunteur à sa clientèle est très semblable à la cession fiduciaire de créances selon le droit suisse.

---

346 UK: Section 395 du Companies Act 1985, cf. HAYTON (1998) p. 65.

347 Art. 715 CC; cf. art. 102 al. 2 & 3 LDIP.

348 HAYTON (1998) p. 66.

349 Cf. L. THÉVENOZ, "Propriété et gage sur la marchandise et son titre représentatif dans le crédit documentaire", SAS 1985 pp. 1 ss, not. 5-7; ATF 113 III 26, JdT 1989 II 79; ATF 114 II 4, 48 c. 4c; ATF 123 III 73, 78 c. 6/b/aa.

– La titrisation d'actifs financiers (*asset-backed securitisation*), généralement réalisée par la détention indirecte[350] des créances mobilisées par un trustee pour le compte des acquéreurs des obligations garanties par ces actifs, serait en théorie réalisable par une fiducie soumise au droit suisse si celle-ci ne présentait pas certaines faiblesses de régime qui la font écarter[351].
– Les *indenture trusts* permettent, lors de l'émission d'un emprunt, de faire bénéficier les obligataires de sûretés (*e.g.* hypothèques sur les actifs immobiliers de l'émetteur) qu'il serait impraticable de transférer individuellement à chaque porteur d'obligation ou de leur faire acquérir à tous conjointement. Le trustee devient titulaire des gages consentis, qu'il est autorisé à faire valoir au profit des obligataires. On lui reconnaît également la compétence d'exercer la surveillance sur l'emprunteur et, cas échéant, de déclarer les défauts de paiement[352].

À la différence d'autres systèmes juridiques de droit civil[353], l'ordre juridique suisse reconnaît l'utilisation de la propriété à titre de sûreté (*fiducia cum creditore*) [354]. Ces sûretés fiduciaires sont fréquentes pour les papiers-valeurs et autres valeurs mobilières[355], de même que pour les créances ac-

---

350 Les créances sont le plus souvent acquises par une société (*SPV: special purpose vehicle*) qui émet des obligations d'emprunt. Les actions du SPV sont détenues en trust de sorte que celui-ci soit isolé d'une éventuelle faillite de la société qui a créé les actifs (*originator*) et les a refinancés par ce mécanisme.

351 THÉVENOZ (1995) pp. 293-294; *idem*, "Switzerland", in *Asset-backed Securitization in Europe*, Th. Baums & E. Wymeersch (ed.), London etc. (Kluwer) 1996, pp. 241-257.

352 WATERS (1995) pp. 329-330; US: Trust Indenture Act of 1939, 15 U.S.C. § 77aaa; LANDAU & KRUEGER (1998) *passim*; M.D. SKLAR, "The corporate indenture trustee: Genuine fiduciary or mere stakeholder?", 106 *Banking Law Journal* pp. 42-61 (1989).

353 *E.g.* le nouveau Code civil des Pays-Bas, à l'art. 3:84 (al. 3: "Ne constitue pas un titre valable de transfert [de la propriété] l'acte juridique qui vise à transférer le bien aux fins de sûreté ou qui n'a pas pour objet de le faire tomber dans le patrimoine de l'acquéreur après le transfert."), interdit toute utilisation de la propriété à titre de sûreté. Lors de la ratification de la Convention sur le trust, le législateur a levé cette interdiction pour les trusts à l'art. 4 de la *Wet conflictenrecht trusts*, que von OVERBECK (1997) p. 374 traduit ainsi: "Les dispositions du droit néerlandais en matière de transfert de propriété, de [sûretés] ou de protection des créanciers en cas d'insolvabilité n'affectent pas les conséquences juridiques de la reconnaissance d'un trust décrites à l'art. 11 de la Convention." Cf. également DYER (1999) p. 7; KOPPENOL-LAFORCE & KOTTENHAGEN (1998), ainsi que les contributions de HAYTON (p. 58), N.E.D. FABER (rés. p. 261), M.H.E. RONGEN (rés. pp. 300 s.) et B.J.M.A. MEESTER (rés. pp. 417 s.) in *Vertrouwd met de trust: Trust and trust-like arrangements*, Deventer (Tjeenk Willink) 1996.

354 Cf. THÉVENOZ (1995) pp. 302-310.

355 *E.g.* ATF 119 II 326, JdT 1995 II 87 et ATF 115 II 349, JdT 1992 II 34 (cédules hypothécaires); ATF 100 II 153, JdT 1975 I 174 (livret d'épargne); ATF 113 III 26, JdT 1989 II 79 (titres représentatifs de marchandises).

tuelles et futures[356]. Elles sont rares en matière d'immeubles pour des raisons de coûts[357]. Elles sont inusuelles pour les machines et véhicules (pour lesquels le crédit-bail présente une alternative) et pour les stocks de marchandises[358], car les sûretés fiduciaires ne sont pas soustraites à l'exigence de dépossession qui domine les sûretés mobilières[359].

En tant que mécanisme pour la constitution et le transfert de sûretés, le trust présente une grande flexibilité. Certaines formes de trust ne réalisent cependant pas – à la création ou pendant la durée de la sûreté – les conditions fondamentales de publicité (dépossession du constituant d'un gage, inscription d'une réserve de propriété au registre) par lesquelles le législateur suisse a voulu protéger les tiers pour les choses mobilières situées en Suisse. Comme la fiducie-sûreté, le trust-sûreté présente un risque. À juste titre, plutôt que de l'exclure purement et simplement du champ d'application de la Convention, les rédacteurs ont réservé les règles impératives de la loi applicable à la chose grevée de la sûreté. En parlant de "sûretés réelles", le texte de l'article 15 al. 1 lit. d vise non seulement les conditions de perfection de la sûreté[360] mais également les règles impératives qui concernent sa rétention, son transfert, sa réalisation ou son extinction.

Le principe qu'une sûreté mobilière n'est opposable aux tiers que pour autant que le débiteur n'ait pas la possession exclusive de la chose représente une règle impérative de notre ordre juridique. Dans la mesure où la chose est située en Suisse[361], l'article 15 al. 1 lit. d de la Convention permet de donner effet aux art. 717 et 884 al. 3 CC, qui rendent inopposable aux tiers une sûreté mobilière sans dépossession créée au moyen d'un trust.

---

356 *E.g.* ATF 113 II 163 (cession globale de créances présentes et futures); ATF 101 III 92, JdT 1976 II 109 (cession de créances individualisées).

357 *E.g.* ATF 86 II 221, JdT 1961 I 203.

358 *E.g.* ATF 78 II 412, JdT 1953 I 553 (machine); ATF 71 III 80, JdT 1945 II 113 (marchandise entreposée chez un dépositaire).

359 Art. 717 CC: " [1] Lorsque celui qui aliène une chose la retient à un titre spécial, le transfert de la propriété n'est pas opposable aux tiers, s'il a eu pour but de les léser ou d'éluder les règles concernant le gage mobilier. [2] Le juge apprécie." Le Tribunal fédéral retient une interprétation purement objective de cette disposition, sans rechercher une intention d'éluder la loi: ATF 42 II 17 . Le droit suisse ne connaît pas l'hypothèque mobilière, sauf pour le bétail (art. 885 CC) et pour les bateaux et aéronefs.

360 L'art. 4 de la Convention aurait suffi pour cela, puisqu'il exclut du champ d'application la validité des "actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au trustee".

361 Ce qui est ici le critère de rattachement du droit suisse en matière de droits réels mobiliers, cf. art. 100 LDIP.

C. Position du dépositaire d'un bien en trust

Sur la base de remarques de la Banque des règlements internationaux, la Convention a prévu, à l'article 11 al. 3 lit. d, 2ème phrase, un régime spécial pour la responsabilité des "tiers détenteurs" (*third party holders*) de biens en trust.

À la différence de l'acquéreur d'un bien en trust, qui est soumis à la "revendication" conformément à la loi applicable au trust[362] sous réserve des seules règles impératives de la loi applicable au "transfert de la propriété"[363], les "droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for."[364] L'application de la *lex rei sitae*, de la lex *contractus* ou de toute autre loi que les règles de conflit du for déclarent applicable n'est pas ici limitée aux règles impératives: les droits et obligations du détenteur échappent complètement à la loi applicable au trust.

L'examen des travaux de la Conférence indique que cette exception est en réalité motivée par la situation des banques dépositaires dans les pays ne connaissant pas l'institution du trust[365]. Elle est cependant délibérément plus large.

La Conférence ne semble pas s'être spécifiquement penchée sur la situation des tiers qui ne sont ni acquéreurs ni même possesseurs de biens du trust mais dont la responsabilité peut être engagée par la participation fautive à un *breach of trust*. D'après le *Restatement Second*, cette responsabi-

---

362 Art. 11 al. 3 lit. d, 1ère phrase, de la Convention.

363 Art. 15 al. 1 lit. d de la Convention; cf. *supra* VIII.A.

364 Art. 11 al. 3 lit. d, 2e phrase, en anglais: "However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum."

365 L'art. 11 de l'avant-projet de la Commission spéciale ne prévoyait pas cette réserve (p. 169 des *Actes et documents* (1985)). L'idée apparaît dans une proposition de la BRI faisant l'objet du Document de travail n° 17 (p. 228), alors que la délégation néerlandaise proposait de soustraire la revendication aux effets des trusts dont la Convention impose la reconnaissance (DT n° 27, p. 234). Le 12 octobre 1984, la proposition de la BRI fut retenue dans son principe et envoyée au comité de rédaction (pp. 279-283), en même temps qu'une formulation proposée par la délégation du Royaume-Uni (DT n° 47, p. 281) . La formulation française actuelle de la Convention résulte du texte établi alors par le comité de rédaction (DT n° 58, p. 315). La formulation anglaise fut corrigée lors des débats du 28 octobre 1984 (pp. 325-326). Cf. von OVERBECK (1985b) p. 36 et (1997) p. 371 n. 15; PÉLICHET (1994) pp. 155 s.; JAUFFRET-SPINOSI (1987) pp. 58 s.

lité *for knowing assistance* concerne, notamment, celui qui transfère une somme d'argent ou un bien en sachant que le trustee ne va pas en faire bénéficier le fonds du trust ou le débiteur du trust qui bénéficie gratuitement d'une remise de dette[366]. Par identité de motifs, ces responsabilités de tiers non détenteurs devraient également bénéficier de l'exception prévue à l'article 11 al. 3 lit. d de la Convention et être soumis à la loi déterminée par les règles de conflit du for. On relèvera d'ailleurs que le *Restatement Second* leur assimile la responsabilité du banquier dépositaire de fonds du trust[367].

Ainsi, les droits et obligations des banquiers, négociants et autres intermédiaires financiers en tant que dépositaires de biens du trust, ainsi que d'autres dépositaires, sont régis par la loi applicable selon les règles de conflit du for.

– Le banquier est généralement lié au trustee par un contrat: selon le droit international privé suisse[368], il s'agit de la loi choisie par les parties (élection de droit)[369], et à son défaut, de la loi du lieu de l'établissement du dépositaire[370]. Les banques et les négociants suisses en valeurs mobilières incluent toujours une clause d'élection en faveur du droit suisse. Ainsi, le contrat en question et la loi suisse déterminent en particulier l'objet, l'étendue, le lieu, le moment et le créancier de l'obligation de restituer les biens remis; les conditions d'une éventuelle consignation en cas de doute sur l'identité du créancier[371]; les obligations de diligence, d'information et de loyauté à charge de la banque ou du négociant en valeurs mobilières; etc.
– Lorsque un organe ou un auxiliaire de la banque commet un acte illicite au préjudice du trustee ou des bénéficiaires, sa responsabilité per-

366 Exemples tirés de Restatement (Second) of Trusts, §§ 321, 322. La règle générale est énoncée au § 326 sous le titre *Other Dealings With Trustee*: "A third person who, although not a transferee of trust property, has notice that the trustee is committing a breach of trust and participates therein is liable to the beneficiary for any loss caused by the breach of trust."

367 Restatement (Second) of Trusts, § 324.

368 Qui coïncide avec la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, modifiée par les traités d'accession en 1992 et 1997, version consolidée: JOCE 1998 C 27, p. 34.

369 Art. 116 LDIP; art. 3 de la Convention du 19 juin 1980.

370 Art. 117 al. 1, al. 3 lit. c & d LDIP en lien avec l'art. 21 LDIP; art. 4 de la Convention du 19 juin 1980.

371 Cf. art. 479 et 96 CO.

> sonnelle et celle de la personne morale sont en principe soumis à la loi applicable au rapport juridique préexistant[372]. La responsabilité délictuelle de la banque ou du négociant suisse est donc également régie par le droit suisse[373].

Ainsi, conformément à l'intention des rédacteurs de la Convention, en tant qu'ils sont de simples dépositaires (ou des possesseurs à un autre titre) de biens faisant l'objet d'un trust, les intermédiaires financiers suisses ne sont pas soumis à un régime de droits et d'obligations différent du reste de leur clientèle.

Il en va différemment lorsqu'une banque ou un négociant devient acquéreur d'un titre compris dans le fonds d'un trust – par exemple en se portant contrepartie du trustee dans l'exécution d'une commission de vente, art. 436 à 438 CO – ou lorsqu'il obtient de tels titres en nantissement. Si le trustee vend ou engage les titres en violation de ses obligations à l'égard des bénéficiaires, les conditions auxquelles l'acquéreur est protégé relèvent de la loi applicable au trust, ainsi qu'on l'a vérifié plus haut[374]; elles dépendent pour l'essentiel de la connaissance relative à l'existence du trust et aux pouvoirs du trustee que la banque avait ou qu'on pouvait lui imputer au moment de l'acquisition.

IX. Registres publics

L'article 12 de la Convention dispose:

> "Le trustee qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de trustee ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'État où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi."

---

372 Art. 133 al. 3 LDIP.

373 La solution est la même lorsque la victime (trustee ou bénéficiaire) a sa résidence habituelle en Suisse (art. 133 al. 1 LDIP) ou encore lorsque l'acte illicite coïncide avec la violation du contrat (art. 133 al. 3 LDIP), dont on a vu qu'il est en principe soumis au droit suisse.

374 Cf. *supra* VIII.A.

Outre les droits sur les immeubles qui sont documentés par le registre foncier, de nombreux biens et droits sont immatriculés dans des registres publics suisses: bateaux, aéronefs, brevets d'invention, marques, dessins et modèles industriels, réserves de propriété. De tels biens sont susceptibles d'être acquis et détenus par des trustees. Ils peuvent aussi être engagés en faveur d'un trustee qui a procuré un financement à charge du fonds du trust. Les activités de certains trusts peuvent également se rapporter à des sociétés ou d'autres entités inscrites au registre du commerce.

Les règles relatives à la tenue de ces registres peuvent devoir être complétées pour préciser comment les rapports de droit avec un trustee doivent être publiés. Le présent rapport ne se prête pas à une étude de détail, qui serait d'ailleurs prématurée en raison du relatif manque d'expérience des autorités concernées[375]. C'est pourquoi on examinera ci-dessous le principe d'une règle générale (A.), susceptible d'être complétée notamment par des règles *ad hoc* pour le registre foncier, celui des bateaux et celui des aéronefs (B.).

A. Règle générale

Les registres publics sont essentiels à la sécurité juridique et à la protection des intérêts des tiers, en particulier des acquéreurs des biens immatriculés (ou de droits sur ces biens) ainsi que des créanciers des titulaires de ces biens et droits. Dans la mesure où il porte sur des biens localisés en Suisse, un trust de droit étranger reconnu conformément à la Convention affecte la situation juridique de ces tiers. L'indication de la qualité de trustee relative au titulaire du bien enregistré (ou d'un droit limité, et notamment d'un gage sur ce bien) les renseigne à deux égards importants[376]:

---

[375] Cf. en particulier la récente communication de l'Office du registre foncier lors de l'assemblée de la Société suisse des conservateurs du registre foncier le 17 septembre 1999, reproduite in RNRF 1999 406-407. Cette incertitude contraste avec la pratique française en matière de registre des hypothèques, où il semble que l'indication de la qualité de trustee du propriétaire est acquise depuis longtemps, cf. observation BÉRAUDO sous Cour de justice des Communautés européennes, 17.5.1994, *Webb*, in *Rev. crit. dr. int. privé* 1995 pp. 123 ss, 136. Contre toute mention au registre foncier *de lege lata*: BREITSCHMID (1995) p. 65; SUPINO (1994) pp. 128 s.

[376] Restatement (Second) of Trusts, § 297 comment b et § 308 comment e.

– Au tiers qui envisage d'acquérir un bien (ou un droit sur un bien) dont le trustee est titulaire, l'indication de cette qualité révèle le risque d'être exposé au droit de suite des bénéficiaires si le trustee agit en violation de ses devoirs (*in breach of trust*)[377]. Pour écarter ce risque, l'acquéreur potentiel exigera d'être renseigné sur les pouvoirs du trustee. En pratique, il demandera souvent au trustee de faire établir un avis de droit sur la conformité de la transaction envisagée aux devoirs résultant de l'acte du trust et de la loi applicable au trust. Parce qu'elle induit une prudence accrue des acquéreurs ainsi que des frais supplémentaires, l'inscription du trustee ès qualités au registre limite la commercialisation du bien. Cette entrave, dont l'importance varie suivant les circonstances, a pour but et pour effet de protéger les bénéficiaires du trust contre les actes de disposition qui lèseraient leurs intérêts.
– Pour les créanciers du trustee, l'indication du trust dans les registres publics leur permet d'identifier les biens qui ne répondent pas des dettes personnelles de leur débiteur[378]. Elle renseigne ainsi sur la solvabilité personnelle du trustee. Les créanciers personnels savent qu'ils ne peuvent exercer de mainmise sur de tels biens. Les créanciers du trustee ès qualités ("créanciers du trust") s'assurent de l'existence et du statut juridique des biens faisant partie du fonds du trust sur lesquels ils pourront cas échéant se désintéresser à l'exclusion des créanciers personnels du trustee[379].

La publicité de l'appartenance d'un bien immatriculé à un patrimoine spécial du titulaire n'a guère attiré l'attention du législateur. En matière de substitution fidéicommissaire, la charge du grevé de transmettre la succession à l'appelé peut faire l'objet d'une annotation[380]. La loi sur les fonds de placement prévoit une simple mention au registre foncier de "l'appartenance au fonds immobilier" d'un immeuble dont le propriétaire juridique est la direction de ce fonds[381]. Cette mention ne déploie pas d'effets propres: elle signale le statut spécial de l'immeuble qui, en cas de faillite de la direction du fonds, ne tombe pas dans la masse en faillite, mais est distrait

---

377 Article 11 al. 3 lit. d de la Convention; cf. *supra* II.F et VIII.

378 Article 11 al. 3 lit. a & b de la Convention, cf. *supra* II.E et VII.

379 Sur cette question, cf. *supra* VII.A.1.c).

380 Cf. art. 490 al. 2, 960 al. 1 ch. 3 CC et 74 ORF.

381 Art. 36 al. 2 lit. a LFP (1994), repris (et corrigé) de l'art. 31 al. 2 lit. a de la loi du 1er juillet 1966. Sur la qualification juridique de mention (malgré le texte français erroné), cf. *infra* IX.B.1.

au profit des investisseurs sous déduction des dettes dont le fonds répond[382]. Une disposition semblable n'a pas été envisagée pour les opérations fiduciaires des banques; elle aurait été superflue puisque l'art. 16 ch. 2 LB ne vise que les "choses mobilières, les titres et les créances que la banque détient à titre fiduciaire"[383], lesquels ne font en principe pas l'objet de registres publics.

Lorsque notre ordre juridique assure la publicité des rapports juridiques relatifs à certains biens par des registres publics, le but poursuivi et l'intérêt des tiers suggère de faciliter l'indication que le titulaire d'un bien ou d'un droit immatriculé l'est en qualité de trustee. On ne voit pas quel intérêt protégé par notre ordre juridique justifierait de faire usage de la possibilité ménagée par l'article 12 *in fine* de la Convention pour restreindre les cas où un trustee peut exiger l'indication du trust en rapport avec l'inscription de son titre dans les registres publics.

Le Parlement italien a ratifié la Convention sans l'assortir de dispositions internes destinées à en assurer la mise en œuvre. Certains auteurs ont cependant relevé le besoin de telles règles en matière d'enregistrement[384]. Au contraire, le législateur néerlandais, conscient de l'importance de cette question, l'a réglée d'une manière susceptible d'inspirer le législateur suisse. Soucieux d'indiquer que le droit néerlandais n'interdit ni ne limite l'indication de la qualité de trustee dans les registre publics, le *Wet conflictenrecht trusts* de 1995 a confirmé le droit du trustee de se faire inscrire en cette qualité dans les registres néerlandais en répétant la première partie tout en omettant la seconde ("pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'État où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi") de l'article 12 de la Convention[385].

---

382 Art. 16 al. 1 LFP; cf. THÉVENOZ (2000) pp. 358-363. En n'excluant dans son principe la distraction d'un brevet d'invention figurant au registre des brevets sans indication du rapport fiduciaire, le Tribunal fédéral semble admettre qu'une telle indication n'est pas une mesure de publicité nécessaire à l'application de l'art. 401 CO, ATF 117 II 429, JdT 1994 II 2.

383 Art. 16 ch. 2 en lien avec l'art. 37*b* LB, introduits lors de la révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 16 décembre 1994.

384 PATON & GROSSO (1994) p. 661.

385 Art. 3 de la loi du 4 octobre 1995, reproduite in *Trust Laws of the World* (2000) p. 40. Cf. DYER (1999) p. 1005; von OVERBECK (1997) p. 375.

Les registres publics prévus par le droit suisse font l'objet de réglementations de densité très variable. Là où le registre foncier, celui des aéronefs et des bateaux bénéficient de règles détaillées, les registres relatifs aux brevets et aux marques ne sont régis que par quelques alinéas épars.

L'approche ici proposée, inspirée des Pays-Bas, consiste à adopter une base légale générale consacrant la faculté, pour tout trustee, de se faire identifier en sa qualité dans tout registre, public ou autre[386]. Elle pourrait avoir la teneur suivante:

> Le trustee a qualité pour requérir toute inscription relative à une chose dont il est propriétaire ou à un droit dont il est titulaire dans les registres qui en assurent la publicité. Il peut exiger que sa qualité de trustee soit mentionnée ou que l'existence du trust apparaisse d'une autre manière.

Le mot "droit" vise autant les droits subjectifs absolus qui ne sont pas des choses, notamment les droits de propriété intellectuelle ou industrielle (*e.g.* marques, dessins et modèles, brevets d'invention), que les droits réels limités ou les droits personnels relatifs à une chose ou à un droit immatriculé (*e.g.* hypothèque immobilière, licence relative à un brevet).

On remarquera que l'article 12 de la Convention et la règle ci-dessus proposée visent une faculté du trustee, et non une obligation de s'identifier comme tel ou de rendre manifeste l'existence du trust. En effet, l'acte de trust (*trust deed*) et, subsidiairement, la loi applicable au trust, ne font pas nécessairement obligation au trustee de rendre l'existence d'un trust manifeste pour les tiers. Sous réserve de la loi qui régit le trust, l'acte de trust peut faire de cette forme de publicité une obligation, une simple faculté, voire l'interdire. Un tel choix du settlor est de nature à réduire sensiblement le droit de suite des bénéficiaires à l'encontre des acquéreurs. Il n'appartient cependant pas au droit suisse de transformer la faculté prévue par la Convention en une véritable obligation.

On pourrait certes s'inquiéter de la protection des créanciers personnels du trustee, qui pourraient être induits en erreur par la solvabilité apparente de leur débiteur si sa qualité de trustee n'est pas manifestée dans les registres publics. Cette crainte n'est pas fondée. Lorsque la solvabilité d'un

---

386 L'art. 12 de la Convention n'est pas limité aux registres publics. Il s'applique également aux registres des actionnaires tenus par les sociétés anonymes, etc. Cf. DYER (1999) p. 1005.

débiteur repose sur des biens tels que des immeubles, des aéronefs, des bateaux ou des droits de propriété industrielle ou intellectuelle, le créancier qui se préoccupe de la surface financière de son débiteur ne se contente pas de vérifier ses actifs au moment où il lui fait crédit; il demande des gages, qui seuls lui garantissent la possibilité de les faire réaliser à son profit en cas de défaillance de son débiteur. La validité du gage sur un immeuble qui n'est pas identifié au registre foncier comme faisant l'objet d'un trust dépendra alors entièrement de la bonne foi du donneur de crédit (*bona fide purchaser*). Le silence du registre quant à l'existence du trust est susceptible de porter préjudice aux bénéficiaires, non au créancier gagiste.

La mention du trust au registre ne saurait être une condition de la séparation des patrimoines[387]. On relèvera d'ailleurs que l'art. 16 LFP ne fait pas de la mention au registre foncier une condition de la distraction des immeubles d'un fonds de placement immobilier. Par ailleurs, personne ne soutient[388] que l'application de l'art. 401 CO aux marques ou aux brevets enregistrés dépend de l'indication au registre de la qualité de mandataire ou de fiduciaire du titulaire[389].

Les obligations légales (*e.g.* législation sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger ou contre le blanchiment d'argent) ou statutaires (*e.g.* clause statutaire obligeant les actionnaires à déclarer s'ils agissent pour le compte de tiers) d'identifier les ayant droit économiques s'appliquent bien sûr aux trustees autant qu'aux fiduciaires et aux autres personnes agissant pour le compte d'autrui. Leur existence et leurs modalités reposent sur d'autres règles que celles, qui nous occupent ici, relatives à la tenue des registres.

---

387 Cf. KOPPENOL-LAFORCE (1998) p. 39.

388 U. RÜEDE-BUGNION, *Fiduziarische Rechtsgeschäfte, die ein Markenrecht zum Gegenstand haben…*, thèse, Berne (Stämpfli) 1978, pp. 92 ss & 288 ss; W. FELLMANN, *Berner Kommentar*, t. VI/2/4, 4e éd. (1992), Art. 394 N. 78, Art. 401 NN. 29 & 63 s.; G. GAUTSCHI, *Berner Kommentar*, t. VI/2/4, 3e éd. (1971), Art. 401 N. 12; J. HOFSTETTER, *Traité de droit privé suisse*, t. VII/II/1: Le *mandat et la gestion d'affaires*, Fribourg (Ed. Universitaires) 1994, pp. 124 ss.

389 ATF 117 II 429, JdT 1994 II 2 (motif superfétatoire omis par le Tribunal fédéral).

B. Registre foncier, registres des bateaux et des aéronefs

Il serait judicieux de compléter la règle générale proposée ci-dessus en matière de publicité foncière. Dans le système suisse du registre foncier, il appartient au législateur de déterminer quelle forme doit prendre l'indication que le titulaire d'un droit réel immobilier l'est en qualité de trustee, c'est-à-dire que le bien en question est l'objet d'un trust soumis à un droit étranger.

1. Trustee unique

Un immeuble suisse – dont le transfert et les droits réels qui s'y rapportent sont exclusivement régis par le droit suisse[390] – peut faire l'objet d'un trust dans deux hypothèses distinctes:

– le settlor constitue un trust sur un immeuble qui lui appartient en transférant au trustee la propriété de l'immeuble,
– le trustee acquiert l'immeuble en investissant des valeurs appartenant au fonds du trust et / ou grevant d'un gage cet immeuble ou tout autre bien appartenant au fonds du trust.

1° Dans la première hypothèse, le titre d'acquisition du trustee – dont dépend la validité du transfert de propriété[391] – est l'acte de trust lui-même (*trust deed*). Le droit international privé suisse des contrats reconnaît la possibilité de dissocier la loi applicable au titre d'acquisition (le contrat, pour lequel l'élection de droit est admise)[392] de la loi qui régit le transfert et le contenu du droit immobilier transféré[393]. Il exige cependant que, même lorsque le contrat est soumis à une loi étrangère, sa forme réponde aux exigences du droit suisse[394], lequel soumet en principe à la forme authentique les actes juridiques privés tendant au transfert de la propriété foncière[395].

---

390 Art. 99 al. 1 LDIP.

391 Art. 974 al. 2 CC.

392 Art. 119 al. 2 LDIP.

393 Art. 99 al. 1 LDIP.

394 Art. 119 al. 3 LDIP.

395 Art. 657 al. 1 CC, sous réserve de la forme légale propre aux dispositions pour cause de mort et au contrat de mariage, art. 657 al. 2 CC. En Suisse, un acte authentique est nécessairement reçu par un officier public. Ses modalités exactes sont déterminées par la législation cantonale dans le cadre d'exigences minimales dégagées par la jurisprudence interprétant le droit fédéral.

Les mêmes principes peuvent être transposés aux trusts reconnus en Suisse sous l'empire de la Convention: un acte de trust soumis à un droit étranger peut stipuler le transfert de la propriété d'un immeuble situé en Suisse à un trustee pour autant que cet acte soit reçu en la forme authentique par un officier public suisse habilité à cet effet. Il est concevable qu'un acte authentique reçu par un officier public suisse contienne tout à la fois les clauses d'un trust soumis à une loi étrangère et l'engagement du settlor de transférer au trustee la propriété d'un immeuble suisse, question exclusivement gouvernée par le droit suisse. Dans la règle, les législations prévoyant le trust n'exigent pas un acte authentique pour sa création: elles se satisfont d'un acte sous seing privé, voire d'une simple déclaration orale[396]. Il ne semble donc pas y avoir d'obstacle à ce qu'un acte authentique suisse constitue un *trust deed* valable au regard de la loi étrangère désignée comme applicable au trust dans la mesure où les exigences matérielles de cette loi sont satisfaites. La pratique montrera cependant si et dans quelle mesure cette manière de faire répond aux besoins des intéressés.

Alternativement, on peut concevoir qu'un acte authentique suisse stipule l'obligation et les conditions du transfert au trustee d'un immeuble du settlor situé en Suisse en exécution d'un *trust deed* documenté séparément. Le droit cantonal détermine dans quelle mesure le *trust deed* doit alors être annexé à ou reproduit dans l'acte authentique suisse[397]. Dans l'un ou l'autre cas, l'acquisition de l'immeuble par le trustee en sa qualité est constatée par l'officier public et reconnaissable au conservateur du registre foncier.

2° Dans la seconde hypothèse, l'acquisition d'un immeuble suisse par un trustee ne fournit en soi aucune indication quant à l'appartenance de cet immeuble au patrimoine personnel du trustee ou au fonds du trust. L'acte peut certes identifier l'acquéreur comme un trustee agissant ès qualités, mais le droit civil n'en fait pas une condition de validité. Cependant, la pratique notariale résultant de la législation sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger impose à l'acquéreur d'identifier les personnes au bénéfice de qui il agit, en tout cas lorsque celles-ci sont domiciliées

396 Conformément à son art. 3, la Convention ne concerne cependant que les trusts "dont la preuve peut être apportée par écrit."

397 Art. 55 du Titre final du Code civil. Cf. cependant ATF 125 III 131 (respect de la forme authentique en cas d'annexion de conditions générales préimprimées).

à l'étranger, de sorte que là aussi le trustee énoncera la qualité en laquelle il agit[398].

Ainsi, lorsqu'un trustee acquiert la propriété d'un immeuble suisse, que ce soit du settlor lui-même ou d'un tiers au moyen ou à charge du fonds du trust, la qualité en laquelle il agit sera le plus souvent constatée dans l'acte authentique qui fondera son inscription en tant que propriétaire au registre foncier. De quelle manière cette qualité doit-elle être indiquée au registre foncier?

Le Code civil et l'ordonnance relative au registre foncier distinguent entre les inscriptions (*Eintragungen, iscrizioni*), les annotations (*Vormerkungen, annotazioni*) et les mentions (*Anmerkungen, menzioni*). Les unes et les autres se distinguent par leur objet (droit réel ou personnel, restriction du droit d'aliéner, autre rapport de droit), par leurs effets (notamment, effet constitutif ou déclaratif) et par la manière dont elles sont portées au registre[399].

Pour déterminer de quelle manière la qualité de trustee du propriétaire doit figurer au registre foncier, il convient de comparer la propriété d'un immeuble en tant que trustee aux deux situations les plus proches que connaisse le droit suisse, à savoir l'appartenance d'un immeuble à un fonds de placement immobilier et l'existence d'une substitution fidéicommissaire.

L'héritier d'un immeuble grevé d'une substitution fidéicommissaire est tenu de transmettre celui-ci à l'appelé au terme stipulé par le testament. Le Code civil permet l'*annotation* au registre foncier "de la charge de restitution"[400] pour la rendre opposable à tout acquéreur ultérieur de droits sur ce même immeuble. Plutôt qu'un droit personnel de l'appelé, la doctrine dominante analyse cette annotation comme ayant pour objet une condition résolutoire affectant la propriété du grevé, condition ainsi rendue opposable aux tiers[401].

---

398 Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983 (RS 211.412.41).

399 Cf. surtout STEINAUER (1997) pp. 193-231; DESCHENAUX (1983) pp. 84-108, 213-298, 335-362 & 486 ss; D. ZOBL, *Grundbuchrecht*, Zurich (Schulthess) 1999, pp. 115-137.

400 Art. 490 al. 2 CC.

401 STEINAUER (1997) N. 784a et références.

Un immeuble qui appartient à un fonds de placement immobilier est inscrit au nom de la direction du fonds, qui en est le propriétaire, mais avec une *mention* indiquant cette appartenance[402]. C'est ce qui résulte clairement des textes allemand (*Anmerkung*) et italien (*menzione*) de l'art. 36 al. 2 lit. a de la loi du 18 mars 1994[403]. La loi du 1er juillet 1966 parlait certes d'annotation (*Vormerkung*, *annotazione*). La doctrine avait cependant relevé qu'il s'agissait d'une erreur[404], que le Conseil fédéral et le Parlement décidèrent de rectifier[405], malheureusement en oubliant de corriger également la version française.

L'appartenance d'un immeuble au fonds d'un trust entraîne des effets plus étendus que son appartenance à un fonds immobilier. L'une et l'autre le soustraient à la mainmise des créanciers personnels du trustee ou de la direction, sauf pour les créances relatives au trust ou au fond. Les effets du trust ne s'arrêtent pas là. Les bénéficiaires peuvent, à des conditions fixées par la loi du trust, exercer un droit de suite sur les biens du trust qui ont été aliénés par le trustee en violation de ses obligations (*in breach of trust*). Un tel droit de suite est inconnu de la législation sur les fonds de placement. Il présente certaines analogies avec les droits personnels et les restrictions du pouvoir de disposition du droit suisse qui sont susceptibles d'être annotés au registre foncier.

En dépit de cette analogie avec les droits personnels et les restrictions du pouvoir d'aliéner dont le droit suisse prévoit l'annotation, l'appartenance d'un immeuble à un trust relève d'une mention au registre foncier, et non d'une annotation.

En effet, l'annotation, qui a pour objet un droit personnel qu'elle renforce en le rendant opposable à tout acquéreur subséquent, suppose que le contenu du droit annoté et son créancier soient suffisamment identifiés. Il

---

402 A. BUTTSCHARDT, in *Kommentar zum schweizerischen Anlagefondsgesetz*, Zurich (Schulthess) 1997, Art. 36 N. 3; M. KROLL & J. KOEFERLI, in *Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1999, Art. 36 AFG N. 9; M. DEN OTTER, *AFG: Anlagefondsgesetz…*, 3e éd., Zurich (Orell Füssli) 1996, Art. 36 Abs. 2.a) N. 5.

403 RS 951.31.

404 STEINAUER (1997) N. 780a; DESCHENAUX (1983) p. 279 et p. 319 n. 18; RNRF 49 (1968) 267.

405 Message du 14 décembre 1992, FF 1993 I 189, 246.

en va de même pour l'annotation d'une substitution fidéicommissaire[406], qui pourrait être comparée à un trust extrêmement limité: au moment de la réquisition, l'appelé est identifié irrévocablement par le testament, de même que le terme de la substitution. Il n'est pas possible de satisfaire cette exigence en matière de trust. D'une part, le nombre des bénéficiaires varie dans le temps lorsque le trust identifie des classes de bénéficiaires (petits-enfants du settlor, porteurs des obligations d'un emprunt, etc.), et leur identité ne peut jamais être constatée que provisoirement. D'autre part, le droit de suite qui ferait l'objet de la mention est soumis à des conditions qui sont entièrement déterminées par la loi applicable au trust et ne sont pas susceptibles d'être résumés dans l'acte de trust, encore moins dans des indications portées au registre foncier.

Même s'il a un caractère réel, et non simplement personnel, le droit de suite des bénéficiaires est très différent des cas d'annotations prévus par le droit suisse. Il existe indépendamment de toute indication au registre foncier. Une telle indication a pour but et pour effet d'attirer l'attention des tiers (et notamment des acquéreurs subséquents) sur l'existence d'un trust. La connaissance (réelle ou supposée) de ce fait par l'effet d'une indication au registre foncier ne suffit cependant pas à fonder le droit de suite, puisque celui-ci suppose en outre que l'acquéreur sût ou dût savoir que le trustee agissait *in breach of trust*. Certes, il y a un rapport entre la conscience qu'un bien est l'objet d'un trust et la conscience que son aliénation contreviendrait aux devoirs du trustee. L'acquéreur d'un tel bien doit prendre certaines mesures pour s'assurer que le trustee peut effectivement lui transférer ce bien. L'indication publique de l'appartenance d'un immeuble au fonds d'un trust n'est toutefois une condition ni nécessaire ni suffisante du droit de suite. Elle intervient dans l'appréciation du for interne de l'acquéreur, c'est-à-dire dans l'appréciation de sa bonne foi.

En résumé, la soustraction d'un immeuble aux créanciers personnels du trustee comme le droit de suite des bénéficiaires en cas d'aliénation *in breach of trust* sont des effets d'un acte juridique fondés sur une loi étrangère. Ces effets seront reconnus en Suisse en raison de la ratification de la Convention. Ils se produisent indépendamment d'une indication correspondante au registre foncier. Une telle indication a donc pour seul but de renseigner les tiers sur l'existence d'un trust afin d'attirer leur attention sur les

406 Cf. art. 490 al. 2, 960 al. 1 ch. 3 CC et art. 74 ORF.

conséquences légales possibles de ce rapport de droit[407]. Elle ne saurait donc être ni l'objet d'une inscription ou d'une annotation, mais bien d'une mention[408], selon la définition qu'en donne le Tribunal fédéral en s'appuyant sur la meilleure doctrine: "L'effet d'une mention au registre foncier n'est en principe ni constitutif ni déclaratif; il consiste uniquement à informer sur l'existence du rapport juridique concerné; en conséquence, l'existence et le contenu de celui-ci sont indépendants de la mention."[409]

Les conclusions de ce raisonnement peuvent être étendues au registre des bateaux ainsi qu'au registre des aéronefs, qui sont conçus sur le modèle du registre foncier et connaissent la même distinction entre inscriptions, annotations et mentions[410].

Il conviendrait donc de compléter la base légale proposée plus haut par un alinéa qui pourrait avoir la teneur suivante:

> Au registre foncier, au registre des bateaux ainsi qu'au registre des aéronefs, l'existence du trust fait l'objet d'une mention. Celle-ci renvoie à l'acte de trust, dont un exemplaire original ou une copie authentifiée est conservé comme pièce justificative.

2. Co-trustees en tant que propriétaires

Il est fréquent qu'un settlor désigne plusieurs trustees, qui sont alors tenus d'agir conjointement et deviennent ensemble propriétaires des actifs formant le fonds du trust. Si l'on doit qualifier cette propriété plurale des trustees *lege fori* selon le droit suisse, on ne saurait y voir une forme de copropriété au sens des art. 646 ss CC. En effet, aucun trustee ne dispose d'une quote-part qu'il puisse aliéner seul, et la copropriété ne peut être dissoute pas une action en partage[411]. Les trustees ne peuvent aliéner qu'ensemble.

---

407 TF, SJ 1998 725 c. 1a.

408 Dans le même sens: MAYER (1998) p. 152.

409 TF, SJ 1998 725.

410 Cf. notamment les art. 1 ss, 26, 27 et 28 de la loi fédérale sur le registre des bateaux du 28 septembre 1932 (RS 747.11) et les art. 4 à 7 de la loi fédérale sur le registre des aéronefs du 7 octobre 1959 (RS 748.217.1).

411 Elle ne peut être dissoute que par la distribution des actifs aux bénéficaires ou par la révocation ou le remplacement de trustees par le juge compétent pour connaître des litiges relatifs à l'administration du trust, cf. *supra* II.G.

En réalité, la situation des co-trustees est assimilable à celle de propriétaires en main commune au sens des art. 652 à 654 CC. La communauté qu'ils forment entre eux présente cette particularité qu'elle repose sur une loi étrangère, qui détermine ainsi leurs droits et leurs devoirs[412]. Cette conclusion n'est pas en contradiction avec le principe du *numerus clausus* des communautés fondant une propriété commune[413]: en autorisant la ratification de la Convention, le législateur suisse reconnaît la communauté particulière que la loi applicable au trust crée entre les co-trustees.

En cas de pluralité de trustees, l'art. 33 al. 3 de l'ordonnance sur le registre foncier[414] impose que l'inscription identifie la communauté existant entre les trustees d'un immeuble situé en Suisse. Cette dérogation au principe que le trustee n'est pas tenu de faire apparaître sa qualité est ici justifiée par la nécessité d'informer les tiers notamment sur la façon dont les propriétaires communs du bien peuvent l'aliéner. Il s'agit là d'une règle impérative du droit suisse, applicable en tant que *lex rei sitae*, à l'application de laquelle la Convention ne fait pas obstacle[415].

3. Trusts sur des biens immobiliers suisses: conclusion

Ce bref chapitre propose une solution à l'incertitude actuelle relative à la façon dont l'existence d'un trust peut être indiquée au registre foncier. Personne cependant ne semble mettre en doute le principe qu'un trust puisse avoir pour objet des immeubles suisses[416]. Or le transfert et la constitution de droits réels sur des immeubles situés en Suisse est impérativement soumis au droit suisse[417].

En se référant à l'article 4 de la Convention, le Prof. von Overbeck a suggéré qu'il conviendrait de confirmer par une norme légale la possibilité

---

412 Art. 653 al. 1 CC: "Les droits et les devoirs des communistes sont déterminés par les règles de la communauté légale ou conventionnelle qui les unit."

413 ATF 84 I 126 c. 2, JdT 1959 I 36.

414 Art. 33 al. 3 ORF: "En cas de propriété commune, il faut aujouter… la mention du rapport juridique d'où résulte la communauté (communauté de biens, cohéritiers, indivision, etc.)."

415 Cf. article 15 al. 1 lit. d & f de la Convention.

416 Cf. notamment la communication de l'Office du registre foncier (note 375) et les auteurs précités.

417 Art. 99 al. 1 LDIP.

de constituer un trust sur un bien situé en Suisse[418]. Il me semble cependant que cette précaution est inutile.

En effet, le droit suisse connaît déjà le fiduciaire, un propriétaire au plein sens du droit, contractuellement obligé envers le fiduciant. Bien qu'au bénéfice de simples créances contractuelles, ce fiduciant se voit déjà reconnaître certains effets externes de ses droits personnels contre le fiduciaire[419]. Par l'effet de la Convention, et notamment de son article 11 al. 3 lit. d, le bénéficiaire d'un trust obtient une position juridique plus favorable à l'égard des tiers que celle du fiduciant[420]. Ce traitement préférentiel d'une institution inconnue de notre droit interne mais reconnue par notre droit international privé est d'ailleurs l'une des raisons justifiant un renforcement de notre fiducie[421].

Notre ordre juridique analyse le transfert au fiduciaire comme l'acquisition d'une propriété pleine et entière (*Vollrechtstheorie*)[422]. Transposé dans nos propres catégories de droits réels, le trustee doit être, comme le fiduciaire, considéré comme le propriétaire des biens qui lui sont transférés. Cette conception, qui est celle clairement acquise dans notre ordre juridique, n'interdit pas de reconnaître aux bénéficiaires du trust comme d'ailleurs au fiduciant certains droits qui sont opposables aux tiers. C'est aussi pourquoi il ne paraît pas nécessaire de légiférer pour caractériser la situation du trustee par référence à celle d'un propriétaire. Énoncer une évidence peut faire douter de sa portée véritable.

C'est pourquoi l'on peut renoncer à confirmer par une norme légale expresse qu'un trust peut être constitué sur des biens localisés en Suisse ou, autrement dit, que le settlor peut transférer au trustee la propriété de biens situés en Suisse. Si un doute subsistait sur l'intention du législateur, les deux alinéas proposés dans le présent chapitre suffiront à confirmer qu'un

---

418 Von OVERBECK (1997) p. 379; KOPPENOL-LAFORCE (1997) § 2.6.3, résumé p. 266. C'est ce que les Pays-Bas ont fait pour assurer que la validité d'un trust à fin de sûretés échappe à l'interdiction complète des sûretés fiduciaires introduites par le nouveau Code civil de 1992 à l'art. 3:84 al. 3.

419 Essentiellement dans la faillite du fiduciaire, cf. art. 401 CO, 16 LFP et 16 ch. 2 et 37*b* LB.

420 Cf. *supra* VIII: Droit de suite des bénéficiaires et responsabilité de tiers.

421 Cf. *infra* XIV: Fiducie suisse: opportunité d'une codification.

422 Cf. THÉVENOZ (1995) pp. 274 ss, avec références à la jurisprudence.

trust peut porter sur des immeubles et *a fortiori* sur d'autres biens dont le transfert est régi par le droit suisse.

X. Fors

Les rapports entre un trustee (ou un bénéficiaire, ou encore un settlor) et les tiers ne soulèvent pas de problème particulier en matière de compétence juridictionnelle. Le trustee est un propriétaire. Il conclut des contrats. Il est susceptible de commettre des actes illicites. Le fait que ses activités se rapportent (ou non) à un trust n'est pas de nature à déplacer le for pour ses litiges avec des tiers[423]. Des règles sur la compétence internationale sont en revanche nécessaires pour le contentieux relevant de ce que l'on pourrait appeler les "rapports internes" du trust, contentieux qui peut opposer des trustees entre eux, ceux-ci aux bénéficiaires, voire s'étendre au settlor[424]. De tels litiges portent essentiellement sur la validité, l'interprétation, les effets, l'administration et la fin du trust ainsi que la modification de l'acte de trust[425].

Notre loi sur le droit international privé ignore les trusts en tant que tels. On a déjà vu que certains trusts peuvent être assimilés à des patrimoines organisés au sens de l'art. 150 al. 1 LDIP, ce qui entraîne l'application des règles de compétence relatives aux sociétés[426]. Les trusts créés par un

---

423 Cf. D. SCHLOSSER, "Rapport sur les Traités….", JOCE 1979 C 59, p. 106 N. 110. Le rapport SCHLOSSER examine et commente les dispositions des traités d'adhésion du Royaume-Uni et de l'Irlande à la Communauté européenne par lesquels fut amendée la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dite de Bruxelles du 27 septembre 1968; version actuelle consolidée: JOCE 1998 C 27, pp. 1-27). Ce traité introduisit en particulier des règles de compétence relatives au trust, dont l'utilité n'apparaissait pas avant l'adhésion du Royaume-Uni et de l'Irlande.

424 *Ibidem*, N. 111.

425 La validité ou les effets d'un trust peuvent aussi constituer une question préalable dans nombre de litiges qui opposent des trustees entre eux ou à des tiers ou des bénéficiaires à des tiers. Ces questions préalables doivent être tranchées au for compétent pour connaître du litige avec les tiers, cf. les cinq décisions zurichoises (*Einzelrichter*, *Obergericht* et *Kassationsgericht*) qui ont abouti à constater la nullité, sous l'empire du droit de Guernsey, du trust constitué par Werner K. Rey pour soustraire à ses créanciers les actions des sociétés holdings par lesquelles il contrôlait l'ensemble de son groupe, ZR 1999 pp. 225-259 n° 52.

426 Art. 151 à 153 LDIP.

testament ou par un autre acte de disposition à cause de mort relèvent sans doute du for de la succession[427]. Les autres trusts échappent cependant à ces qualifications et il est difficile d'appliquer au trust, rapport triangulaire fondé sur un acte juridique unilatéral du settlor, les règles de compétence relatives aux contrats ou aux droits réels.

La Suisse est cependant liée par la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue à Lugano le 16 septembre 1988. Les trusts y font l'objet des art. 5 ch. 6 (for alternatif au "domicile du trust") et 17 ch. 2 (for désigné dans l'acte constitutif du trust) [428]. La notion de "domicile du trust" n'est pas définie dans la convention; l'art. 53 al. 2 renvoie aux règles de conflit du for, qui en Suisse sont en l'état inexistantes[429]. Ces règles ne s'appliquent cependant que si le défendeur (trustee, settlor ou bénéficiaire) *et* le trust lui-même ont leur domicile sur le territoire d'un État contractant[430]. Elles n'affectent pas la compétence relative aux personnes domiciliées en-dehors du territoire des Communautés européennes, de la Norvège, de l'Islande et de la Suisse. En particulier, les résidents des juridictions *offshore*[431], à la loi desquelles de nombreux trusts sont soumis, ne sont pas affectés. À cet égard, le droit international privé suisse comporte une lacune importante.

La situation devrait être corrigée si le projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, élaboré sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé, venait à être adopté par une conférence diplomatique et ultérieurement entrer en vigueur. L'avant-projet adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999[432] comprend, au chapitre II, des règles de compétence

---

427 Art. 86 à 89 LDIP.

428 RS 0.275.11. Cf. en particulier KAUFMANN-KOHLER (1995) pp. 67-72; BERTI (1994) et STIEGER (1992).

429 KAUFMANN-KOHLER (1995) pp. 70-71.

430 KAUFMANN-KOHLER (1995) p. 67.

431 Y compris les îles de la Manche (Jersey, Guernsey et Man), qui ne font pas partie du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et ne sont pas visées par sa déclaration de ratification.

432 Publié sur le site web de la Conférence <hcch.net> et reproduit par BUCHER (2000) pp. 119 ss. Cf. aussi K.M. CLERMONT, "Jurisdictional salvation and The Hague treaty", 85 *Cornell Law Review* pp. 89 ss (1999).

applicables à tout litige international, même si les parties ne sont pas domiciliées sur le territoire des États contractants.

Les propositions formulées par la Commission spéciale en matière de trusts figurent, pour l'essentiel, à l'article 11 de l'avant-projet:

> "Article 11 *Trusts*
>
> "1. Dans les actions concernant la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust créé volontairement et dont la preuve est apportée par écrit, sont seuls compétents les tribunaux d'un État contractant choisis à cet effet dans l'acte constitutif du trust. Lorsque l'acte constitutif du trust désigne un tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant, les tribunaux des États contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si le tribunal ou les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents.
>
> "2. En l'absence d'une telle élection de for, une action peut être intentée devant les tribunaux de l'État:
>
> "a) dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust;
>
> "b) dont la loi est applicable au trust;
>
> "c) avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action."

Telle quelle est actuellement conçue, cette convention limiterait, mais n'interdirait pas totalement, l'adoption par les États contractants de chefs supplémentaires de compétence internationale[433]. Cependant, seuls les jugements prononcés par un tribunal déclaré compétent par la Convention bénéficieront des dispositions garantissant leur reconnaissance et leur exécution dans d'autres États contractants[434].

Du point de vue de notre droit international privé, la solution envisagée par l'avant-projet paraît fondamentalement judicieuse, même si on peut penser que le facteur de rattachement de la lettre c (compétence de l'État "avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action") est d'application incertaine[435]. En outre, la nouvelle convention déterminerait la compétence internationale en matière de trusts dans tous les cas où la Convention de Lugano n'est pas applicable. De plus, l'art. 11 al. 2 de l'avant-projet donnerait au juge suisse un concept utilisable pour déterminer le "domicile du trust" au sens de la Convention de Lugano.

---

433 Cette possiblité, prévue à l'art. 17 de l'avant-projet, est restreinte par une liste de "compétences interdites" énumérées à l'art. 18.

434 Chapitre III de l'avant-projet.

435 BUCHER (2000) p. 96.

L'aboutissement de ce projet n'est cependant pas certain. C'est pourquoi il conviendrait de compléter le droit suisse par une règle de compétence internationale, celles de la Convention de Lugano n'étant pas d'application universelle. Le droit interne suisse ne connaissant pas l'institution du trust, de tels procès s'inscrivent nécessairement dans un rapport international. La matière devrait donc être réglée dans la LDIP, et non dans la loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000. Indépendamment du succès de l'ensemble de la convention et de son acceptabilité pour notre pays, l'art. 11 de l'avant-projet actuel pourrait inspirer une nouvelle règle de compétence à inscrire dans notre droit international privé. Adopter une telle règle permettrait de localiser le "domicile du trust" au sens de la Convention de Lugano. En revanche, l'on pourrait renoncer à la lettre c) de l'alinéa 2, notre actuel art. 3 LDIP[436] assurant en cas de besoin un éventuel for de nécessité en Suisse.

Une telle règle pourrait avoir la teneur suivante:

> [1] Dans les actions concernant la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust créé volontairement et dont la preuve est apportée par écrit, est seul compétent le tribunal choisi à cet effet dans l'acte constitutif du trust.
>
> [2] En l'absence d'une telle élection de for, l'action peut être intentée devant le tribunal suisse au lieu principal d'administration du trust.

XI. Article 13

L'article 13 de la Convention dispose:

> "Aucun État n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des États qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause."

---

436 Art. 3 LDIP: "Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes."

Il a été introduit à la demande d'États ne connaissant pas le trust comme institution de droit interne et répond à la crainte que des trusts "étrangers" soient employés de manière frauduleuse dans des situations purement domestiques[437]. Les pays de *common law* et les autres États ayant introduit le trust dans leur législation interne n'avaient pas cette crainte et cet article leur est inutile. C'est d'ailleurs ce que montre le Royaume-Uni qui, tenu par ses règles constitutionnelles de reproduire dans une loi adoptée par le Parlement le texte des dispositions des traités internationaux qui obligent les sujets de droit, a délibérément omis de reproduire cet article 13[438]. Malte a fait de même[439].

La Convention ne se limite pas aux trusts "internationaux" ou "étrangers". Comme en matière de droit des sociétés, une telle exigence serait inappropriée pour les trusts, qui souvent naissent dans un contexte purement domestique pour ensuite acquérir des éléments d'extranéité (placements à l'étranger, changement de domicile des bénéficiaires, etc.)[440].

Comme nous l'avons vu jusqu'ici, la reconnaissance dans l'ordre juridique suisse des effets de trusts soumis à un droit étranger ne pose pas de difficultés insurmontables. La réserve des règles impératives du droit suisse ou d'un autre droit désigné par les règles de conflit suisses (article 15) suffit notamment à écarter, en droit des successions et en droit des biens, les effets d'un trust qui seraient incompatibles avec les principes importants auxquels l'emploi d'un trust ne doit pas permettre de se soustraire. Comme la LDIP[441], la Convention réserve en outre l'ordre public international du for (article 18) ainsi que les lois d'application immédiate du for ou d'un autre État qui présente un rattachement étroit avec l'objet du litige (article 16).

L'article 13 de la Convention n'est pas sans rappeler l'art. 15 LDIP[442]. Leurs buts diffèrent cependant. Le premier vise à priver d'effets un acte

---

437 Cf. von OVERBECK (1985a) pp. 397-400.

438 The Recognition of Trusts Act 1987, reproduit in *Trust Laws of the World* (2000) pp. 1955 ss.

439 Art. 3 du Recognition of Trusts Act, 1994, reproduit in *Trust Laws of the World* (2000) pp. 1315 ss.

440 Cf. GAILLARD & TRAUTMAN (1986) p. 11.

441 Art. 17 à 19 LDIP.

442 Art. 15 LDIP: "[1] Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a

juridique soumis à une loi étrangère alors que le second ne sert qu'à corriger les effets d'une règle de rattachement dont l'application paraît indésirable au cas d'espèce (*Anknüpfungsgerechtigkeit*). Le premier protège principalement le droit du for[443] contre un rattachement abusif à un droit étranger; c'est pourquoi il s'applique également (surtout) en cas d'élection de droit, alors que le second s'efface devant un tel choix[444].

L'ordre juridique suisse a-t-il besoin d'une telle protection, qui vient s'ajouter aux sauvegardes déjà mentionnées[445]? Il y a deux raisons au moins d'en douter.

D'abord, notre droit connaît d'autres institutions tendant à dissocier la titularité juridique du bénéfice économique de certains biens, au premier rang desquels la fiducie et ses formes particulières en matière de fonds de placement et d'opérations bancaires, mais aussi la fondation. Les instruments traditionnels de notre droit privé – et notamment l'interdiction de la fraude à la loi[446], qui se traduit en droit international privé par la réserve de l'ordre public et des lois d'application immédiate – suffisent manifestement à garantir le respect des principes fondamentaux de notre ordre juridique. Les décisions zurichoises dans l'affaire W.K. Rey montrent notamment que, avec les instruments actuels de notre droit international privé et sans recourir à un raisonnement analogue à l'article 13 de la Convention, les tribunaux suisses sont en mesure de sanctionner le recours à des trusts étrangers en fraude d'intérêts reconnus et protégés par notre droit[447].

Ensuite, notre droit international privé est très libéral. C'est particulièrement vrai en droit des sociétés, auquel la LDIP assimile d'ailleurs les

---

qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit. [2] Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit."

443 Von OVERBECK (1995a) N. 123 p. 397.

444 Art. 15 al. 2 LDIP précité.

445 Art. 15, 16 et 18 de la Convention.

446 En matière de fiducie, cf. notamment ATF 117 II 290 et ATF 81 II 534, JdT 1956 I 269 (pas de fraude au droit des sociétés anonymes); *Handelsgericht* ZH, ZR 1999 103 n° 29, comp. ATF 87 II 203, JdT 1962 I 92 (fraude à la réglementation de la profession d'avocat); TF, SJ 1993 373 n° 13 (fraude à la loi de procédure); TF, RDAF 1991 126 (fraude à la loi fiscale étrangère); ATF 72 II 235, JdT 1947 I 134 (application de l'art. 717 CC); ATF 58 II 162, rés. SJ 1932 627 (fraude à une convention internationale).

447 ZR 1999 225 n° 52, tout particulièrement pp. 229-236.

patrimoines organisés[448]. La théorie de l'incorporation, ancrée par le législateur à l'art. 154 LDIP, garantit selon la jurisprudence une liberté presque totale des fondateurs dans le choix d'un droit étranger, indépendamment du contenu matériel de la loi étrangère et de l'absence de tout autre rattachement à cette loi. La théorie du siège fictif, tirée de l'interdiction de la fraude à la loi, est actuellement rejetée catégoriquement par le Tribunal fédéral, qui réserve cependant l'ordre public sans avoir jusqu'ici eu l'occasion de l'appliquer[449].

L'article 13 de la Convention ressemble à la réserve du siège fictif d'une société. Tous deux sanctionnent le rattachement à une loi étrangère en l'absence d'éléments matériels suffisants pour justifier un tel rattachement. Ils sanctionnent une situation dont l'internationalité est créée par le choix du droit étranger, indépendamment des conséquences juridiques de ce choix. Le refus très net de la théorie du siège fictif, l'éventuelle application des lois d'application immédiate et la réserve de l'ordre public signifient que, en matière de sociétés et de patrimoines séparés, l'internationalisation d'une situation essentiellement ou exclusivement interne n'est pas en soi un motif de n'en pas reconnaître les effets. Il faut examiner au cas individuel si l'ordre public suisse s'en trouve atteint: une appréciation matérielle des conséquences du rattachement au droit étranger est nécessaire.

Néanmoins, l'existence de l'article 13 de la Convention est une source d'insécurité juridique. Or une telle insécurité est particulièrement nuisible dans les rapports juridiques à long terme, où la question peut n'être examinée que de nombreuses années après que le settlor, les premiers trustees et / ou les premiers bénéficiaires sont décédés. Une telle insécurité est indésirable[450]. Comme le Royaume-Uni et Malte, la Suisse pourrait l'éviter en adoptant une règle de droit international privé qui pourrait être ainsi formulée:

---

448 Cf. *supra* IV.C: Patrimoine organisé.

449 ATF 117 II 494 c. 6-7; Cour de justice GE, SJ 1999 167 c. 2; critiques: J.A. REYMOND et J.F. PERRIN in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle 1993, pp. 141 ss et 173 ss.

450 "… les travaux préparatoires [de la LDIP] ont attaché une importance primordiale à la sécurité et à la prévisibilité du droit dans le domaine des sociétés" (ATF 117 II 500 c. 6c, avec références), dont il convient de rappeler qu'il comprend également la plupart des trusts (cf. *supra* IV.C) aussi longtemps que la Suisse n'adhère pas à la Convention.

> Le juge ou l'autorité suisse ne refusera pas de reconnaître un trust au seul motif que tous les éléments significatifs du trust à l'exception d'une élection de droit sont rattachés plus étroitement à des États qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

XII. Réserves et autres déclarations permises par la Convention

A. Lois d'application immédiate (article 16)

À son article 16, la Convention prévoit l'application des lois dites "d'application immédiate" ou "lois de police" du for (alinéa 1) et, "à titre exceptionnel", permet de donner effet à celles "d'un autre État qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit" (alinéa 2)[451].

La prise en considération des lois de police étrangères n'est pas acquise dans tous les ordres juridiques. C'est pourquoi l'alinéa 3 permet aux États contractants de formuler une réserve à l'alinéa 2. En l'état actuel, seuls le Royaume-Uni et la Chine, son successeur pour la région administrative spéciale de Hong Kong, ont formulé une telle réserve.

L'application de l'article 16 al. 2 de la Convention ne pose pas de problème pour la Suisse. L'art. 19 LDIP permet déjà au juge suisse de prendre en considération les lois de police étrangères dans des conditions similaires, de sorte qu'il ne serait pas judicieux de faire la réserve prévue à l'article 16 al. 3 de la Convention.

B. Trusts créés par décision de justice (article 20)

La Convention a pour objet spécifique les "trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit" (article 3). Dans les pays de *common law*, le trust s'est révélé une institution extraordinairement féconde, de sorte qu'il a été étendu à des situations qui ne reposent pas sur un acte juridique du settlor tendant à la création d'un trust.

---

[451] Cf. von OVERBECK (1985a) pp. 403-407.

Ainsi, de nombreuses législations font un trustee de l'exécuteur testamentaire et du syndic de la faillite. On parle de trusts légaux. En outre, la jurisprudence a identifié des trusts qui, sans reposer sur la volonté expresse d'une partie, sont créés par une décision de justice. Ces *resulting trusts* et *constructive trusts*[452] sont imposés dans des situations où les obligations fiduciaires et les moyens de droit (*remedies*) développés dans le contexte du trust permettent de résoudre des situations qui, dans la tradition romano-germanique, ressortissent principalement à l'enrichissement illégitime et à la gestion d'affaires sans mandat[453].

En matière de trusts légaux et jurisprudentiels, les juridictions de *common law* parlent assez largement un langage commun, même si les développements jurisprudentiels sont parfois étonnants, voire déconcertants. Mais il était naturel de leur offrir la possibilité d'étendre le champ d'application de la Convention aux "trusts créés par une décision de justice". L'article 20 permet de formuler une déclaration dans ce sens.

En qualifiant *lege fori* les états de fait qui sont typiquement appréhendés par des trusts judiciaires, on doit constater que notre ordre juridique y voit des situations qui relèvent des art. 127 ss ("Enrichissement illégitime") et 129 ss ("Actes illicites") LDIP. Il paraît donc inopportun pour la Suisse d'étendre les effets de la Convention aux trusts créés par décision de justice[454]. Du reste, les États de la tradition de droit civil qui ont jusqu'à présent ratifié la Convention (Italie, les Pays-Bas et Malte) n'ont pas émis une telle déclaration.

Les trusts reposant directement sur la loi ne sont pas visés par l'article 20. Ce serait inutile[455]. En Suisse, leur prise en considération se fait dans le cadre des règles de conflits s'appliquant aux successions (pour l'exécuteur

---

452 La littérature est considérable. Pour une première approche, cf. surtout WATERS (1995) pp. 210-213; PEARCE & STEVENS (1998) pp. 224 ss.

453 Cf. D. SCHLOSSER (*supra* note 423), JOCE 1979 C 59, p. 107 N. 117. Les conventions de Lugano et de Bruxelles en matière de compétence s'appliquent aux trusts légaux, mais pas aux trusts créés par une décision de justice. Cf. art. 5 ch. 6 de la convention de Lugano (RS 0.275.11): "trust constitué… en application de la loi".

454 KOPPENOL-LAFORCE (1997) § 2.4.2.5 relève d'ailleurs que reconnaître les trusts créés par décision de justice supprime les limites que l'article 11 al. 3 lit. d pose au droit de suite des bénéficiaires et à la responsabilité des tiers, en particulier des dépositaires du fonds du trust.

455 *Contra* REYMOND (1991) p. 19.

testamentaire) et aux faillites internationales (pour le *trustee in bankruptcy*)[456].

C. Réciprocité (article 21)

La Convention est conçue pour déployer des effets *erga omnes.* Des discussions aboutirent cependant à autoriser les États contractants à formuler une réserve afin de limiter le bénéfice de la Convention aux seuls trusts soumis à la loi d'un autre État contractant (article 21). Cette option s'est avérée inutile. Aucun des États ayant jusqu'ici ratifié la Convention n'en a fait usage. Une telle réserve serait inopportune pour la Suisse qui, si elle décide d'être liée par la Convention, le fait afin de disposer de règles de rattachement plus appropriées aux trusts que celles que l'on trouve dans notre actuelle législation. Il n'y a pas là une faveur faite à un État tiers, mais le comblement d'une véritable lacune de notre propre droit. Limiter le régime conventionnel à certains trusts serait source de confusion accrue pour les autres.

D. Application dans le temps (article 22)

Les mêmes raisons valent *mutatis mutandis* pour l'application de la Convention dans le temps. Dans la mesure où les règles conventionnelles consacrent une amélioration par rapport à la situation existante sans restreindre la liberté des parties, il n'y aurait pas de justification à refuser de l'appliquer à des situations nées avant que la Suisse ne soit liée par la Convention.

XIII. Réserve de la souveraineté fiscale

Conformément à son article 19, la "Convention ne porte pas atteinte à la compétence des États en matière fiscale." Le régime fiscal des trusts en Suisse est l'objet d'une pratique administrative en plein développement. La question se pose, de plus en plus fréquemment, lorsqu'un citoyen étran-

[456] Chapitres 6 et 11 de la LDIP.

ger – et parfois un Suisse de l'étranger – (re)prend résidence en Suisse alors qu'il a précédemment constitué un trust. Les cantons semblent avoir des pratiques fiscales différenciées, conséquence naturelle mais pas toujours heureuse de la compétence importante qu'ils retiennent notamment en matière d'impôt sur le revenu (en concours avec la Confédération), sur la fortune et sur les donations et successions.

L'adhésion de la Suisse à la Convention ne retire aucune compétence fiscale aux cantons ni à la Confédération. Elle n'oblige en soi à aucune modification des régimes existants. Elle aura probablement pour effet d'augmenter la fréquence des questions soumises aux autorités fiscales. Il n'est pas invraisemblable que cette situation nouvelle amène celles-ci à coordonner davantage leurs pratiques. En revanche, il n'est ni envisageable ni souhaitable de chercher à prendre des mesures législatives pour harmoniser d'emblée ces pratiques à l'occasion de la ratification de la Convention.

XIV. Fiducie suisse: opportunité d'une codification

Absente des codes suisses, la fiducie (*Treuhand, fiduzia*) est une institution née de la pratique des affaires qui a été progressivement reconnue et consacrée par les tribunaux suisses et fait l'objet d'une abondante doctrine[457]. Le législateur suisse l'a adoptée et souvent consolidée dans trois secteurs particuliers. Depuis la loi de 1996, les fonds de placement suisses reposent sur une structure fiduciaire: la direction du fonds est propriétaire à titre fiduciaire des actifs du fonds pour le compte, c'est-à-dire au profit et aux risques des investisseurs[458]. En 1992, la loi sur le droit d'auteur a confirmé le monopole des sociétés de gestion collective de droits d'auteur, qui exercent leur activité en acquérant à titre fiduciaire les droits économiques des auteurs qu'elles exercent au profit de ces derniers[459]. Enfin, les banques suisses

---

457 Les deux rapports présentés au congrès 1995 de la Société suisse des juristes par WATTER (1995) et THÉVENOZ (1995) présentent, avec la thèse de DUNAND (2000), une synthèse à jour des développements de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine en matière de fiducie.

458 Loi fédérale sur les fonds de placement du 1er juillet 1966 (RO 1967 125, 1971 808, 1974 1857), remplacée par celle du 18 mars 1994 (RS 951.31).

459 Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (RS 231.1), remplaçant notamment la loi fédérale du 25 septembre 1940 concernant la perception de droits d'auteur (RS 2 824).

pratiquent avec succès divers types d'opérations fiduciaires (dépôts monétaires sur l'euromarché pour le compte de clients, obtention de sûretés fiduciaires de clients, etc.), pour lesquelles le législateur a prévu un privilège de faillite[460].

La fiducie en tant qu'institution de droit commun ainsi que ses formes spéciale remplissent dans une mesure limitée des fonctions analogues à celles du trust[461]. Comme le trust, elle repose sur la volonté du fiduciant, exprimée cependant dans un contrat, et non dans un acte juridique unilatéral. Comme lui, elle dissocie la propriété des actifs fiduciaires (qui est acquise au fiduciaire) de son bénéfice économique, qui revient exclusivement au fiduciant ou à d'autres bénéficiaires[462]. Contrairement au trust, elle ne repose pas sur la distinction entre *legal title* et *equitable ownership*. Le fiduciaire est un propriétaire au plein sens du terme, investi d'une compétence complète à l'égard des tiers, tenu par de simples obligations envers le fiduciant (ou l'éventuel bénéficiaire). Tant que dure la relation fiduciaire, le fiduciant (ou le bénéficiaire) n'a sur les biens fiduciaires aucun droit réel opposable aux tiers. Contrairement au trustee, le fiduciaire reste soumis aux instructions du fiduciant pendant la durée de la fiducie, que l'un ou l'autre peut d'ailleurs résilier en tout temps[463].

Après avoir pendant longtemps porté le soupçon de la simulation ou de la fraude à la loi[464], la fiducie est désormais solidement reconnue en Suisse et largement pratiquée pour certaines opérations relativement bien définies[465]. Elle paraît cependant peu susceptible de connaître encore des déve-

---

460 Art. 16 ch. 2 et 37*b* LB, introduits par la loi du 16 décembre 1994 révisant la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (RO 1995 II 1227).

461 Sur les similitudes et les différences, cf. notamment REYMOND (2000) pp. 686-687, FLATTET (1990), WATTER (1995) pp. 199-203.

462 Dans la fiducie-sûreté, le fiduciaire est le propriétaire du bien en même temps que le bénéficiaire de la garantie, de sorte que le bénéfice économique est partagé entre le fiduciaire (dans l'hypothèse où la dette garantie reste impayée) et le fiduciant (qui obtient le bien en retour lorsque son créancier est désintéressé). Dans la pratique actuelle des opérations fiduciaires, il est rare qu'une opération de fiducie-gestion ait d'autres bénéficiaires que le fiduciant lui-même. Là où le trust est fondamentalement une relation à trois parties (settlor, trustee et bénéficiaires), la fiducie suisse est encore presque toujours une relation à deux (fiduciant et fiduciaire).

463 Là encore, la fiducie-sûreté se distingue de la fiducie-gestion: le fiduciaire n'est tenu de restituer l'objet de la sûreté qu'une fois que la dette garantie a été réglée.

464 REYMOND (1989); THÉVENOZ (1995) pp. 271-274.

465 THÉVENOZ (1995) pp. 284-310; WATTER (1995) pp. 35-50; *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse* (1994).

loppements importants. En matière de fiducie-gestion, notamment, de nombreuses opérations pour lesquelles le trust peut être utilisé (titrisation d'actifs: *asset-backed securities;* opérations de défaisance: *defeasance*) ne paraissent pas pouvoir être réalisées dans le cadre de la fiducie[466], laquelle est fortement limitée par l'application des règles sur le mandat (résiliation possible en tout temps, instructions du mandant, absence d'un cadre suffisant pour des bénéficiaires autres que le fiduciant) et l'absence d'une reconnaissance adéquate d'un patrimoine fiduciaire distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Là où le trust se révèle un instrument incontournable pour la constitution et la gestion de sûretés collectives (au profit de plusieurs créanciers), la fiducie-sûreté paraît complètement ignorée.

Comme en France – où l'échec du projet de loi sur la fiducie[467] a retardé *sine die* la ratification de la Convention – et au Luxembourg – où la ratification de la Convention entreprise par le gouvernement fournit l'occasion de réviser le règlement grand-ducal de 1983 sur les opérations fiduciaires des banques[468] –, la signature et la ratification de la Convention relative au trust est, pour la Suisse, l'occasion de s'interroger sur l'opportunité de codifier la fiducie de sorte à combler les lacunes de nos textes, améliorer la sécurité juridique et renforcer la protection des parties, tout en veillant à ne pas compromettre l'intérêt public ni celui des tiers de bonne foi.

A. Pourquoi légiférer?

Telle qu'elle est aujourd'hui reconnue par l'ordre juridique suisse, la fiducie présente de nombreuses faiblesses, qui ont été examinées de manière approfondie et critique par la doctrine[469]. Ces faiblesses semblent aujourd'hui tracer une frontière au-delà de laquelle la fiducie ne peut vraisemblable-

---

466 Cf. not. THÉVENOZ (1995) *loc. cit.*

467 Projet de loi instituant la fiducie (n° 2853) du 19 février 1992. N'ayant pas été adopté par l'Assemblée nationale au cours de la session 1992, ce projet est devenu caduc. Depuis lors, le ministère de la justice et celui du budget ont travaillé à de nouveaux textes qui n'ont à ma connaissance jamais été transmis au gouvernement.

468 Règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit, reproduit in *Trust Laws of the World* (2000) pp. 1207-1208.

469 Cf. en particulier GIOVANOLI (1994); REYMOND (2000); THÉVENOZ (1995) et (2000); WATTER (1995).

ment pas se développer, sauf à lever certains obstacles par la voie législative. Ces limites sont aujourd'hui suffisamment bien identifiées et décrites pour n'avoir besoin ici que d'être résumées à très grands traits.

a) La *fiducie ordinaire* (celle qui résulte du Code des obligations, du Code civil et de la jurisprudence sans bénéficier des adjonctions apportées par la législation sur les banques et les fonds de placement) offre une protection insuffisante au fiduciant. La jurisprudence n'a pas consacré l'existence d'un véritable patrimoine fiduciaire distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Parce qu'ils deviennent propriété du fiduciaire, les biens fiduciaires se trouvent mêlés à son patrimoine général et sont soumis pour l'essentiel au même régime d'exécution forcée. Le fiduciant est un créancier général, non garanti; en cas d'insolvabilité, il n'a accès aux biens fiduciaires qu'en concours avec les autres créanciers du fiduciaire. L'art. 401 CO, conçu à l'origine pour les cas de "simple" représentation indirecte (*e.g.* commission de vente ou d'achat), est certes appliqué par les tribunaux en faveur du fiduciant[470]. Le texte légal en limite l'application de sorte que ses effets ne répondent pas à la logique: elle ne concerne que les choses mobilières et les créances, mais non les immeubles; elle ne s'applique qu'aux biens qui ont été acquis par le fiduciaire de tiers, mais pas à ceux que le fiduciant lui a remis à l'origine; son application aux comptes bancaires et postaux (la façon la plus ordinaire de détenir des liquidités) dépend de conditions qui ne sont en réalité presque jamais satisfaites[471].

Cette première faiblesse trouve son origine dans l'impossibilité de fonder l'existence d'un véritable patrimoine fiduciaire sur les textes existants[472]. Elle se traduit par une autre lacune importante: si le fiduciaire est le propriétaire exclusif des biens fiduciaires, limité par les termes d'un contrat avec le fiduciant qui n'est pas opposable aux tiers, alors ses actes de disposition sont pleinement valables, même lorsqu'ils résultent d'une violation de ses obligations reconnaissable par les acquéreurs[473].

---

470 ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, *Feras Anstalt c. Banque Vallugano*; ATF 124 III 350, JdT 1999 I 362; Cour de cassation GE, SJ 1999 I 461 c. 6-8.

471 ATF 102 III 103, *Zurich*; ATF 102 II 297 c. 3, JdT 1978 II 72, *Cevitch*; Tribunal fédéral, SJ 1990 637. Cf. U. BERTSCHINGER, "Für eine Neuorientierung bei der Aussonderung im Konkurs des Beauftragten", PJA 1993 1440 ss.

472 THÉVENOZ (2000).

473 THÉVENOZ (1995) pp. 334-338.

La deuxième faiblesse du régime commun de la fiducie tient à l'application des règles sur le mandat au contrat de fiducie, ou au moins au contrat de fiducie-gestion. Alors qu'il concerne en réalité toutes les prestations de service fournies à titre indépendant sans promesse d'un résultat, le mandat des art. 394 ss du Code des obligations comprend encore des règles qui trouvent leur origine dans le *mandatum* classique, c'est-à-dire le mandat de celui qui accomplit des actes juridiques en représentation directe de son mandant[474]. Conformément à l'art. 404 CO, dont le Tribunal fédéral réaffirme sans cesse qu'il est de droit impératif[475], chaque partie peut effectivement le résilier à tout moment, quitte à devoir une indemnité pour le dommage qu'elle cause à l'autre en temps inopportun. L'art. 397 CO permet au mandant de donner en tout temps des instructions concernant l'exécution du mandat, instructions qui obligent le mandataire. En l'état actuel de la discussion, il paraît douteux que le mandant puisse renoncer à ce droit[476]. Appliquées à la fiducie-gestion, la révocabilité en tout temps et le pouvoir d'instructions du fiduciant interdisent toute relation fiduciaire dont le but serait de garantir une gestion pendant toute la durée convenue et, dans le cadre initialement décidé, totalement indépendante des changements de volonté subséquents du fiduciant. La fiducie ne se prête donc pas aux nombreux cas où l'indépendance et l'impartialité du fiduciaire sont la raison ou la condition de l'opération (détention fiduciaire de sûretés en faveur de tiers, *blind trust* pendant la durée d'un mandat électif[477], etc.).

Dans les fiducies "spéciales", la législation remédie à certaines de ces lacunes, mais pas à toutes.

b) À dire vrai, aucune dérogation au régime commun n'est prévue pour la gestion collective des droits d'auteurs. À supposer (ce qui paraît heureusement peu vraisemblable) qu'une société de gestion collective tombe en faillite, les droits que les auteurs lui avaient transféré pour en permettre la gestion collective ne bénéficient pas de la distraction prévue à l'art. 401

---

474 F. WERRO, *Le mandat et ses effets: Une étude sur le contrat d'activité indépendante en droit suisse; analyse critique et comparative*, Fribourg (Ed. Universitaires) 1993, NN. 29-32.

475 Récemment: Tribunal fédéral, SJ 1998 617; *idem*, RJB 1997 333; ATF 115 II 464, JdT 1990 I 312.

476 THÉVENOZ (1995) pp. 342-345 et références.

477 Cf. ROUNDS (2000) § 9.19.

CO: ils tomberaient dans la masse, où les auteurs seraient admis à produire au même rang que tous les autres créanciers non privilégiés[478].

c) La législation bancaire apporte une amélioration considérable sur ce plan puisque, en cas de liquidation forcée d'une banque, elle prescrit la distraction automatique (*Absonderung*) des choses mobilières, titres et créances "que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants."[479] Elle confère donc un privilège de faillite aux fiduciants, dont le texte légal peut faire hésiter s'il s'étend aux sûretés fiduciaires[480]. En revanche, les autres lacunes n'ont pas été prises en considération et les banques restent exclues, notamment, des opérations où l'intervention d'un fiduciaire doit garantir la détention et l'administration d'un patrimoine de façon impartiale et indépendante des changements de volonté du fiduciant. Même lorsque cette motivation n'est pas prépondérante, la fiducie n'est pas utilisée en Suisse – comme elle semble aujourd'hui l'être au Luxembourg – pour réaliser des opérations financières qui sont nées dans le monde des trusts et requièrent l'indépendance et l'impartialité du fiduciaire. La fiducie ne semble pas être l'outil de choix pour la titrisation d'actifs financiers (*asset-backed securitisation*) ou les opérations bilantielles telles que la défaisance (*defeasance*). Mais on peut aussi relever la relative faiblesse de l'offre bancaire en matière d'*escrow agency* et d'*escrow accounts*, un autre indice des faiblesses qui caractérisent toute opération fiduciaire dans le régime actuel.

d) La loi sur les fonds de placement comprend une réglementation élaborée et satisfaisante de l'opération fiduciaire par laquelle des investisseurs font des apports de fonds à une direction qui acquiert, gère et réalise pour leur compte des placements financiers ou immobiliers[481]. La ségrégation des patrimoines de chaque fonds par rapport au patrimoine social de la direction du fonds est assurée par le recours à une banque dépositaire[482], par des règles comptables strictes[483], et elle est garantie en cas de faillite

---

478 Cf. ATF 117 II 429, JdT 1994 II 2 en matière de brevet.

479 Art. 16 ch. 2, en lien avec l'art. 37*b* LB.

480 La loi, qui parle de "clients déposants", peut être interprétée restrictivement, cf. B. FOËX, "Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires", in *Les gages immobiliers*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1999, pp. 128-129, avec références.

481 Contrat de placement collectif, cf. art. 6 al. 1 LFP.

482 Art. 6 al. 2 et 17 ss LFP.

483 Art. 47 al. 1 LFP; art. 3 al. 4 et 62 al. 2 OFP.

par une distraction automatique de l'actif net au profit des investisseurs[484]. En outre, le règlement de chaque fonds fixe seul la politique de placement, que la direction peut ensuite réaliser à l'abri des instructions individuelles ou collectives des investisseurs[485]. Ceux-ci obtiennent en contrepartie un droit de sortie presque en tout temps[486].

La solution satisfaisante réalisée en matière de fonds de placement et les réponses très partielles apportées par la législation bancaire ne sauraient cependant masquer la relative indigence du régime commun de la fiducie. Les garanties que celle-ci offre aux parties et les possibilités de développer de nouvelles applications en réponse à des nouveaux besoins sont limitées. On peut probablement dire de notre fiducie qu'elle réalise (assez) bien ce à quoi elle est aujourd'hui employée, mais qu'elle ne se prête pas à des opérations qui requièrent plus de durabilité ou d'indépendance que ne le permettent les règles du mandat ou une structuration plus complexe des droits des bénéficiaires.

Les faiblesses inhérentes au régime commun compromettent également la sécurité de relations fiduciaires qui, tout en étant moins considérables que celles que l'on vient de décrire, revêtent néanmoins une grande importance pour tous les citoyens. En particulier, dans l'exercice de leur activité traditionnelle[487], les notaires et les avocats reçoivent et détiennent pendant un temps variable des fonds pour le compte de leurs clients: liquidation de successions ou de régimes matrimoniaux, recouvrement de créances, règlement monétaire de transactions judiciaires ou extrajudiciaires, etc. Même si les codes déontologiques prescrivent des précautions pour ségréguer les fonds de tiers[488], leur distraction en cas de saisie civile ou pénale ou en cas de faillite n'est pas complètement assurée[489].

---

484 Art. 16 al. 1 LFP.

485 Art. 7 LFP.

486 Art. 24 LFP.

487 Sans donc ici parler des formes de gestion de fortune que pratiquent certains avocats et notaires, qui n'entrent pas dans leur activité caractéristique pour laquelle ils sont tenus par le secret professionnel de l'art. 321 CP.

488 Pour les avocats, cf. en particulier les directives de la Fédération suisse des avocats concernant les fonds appartenant aux tiers du 8 juin 1990 et la section 3.8 (Fonds des clients) du Code de déontologie des avocats de la Communauté européenne du 28 octobre 1988.

489 Tribunal fédéral, SJ 1990 637; cf. *supra* note 471.

Enfin, la pratique des affaires et la jurisprudence des tribunaux suisses montrent que la fiducie se rencontre dans de nombreuses relations patrimoniales non standardisées et qu'elle n'est pas rare non plus en dehors de tout contexte professionnel, entre amis ou entre parents. Ces formes de fiducie, moins visibles, n'en méritent pas moins la protection de la loi et une meilleure sécurité juridique.

De nombreux auteurs ont relevé qu'il serait peu judicieux d'améliorer de façon décisive la sécurité juridique des relations juridiques relatives à des trusts soumis à un droit étranger sans en même temps améliorer le régime juridique de notre propre fiducie[490]. Il paraît délicat de refuser aux opérations purement domestiques les garanties que l'on se propose d'offrir à des relations internationales comparables. Le risque est d'ailleurs grand que les opérations pour lesquelles notre actuelle fiducie ne paraît pas assez robuste soient légitimement accomplies au moyen d'un trust soumis à une législation plus adéquate, plus moderne que la nôtre. On ne peut nier un rapport de concurrence partielle entre les trusts et notre fiducie, même si ces lointains cousins reposent sur des fondements théoriques très différents.

Améliorer le cadre normatif de notre fiducie pourrait enfin la faire bénéficier d'une reconnaissance accrue à l'étranger par le biais de la Convention relative à la loi applicable au trust et à leur reconnaissance. En effet, les rédacteurs de la Convention ont délibérément caractérisé le trust d'une manière suffisamment souple pour en étendre le champ d'application à des institutions juridiques équivalentes en dehors de la *common law*[491]. L'article 2 dispose en effet:

> "Aux fins de la présente Convention, le terme 'trust' vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.
>
> "Le trust présente les caractéristiques suivantes:
>
> "*a)* les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee;

---

490 Cf. notamment DUNAND (2000) pp. 489-492. GIOVANOLI (1994) p. 216; GUILLAUME (2000) pp. 30-35; von OVERBECK (1997) pp. 378-378; REYMOND (2000) p. 688; THÉVENOZ (1995) pp. 350 s.; THÉVENOZ & DUNAND (1998) pp. 503 s.; WATTER (1995) p. 252; etc.

491 Von OVERBECK (1985a) N. 26 p. 375; DYER (1999) pp. 1002-1003 & 1013-1015; HAYTON (1996) p. 127; KOPPENOL-LAFORCE (1997) § 2.4.5; KÖTZ (1999) pp. 39-40; LUPOI (1995) *passim* et (1997) pp. 227 ss; UNDERHILL & HAYTON (1995) p. 943.

> "*b)* le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;
>
> "*c)* le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.
>
> "Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust."

Certains auteurs estiment que les fonds de placement et les opérations fiduciaires satisfont déjà à cette définition[492]. Quoi qu'il en soit, la réalisation des postulats proposés par la doctrine pour remédier aux faiblesses de notre fiducie aurait en même temps pour effet de la doter des attributs – y compris la reconnaissance de patrimoines fiduciaires distincts du patrimoine du fiduciaire – qui lui rendraient applicables la Convention, avec les effets correspondants en matière de succession, de régimes matrimoniaux et d'exécution forcée (cf. article 11 al. 3 lit. a, b & c de la Convention). Le même souci semble actuellement guider le législateur luxembourgeois dans son désir de ratifier la Convention.

B. Insertion systématique et champ d'application

Une législation sur la fiducie doit-elle figurer dans un code ou dans une loi spéciale? Cette question est liée à une autre: quel doit être le champ d'application de cette législation? Comme tout autre contrat du Code des obligations, cette fiducie renforcée est-elle accessible à tous les cocontractants qui ont l'exercice des droits civils? Ou doit-elle être limitée à certaines catégories de fiduciaires, comme par exemple certains intermédiaires financiers?

Cette deuxième option a été fréquemment choisie dans les pays de droit civil où la fiducie a été créée par une loi: c'est notamment le cas du Luxembourg, où la législation de 1983 permet aux seules banques d'intervenir comme fiduciaires[493], et du Liban, où la loi de 1996 limite les opéra-

---

492 GUILLAUME (2000) pp. 34-35; THÉVENOZ & DUNAND (1998) p. 509.

493 Règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 cité *supra* note 468. Sans prohiber une fiducie qui échappe à son champ d'application *ratione personae*, la législation en voie de préparation qui est destinée à remplacer et à consolider le règlement grand-ducal ne prévoit pas une extension de ce champ d'application.

tions fiduciaires aux banques, institutions financières et autres institutions homologuées par la Banque du Liban[494]. En Suisse, la même idée a été proposée par le professeur Giovanoli[495].

Cependant, restreindre le champ d'application d'une codification de la fiducie aux seuls intermédiaires financiers (ou à certains d'entre eux) poserait plus de problèmes qu'il n'en résoudrait.

D'une part, en raison de son histoire, la fiducie suisse est une réalité qui dépasse de beaucoup les opérations financières, même si celles-ci représentent une part prépondérante en fréquence et en valeur. La détention fiduciaire d'avoirs de clients est inhérente à certaines activités (avocats, notaires, agents d'affaires, gérances immobilières, etc.) sans faire nécessairement de ceux-ci des intermédiaires financiers. Des particuliers, des commerçants ou des entrepreneurs entretiennent entre eux des rapports fiduciaires occasionnels. À supposer qu'une loi sur la fiducie limite son champ d'application, les relations fiduciaires qui lui échappent créeraient de nouvelles incertitudes jurisprudentielles. Quel serait le régime juridique des rapports fiduciaires hors du champ d'application de cette loi? Seraient-ils encore licites? Dans le cas contraire, seraient-ils purement et simplement nuls ou susceptibles d'être convertis en une autre qualification juridique ressortissant au droit commun?

Limiter le champ d'application d'une codification de la fiducie actuelle créerait en fait, dans les rapports purement domestiques, des problèmes tout à fait semblables à ceux que le Tribunal fédéral a mis en évidence et tenté de résoudre dans son arrêt *Harrison*[496]. Ce n'est pas une option praticable dans un système juridique où la fiducie existe déjà comme une institution jurisprudentielle dans le cadre des codes existants et où tout un chacun peut détenir des biens ou des droits à titre de fiduciaire. L'approche adoptée par le Luxembourg ou le Liban est possible dans un ordre juridique où la loi crée la fiducie; elle ne l'est pas dans un pays où la fiducie existe d'ores et déjà. Si l'une des motivations d'une codification suisse de la fiducie est de remédier au morcellement de la fiducie (régime commun, fonds de

494 Loi n° 520 relative au développement du marché financier et des contrats fiduciaires du 6 juin 1996.

495 GIOVANOLI (1994) pp. 214, 215 & 224.

496 ATF 96 II 79, JdT 1971 I 329, cf. *supra* note 2.

placement, fiducie bancaire), cette codification doit être d'application générale, sous peine de créer un quatrième type de fiducie.

À l'évidence, suivant la nature et l'objet de l'opération, certains prestataires qui offrent leurs services à titre professionnel, et notamment certains intermédiaires financiers, présentent des garanties accrues: solvabilité, audits, surveillance administrative, etc. Dans chaque catégorie d'ailleurs, la qualité et le sérieux de tous les prestataires de services ne sont pas identiques et le client doit choisir. Dans la situation actuelle, où la qualité de fiduciaire n'est pas limitée à certaines professions, c'est une réalité du marché qui ne semble pas poser de problème particulier. Il n'y a pas là de dysfonctionnement ou d'abus que le législateur devrait corriger autrement que par l'application des régimes administratifs gouvernant déjà certaines professions (banques, négociants, intermédiaires financiers soumis à la réglementation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent[497], avocats, notaires, etc.)

On relèvera d'ailleurs que le fait de proposer à titre professionnel certains services fiduciaires peut d'ores et déjà provoquer l'assujettissement à un régime d'autorisation et de surveillance. Celui qui "fait le commerce" de services fiduciaires en matière de valeurs mobilières est un négociant au sens de la législation sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières: il doit obtenir une autorisation, pour laquelle il doit satisfaire à des exigences très onéreuses d'organisation, de fonds propres et de compétences[498]. Même lorsqu'elle porte sur d'autres "valeurs patrimoniales", la prestation de services fiduciaires "à titre professionnel" entraîne l'assujettissement à la législation sur le blanchiment d'argent[499].

En fait, grâce à la qualité des régimes de surveillance qui s'imposent au plus grand nombre de ceux qui pratiquent, aujourd'hui déjà, la fiducie à titre professionnel, il est inutile, et il serait onéreux et contre-productif, de créer une nouvelle catégorie de prestataires de services fiduciaires. Il n'y a pas de raison de priver la fiducie occasionnelle du bénéfice des améliora-

---

497 Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (RS 955.0).

498 Circulaire 98/2 de la Commission fédérale des banques du 1er juillet 1998 (cf. www.ebk.admin.ch), aux ch. 50 & 51; cf. J.B. ZUFFEREY, A. BIZZOZERO & L. PIAGET, *Qui est négociant en valeurs mobilières?*, Lausanne (AMC) 1997, pp. 44-45.

499 Cf. *supra* note 497.

tions qu'il convient d'apporter au régime jurisprudentielle qui lui est aujourd'hui applicable. La prévention des abus par la réglementation des intermédiaires financiers, des autres professionnels dont l'activité exige la détention d'avoirs de clients et notre législation sur le blanchiment d'argent est d'ores et déjà en place et offre les garanties qu'une codification sur la fiducie, qui ressortit au droit privé, ne peut pas réaliser.

C. Lignes directrices du projet

Le projet de modification du Code des obligations qui suit est fondé sur cinq principes directeurs :

– Les règles nouvelles reposent sur la fiducie telle qu'elle existe actuellement en Suisse en tant qu'institution créée par la pratique des affaires, reconnue par la jurisprudence, analysée par la doctrine et adoptée par le législateur dans la législation sur les fonds de placement et sur les banques. Elles s'inscrivent dans le prolongement de la *Vollrechtstheorie* consacrée par la jurisprudence et par la doctrine: le fiduciaire est un propriétaire au sens du Code civil, qui assume contractuellement des obligations envers autrui, obligations dont les effets sont cependant renforcés.
– Le projet renforce cette fiducie en consacrant, notamment, l'existence de véritables patrimoines fiduciaires distincts du patrimoine personnel du fiduciaire. Cette affirmation ne se limite pas à une distraction des avoirs fiduciaires en cas d'exécution forcée contre le fiduciaire. Elle implique un principe de subrogation patrimoniale et de récompenses entre patrimoines. Elle entraîne un régime spécifique de responsabilité aux dettes, avec des effets notamment en matière de compensation et de rétention des biens fiduciaires. Lors d'actes de disposition du fiduciaire contraires à ses obligations, les biens fiduciaires peuvent faire l'objet d'un véritable droit de suite, les tiers de bonne foi étant cependant mis au bénéfice d'une protection adéquate.
– En général, les règles supplétives du nouveau régime correspondent au régime actuel, *de lege lata*. Ainsi, à défaut de clause contraire dans l'acte de fiducie, le fiduciant est seul bénéficiaire de la fiducie, de sorte notamment que les actifs fiduciaires lui reviennent au terme convenu ou lorsqu'il résilie le rapport fiduciaire.

– Les règles proposées permettent de développer la pratique fiduciaire dans des directions qu'elle ne connaît pas encore. Notamment, elles permettent de désigner des bénéficiaires distincts du fiduciant, dont la position juridique est garantie par des règles expresses. Elles permettent (mais n'obligent pas) le fiduciant à renforcer l'indépendance du fiduciaire en renonçant au pouvoir de donner des instructions ou de résilier avant le terme stipulé. La durée de la fiducie est cependant limitée par un maximum légal. La fiducie peut commencer ou se poursuivre après le décès du fiduciant. C'est pourquoi l'acte de fiducie peut prévoir la désignation d'un tiers qui assure une forme de surveillance privée du fiduciaire (sur le modèle du *protector* d'un trust) tandis que les compétences du juge sont précisées.
– La nouvelle fiducie répond à la définition que l'article 2 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1er juillet 1985 donne du trust. Cette définition a été délibérément conçue pour ne pas restreindre le bénéfice de la Convention aux trusts des pays de *common law* qui l'ont reçue du droit anglais, mais pour s'appliquer également à des institutions qui ne sont pas fondées sur le démembrement (inconnu dans les pays de droit civil) entre propriété juridique et propriété économique.

Le projet s'inspire des travaux comparatifs les plus récents, et notamment des *Principes de Droit Européen du Trust* (1999), tout en veillant à garder à la fiducie helvétique la structure dogmatique que l'histoire, la jurisprudence et la doctrine lui ont donnée, et à respecter les principes fondamentaux de notre ordre juridique.

XV. Projet de codification de la fiducie

Article 1 Définition

[1] La fiducie résulte d'un contrat ou d'une disposition pour cause de mort (l'acte de fiducie) par lequel le fiduciant fait acquérir au fiduciaire la titularité de certains biens dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires déterminés ou déterminables.

[2] Lorsque l'acte de fiducie ne désigne aucun bénéficiaire, le fiduciant est réputé seul bénéficiaire.

[3] Le fiduciaire ne peut être seul bénéficiaire.

[4] La fiducie peut être attaquée, comme une donation, par les héritiers, le conjoint ou les créanciers du fiduciant.

Alinéa 1: La fiducie est un rapport de droit durable entre un (ou plusieurs) fiduciants, un (ou plusieurs) fiduciaire(s) et, éventuellement, un (ou plusieurs) bénéficiaire(s). Conformément à la pratique actuelle en Suisse, la fiducie peut être créée par un contrat entre le fiduciant et le fiduciaire. Le contrat est la cause du transfert au fiduciaire des biens constituant le patrimoine fiduciaire. Dans les limites générales posées par notre droit des successions (conditions de forme, respect des réserves légales, etc.), la fiducie peut également faire l'objet d'une disposition pour cause de mort, comme le législateur l'a permis pour la fondation (art. 81 al. 2 CC). Le rapport fiduciaire lie alors le(s) fiduciaire(s) et le(s) bénéficiaire(s) dès le décès du fiduciant.

Bien qu'en général le fiduciant transfère directement les biens concernés au fiduciaire, il peut arriver que le fiduciaire reçoive ceux-ci d'un tiers à l'intention du fiduciant ou du bénéficiaire. C'est notamment le cas des avoirs que les notaires, avocats, agents d'affaires, etc. sont appelés à recevoir pour le compte de leur client. Ces hypothèses sont couvertes par l'expression "fait acquérir au fiduciaire".

Alinéa 2: La fiducie en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires déterminés ou déterminables représente une extension de la pratique actuelle. Elle est déjà possible par le biais d'une stipulation pour autrui, mais reste tout à fait exceptionnelle. La règle par défaut correspond cependant à la fiducie-gestion actuelle: lorsque le fiduciant n'a rien précisé à cet égard, il est réputé seul bénéficiaire.

Alinéa 3: La fiducie au bénéfice (non exclusif) du fiduciaire est largement pratiquée en Suisse sous la forme de la fiducie-sûreté (*fiducia cum creditore*, qui porte notamment sur des créances, des cédules hypothécaires, ou d'autres papiers-valeurs) et dont le bénéficiaire en premier rang est généralement le fiduciaire lui-même. Celui-ci peut se désintéresser sur les biens fiduciaires si sa créance reste impayée à son échéance. Lorsqu'il est désintéressé, les biens fiduciaires ou leur reliquat reviennent au fiduciant, qui est un bénéficiaire résiduel. En matière de sécurités collectives, la fiducie-sûreté est en général une fiducie pour le compte de tiers, le fiduciant (constituant de la sûreté) ayant là aussi le rang d'un bénéficiaire résiduel.

Alinéa 4: Calquée sur l'art. 82 CC, cette disposition précise que les héritiers réservataires peuvent exercer l'action en réduction (art. 522 al. 1, 523, 527 ch. 3 & 4 CC). C'est également le cas du conjoint dans le régi-

me légal de la participation aux acquêts (art. 220 CC)[500]. Cette disposition confirme également que les créanciers peuvent exercer l'action révocatoire (art. art. 286 à 288 LP).

Art. 2 Patrimoine fiduciaire

[1] Les biens fiduciaires et les dettes qui les grèvent forment un patrimoine séparé du patrimoine personnel du fiduciaire. Le patrimoine fiduciaire n'entre pas dans le régime matrimonial ni dans la succession du fiduciaire.

[2] Les biens fiduciaires comprennent les choses, créances et autres droits et valeurs patrimoniales transférés à cette fin au fiduciaire, leurs revenus, leurs accroissements et tous les biens acquis en remploi d'autres biens fiduciaires.

[3] Les biens fiduciaires ne répondent que des obligations stipulées dans l'acte de fiducie et de celles assumées par le fiduciaire dans l'exécution régulière de sa charge. Ils sont soustraits à l'exécution forcée à raison de toute autre obligation.

[4] Le fiduciaire répond en outre sur tous ses biens des obligations qu'il assume en cette qualité. Sa responsabilité patrimoniale personnelle envers les tiers peut être exclue par une convention spéciale pour toute dette dont les biens fiduciaires répondent, à moins que le fiduciaire n'ait agi par dol ou par négligence grave.

L'*alinéa 1* énonce le principe que chaque patrimoine fiduciaire (actifs et passifs) constitue un patrimoine séparé du patrimoine général du fiduciaire. L'*alinéa 2* délimite l'actif de ce patrimoine et confirme l'application du principe de la subrogation patrimoniale ("biens acquis en remploi…"). Les *alinéas 3 et 4* fixent le régime de la responsabilité aux dettes.

Alinéa 3: En déterminant de quelles dettes les biens fiduciaires répondent, cet alinéa énonce la règle de droit matériel qu'il appartient aux autorités de l'exécution forcée (office des poursuites, administration de la faillite, juge de la revendication, etc.) de mettre en œuvre dans le cadre des dispositions existantes. La mise en œuvre procédurale du droit de distraction au profit des bénéficiaires de la fiducie peut être assurée par les article 108*a* (saisie) et 242*a* (faillite) LP proposés plus haut en matière de trusts[501], dispositions qu'il conviendrait donc d'étendre explicitement aux rapports fiduciaires.

---

[500] Omis dans l'art. 82 CC, cette possibilité est également reconnue en matière de fondation, cf. RIEMER (1975) Art. 82 N. 13; DESCHENAUX, STEINAUER & BADDELEY (2000) NN. 1413, 1516 ss.

[501] Cf. *supra* VII.A.1. et VII.A.2.

Alinéa 4: De lege lata, le fiduciaire répond (aussi) sur ses biens personnels de toutes les dettes qu'il encourt en tant que fiduciaire; c'est le cas même lorsqu'il contracte des dettes dans l'exercice diligent de ses obligations fiduciaires de sorte que ces dettes grèvent (également) les biens fiduciaires (alinéa 3). Dans la mesure où le patrimoine personnel du fiduciaire supporte ou acquitte des dettes à charge du patrimoine fiduciaire, le droit du fiduciaire au remboursement de ses frais et avances constitue une récompense du patrimoine personnel contre le patrimoine fiduciaire (*infra* art. 4 lit. a). Il n'y a pas lieu de modifier ce principe de base. Mais il n'y a pas de raison non plus d'interdire les conventions contraires avec les tiers pour autant que ceux-ci aient accès aux biens fiduciaires (alinéa 3) et que le fiduciaire n'ait pas commis de dol ou de négligence grave.

Art. 3 Obligations du fiduciaire

[1] Le fiduciaire agit avec diligence et loyauté dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires.

[2] En particulier, dans les limites tracées par l'acte de fiducie et par la loi, il doit:

a) exécuter de manière ponctuelle les obligations résultant de la loi et de l'acte de fiducie;
b) sauf clause contraire de l'acte de fiducie, agir en toute indépendance à l'égard du fiduciant,;
c) lorsqu'il y a plusieurs bénéficiaires, agir avec impartialité;
d) conserver les biens fiduciaires séparément de ses biens personnels; les biens relevant de patrimoines fiduciaires distincts ne peuvent être mélangés que lorsque cela est prévu dans l'acte de fiducie ou lorsqu'une gestion collective est dans l'intérêt de tous les bénéficiaires et que les comptes tenus par le fiduciaire permettent en tout temps de reconstituer ces patrimoines;
e) administrer et investir les biens fiduciaires conformément aux intérêts des bénéficiaires et au but de la fiducie;
f) à la demande du fiduciant ou de tout bénéficiaire, rendre en tout temps compte de sa gestion;
g) sauf clause contraire de l'acte de fiducie, faire mentionner la nature fiduciaire de son titre dans tout registre public où un bien fiduciaire est documenté;
h) restituer au patrimoine fiduciaire tout bien ou avantage qu'il aurait acquis ou reçu ou qu'il aurait procuré à des tiers en violation de ses obligations;

i) compenser tout dommage qu'il aurait fautivement causé au patrimoine fiduciaire en violation de ses obligations.

[3] Sauf clause contraire de l'acte de fiducie, le fiduciaire peut déléguer à un tiers les décisions relatives au placement et à la gestion des biens fiduciaires dans le cadre des directives qu'il détermine. Le fiduciaire qui n'agit pas à titre professionnel ne répond que du soin avec lequel il a choisi le tiers et donné ses instructions.

Alinéa 1: Le catalogue des obligations énoncées n'est pas exhaustif. Il correspond assez largement à celles que la jurisprudence et la doctrine ont dégagées des règles du mandat. Il est dominé par l'intérêt des bénéficiaires dans le cadre de la loi et des clauses de l'acte de fiducie.

La lettre *b)* consacre la règle supplétive que le fiduciaire n'est pas soumis aux instructions du fiduciant. Cette règle s'écarte de la situation actuelle en matière de fiducie-gestion (art. 397 al. 1 CO), qui est critiquable[502], pour coïncider avec la fiducie-sûreté. Le développement de la fiducie suppose en général une activité du fiduciaire fidèle aux intentions du fiduciant exprimées dans l'acte de fiducie, mais indépendante de ses instructions postérieures. L'acte de fiducie peut cependant modifier cette règle et reconnaître au fiduciant (ou à un tiers, cf. article 11 al. 2 *infra*) un pouvoir d'instructions plus ou moins étendu.

Les *lettres f)* et *h)* correspondent à l'art. 400 al. 1 CO et à la jurisprudence qui en résulte.

La *lettre g)* correspond à l'art. 36 al. 2 lit. a LFP mais permet au fiduciant de renoncer à cette mesure de publicité, ce qui atténue la protection résultant du droit de suite (condition de bonne foi des tiers acquéreurs). Imposer cette mesure de publicité aurait pour effet de soumettre la fiducie suisse à un régime plus strict que les trusts étrangers bénéficiant de la Convention[503]. La règle par défaut ne concerne que les registres publics. L'acte de fiducie peut l'étendre aux registres privés (registre des actionnaires, etc.).

La *lettre i)* réitère le principe de la responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1, 398 al. 2 CO) sans trancher la question, controversée, de la répartition du fardeau de la preuve de la faute contractuelle dans les obligations de diligence (*Sorgfaltspflichten*, obligations de moyens)[504].

Alinéa 3: La responsabilité stricte du fiduciaire agissant à titre professionnel pour son délégataire correspond à celle de la direction d'un fonds

---

502 Cf. THÉVENOZ (1995) 342-344.

503 Cf. *supra* IX: Registres publics.

504 F. WERRO, *Die Sorgfaltspflichtsverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR*, RDS 1997 I pp. 377-380; BaK-WIEGAND (1996) Art. 97 N. 62.

de placement (art. 11 al. 2 LFP). La responsabilité atténuée de celui qui n'agit pas à titre professionnel est calquée sur le régime de la substitution autorisée du mandataire (art. 399 al. 2 CO).

Art. 4 Droits du fiduciaire

Tout fiduciaire a droit, à charge du patrimoine fiduciaire:

a) au remboursement, en principal et intérêts, des avances qu'il a faites, des frais qu'il a exposés et à la libération des obligations qu'il a encourues dans l'exécution régulière de sa charge;
b) à une rémunération dans la mesure où celle-ci est prévue par l'acte de fiducie ou conforme à l'usage;
c) à l'indemnisation du dommage qu'il a subi sans sa faute dans l'exécution régulière de sa charge, en tenant compte du risque professionnel qui lui incombe.

La *lettre a* correspond aux art. 402 al. 1 CO et 14 al. 1 LFP.

La *lettre b* correspond à l'art. 394 al. 3 CO.

Lettre c: Alors que la responsabilité du mandant envers le mandataire varie suivant le caractère onéreux (art. 402 al. 2 CO) ou gratuit (art. 422 al. 1 CO[505]) du mandat, il ne peut en aller de même pour le fiduciaire, qui agit de façon en principe totalement indépendante du fiduciant et des bénéficiaires. Le critère du risque professionnel paraît le plus approprié pour délimiter les dommages qui restent à la charge du fiduciaire de ceux qui doivent lui être indemnisés à charge du patrimoine fiduciaire.

Art. 5 Distributions

[1] Le fiduciaire distribue le patrimoine fiduciaire conformément à l'acte de fiducie.

[2] Lorsque l'acte de fiducie soumet une distribution à des conditions qui ne font pas appel au pouvoir d'appréciation, tout bénéficiaire peut en exiger l'exécution par le fiduciaire.

Alinéa 1: Le mot restitution, habituellement employé pour désigner le retour au fiduciant des actifs fiduciaires à l'issue du rapport de fiducie, décrit mal les hypothèses où ces biens sont remis à d'autres bénéficiaires

505 ATF 61 II 95, JdT 1935 I 615.

et ceux où le fiduciaire réalise des biens fiduciaires pour distribuer des sommes d'argent.

Alinéa 2: Ce critère est déjà connu de notre droit en matière de fondation, où une action civile tendant à une prestation n'est possible que lorsque le bénéficiaire a un droit subjectif qui ne dépend pas entièrement du pouvoir d'appréciation des organes de la fondation[506].

Art. 6 Pluralité de fiduciaires

Lorsqu'il y a plusieurs fiduciaires, ceux-ci:

a) sont propriétaires communs des biens fiduciaires;
b) sont tenus solidairement des obligations résultant de l'acte de fiducie et de la loi;
c) sauf clause contraire de l'acte de fiducie, prennent toute décision à l'unanimité; ils peuvent cependant déléguer à l'un d'entre eux les décisions relatives au placement et à la gestion des biens fiduciaires dans le cadre de directives déterminées à l'unanimité.

Les co-fiduciaires forment une communauté légale qui se caractérise par la solidarité dans l'accomplissement de leurs obligations, le principe de l'unanimité dans le processus de décision et l'exercice de leurs pouvoirs, et une propriété commune qui ne donne pas naissance à des quotes-parts (art. 652 & 653 CC). En particulier, le décès d'un co-fiduciaire réduit le nombre des fiduciaires sans transmission de la qualité de propriétaire à ses héritiers tant et aussi longtemps qu'il subsiste au moins un fiduciaire[507].

Art. 7 Compensation et rétention de biens fiduciaires

[1] Dans les rapports avec le fiduciant et les bénéficiaires, le fiduciaire ne peut exercer un droit de rétention ou de compensation que pour une créance qui résulte de sa charge.

[2] Le dépositaire ou le possesseur d'un bien fiduciaire ne peut exercer un droit de rétention ou de compensation sur celui-ci que pour une créance se rapportant à son acquisition, sa garde, sa gestion ou tout autre service pour

---

506 ATF 112 II 97 c. 3, JdT 1987 I 692; ATF 61 II 695 c. 1b. Cf. RIEMER (1975) Art. 84 N. 138.

507 Comp. ATF 78 II 445, JdT 1953 I 523, qui voit dans le décès d'un fiduciaire la cause d'un accroissement de la part de son co-fiduciaire.

lequel il lui a été confié, à moins qu'il ignorât de bonne foi la nature fiduciaire de ce bien. Toute convention contraire est nulle.

Cette disposition est largement inspiré de la proposition du Prof. Giovanoli[508].

Alinéa 1: Étend la règle de l'art. 125 ch. 1 CO aux choses confiées à titre fiduciaire.

Alinéa 2: Énonce et précise le principe retenu à juste titre mais *praeter legem* par le Tribunal fédéral (SAS 1981 67), la Cour de justice de Genève (20.3.1992, n.p.), la Cour d'appel de Paris (22.9.1994, JCP 1995 II n° 22427 obs. Vasseur) et plus récemment par le *Handelsgericht* de Zurich (16.1.1997, cassation cantonal et réforme fédérale pendantes).

Art. 8 Droit de suite

[1] Lorsque, en violation de ses obligations, le fiduciaire a aliéné un bien fiduciaire ou constitué un droit sur ce bien, le fiduciant, un autre fiduciaire et chaque bénéficiaire peut exiger de tout acquéreur la restitution du bien au patrimoine fiduciaire ou l'extinction du droit.

[2] Le droit de suite s'éteint contre l'acquéreur qui, de bonne foi, ignorait l'irrégularité de l'acte de disposition du fiduciaire et qui a fourni une contre-prestation adéquate, ainsi que contre tout acquéreur subséquent.

[3] La prescription acquisitive est réservée.

[4] Au surplus, sont applicables les règles sur la responsabilité du possesseur sans droit, l'enrichissement illégitime et la gestion d'affaires sans mandat.

Alinéa 1: Le fiduciaire est ici traité comme un propriétaire dont le pouvoir de disposition est limité par l'acte de fiducie et la loi. Cet alinéa tranche ainsi une controverse doctrinale où les deux opinions ont été soutenues et où le Tribunal fédéral n'a jusqu'ici pas eu l'occasion de prendre position[509].

Alinéa 2: Conformément au principe qui fonde les art. 933 et 973 CC, l'acquéreur de bonne foi (celui qui ignore l'irrégularité de son acquisition d'une manière qui n'est pas incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'attendre de lui, art. 3 al. 2 CC) est protégé. Cette protection ne concerne que l'acquéreur qui a "fourni une contre-prestation adéquate" (art. 59 ch. 1 al. 2 CP). Conformément à la pesée

508 GIOVANOLI (1994) p. 226.

509 Cf. *supra* note 283.

des intérêts faite par le législateur dans d'autres contextes[510], les intérêts du fiduciant (ou du bénéficiaire du trust) l'emportent en revanche sur ceux d'un acquéreur à titre gratuit.

Alinéa 3: L'acquéreur à titre gratuit qui n'est pas protégé par l'alinéa 2 peut le devenir par l'écoulement du temps pour autant qu'il continue d'ignorer l'irrégularité de sa position pendant toute la durée de la prescription acquisitive (art. 728 CC pour la propriété mobilière; art. 661 ss et 771 al. 3 CC).

Alinéa 4: Sur les rapports entre les règles du Code civil relatives au possesseur sans droit (art. 938 à 940 CC) et les règles générales du Code des obligations (art. 62 ss et 423 CO), cf. *supra* VIII.A.2, notamment les notes 322 et 323.

Art. 9 Durée

[1] La fiducie prend fin au terme stipulé dans l'acte de fiducie ou résultant de son but, mais au plus tard soixante ans après sa constitution.

[2] Lorsque l'acte de fiducie ne comporte pas de terme ou lorsqu'il réserve cette possibilité, la fiducie peut être résiliée par le fiduciant en tout temps. Elle prend fin de plein droit soixante ans après sa constitution.

[3] Lorsque tous les bénéficiaires sont déterminés, ils peuvent, par un accord unanime entre eux, mettre fin à la fiducie de manière anticipée. L'acte de fiducie peut réserver le consentement du fiduciant.

[4] Lorsque la fiducie prend fin, les biens restants sont distribués sans retard conformément à l'acte de fiducie. À défaut d'une telle clause, ils sont restitués au fiduciant ou à ses héritiers.

Alinéa 1: La fiducie peut être stipulée pour une durée déterminée, sujette cependant à un maximum correspondant approximativement à deux générations démographiques. Cette limite assez basse (cf. art. 749 al. 2 CC: 100 ans pour l'usufruit des personnes morales[511]) répond au souci de ne pas créer des biens de mainmorte ni de re-créer des fidéicommis de famille (cf. art. 335 al. 2 CC)[512].

---

510 Art. 239 al. 1 CO; art. 59 ch. 1 al. 2 CP; cf. *supra* VIII.A.1.

511 Le législateur a limité la substitution fidéicommissaire à un degré (un seul grevé, art. 488 al. 2 CC), mais n'a pas fixé de durée maximale (cf. art. 489 al. 1 & 2 CC). PIOTET (1975) p. 96 propose de combler la lacune de la loi en matière de substitution fidéicommissaire (art. 1 al. 2 CC) par une durée maximumale de cent ans.

512 Cf. THÉVENOZ (1995) pp. 300-302.

L'*alinéa 2* énonce la règle par défaut – résiliation en tout temps à la discrétion du fiduciant – qui correspond à la situation actuelle. La stipulation d'une durée déterminée (alinéa 1er) fait présumer la renonciation au pouvoir de résilier en tout temps, mais l'acte de fiducie peut néanmoins le réserver. La résiliation est automatique à l'expiration de la durée maximale de 50 ans.

Alinéa 3: Lorsque tous les bénéficiaires sont déterminés et connus, il n'y a pas de raison de leur imposer le maintien de la fiducie si celle-ci ne correspond pas à leur intérêt. L'acte de fiducie peut cependant réserver le consentement du fiduciant ou du tiers visé par l'article 11 al. 2.

Alinéa 4: La règle par défaut (retour des biens au fiduciant) correspond au régime actuel de la fiducie. Cf. article 1 alinéa 2.

Art. 10 Remplacement du fiduciaire

[1] Sauf clause contraire de l'acte de fiducie, le fiduciant peut en tout temps révoquer le fiduciaire et lui désigner un successeur.

[2] Le fiduciaire doit être remplacé lorsque:

a) il décline sa nomination ou demande à être relevé de sa charge;
b) il décède;
c) il devient insolvable, notamment lorsqu'il est déclaré en faillite, demande un sursis concordataire, obtient un concordat de ses créanciers ou fait l'objet d'un acte de défaut de biens;
d) il est frappé d'incapacité ou se trouve pour toute autre raison incapable d'exécuter ses obligations;
e) il enfreint gravement ses obligations.

[3] Le nouveau fiduciaire est saisi du patrimoine fiduciaire par l'acceptation de sa désignation. Cependant, son patrimoine personnel ne répond envers le tiers que des obligations encourues postérieurement à l'acceptation de sa nomination.

La résiliation éventuelle de la fiducie (article 9) doit être distinguée de la révocation du fiduciaire (article 10).

Alinéa 1: La révocation discrétionnaire du fiduciaire par le fiduciant et son remplacement correspondent à la situation actuelle (art. 404 al. 1 CO). Le fiduciant peut y renoncer dans l'acte de fiducie, notamment lorsque l'indépendance du fiduciaire à l'égard du fiduciant est nécessaire au but poursuivi. L'acte de fiducie peut également conférer cette compétence à un tiers (article 11 al. 2).

Alinéa 2: La révocation et le remplacement du fiduciaire sont nécessaires lorsque certaines conditions sont réalisées qui ne lui permettent plus de s'acquitter régulièrement de sa charge. Lorsque ces conditions sont réalisées mais que le fiduciant n'y procède pas, cette compétence est exercée par le tiers désigné par l'acte de fiducie (article 11 al. 2) ou par le juge (article 12 al. 1).

Alinéa 3: Alors que la transmission des biens fiduciaires au(x) premier(s) fiduciaire(s) requiert autant d'actes de disposition du fiduciant, car le patrimoine fiduciaire n'est pas encore constitué, celui-ci est transmissible par succession universelle d'un fiduciaire à l'autre. Le moment de ces transmissions ultérieures est déterminé par l'acceptation de sa mission par le(s) nouveau(x) fiduciaire(s).

Art. 11 Pouvoirs du fiduciant

[1] Le fiduciant exerce personnellement les pouvoirs que la loi et l'acte de fiducie lui réservent.

[2] L'acte de fiducie peut désigner ou prévoir la désignation d'un ou plusieurs tiers et leur conférer tout ou partie des pouvoirs que la loi réserve ou permet de réserver au fiduciant.

[3] Les pouvoirs visés aux deux premiers alinéas sont personnels, incessibles et intransmissibles.

Sur le modèle du *protector* développé par la pratique du trust, l'*alinéa 2* permet à l'acte de fiducie de conférer à un (ou plusieurs tiers) les pouvoirs qui seraient autrement réservés au fiduciant par la loi ou l'acte de fiducie (*alinéa 1*).

Art. 12 Interventions du juge

[1] À la requête de tout intéressé et dans la mesure nécessaire à sauvegarder les intérêts des bénéficiaires, le juge exerce tout pouvoir que la loi ou l'acte de fiducie réserve au fiduciant ou à un tiers lorsque celui-ci tarde indûment à l'exercer, n'est pas en mesure de l'exercer ou l'exerce contrairement à l'acte de fiducie ou à la loi.

[2] À la requête de tout intéressé, le juge arrête la rémunération du fiduciaire dans la mesure où ses modalités ne résultent pas de l'acte de fiducie ou lorsque l'importance de l'activité du fiduciaire s'est notablement modifiée par rapport aux circonstances qui étaient envisagées par les parties à l'acte de fiducie.

[3] Lorsqu'il existe un doute légitime sur la portée d'une obligation, d'un droit ou d'un pouvoir du fiduciaire, celui-ci peut saisir le juge. La décision lie le fiduciant et les bénéficiaires, qui sont entendus préalablement.

[4] Lorsque l'acte de fiducie ne désigne pas de for en Suisse, le tribunal compétent est celui du lieu où le fiduciaire ou l'un des fiduciaires a son établissement ou son domicile.

La fiducie ici proposée est susceptible de recevoir une durée plus longue que ce qui se pratique actuellement (article 9 al. 1 et 11 lit. c). Le fiduciaire peut aussi être autorisé par l'acte de fiducie à déployer son activité de façon largement ou totalement indépendante du fiduciant (article 11 lit. a). Une telle fiducie peut survivre au décès du fiduciant.

Pour toutes ces raisons, les actions habituelles de droit privé (condamnation, cessation ou prévention du trouble, etc.), qui n'ont pas besoin d'être répétées ici, doivent être complétées par trois compétences judiciaires spécifiques.

Alinéa 1: Lorsque c'est nécessaire, le juge peut être amené à se substituer au fiduciant (ou au tiers, article 11) pour en exercer les pouvoirs. Là où cependant les pouvoirs du fiduciant ou du tiers peuvent être discrétionnaires (*e.g.* résiliation en tout temps, opposition à la résiliation ou à la modification de l'acte de fiducie à l'initiative des bénéficiaires, révocation discrétionnaire du fiduciaire), ceux du juge sont limités par la double condition que le titulaire des pouvoirs doit être défaillant (principe de subsidiarité) et leur exercice nécessaire à la sauvegarde des intérêts des bénéficiaires.

Alinéa 2: Contrairement au mandat, qui peut être résilié en principe en tout temps (art. 404 CO), la fiducie peut être stipulée pour une durée déterminée longue (mais pas supérieure au maximum de 60 ans, cf. article 8 et 11 lit. c) et survivre au fiduciant ou au (premier) fiduciaire (cf. article 10 lit. b). Il se peut donc que les parties originales à l'acte de fiducie ne soient plus en mesure de préciser ou de corriger la rémunération du fiduciaire (article 4 lettre b), ce qui impose de conférer ce pouvoir au juge.

Alinéa 3: Dans l'exécution d'un rapport à long terme tel qu'une fiducie, qui n'est en principe pas sujet à une modification d'un commun accord des parties (cf. article 9 al. 2), la nécessité d'un litige comme condition à la saisine d'un juge (procédure contentieuse) ne suffit pas. Il faut permettre au fiduciaire de s'adresse au juge en procédure gracieuse lorsqu'un doute légitime existe quant au contenu ou à l'étendue de ses obligations ou de ses pouvoirs.

Alinéa 4: Cet alinéa pourrait faire l'objet d'un article à introduire dans la loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000[513].

XVI. Résumé des propositions législatives

Pour donner une vue d'ensemble des propositions formulées et motivées dans ce rapport, on va ici les récapituler en intégrant à la fois les ajustements du droit interne liés à la ratification de la Convention et la codification de la fiducie.

La signature et la ratification de la Convention sont de la compétence du Conseil fédéral. La ratification requière l'approbation de l'Assemblée fédérale[514], sous la forme d'un arrêté fédéral dont il n'est pas besoin de proposer ici le texte. Puisqu'il porte sur un traité international entraînant une unification multilatérale du droit, cet arrêté est exposé au référendum facultatif[515].

L'ensemble des propositions formulées plus haut est ici ordonné selon la systématique de la législation fédérale. Certaines propositions, déjà identifiées comme telles[516], trouvent matériellement leur place dans le Code civil ou dans la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.

D'autres sont des normes de droit international privé parce qu'elles règlent des conflits de juridictions[517] ou des conflits de lois[518]. Plutôt que d'en faire l'objet d'une loi spéciale sur les trusts sur le modèle néerlandais[519] ou britannique[520], je propose de les introduire dans la loi fédérale sur le droit international privé. Cette insertion assure une meilleure transparence pour les justiciables et respecte le souci de conserver son exhaustivité

---

513 RS 272, RO 2000 2355.

514 Art. 166 al. 2 et 184 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

515 Art. 141 al. 1 lit. d ch. 3 de la Constitution fédérale.

516 Cf. *supra* chap. V, VI et VII.

517 Cf. *supra* chap. X.

518 Cf. *supra* chap. XI et VIII.

519 *Wet Conflictenrecht Trust* du 4 octobre 1995, reproduit in *Trust Laws of the World* (2000) pp. 40-41.

520 *Recognition of Trusts Act 1987* du 9 avril 1987, *ibidem*, pp. 22-27.

à notre codification. On pourrait hésiter sur l'emplacement systématique des deux alinéas, proposés plus haut, réglant la mention des trusts dans les registres publics[521]. Substantiellement, il s'agit de droit matériel interne. Mais la législation en cette matière est dispersée et un souci de transparence fera préférer son insertion dans le nouveau chapitre que la LDIP consacrera aux trusts.

L'emplacement de ce chapitre pose un problème en soi puisque, dans la conception originelle (anglo-américaine), le trust est une institution distincte de celles qui ont donné leur titre aux chapitres de la LDIP, mais qui entretient une proximité toute particulière avec le droit de la propriété dont il est issu. Comme on l'aura constaté tout au long de ce rapport, la reconnaissance par notre droit international privé détache considérablement le trust des droits réels. Le trustee est assimilé à un propriétaire au sens de notre droit civil. Les bénéficiaires ne se voient pas reconnaître une situation comparable à un droit réel limité sur le fonds du trust. Leur droit de suite est limité et peut être assimilé à une forme d'obligations *propter rem.* En fait, dans les catégories de notre droit international privé, le trust se situe entre le droit des obligations et celui des sociétés et patrimoines organisés. C'est pourquoi je propose d'insérer le chapitre correspondant entre les chapitres 9, "Droit des obligations", et 10, "Droit des sociétés", de la loi.

On a déjà motivé le choix d'une codification de la fiducie qui ne limite son champ d'application à certains intermédiaires particuliers[522]. Pour conserver à la fiducie le caractère d'une institution générale de notre droit privé, il convient de l'inscrire dans l'un de nos codes. On aurait certes pu concevoir la fiducie comme reposant sur un droit réel limité nouveau du fiduciaire et / ou du bénéficiaire. Ce n'est pas le sens du développement historique de la fiducie dans notre jurisprudence et en doctrine. Telle qu'elle est ici codifiée, la fiducie est un rapport relevant essentiellement du droit des obligations, qui peut naître d'un contrat (avec lequel pourtant elle ne se confond pas) ou même d'une disposition à cause de mort. Elle trouve donc naturellement sa place dans le Code des obligations.

---

[521] Cf. *supra* chap. IX.

[522] Cf. *supra* chap. XIV.B: Insertion systématique et champ d'application.

Pour les raisons qui viennent d'être exposées à propos de l'insertion systématique des trusts dans la LDIP, il paraîtrait opportun d'insérer la fiducie entre la deuxième ("Des diverses espèces de contrats") et la troisième partie ("Des sociétés commerciales et de la société coopérative") du Code des obligations. La systématique actuelle du Code n'est cependant pas entièrement satisfaisante. Ajouter une partie deuxième[bis] aurait pour effet malencontreux de détacher les sociétés commerciales (titres vingt-quatrième et suivants) du contrat de société simple (titre vingt-troisième), avec lequel elles entretiennent néanmoins des rapports étroits. Le pragmatisme, qui ne satisfait pas entièrement au sens du système, suggère d'insérer un titre vingt-deuxième[bis] sur la fiducie juste avant celui consacré à la société simple.

On a indiqué par des crochets l'adaptation imposée par la fiducie aux modifications du Code civil et de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite formulées en rapport avec les trusts.

A. Modification du Code civil

Art. 208, nouvel alinéa[523]

[3] La constitution d'un trust du vivant du settlor est assimilée à une libéralité lorsque les distributions prévues dans l'acte du trust ont le caractère de libéralités pour les bénéficiaires.

Art. 527, nouvel alinéa[524]

[2] La constitution d'un trust du vivant du settlor est assimilée à une donation lorsque les distributions prévues dans l'acte du trust ont le caractère de libéralités pour les bénéficiaires.

Art. 528*a* (nouveau) c. En matière [de fiducies et] de trusts

[1] Dans le cas visé à l'article 527 alinéa 2, l'action en réduction est exercée contre chaque bénéficiaire pour les distributions reçues par lui et contre [le fiduciaire ou] le trustee pour ce qui fait encore l'objet [de la fiducie ou] du trust.

---

523 Cf. *supra* chap. VI: Trusts et régimes matrimoniaux.

524 Cf. *supra* chap. V.A: Reconstitution des réserves successorales.

[2] Le [fiduciaire ou le] trustee peut demander à restituer en valeur.

Art. 533*a* (nouveau)[525]

[1] Lorsqu'un héritier réservataire rend vraisemblables des faits qui, s'ils étaient prouvés, fonderaient une action à l'encontre [d'un fiduciaire,] d'un trustee ou du bénéficiaire [d'une fiducie ou] d'un trust, le juge peut astreindre [le fiduciaire ou] le trustee à fournir les renseignements utiles et à produire les pièces nécessaires. Il peut faire de même à l'encontre des bénéficiaires ou des dépositaires des valeurs patrimoniales concernées.

[2] Est réservé le secret professionnel des avocats, des notaires, des médecins, des ecclésiastiques et de leurs auxiliaires.

B. Modification du Code des obligations

Titre vingt-deuxième*bis*: De la fiducie (nouveau)[526]

Art. 529*a* Définition

[1] La fiducie résulte d'un contrat ou d'une disposition pour cause de mort (l'acte de fiducie) par lequel le fiduciant fait acquérir au fiduciaire la titularité de certains biens dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires déterminés ou déterminables.

[2] Lorsque l'acte de fiducie ne désigne aucun bénéficiaire, le fiduciant est réputé seul bénéficiaire.

[3] Le fiduciaire ne peut être seul bénéficiaire.

[4] La fiducie peut être attaquée, comme une donation, par les héritiers, le conjoint ou les créanciers du fiduciant.

Art. 529*b* Patrimoine fiduciaire

[1] Les biens fiduciaires et les dettes qui les grèvent forment un patrimoine séparé du patrimoine personnel du fiduciaire. Le patrimoine fiduciaire n'entre pas dans le régime matrimonial ni dans la succession du fiduciaire.

---

[525] Cf. *supra* chap. V.B: Droit d'information des héritiers réservataires à l'encontre du trustee.

[526] Cf. *supra* chap. XV: Projet de codification de la fiducie.

[2] Les biens fiduciaires comprennent les choses, créances et autres droits et valeurs patrimoniales transférés à cette fin au fiduciaire, leurs revenus, leurs accroissements et tous les biens acquis en remploi d'autres biens fiduciaires.

[3] Les biens fiduciaires ne répondent que des obligations stipulées dans l'acte de fiducie et de celles assumées par le fiduciaire dans l'exécution régulière de son office. Ils sont soustraits à l'exécution forcée à raison de toute autre obligation.

[4] Le fiduciaire répond en outre sur tous ses biens des obligations qu'il assume en cette qualité. Sa responsabilité patrimoniale personnelle envers les tiers peut être exclue par une convention spéciale pour toute dette dont les biens fiduciaires répondent, à moins que le fiduciaire n'ait agi par dol ou par négligence grave.

Art. 529*c* Obligations du fiduciaire

[1] Le fiduciaire agit avec diligence et loyauté dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires.

[2] En particulier, dans les limites tracées par l'acte de fiducie et par la loi, il doit:

a) exécuter de manière ponctuelle les obligations résultant de la loi et de l'acte de fiducie;

b) sauf clause contraire de l'acte de fiducie, agir en toute indépendance à l'égard du fiduciant;

c) lorsqu'il y a plusieurs bénéficiaires, agir avec impartialité;

d) conserver les biens fiduciaires séparément de ses biens personnels; les biens relevant de patrimoines fiduciaires distincts ne peuvent être mélangés que lorsque cela est prévu dans l'acte de fiducie ou lorsqu'une gestion collective est dans l'intérêt de tous les bénéficiaires et que les comptes tenus par le fiduciaire permettent en tout temps de reconstituer ces patrimoines;

e) administrer et investir les biens fiduciaires conformément aux intérêts des bénéficiaires et au but de la fiducie;

f) à la demande du fiduciant ou de tout bénéficiaire, rendre en tout temps compte de sa gestion;

g) sauf clause contraire de l'acte de fiducie, faire mentionner la nature fiduciaire de son titre dans tout registre public où un bien fiduciaire est documenté;

h) restituer au patrimoine fiduciaire tout bien ou avantage qu'il aurait acquis ou reçu ou qu'il aurait procuré à des tiers en violation de ses obligations;

i) compenser tout dommage qu'il aurait fautivement causé au patrimoine fiduciaire en violation de ses obligations.

[3] Sauf clause contraire de l'acte de fiducie, le fiduciaire peut déléguer à un tiers les décisions relatives au placement et à la gestion des biens fiduciaires dans le cadre des directives qu'il détermine. Le fiduciaire qui n'agit pas à titre professionnel ne répond que du soin avec lequel il a choisi le tiers et donné ses instructions.

Art. 529*d* Droits du fiduciaire

Tout fiduciaire a droit, à charge du patrimoine fiduciaire:

a) au remboursement, en principal et intérêts, des avances et frais qu'il a faits et à la libération des obligations qu'il a encourues dans l'exécution régulière de son office;

b) à une rémunération dans la mesure où celle-ci est prévue par l'acte de fiducie ou conforme à l'usage;

c) à l'indemnisation du dommage qu'il a subi sans sa faute dans l'exécution régulière de sa mission, en tenant compte du risque professionnel qui lui incombe.

Art. 529*e* Distributions

[1] Le fiduciaire distribue les biens fiduciaires conformément à l'acte de fiducie.

[2] Lorsque l'acte de fiducie soumet une distribution à des conditions qui ne font pas appel au pouvoir d'appréciation, tout bénéficiaire peut en exiger l'exécution par le fiduciaire.

Art. 529*f* Pluralité de fiduciaires

Lorsqu'il y a plusieurs fiduciaires, ceux-ci:

a) sont propriétaires communs des biens fiduciaires;

b) sont tenus solidairement des obligations résultant de l'acte de fiducie et de la loi;

c) sauf clause contraire de l'acte de fiducie, prennent toute décision à l'unanimité; ils peuvent cependant déléguer à l'un d'entre eux les décisions relatives au placement et à la gestion des biens fiduciaires dans le cadre de directives déterminées à l'unanimité.

Art. 529*g* Compensation et rétention de biens fiduciaires

[1] Dans les rapports avec le fiduciant et les bénéficiaires, le fiduciaire ne peut exercer un droit de rétention ou de compensation que pour une créance qui résulte de son office.

[2] Le dépositaire ou le possesseur d'un bien fiduciaire ne peut exercer un droit de rétention ou de compensation sur celui-ci que pour une créance se rapportant à son acquisition, sa garde, sa gestion ou tout autre service pour lequel il lui a été confié, à moins qu'il ignorât de bonne foi la nature fiduciaire de ce bien. Toute convention contraire est nulle.

Art. 529*h* Droit de suite

[1] Lorsque, en violation de ses obligations, le fiduciaire a aliéné un bien fiduciaire ou constitué un droit sur ce bien, le fiduciant, un autre fiduciaire et chaque bénéficiaire peut exiger de tout acquéreur la restitution du bien au patrimoine fiduciaire ou l'extinction du droit.

[2] Le droit de suite s'éteint contre l'acquéreur qui, de bonne foi, ignorait l'irrégularité de l'acte de disposition du fiduciaire et qui a fourni une contre-prestation adéquate, ainsi que contre tout acquéreur subséquent.

[3] La prescription acquisitive est réservée.

[4] Au surplus, sont applicables les règles sur la responsabilité du possesseur sans droit, l'enrichissement illégitime et la gestion d'affaires sans mandat.

Art. 529*i* Durée

[1] La fiducie prend fin au terme stipulé dans l'acte de fiducie ou résultant de son but, mais au plus tard soixante ans après sa constitution.

[2] Lorsque l'acte de fiducie ne comporte pas de terme ou lorsqu'il réserve cette possibilité, la fiducie peut être résiliée par le fiduciant en tout temps. Elle prend fin de plein droit soixante ans après sa constitution.

[3] Lorsque tous les bénéficiaires sont déterminés, ils peuvent, par un accord unanime entre eux, mettre fin à la fiducie de manière anticipée. L'acte de fiducie peut réserver le consentement du fiduciant.

[4] Lorsque la fiducie prend fin, les biens restants sont distribués sans retard conformément à l'acte de fiducie. À défaut d'une telle clause, ils sont restitués au fiduciant ou à ses héritiers.

Art. 529*j* Remplacement du fiduciaire

[1] Sauf clause contraire de l'acte de fiducie, le fiduciant peut en tout temps révoquer le fiduciaire et lui désigner un successeur.

[2] Le fiduciaire doit être remplacé lorsque:

a) il décline sa nomination ou demande à être relevé de son office;

b) il décède;

c) il devient insolvable, notamment lorsqu'il est déclaré en faillite, demande un sursis concordataire, obtient un concordat de ses créanciers ou fait l'objet d'un acte de défaut de biens;

d) il est frappé d'incapacité ou se trouve pour toute autre raison incapable d'exécuter ses obligations;

e) il enfreint gravement ses obligations.

3 Le nouveau fiduciaire est saisi du patrimoine fiduciaire par l'acceptation de sa désignation. Cependant, son patrimoine personnel ne répond envers le tiers que des obligations encourues postérieurement à celle-ci.

Art. 529*k* Pouvoirs du fiduciant

1 Le fiduciant exerce personnellement les pouvoirs que la loi et l'acte de fiducie lui réservent.

2 L'acte de fiducie peut désigner ou permettre la désignation d'un ou plusieurs tiers et leur conférer tout ou partie des pouvoirs que la loi réserve ou permet de réserver au fiduciant.

3 Les pouvoirs visés aux deux premiers alinéas sont personnels, incessibles et intransmissibles.

Art. 529*l* Interventions du juge

1 À la requête de tout intéressé et dans la mesure nécessaire à sauvegarder les intérêts des bénéficiaires, le juge exerce tout pouvoir que la loi ou l'acte de fiducie réserve au fiduciant ou à un tiers lorsque celui-ci tarde indûment à l'exercer, n'est pas en mesure de l'exercer ou l'exerce contrairement à l'acte de fiducie ou à la loi.

2 À la requête de tout intéressé, le juge arrête la rémunération du fiduciaire dans la mesure où ses modalités ne résultent pas de l'acte de fiducie ou lorsque l'importance de l'activité du fiduciaire s'est notablement modifiée par rapport aux circonstances qui étaient envisagées par les parties à l'acte de fiducie.

3 Lorsqu'il existe un doute légitime sur la portée d'une obligation, d'un droit ou d'un pouvoir du fiduciaire, celui-ci peut saisir le juge. La décision lie le fiduciant et les bénéficiaires, qui sont entendus préalablement.

4 Lorsque l'acte de fiducie ne désigne pas de for en Suisse, le tribunal compétent est celui du lieu où le fiduciaire ou l'un des fiduciaires a son établissement ou son domicile.

C. Modification de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite

Art. 108*a* (nouveau)[527] c. En matière de [fiducies et de] trusts

[1] Lorsqu'il est allégué que le bien saisi est l'objet [d'une fiducie ou] d'un trust, l'art. 108 s'applique lorsque ce rapport de droit est reconnaissable pour des tiers. Dans le cas contraire, l'art. 107 est applicable.

[2] A qualité pour introduire l'action prévue à l'art. 107, 5ème alinéa, [tout fiduciaire,] tout trustee, tout bénéficiaire et toute autre personne à qui les règles applicables [à la fiducie ou] au trust reconnaissent la qualité pour revendiquer le bien en mains de tiers. Celui qui apprend l'ouverture de cette action qu'il aurait eu qualité pour introduire dispose d'un délai de 30 jours pour intervenir.

[3] Lorsqu'ils sont plusieurs, [les fiduciaires ou] les trustees défendent conjointement à l'action prévue à l'art. 108, 1er alinéa. Leur identité et leur domicile ou établissement sont indiqués par le débiteur à l'office des poursuites. L'inexactitude de ces indications ne nuit pas au demandeur, qui peut faire procéder en tout temps à la rectification de l'identité des défendeurs.

[4] Lorsque le débiteur est seul [fiduciaire ou] trustee, tout bénéficiaire peut intervenir à la procédure dans les 30 jours suivant celui où il a appris son existence.

[5] Dans l'action prévue aux art. 107, 5ème alinéa, et 108, 1er alinéa, le créancier peut s'opposer à la revendication lorsque les règles applicables [à la fiducie ou] au trust lui reconnaissent le droit d'être désintéressé par la réalisation du bien saisi.

Art. 242*a* (nouveau)[528] 3*bis*. En matière de trust

[1] Les biens qui font l'objet [d'une fiducie] sont distraits de la masse en faillite pour être remis aux autres [fiduciaires] ou à un nouveau [fiduciaire], sous déduction des prétentions du failli grevant ces biens. [Il en va de même en matière de trusts.]

[2] Lorsque les conditions d'une telle distraction ne paraissent pas réalisées, l'administration impartit [au fiduciaire ou] aux trustees un délai de

---

527 Cf. *supra* chap. VII.A.1: Saisie au préjudice du trustee.

528 Cf. *supra* chap. VII.A.2: Faillite du trustee. Le texte a été légèrement modifié pour mentionner en premier lieu la fiducie, institution de droit interne (1ère phrase de l'alinéa 1), la règle étant ensuite étendue aux trusts (2ème phrase).

20 jours pour intenter une action en revendication au for de la faillite. L'art. 108*a*, al. 3, s'applique par analogie.

D. Modification de la loi fédérale sur le droit international privé

Chapitre 9*bis*: Trusts [et fiducies] (nouveau)

Art. 149*a* (nouveau) [529] I. Compétence

[1] Dans les actions concernant la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust créé volontairement et dont la preuve est apportée par écrit, est seul compétent le tribunal choisi à cet effet dans l'acte constitutif du trust.

[2] En l'absence d'une telle élection de for, l'action peut être intentée devant le tribunal suisse au lieu principal d'administration du trust.

[[3] Lorsqu'une fiducie est soumise au droit suisse, et en l'absence d'un autre for en Suisse, l'action peut aussi être introduite devant tout tribunal suisse.]

Art. 149*b* (nouveau) II. Droit applicable

[1] Les trusts sont régis par la convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

[2] Le juge ou l'autorité suisse ne refusera pas de reconnaître un trust au seul motif que tous les éléments significatifs du trust à l'exception d'une élection de droit sont rattachés plus étroitement à des États qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.[530]

Art. 149*c* (nouveau) [531]

[1] Dans les cas visés par l'article 11, al. 3, lit. d de la convention, le droit désigné par le chapitre II de la convention détermine les conditions auxquelles l'acquéreur est tenu de restituer un bien du trust ou de renoncer au droit constitué sur un tel bien par le trustee en violation des obligations résultant du trust. Ce droit règle en outre le remboursement d'une éventuelle contre-prestation fournie par l'acquéreur.

---

[529] Cf. *supra* chap. X: Fors.

[530] Cf. *supra* chap. XI: Article 13.

[531] Cf. *supra* chap. VIII: Droit de suite des bénéficiaires et responsabilité de tiers.

2 Le droit désigné par la présente loi détermine l'objet et l'étendue de la restitution en tant qu'elle porte sur les fruits et revenus de la chose, son produit de réalisation, ses remplois ou sa valeur. Ce droit régit également les indemnités relatives à l'usage et à la jouissance ainsi que le remboursement des impenses.

Art. 149*d* (nouveau)[532]

1 Le trustee a qualité pour requérir toute inscription relative à une chose dont il est propriétaire ou à un droit dont il est titulaire dans les registres qui en assurent la publicité. Il peut exiger que sa qualité de trustee soit mentionnée ou que l'existence du trust apparaisse d'une autre manière.

2 Au registre foncier, au registre des bateaux ainsi qu'au registre des aéronefs, l'existence du trust fait l'objet d'une mention. Celle-ci renvoie à l'acte de trust, dont un exemplaire original ou une copie authentifiée est conservé comme pièce justificative.

532 Cf. *supra* chap. IX: Registres publics. La matière de cet article ne relève pas du droit international privé. Il est néanmoins proposé d'énoncer cette règle dans la LDIP afin d'assurer sa visibilité pour les justiciables (postulat de transparence) tout en introduisant des règles *ad hoc* dans les lois réglant les divers registres publics.

Abréviations – *Abbreviations*

La législation suisse peut être consultée sur le site de la Confédération:
Swiss legislation is available on the Swiss Confederation's website:
www.admin.ch.

AC	*Law Reports: Appeal Cases* (London, 1875–)
All ER	*The All England Law Reports* (London, 1948–)
ASDI	*Annuaire suisse de droit international* (Zurich, 1944–1990)
ATF	*Arrêts du Tribunal fédéral suisse: Recueil Officiel = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts: Amtliche Sammlung* (Lausanne, 1875–)
B.R.	*Bankruptcy Reporter* (St-Paul., Minn., 1979–)
BaK–…	Voir BaK–…: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht* dans la bibliographie
BGB	[Deutsches] Bürgerliches Gesetzbuch
BJM	*Basler Juristische Mitteilungen* (Bâle, 1954–)
CC	Code civil [suisse] du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCfr.	Code civil français
Ch	*Law Reports: Chancery* (London, 1891–)
ch.	chiffre
Clunet	*Clunet : Journal du droit international* (Paris, 1874–)
CO	Code [suisse] des obligations (Loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911: Livre cinquième: Droit des obligations)
Convention	Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance conclue à La Haye le 1er juillet 1985 / Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition made in The Hague on 1st July 1985 (reproduite en annexe I / see appendix I)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311)
DEBA	Federal Debt Enforcement and Bankruptcy Act (*loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bundesegtz über Schuldbetreibung und Konkurs*) of 11 April 1999 (RS 281.1)
DT	Document de travail
FAIF	Federal Act on Investment Funds of 18 March 1994 (RS 951.31)
FBA	Federal Banking Act of 8 Novembre 1934 (RS 952.0)
FF	*Feuille fédérale* (Berne)
IPR–…	Voir IPR–…: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Internationale Privatrecht* dans la bibliographie
IPRG–…	Voir *IPRG–…: IPRG Kommentar* dans la bibliographie
JCP	*Juris-Classeur Périodique: La Semaine juridique: doctrine, jurisprudence, textes*, édition générale (Paris, 1927–)
JdT	*Journal des Tribunaux* (Lausanne, 1853–)
JOCE	*Journal officiel des Communautés européennes* (Bruxelles, 1958–)

LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LFors	Loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 (RS 272, RO 2000 2355)
LFP	Loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (RS 951.31)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1.)
N. (NN.)	numéro(s) marginal(aux)
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift* (Munich etc., 1947–)
OFP	Ordonnance sur les fonds de placement du 19 octobre 1994 (RS 951.311)
ORF	Ordonnance sur le registre foncier du 22 février 1910 (RS 211.432.1)
PDET	Principes de Droit Européen du Trust (reproduits en annexe II)
PETL	Principles of European Trust Law (see appendix II)
PJA	*Pratique juridique actuelle = Aktuelle Juristische Praxis* (St-Gall, 1992–)
RDS	*Revue de droit suisse = Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (Bâle, 1852–)
RJB	*Revue de la Société des juristes bernois = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (Berne, 1884–)
RNRF	*Revue suisse du notariat et du Registre foncier = Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* (Wädenswil, 1920)
RSDA	*Revue suisse de droit des affaires = Zeitschrift für Schweizerisches Wirtschaftsrecht = Swiss Business Law Review* (Zurich, 1990–)
RSJ	*Revue suisse de jurisprudence = Schweizerische Juristenzeitung* (Zurich, 1904–)
s.	et suivant (*and following page*)
SAS	*La Société anonyme suisse = Die Schweizerische Aktiengesellschaft* (Zurich, 1929–1989 ; devient : *Revue suisse de droit des affaires = Swiss Business Law Review)*
SC	Federal Supreme Court (*Tribunal fédéral suisse*, *Schweizerisches Bundesgericht*)
SchKG–…	Voir *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Koknkurs* dans la bibliographie
SJ	*La Semaine judiciaire* (Genève, 1878–)
SPC	Swiss Penal Code of 21 December 1937 (RS 311)
SPILA	Swiss Private International Law Act (*loi fédérale sur le droit international privé, Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*) of 18 December 1987 (RS 291)
ss	et suivantes (*and following pages*)
WLR	*Weekly Law Reports* (London, 1953–)
ZR	*Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* (Zurich, 1902–)

Bibliographie – *Bibliography*

A. Principales sources relatives au droit du trust *Principal Sources on Trust Law*

Sans aucune prétention à l'exhaustivité, cette liste comprend à la fois des ouvrages de base représentatifs du droit du trust dans les principales juridictions de *common law* (principalement Angleterre, États-Unis d'Amérique, Australie), dans d'autres ordres juridiques où le trust s'est développé sur un autre substrat que la *common law*, et des contributions montrant l'évolution récente de ce droit.

Though not in any way exhaustive, the following list simultaneously includes representative basic treatises concerning trusts in the main common law jurisdictions (mainly England, the United States and Australia), in other legal systems where trusts have developed on a non-common law basis, and contributions showing the recent development of this law.

BÉRAUDO (Jean-Paul) 1992: Les trusts anglo-saxons et le droit français. Paris (LGDJ).

BOGERT (George Gleason) & BOGERT (George Taylor) 1977: *The Law of Trusts and Trustees*. 2nd ed., revised, multiple volumes, St. Paul, Minn. (West) 1977 *et seq.*

BOGERT (George Taylor) 1987: *Trusts*. 6th ed., St. Paul (West). [Hornbook Series]

BROWNBILL (David) 2000: *Confidentiality: Access by beneficiaries and others to information and documents*. Paper presented in Geneva & Zurich on 5-6 June 2000 at the Society of Trust and Estate Practitioners' conference «A Trust for Europe».

CURTIS (Jerome J.) 1996: «The transmogrification of the American trust». 31 *Real Property, Probate and Trust Journal* pp. 251-311.

DYER (Adair) & VAN LOON (Hans) 1982: «Rapport sur les trusts et institutions analogues – Report on trusts and analogous institutions» (mai 1982). In Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quinzième session*, t. II pp. 10-110. La Haye (Bureau permanent) 1985.

FRATCHER (William F.) 1974: *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, chap. 11 : *Trust*. Tübingen (Mohr, Siebeck), The Hague and Paris (Mouton).

GRIMALDI (Michel) & BARRIÈRE (François) 1998: «Trust and Fiducie». In *Towards a European Civil Code.* 2nd ed., Nijmegen (Aer Aequi Libri) & The Hague etc. (Kluwer Law International).

HALBACH (Edward C.) 1999: «Significant trends in the trust law of the United States». 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* pp. 531-554.

HAYTON (David) 1998: *The Law of Trusts*. 3rd ed., London (Sweet & Maxwell).

— 1999: «Anglo-Trusts, Euro-Trusts and Caribbo-Trusts: Whither Trusts?» In *Modern International Developments in Trust Law*, pp. 1-18. The Hague (Kluwer Law International).

Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective (1998). Ed. by R. Helmholz & R. Zimmermann. Berlin (Duncker & Humblot).

LANDAU (Robert I.), KRUEGER (John E.) 1998: *Corporate Trust Administration and Management*. 5th ed., New York (Columbia University Press).

LANGBEIN (John H.) 1995: «The Contractarian Basis of the Law of Trusts». 105 *Yale Law Journal* pp. 623-675.

McKENDRICK (Ewan) et al. 1992: *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*. Oxford (Clarendon).

MEAGHER (R.P.) & GUMMOW (W.M.C.) 1997: *Jacobs' Law of Trusts in Australia*. 6th ed, Sydney (Butterworths).

OAKLEY (A.J.) 1998: *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*. 7th ed. by A.J. Oakley, London (Sweet & Maxwell).

ONG (Denis S.) 1999, *Trusts Law in Australia*. Sydney (Federation Press) 1999.

PEARCE (Robert) & STEVENS (John) 1998: *The Law of Trusts and Equitable Obligations*. 2nd ed., London (Butterworths).

Principles of European Trust Law (1999). Ed. by D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, H.L.E Verhagen. La Haye (Kluwer Law International), Deventer (W.E.J. Tjeenk Willink).

REIDS (K.G.C.) 1999: «National Report for Scotland». In *Principles of European Trust Law*, pp. 67-84. The Hague (Kluwer Law International), Deventer (W.E.J. Tjeenk Willink).

Restatement of the Law Second: Trusts. Adopted and promulgated by the American Law Institute…, May 23, 1957. St Paul, Minn. (American Law Institute Publishers) 1959.

Restatement of the Law Third: Trusts: Prudent Investor Rules. Adopted and promulgated by the American Law Institute…, May 18, 1990. St. Paul, Minn. (American Law Institute Publishers) 1992.

Restatement of the Law Third: Trusts: Tentative Draft No. 1 (April 5, 1996). Subjects Covered: Part 1 (Nature, Characteristics, and Types of Trusts); Part 2 (Creation of Trusts). Submitted by the Council to the Members of The American Law Institute for Discussion at the Seventy-Third Annual Meeting… [May 1996].

Restatement of the Law Third: Trusts: Tentative Draft No 2 (March 10, 1999). Subjects Covered: Part 2 (Creation of Trusts, revised § 26); Part 3 (Elements of Trusts); Part 4 (Nature of Beneficiaries' Rights and Interests). Submitted by the Council to the Members of The American Law Institute for Discussion at the Seventy-Sixth Annual Meeting… [May 1999].

ROUNDS (Charles E., Jr.) 2000: *Loring: A Trustee's Handbook 2000 Edition*. Gaithersburg, New York (Aspen Publishers).

SCOTT (Austin Wakeman) & FRATCHER (William Franklin) 1987: *The Law of Trust*. 4th ed. of *Scott's on Trusts*, multiple volumes, Boston (Little, Brown), 1987 *et seq.*

Trust Laws of the World (2000): collected by M. Lupoi. 2nd ed., 2 vol., Rome (Eti).

UNDERHILL & HAYTON 1995: *Law Relating to Trusts and Trustees*. 15th ed. by D.J. Hayton, London (Butterworths).

Uniform Trust Code (2000 Annual Meeting Draft). Submitted to the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws for its meeting in its one-hundred-and-ninth year (St. Augustine, Florida, July 28-August 4, 2000). <www.nccusl.org>

WATERS (Donovan W.) 1995: «The institution of the trust in civil and common law». In Académie de droit international de La Haye, *Recueil des cours*, t. 252, pp. 117-453. Dordrecht etc. (Martinus Nijhoff).

WILSON (W.A.) & DUNCAN (A.G.M.) 1995: *Trusts Trustees and Executors.* 2nd ed., Edinburgh (W. Green).

B. Doctrine relative à la Convention et à ses effets en droit national – *Sources on the Convention and its Effects under Domestic Law*

Actes et documents… de la Quinzième session, t. II: *Trust – loi applicable et reconnaissance*. La Haye (Bureau permanent de la Conférence) 1985.

BROGGINI (Gerardo) 1996: « Il trust nel diritto internazionale privato italiano». In *I trusts in Italia oggi*, pp. 11-27. Milano (Giuffrè).

COING (Helmut) 1991: «Übernahme des Trusts in unser internationales Privatrecht?» *Festschrift für Theodor Heinsius*, pp. 80-88. Berlin, New York (de Gruyter).

DYER (Adair) 1999: «International recognition and adaptation of trusts: The influence of the Hague Convention». 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* pp. 989-1020.

FUMAGALLI (Luigi) 1992: « La Convenzione dell'Aja sul "trust" e il diritto internazionale privato italiano». *Diritto del commercio internazionale* 1992 pp. 533-568.

GAILLARD (Emmanuel) 1990: «Les enseignements de la convention de La Haye du 1.7.85 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance». *Revue juridique et politique Indépendance et coopération* 1990 pp. 304-320.

GAILLARD (Emmanuel) & TRAUTMAN (Donald T.) 1986: «La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance». *Revue critique de droit international privé* 1986 pp. 1-31.

— 1987: «Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts». 35 *American Journal of Comparative Law* pp. 307-340.

GUILLAUME (Florence) 2000: «Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite». *Revue suisse de droit international et de droit européen* 2000 pp. 1-36.

HAYTON (David) 1996: «The Significance of the Hague Conventions on Trusts and on Succession: A Common Law Perspective». *E pluribus unum: Liber amicorum Georges A.L. Droz.* The Hague, Boston (Martinus Nijhoff) 1996, pp. 121-134.

JAUFRET-SPINOSI (Camille) 1987: «La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985)». *Journal du droit international* 1987 pp. 23-65.

KLEIN (Frédéric-Edouard) 1990: «À propos de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance». *Mélanges Paul Piotet,* pp. 467-483. Berne (Stämpfli).

KOPPENOL-LAFORCE (Marielle) 1997: *Heet Haagse Trustverdrag*. Thèse, Deventer (Kluwer). [English summary on pp. 263-270]

— 1998: «The Trust, The Hague Trusts Convention and Civil Law Countries; A Mission Impossible?» *Notarius Internationale* 1998 pp. 27-40.

KOPPENOL-LAFORCE (M.E.) & KOTTENHAGEN (R.J.P.) 1998: « The institution of the trust and Dutch law». In *Netherlands reports to the fifteenth International Congress of comparative law: Bristol 1998*, pp. 137-153. Antwerpen & Groningen (Intersentia Rechtswetenschappen) 1998.

KÖTZ (Heinz) 1986: «Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust». In *Rabels-Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1986 pp. 562-584.

— 1999: «The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Their Recognition». In *Modern International Developments in Trust Law*, pp. 37-48. The Hague (Kluwer Law International etc.).

LUPOI (Maurizio) 1995: «The Shapeless Trust». *Trusts & Estates* vol. 1, issue 3.

— 1997: «Effects of the Hague Convention in a Civil Law Country». *The Reform of Property Law*, pp. 222-238. Brookfield, VM (Ashgate), Aldershot (Dartmouth).

— 1999: «International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of The Hague Convention». 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* pp. 989-988.

OVERBECK (Alfred von) 1985a: «Rapport explicatif / Explanatory Report». *Actes et documents de la Quinzième session*, t. II: *Trust – loi applicable et reconnaissance*. La Haye (Bureau permanent de la Conférence).

— 1985b: «La Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance». *Annuaire suisse de droit international* 1985 pp. 30-38.

— 1996: «Law Applicable to, and Recognition of Trusts in Switzerland: the Possible Future under the Hague Convention». *Trusts & Trustees*, vol. 2, issue 5 (April 1996), pp. 6-11.

— 1997: «La ratification de la Convention de La Haye sur le *trust* par les Pays-Bas: un exemple pour la Suisse» *Collisio legum : Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggini*, pp. 367-380. Milano (Giuffrè).

PATON (Andrew G.) & GROSSO (Rosanna) 1994: « The Hague Convention on the law applicable to trusts and on their recognition: implementation in Italy». *International and Comparative Law Quarterly* 43 (1994) pp. 654-661.

Proceedings of the Fifteenth Session, tome II: *Trusts – applicable law and recognition*, The Hague (Bureau permanent de la Conférence) 1985.

PÉLICHET (Michel) 1994: «Le trust et les institutions analogues – La Convention de La Haye du premier juillet 1985». In *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, pp. 133-186. Lausanne (CEDIDAC).

PIRRUNG (Jörg) 1987. «Die XV. Tagung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht – Trustübereinkommen vom 1. Juli 1985». *IPRax Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1987 pp. 52-55.

REYMOND (Claude) 1991: «Réflexions de droit comparé sur la Convention de La Haye sur le trust». *Revue de droit international et de droit comparé* 1991 pp. 7-24.

— 1997: «La Suisse et la Convention de La Haye sur la reconnaissance du trust». <www-isdc.unil.ch/f/Reymond97.html>

TRAUTMAN (Donald D.) 1987: «Party autonomy in the proposed Hague Conference convention for trusts». 21 *Revista Juridica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico* pp. 547-553.

C. Ouvrages de droit suisse – *Swiss Law*

BaK–…: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, hrsg. von H. Honsell, N.P. Vogt & T. Geiser, 4 Bde, Basel (Helbing & Lichtenhahn) 1994 (OR II), 1996 (ZGB I & OR I, 2. Aufl.), 1998 (ZGB II).

BARTHOLD (Beat) 1997: *Aussonderung von Treugut im schweizerischen Partikularkonkurs*. Thèse de Bâle, Zurich (Schulthess).

BERTI (Stephen V.) 1994: « Der trust, das Lugano Übereinkommen und das schweizerische IPR». In *Aspekte des Wirtschaftsrechts – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994*, pp. 223-238. Zurich (Schulthess).

BLOCH (Konrad) 1950: «Der anglo-amerikanische Trust und seine Behandlung im internationalen Privatrecht». *Revue suisse de jurisprudence* 1950 pp. 65-71.

BREITSCHMID (Peter) 1995: «Trust und Nachlassplanung». In *Rechtskollisionen – Festschrift für Anton Heini*, pp. 49-72. Zurich (Schulthess).

BUCHER (Andreas) 2000: «Vers une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers». *La Semaine judiciaire* 2000 II pp. 77-135.

DESCHENAUX (Henri) 1983: *Traité de droit privé suisse*, t. V/II/2: *Le registre foncier*. Fribourg (Ed. Universitaires).

DESCHENAUX (Henri), STEINAUER (Paul-Henri) & BADDELEY (Margareta) 2000: *Les effets du mariage*. Berne (Stämpfli).

Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse (1994): éd. par Michel Jaccard. Lausanne (CEDIDAC).

DRUEY (Jean-Nicolas) 1997: *Grundriss des Erbrechts*. 4e éd., Berne (Stämpfli).

DREYER (Dominique) 1981: *Le trust en droit suisse*. Thèse de Fribourg, Genève (Georg).

DUNAND Serge (2000): «Voyage au cœur des trusts: Techniques d'approche du trust en audit». *L'expert-comptable suisse* 2000 pp. 979-982.

DUNAND (Jean-Philippe) 2000: *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre» – Mancipio dare ut remancipetur: Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*. Thèse, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) et Genève (Faculté de droit).

DUTOIT (Bernard) 1997: *Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*. 2e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn).

FLATTET (Guy) 1990: «Le trust en droit suisse». *Revue juridique et politique* (Le Vésinet Paris) 1990 pp. 263-272.

FUCHS (Adriana) 1998: *Soll die Schweiz die Haager Trust-Konvention ratifizieren?* Berne (Haupt). [Publikation der Swiss Banking School Zürich, 188.]

GILLIÉRON (Pierre-Robert) 1999: *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*. Lausanne (Payot) 1999 (vol. 1: art. 1-88), 2000 (vol. 2: art. 89-258).

GIOVANOLI (Mario) 1991: «Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse». In *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, pp. 31-55. Paris (GLN).

— 1994: «Acte fiduciaire ou acte simulé? Réflexions sur quelques arrêts récents». In *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, pp. 189-229. Lausanne (CEDIDAC).

GUBLER (Friedrich) 1954: «Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?» Rapport présenté à la Société suisse des juristes. *Revue de droit suisse* 1954 II pp. 215a-476a.

GUINAND (Jean) & STETTLER (Martin) 1999: *Droit civil II: Successions*. 4e éd., Fribourg (Ed. Universitaires).

GUTZWILLER (Peter Max) 1985: «Der Trust in der Schweizerischen Rechtspraxis». *Annuaire suisse de droit international* 1985 pp. 53-56.

HAUSHEER (Heinz), REUSSER (Ruth) & GEISER (Thomas) 1992: *Berner Kommentar*, t. 2 1 3 1 (art. 181-220 CC). 4e éd., Berne (Stämpfli).

— (1996): *Berner Kommentar*, t. 2 1 3 2 (art. 221-251 CC). 4e éd., Berne (Stämpfli).

— (1999): *Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen* (art. 159-180 CC). Berne (Stämpfli).

IPR–… (1996): *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Internationale Privatrecht*. Hrsg. von H. Honsell, N.P. Vogt & A.K. Schnyder. Basel (Helbing & Lichtenhahn).

IPRG–… (1993): *IPRG Kommentar*. Hrsg. von A. Heini, M. Keller, K. Siehr, F. Vischer & P. Volken. Zurich (Schulthess).

KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) 1995: «Convention de Lugano et contentieux bancaire». In *Journée 1995 de droit bancaire et financier*. Ed. par L. Thévenoz. Berne (Stämpfli).

KÜNZLE (Hans Rainer) 2000: *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*. Thèse d'habilitation, Zurich (Schulthess).

LIMBURG (Andreas C.) & SUPINO (Pietro) 1999: «Disputes Involving Trusts: The Swiss Perspective». In *Disputes Involving Trusts*, ed. by N.P. Vogt, pp. 191-209. Bâle (Helbing & Lichtenhahn), Munich (Beck), Saffron Walden (Trusts & Trustees).

MAYER (Thomas M.) 1998: *Die organisierte Vermögenseinheit gemäss Art. 150 IPRG : Unter besonderer Berücksichtigung des Trust.* Thèse, Bâle (Helbing & Lichtenhahn).

OFTINGER (Karl) & BÄR (Rolf) 1981: *[Zürcher] Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. IV 2 b: *Das Fahrnispfand*. 3e éd., Zurich (Schulthess).

PIOTET (Paul) 1975: *Droit successoral*. Traité de droit privé suisse, t. IV. Fribourg (Ed. Universitaires) 1975, avec supplément 1987.

PONCET (Nicolas) & MEAKING (Ian L.) 1998: «Trusts and Switzerland». 26 *International Business Lawyer* pp. 324-328.

REYMOND (Claude) 1954: «Le trust et le droit suisse». Rapport présenté à la Société suisse des juristes. *Revue de droit suisse* 1954 II pp. 121a-214a.

— 1989: «Acte fiduciaire ou acte simulé? Réflexions sur quelques arrêts récents». *La Semaine judiciaire* (Genève) 1989 pp. 649-663.

— 2000: «Vers une autre fiducie?». In *Mélanges offerts à Pierre van Ommeslaghe*, pp. 659-668. Bruxelles (Bruylant).

RIEMER (Hans Michael) 1975: *Berner Kommentar*, t. I 3/3: *Die Stiftungen*. 3e éd., Berne (Stämpfli).

SchKG–… (1998): *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*. Hrsg. von A. Staehelin. 3 Bde, Basel (Helbing & Lichtenhahn).

SCHNITZER (Adolf F.) 1963: «Die Treuhand (der Trust) und das internationale Privatrecht». *Gedächtnisschrift Ludwig Marxer*, pp. 53-113. Zurich (Schulthess).

— 1965: «Trust und Stiftung». *Revue suisse de jurisprudence* 1965 pp. 197-201 & 213-218.

SCHULTHESS (Hans Conrad) & LIMBURG (Andreas C.) 1996: «Rechtsfragen der Ausübung von Trustee-Fuktionen durch schweizerische Truestees – Analyse der Rechtslage und Empfehlungen zur Mandatsausübung». *L'expert-comptable suisse* 1996 pp. 57-69.

STAEHELIN (Daniel) 1995: «Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht». *Pratique juridique actuelle* 1995 259-284.

STEINER (Markus) 1999: *Das bankinterne Sondervermögen: Regelung im schweizerischen Anlagefondsgesetz und Verwendung in der Bankpraxis (inkl. Musterreglement).* Zurich (Schulthess).

STANISLAS (Guy) 2000: «Ayant droit économique et droit civil: le devoir de renseignements de la banque». *La Semaine judiciaire* (Genève) 1999 II pp. 413-455.

STARK (E.W.) 1984, *Berner Kommentar*, t. IV 3/1: *Der Besitz*. 2e éd., Berne (Stämpfli).

STEINAUER (Paul-Henri) 1997, *Les droits réels*, t. I. 3e éd., Berne (Stämpfli).

STIEGER (Markus) 1992: «Was bringt das Lugano-Übereinkommen für Trusts mit Berührung zur Schweiz?» *L'expert-comptable suisse / Der Schweizerische Treuhänder* 1992 pp. 202-205.

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

THÉVENOZ (Luc) 1995: «La fiducie, cendrillon du droit suisse: Propositions pour une réforme». Rapport présenté à la Société suisse des juristes. *Revue de droit suisse* 1995 II pp. 253-363.

— 1997: «Un point de vue suisse». In *Le trust et la fiducie: implications pratiques / De trust en de fiduciaire overeenkomst: practische implicaties.* Bruxelles /Bruylant).

— 2000: «Patrimoines fiduciaires et exécution forcée». In *Insolvence, désendettement et redressements: Études réunies en l'honneur de Louis Dallèves*, pp. 345-369. Bâle (Helbing & Lichtenhahn) & Genève (Faculté de droit).

THÉVENOZ (Luc) & DUNAND (Jean-Philippe) 1998: «La fiducie: droit des biens ou droit des obligations?» In *Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé : Bristol, 27 juillet au 1er août 1998*, pp. 479-510. Zurich (Schulthess).

THORENS (Justin) 1986: *Les traits caractéristiques de la property law anglo-américaine: le cas des Etats-Unis, droits réels, successions, trusts.* Berne (Stämpfli).

— 1989: «Le trust de Common Law dans les systèmes de droit civil et l'arrêt Tucker de la Cour suprême du Canada». In *Festschrift für Walther J. Habscheid*, pp. 325-334. Bielefeld (Gieseking).

— 1990: «The Common Law Trust and the Civil Law Lawyer». In *Comparative and Private International Law: Essay in Honor of John Henry Merryman*, pp. 309-315. Berlin (Duncker & Humblot).

— 2000a: «Trusts and fiduciary arrangements in common law and civil law countries; problemes and pitfalls for trustees and other fiduciaires. The situation faced by a trustee in a civil law country; the case in Switzerland». Paper presented to the IAETL Toronto Conference, 24-27 May 1999. In print.

— 2000b: «L'article 335 CCS et le trust de common law». À paraître dans un recueil d'études.

von TUHR (Andreas), ESCHER (Arnold) & PETER (Hans) 1979: *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*. 2 vol., 3e éd., Zurich (Schulthess).

WACH (Thomas) 1987: «Die angelsächsischen Trusts und die schweizerische Rechtsordnung». *Revue suisse de jurisprudence* 1987 pp. 209-211.

WATTER (Rolf) 1995: «Die Treuhand im Schweizer Recht». Rapport présenté à la Société suisse des juristes. *Revue de droit suisse* 1995 II pp. 179-252.

WOLTER (Gerhard) 1998: *Treuhandrecht im Umbruch? Ein Blick nach Frankreich, Luxemburg, in die Schweiz und in den Libanon sowie auf das Haager Trust-Übereinkommen*. Thèse de Saarbrücken, Francfort s.M. (Lang).

ZOBL (Dieter) 1982: *Berner Kommentar*, t. IV 2/5/1: *Das Fahrnispfand*. 2e éd., Berne (Stämpfli).

— 1999: *Grundbuchrecht*. Zurich (1999).

Table des matières – *Table of Contents*

Sommaire 5
Avant-propos 7
Remerciements 9

Trusts en Suisse:
Adhésion à la Convention de La Haye
sur les trusts et codification de la fiducie

I. Introduction 11
II. Le trust 18
A. Notion 20
B. Grande variété de droits et d'expectatives des bénéficiaires 21
C. Devoirs du trustee 23
D. Patrimoine séparé 25
E. Responsabilité aux dettes 26
F. Droit de suite des bénéficiaires 27
G. Interventions du juge 29
III. Aperçu de la Convention 29
A. Champ d'application 30
B. Loi applicable 32
C. Effets et limites de la reconnaissance d'un trust 33
IV. Lacunes du droit international privé suisse 35
A. Qualification contractuelle 36
B. Qualification successorale 38
C. Patrimoine organisé 40
V. Trusts et droit successoral, en particulier les réserves successorales 44
A. Reconstitution des réserves successorales 46
1. Trusts testamentaires 49
2. Trusts inter vivos 51
a) Distributions effectuées par le trustee aux bénéficiaires avant le décès du settlor 52
b) Fonds du trust au moment du décès du settlor 53
c) Complètement du Code civil 54
B. Droit d'information des héritiers réservataires

à l'encontre du trustee 57
VI. Trusts et régimes matrimoniaux 61
1. Acquêts 62
2. Biens communs 64
VII. Exécution forcée 65
A. Exécution forcée sur les biens en trust 66
1. Saisie au préjudice du trustee 67
a) Répartition des rôles dans la procédure civile de revendication 67
b) Définition de la qualité pour agir et pour défendre 70
c) Objection à la revendication: créances grevant le fonds du trust 73
2. Faillite du trustee 76
3. Séquestre au préjudice du trustee 78
B. Exécution forcée sur les droits des bénéficiaires 80
1. Par voie de saisie 81
2. Dans la faillite du bénéficiaire 86
3. Séquestre 86
4. Conclusion 86
C. Protection des créanciers du settlor 87
1. Les droits des créanciers selon la loi applicable au trust 88
2. Les droits des créanciers selon le droit suisse de l'exécution forcée 90
VIII. Droit de suite des bénéficiaires et responsabilité de tiers 91
A. Position de l'acquéreur d'un (droit sur un) bien du trust 95
1. Le droit de suite ("revendication") sur le bien lui-même 99
2. Le droit de suite sur les revenus et le produit de réalisation du bien 103
3. La responsabilité de l'acquéreur for knowing receipt 105
4. Conclusion: délimitation entre la loi du trust et la lex rei sitae 107
B. Le cas particulier des sûretés 111
C. Position du dépositaire d'un bien en trust 115
IX. Registres publics 117
A. Règle générale 118
B. Registre foncier, registres des bateaux et des aéronefs 123
1. Trustee unique 123
2. Co-trustees en tant que propriétaires 128

3. Trusts sur des biens immobiliers suisses: conclusion 129
X. Fors 131
XI. Article 13 134
XII. Réserves et autres déclarations permises par la Convention 138
A. Lois d'application immédiate (article 16) 138
B. Trusts créés par décision de justice (article 20) 138
C. Réciprocité (article 21) 140
D. Application dans le temps (article 22) 140
XIII. Réserve de la souveraineté fiscale 140
XIV. Fiducie suisse: opportunité d'une codification 141
A. Pourquoi légiférer? 143
B. Insertion systématique et champ d'application 149
C. Lignes directrices du projet 152
XV. Projet de codification de la fiducie 153
XVI. Résumé des propositions législatives 165
A. Modifications du Code civil 167
B. Modification du Code des obligations 168
C. Modification de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite 173
D. Modification de la loi fédérale sur le droit international privé 174

Trusts in Switzerland:
Ratification of The Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers

I. Introduction 177
II. Trusts 184
A. Trust Concept 186
B. The Beneficiaries' Varying Rights and Expectations 187
C. Duties of a Trustee 189
D. Segregation of Trust Assets 190
E. Liability for Debt 191
F. Beneficiaries' Right to Trace Assets 193
G. Judicial Intervention 194
III. Overview of the Convention 195
A. Scope of Application 195

B. Applicable Law 197
C. Effects and Limits in Recognising Trusts 198
IV. Lacunae in Swiss Private International Law 200
A. Contractual Characterisation 201
B. Successoral Characterisation 203
C. Organised Estate 205
V. Trusts, Inheritance and Indefeasible Shares 209
A. Reconstitution of Indefeasible Shares 211
1. Testamentary Trusts 213
2. Inter Vivos Trusts 216
a) Distributions made by the Trustee to the Beneficiaries before the Settlor's Demise 217
b) Trust Fund at the Time of the Settlor's Demise 217
c) Proposed Amendments to the Civil Code 219
B. Heirs to Indefeasible Shares: Right to Information from the Trustee 221
VI. Trusts and Matrimonial Property Rights 225
1. Sharing Property acquired during Wedlock 226
2. Community Property 229
VII. Enforcement 230
A. Enforcement against Assets in Trust 230
1. Seizure Proceedings directed against the Trustee 231
a) Parties to the Civil Action to Trace Property 232
b) Definition of Standing to Sue and be Sued 235
c) Objection to the Action to Trace Property: Debts Enforceable against Trust Property 237
2. Bankruptcy of Trustees 240
3. Attachment of Trust Property 242
B. Enforcement against Beneficiaries' Rights 244
1. Seizure 245
2. In the Bankrupt Beneficiary's Estate 250
3. Attachment 250
4. Conclusion 250
C. Protection of the Settlor's Creditors 251
1. Creditors' Rights according to the Law Applicable to the Trust 252
2. Creditors' Rights under the Swiss Law of Enforcement ... 253
VIII. Beneficiaries' Right to Trace Assets and Third-Party Liability ... 255

A. Purchasers of Assets in Trust (or of Rights Related Thereto) ... 259
1. The Right to Trace the Trust Property itself ("Revendication") ... 263
2. The Right to Trace Income and Sale Proceeds ... 267
3. Purchaser's Liability for Knowing Receipt ... 269
4. Conclusion: Borderline between the Trust Law and the Lex Rei Sitae ... 271
B. Security Interests: a Special Case ... 274
C. Depositories of Trust Assets ... 278
IX. Public Registers ... 281
A. General Rule ... 282
B. Land, Ship and Aircraft Registers ... 286
1. Sole trustee ... 286
2. Co-trustees as titleholders ... 291
3. Trusts on real property located in Switzerland: conclusion ... 292
X. Jurisdiction ... 294
XI. Article 13 ... 297
XII. Reservations and Other Declarations Permitted by the Convention ... 301
A. Internationally Mandatory Rules (Article 16) ... 301
B. Trusts Created by Judicial Decision (Article 20) ... 301
C. Reciprocity (Article 21) ... 303
D. Application Date (Article 22) ... 303
XIII. Reservation of Fiscal Sovereignty ... 303
XIV. Swiss Fiduciary Transfers: Ripe for Codification? ... 304
A. Why is Legislation Necessary? ... 307
B. Systematic Insertion and Scope of Application ... 312
C. Project Outline ... 315
XV. Draft Codification of Fiduciary Transfers ... 316
XVI. Summary of Legislative Proposals ... 328
A. Amendments to the Civil Code ... 331
B. Amendments to the Code of Obligations ... 332
C. Amendment of the Federal Debt Enforcement and Bankruptcy Act ... 337
D. Amendment of the Swiss Private International Law Act ... 338

Zusammenfassung der vorgeschlagenen gesetzgeberischen Änderungen

A. Änderung des Zivilgesetzbuches 341
B. Änderung des Obligationenrechts 342
C. Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs 347
D. Änderung des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht 348

Abréviations – *Abbreviations* 383

Bibliographie – *Bibliography*

A. Principales sources relatives au droit du trust 385
B. Doctrine relative à la Convention et à ses effets en droit national – *Sources on the Convention and its Effects under Domestic Law* 387
C. Ouvrages de droit suisse – *Swiss Law* 390