

---

# LA NOTION DE TRUST EN DROIT SUISSE

---

MISE AU POINT  
Juin 2013

Bernard Vischer  
et Julie Wynne

## 1. INTRODUCTION

Suite à la ratification par la Suisse de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (la "Convention de La Haye")<sup>1</sup>, le trust est devenu une notion pleinement reconnue par le droit interne suisse. Certes, le législateur n'a pas développé un droit suisse du trust, mais les trusts de droits étrangers sont désormais un concept autonome, sans qu'il soit nécessaire de les qualifier en fonction de concepts semblables du droit interne suisse. Le juriste suisse doit dès lors se familiariser avec cette notion que la présente fiche présente ainsi qu'avec les règles de droit international privé suisse applicables aux trusts.

## 2. NOTION DE TRUST

Le trust est à l'origine une création jurisprudentielle des tribunaux d'équity britanniques et échappe par conséquent volontiers aux tentatives de définitions propres aux traditions juridiques romano-germanique<sup>2</sup>. Les définitions du trust sont avant tout l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence anglo-saxonnes qui se sont efforcées de saisir les contours de cette institution juridique. Vu son origine, cette création jurisprudentielle s'est surtout répandue dans les pays de common law. Néanmoins, des législateurs sont intervenus dans différents contextes pour appréhender la notion de trust. La Convention de La Haye, entrée en vigueur en Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2007, en est un bon exemple.

---

<sup>1</sup> RS 0.221.371.

<sup>2</sup> Thévenoz, Trusts en Suisse, page 20.

Se basant sur la définition donnée par la Convention de La Haye<sup>3</sup>, le Tribunal fédéral a ainsi défini le trust comme un rapport juridique dans lequel le constituant (*settlor*)<sup>4</sup> confie des biens patrimoniaux au trustee afin qu'il les gère dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou de plusieurs bénéficiaires. Ces biens constituent une masse distincte du patrimoine du trustee. Ce dernier en acquiert seul la propriété. Il est chargé d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust<sup>5</sup>.

Ainsi que le relève le Message du Conseil fédéral relatif à la Convention de La Haye, le trust est cependant de nature protéiforme et il a par conséquent tendance à se soustraire à toute définition : toute règle semble immédiatement appeler une exception. Ainsi, le but d'un trust peut être de portée générale ou favoriser des personnes déterminées dont le constituant lui-même<sup>6</sup>; la relation de trust peut être révocable ou irrévocable; la relation de trust peut être constituée entre vifs ou pour cause de mort et, enfin, elle peut être établie de manière expresse ou implicite<sup>7</sup>.

La définition du trust tirée de la Convention de La Haye et de la jurisprudence suisse reprend en fait, en décrivant le rôle des différents intervenants dans une relation de trust, les trois conditions (*three certainties*) essentielles pour qu'en droit anglo-saxon, on admette l'existence d'un trust soit (i) le dessaisissement du constituant qui atteste de l'intention de créer un trust (*certainty of intention to create a trust*), (ii) dessaisissement qui porte sur un patrimoine individualisé (*certainty of the subject matter of the trust*) et (iii) en faveur d'un but ou de bénéficiaires déterminés (*certainty of the object of the trust*). Ainsi, si ces trois conditions sont réunies, il est possible de reconnaître l'existence d'un trust.

Pour cerner la notion de trust, nous considérerons dans un premier temps quels sont les caractères essentiels du trust et ses particularités. Nous examinerons ensuite les principaux types de trust et enfin analyserons les devoirs du trustee.

## 1. CARACTERES ESSENTIELS

### 1.1. *Certainty of intention to create a trust*

La première condition à la constitution d'un trust est la manifestation de la réelle intention du constituant de créer un trust<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Art. 2 de la Convention de La Haye; la Convention de La Haye peut être interprétée à l'aide du Rapport explicatif de M. Alfred von Overbeck, cf. *Re Barton, Tod v Barton* [2002] EWHC 264 Ch.

<sup>4</sup> Dans la terminologie américaine, le settlor est appelé grantor.

<sup>5</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 1b\_21/2010 du 25 mars 2010, c. 2.2.

<sup>6</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 2c\_409/2009 du 15 janvier 2010, c. 3.2.

<sup>7</sup> Message, page 568.

<sup>8</sup> Underhill/Hayton, page 93ss, chiffres 7.1 et 8.1ss.

La constitution d'un trust est un acte de volonté unilatéral de la part du constituant. En théorie, la manifestation de volonté ne doit pas répondre à une forme déterminée et peut donc prendre la forme orale. Dans la pratique, elle est cependant presque toujours consignée par écrit, notamment pour des besoins de preuves. Il est simplement nécessaire que le constituant ait manifesté son intention de créer le trust par des termes clairs et qui démontre sa volonté de mettre des devoirs fiduciaires à la charge du trustee.

En règle générale, c'est le constituant qui déclare dans un acte appelé *deed of settlement* ou *trust deed* les termes auxquels il soumet les biens remis au trustee. Il n'est cependant pas nécessaire que ce soit le constituant qui signe ces déclarations. Il arrive souvent dans la pratique que ce soit le trustee lui-même qui consigne dans un document les conditions qui s'appliquent aux biens qu'il reçoit en trust. Ce document est alors appelé *declaration of trust*. Cette pratique répond notamment à des soucis de discrétion d'un constituant qui ne souhaiterait pas que son nom apparaisse dans l'acte constitutif du trust.

Du fait qu'une relation de trust est établie par un acte unilatéral de volonté découle que le trust n'est pas un contrat entre le constituant, le trustee et/ou le bénéficiaire mais s'apparente plutôt à l'acte constitutif d'une personne morale.

Lorsque le trust n'est pas constitué par une manifestation de volonté expresse mais uniquement par acte concluant, il est question d'un *resulting trust*<sup>9</sup>.

Une autre catégorie de trust qu'on appelle des *constructive trusts* n'est pas constituée par acte de volonté, mais par une décision judiciaire qui applique par analogie les principes du trust à d'autres relations juridiques<sup>10</sup>.

### 1.2. *Certainty of the subject matter of the trust et dessaisissement*

Une fois la volonté du constituant de créer un trust établie, le trust n'est constitué que s'il porte sur des biens déterminés.

Le trust peut porter sur toute sorte de valeur patrimoniale : biens meubles ou immeubles, droits de propriété intellectuelle, créances actuelles ou futures, conditionnelles ou contestées, expectatives (par exemple successorales)<sup>11</sup>. Cela sous réserve bien entendu d'une inaliénabilité prévue par la loi applicable.

Les biens doivent être décrits de manière suffisamment précise pour qu'ils soient identifiables ou déterminables de manière certaine.

Si les biens ne sont pas déterminés ou déterminables, le trust est nul. Si le constituant est toujours vivant, il peut réparer ce défaut en précisant exactement les biens sujets

---

<sup>9</sup> Cf. infra § 2.2.1.

<sup>10</sup> Cf. infra § 2.2.1; Message, page 568.

<sup>11</sup> Underhill/Hayton, page 231, chiffre 10.1.

du trust. Si, en revanche, le constituant est décédé, les biens ne sont pas soumis au trust et tombent dans la masse successorale du constituant.

De surcroît, les biens en question doivent être transférés au trustee. Le dessaisissement est un élément essentiel pour la création d'un trust dans la mesure où il établit la certitude de l'intention du constituant de constituer un trust. Le constituant peut se dessaisir soit en déclarant que tels de ses biens en sa possession doivent être dorénavant détenus en trust, soit en transférant effectivement certains actifs au trustee selon les termes du trust<sup>12</sup>.

Tant que ce dessaisissement n'a pas eu lieu, le trust n'existe pas.

Pour qu'il y ait dessaisissement, il est nécessaire qu'il y ait un transfert de propriété valable des biens au trustee. En règle générale, la validité du transfert de propriété dépendra des trois conditions suivantes:

- a. Le constituant doit détenir valablement les biens qu'il entend transférer au trustee;
- b. Le constituant doit être capable de transférer les biens au trustee, à savoir capable d'un point de vue civil (i.e. être majeur et capable de discernement, *personal capacity*) ainsi que capable d'un point de vue du droit de la propriété auquel est soumis le constituant (*proprietary capacity*);
- c. Le transfert de propriété des biens du constituant au trustee doit être effectué en tenant compte des règles particulières applicables à la nature du bien en question à transférer.

Le droit applicable à la validité du transfert dépendra des règles de droit international privé du tribunal saisi qui peut être différent du droit applicable au trust. La Convention de La Haye prévoit expressément qu'elle ne s'applique pas aux questions préliminaires à l'existence du trust, telle la validité du dessaisissement<sup>13</sup>.

### 1.3. *Certainty of the object of the trust*

En troisième lieu, il est essentiel que les bénéficiaires du trust soient définis de manière suffisamment précise. Les bénéficiaires doivent ainsi être soit nommés et/ou identifiés, soit déterminables de manière certaine<sup>14</sup>.

S'il n'est pas possible de déterminer si une personne entre ou non dans la classe de bénéficiaires d'un trust, le trust est nul<sup>15</sup>. S'il est simplement difficile de le déterminer, le trust est considéré comme valide pour autant qu'il soit possible de procéder à un

---

<sup>12</sup> Underhill/Hayton, pages 187ss, chiffres 9.1ss.

<sup>13</sup> Article 4 de la Convention de La Haye, cf. infra § 3.2.3.

<sup>14</sup> Re Endacott [1960] Ch 232, § 246.

<sup>15</sup> Re Gulbenkian's Settlement, [1970] AC 508, [1968] 3 All ER 785,

tel examen (*workable*)<sup>16</sup>. Ainsi il a été jugé qu'un trust qui prévoyait que les bénéficiaires étaient « mes anciens amis »<sup>17</sup> était invalide dès lors que la notion en jeu était trop subjective pour déterminer si quelqu'un entrait ou non dans cette catégorie, tandis qu'un trust indiquant comme bénéficiaires « les employés de la société ABC SA et leur famille »<sup>18</sup> a été reconnu comme valable puisqu'on pouvait comprendre le terme « leur famille » comme signifiant « leurs descendants » au vu du contexte en question ce qui ôtait toute incertitude quant à l'étendue des bénéficiaires du trust.

Cette condition de validité du trust est liée au *beneficiary principle*. Selon ce principe, un trust n'existe que s'il existe des personnes qui ont le pouvoir d'agir par-devant les tribunaux pour faire respecter le trust et demander une reddition de comptes au trustee<sup>19</sup>.

L'absence de la *certainty of the object of the trust* rend le trust nul; elle crée en revanche de droit un *resulting trust* en faveur du constituant (ou de son hoirie)<sup>20</sup>.

#### 1.4. Acceptation

S'agissant d'un acte unilatéral de volonté, la validité du trust n'est pas soumise à l'acceptation du trustee (ou du bénéficiaire)<sup>21</sup>. Le trust ne sera en revanche effectif que lorsque le trustee aura accepté ses fonctions.

L'acceptation peut être expresse ou tacite<sup>22</sup>. En général, le trustee le fera par la signature de l'acte constitutif ou par une déclaration d'acceptation expresse.

L'acceptation peut avoir lieu par acte concluant ou même tacitement, si le trustee désigné est avisé du trust et ne décline pas ses fonctions pendant une longue période<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> McPhail v. Doulton [1970] 2 WLR 1110; Re Baden (No 2) [1973] Ch 9.

<sup>17</sup> Brown v. Gould [1972] Ch 53.

<sup>18</sup> Re Baden's Deed Trusts (No 2) [1973] Ch 9.

<sup>19</sup> Morice v. Bishop of Durham [1804] 9 Ves 399, § 405; Re Aster's Settlement Trusts [1952] Ch 534.

<sup>20</sup> Cf. infra § 2.2.1.

<sup>21</sup> Vogt, Ba-K, chiffre 32 ad Vor Art. 149a-e LDIP.

<sup>22</sup> Underhill/Hayton, page 555, chiffre 39.

<sup>23</sup> Underhill/Hayton, page 557, chiffre 39.8.

On peut relever également que le trustee qui a accepté ses fonctions n'est pas tenu d'accepter les apports subséquents que le constituant veut lui faire, chaque apport supplémentaire devant être expressément ou tacitement accepté par le trustee.

### 1.5. *Devoirs du trustee*

Dès qu'il accepte ses fonctions, le trustee est lié par les devoirs qui en découlent.

Le devoir principal du trustee est d'administrer et de disposer des actifs du trust selon les termes du trust<sup>24</sup>. L'acte constitutif du trust fixe le cadre des devoirs du trustee pour l'administration des actifs du trust pendant qu'ils sont entre ses mains, mais aussi en ce qui concerne leur distribution aux bénéficiaires. L'acte constitutif peut être relativement spécifique et prévoir notamment les types d'investissement qui doivent être effectués ou encore l'obligation du trustee de consulter des experts avant de prendre telle décision de gestion.

A défaut de conditions spécifiques prévues dans l'acte constitutif, de nombreuses règles supplétives, souvent très élaborées, ont été développées. Ainsi, le trustee doit :

- agir de manière diligente et raisonnable<sup>25</sup>;
- agir de manière désintéressée et impartiale à l'égard du bénéficiaire<sup>26</sup>;
- se préparer à rendre compte et rendre compte en temps voulu<sup>27</sup>;
- agir en principe personnellement sans droit de substitution<sup>28</sup>.

Dans la pratique, un trustee est donc toujours bien avisé, avant d'accepter ses fonctions, de vérifier :

- si l'acceptation de ses fonctions ne le place pas dans une situation de conflits d'intérêts par rapport à ses obligations de diligence et loyauté envers les bénéficiaires (et éventuellement le constituant);
- s'il a l'expérience et les ressources nécessaires pour s'acquitter de ses devoirs, notamment en tenant compte de l'importance des actifs, de la durée probable du trust et d'éventuelles dissensions entre bénéficiaires;
- le risque que le transfert des actifs au trust puisse être contesté (par exemple en raison d'une action paulienne ou d'une action successorale en réduction ou rapport);

---

<sup>24</sup> Underhill/Hayton, page 613, chiffres 47.1 et 47.2.

<sup>25</sup> Cf. infra § 2.4.

<sup>26</sup> Cf. infra § 2.4.2.

<sup>27</sup> Cf. infra § 2.4.3.

<sup>28</sup> Cf. infra § 2.4.4.

- l'origine des actifs du trust en raison d'obligations légales de lutte contre le blanchiment d'argent.

### 1.6. Droits du bénéficiaire

Une caractéristique essentielle de la relation de trust est que, dès sa constitution par le constituant, ce dernier s'efface par rapport au bénéficiaire. Sous réserve de dispositions contraires du trust réservant des pouvoirs au constituant, celui-ci n'intervient plus dans la vie du trust. Ainsi, seul le bénéficiaire est protégé par les règles fixant les devoirs du trustee.

Le trustee doit sa loyauté non pas au constituant, mais au bénéficiaire. C'est par conséquent le bénéficiaire qui a qualité pour agir en cas d'acte ou omission du trustee qui viole les termes du trust ou ses devoirs généraux de trustee<sup>29</sup>.

### 1.7. Durée limitée

Par essence, un trust doit être de durée limitée et prévoir dans l'acte constitutif du trust une *trust period*. En cela, il se distingue clairement des fondations telles qu'elles sont connues en droit romano-germanique qui peuvent avoir une durée illimitée.

La règle limitant la durée des trusts (*rule against perpetuities*) vise à empêcher qu'un constituant puisse rendre ses biens inaliénables<sup>30</sup>. Cette restriction importante fait pendant à la flexibilité laissée en common law au constituant de créer un patrimoine séparé du sien et de celui du bénéficiaire.

La durée excessive peut résulter de l'avènement trop lointain de bénéficiaires (*rule against remoteness*)<sup>31</sup> ou d'un but qui reporte trop longtemps la distribution du capital du trust (*rule against inalienability*)<sup>32</sup>.

En common law, la règle veut que le trust ne peut pas durer au-delà de 21 ans après le décès d'une personne qui était en vie lors de la constitution du trust et qui avait été désignée expressément ou était au moins déterminable, d'où la *royal life clause* typique qui prévoit que les biens du trust doivent avoir été distribués au plus tard 21 ans après le décès du dernier survivant du roi George V vivant lors de la constitution du trust. De la sorte, un trust peut aisément être constitué pour une période de 100 ans voire plus.

Plusieurs juridictions ont toutefois légiféré pour adapter ou même totalement supprimer cette limitation de durée<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Underhill/Hayton, page 3, chiffre 1.1 (7).

<sup>30</sup> Underhill/Hayton, page 281, chiffre 11.110.

<sup>31</sup> Underhill/Hayton, page 242, chiffre 11.6.

<sup>32</sup> Underhill/Hayton, page 241, chiffre 11.2.

<sup>33</sup> Ainsi une perpetuity period maximale de 150 ans a été fixée pour les îles Cayman et l'île de Man et il n'existe plus de perpetuity period pour les Bermudes, Jersey et Guernesey.

Le trustee peut mettre fin à un trust avant la fin de sa trust period en procédant à la distribution de tous les biens du trust<sup>34</sup>; en effet, de par sa nature, un trust ne peut exister sans patrimoine.

Les bénéficiaires du trust peuvent également mettre fin au trust conformément à la règle tirée de l'arrêt de principe *Saunders v. Vautier* qui prévoit que l'ensemble des bénéficiaires, s'ils jouissent de la pleine capacité civile, agissent conjointement et ont un droit absolu sur les biens du trust, peuvent en réclamer le transfert à leur profit personnel et ainsi mettre fin au trust<sup>35</sup>.

## 2. TYPES DE TRUSTS

On peut cerner la notion de trust en distinguant certains de ses types auxquels des règles différentes peuvent s'appliquer.

### 2.1. *Trust exprès et trust créé de droit*

Les droits du trust distinguent en général entre les trusts créés par une manifestation de volonté expresse ou tacite du constituant (*express trust*) et ceux qui sont créés par la loi ou par décision de justice<sup>36</sup>.

Parmi les trusts créés de droit, soit sans manifestation de volonté d'un constituant, on distingue:

- les *statutory trusts*,
- les *resulting trusts* et
- les *constructive trusts*.

On parle d'un *statutory trust* lorsque la relation de trust résulte de dispositions légales. Certains trusts sont ainsi créés de par la loi dans certaines circonstances, notamment dans le domaine de la faillite, des successions ou de la copropriété de biens immobiliers<sup>37</sup>.

On parle de *resulting trust*, une création jurisprudentielle<sup>38</sup>, dans la situation particulière où une personne transfère à un tiers un bien sans contreprestation et que le

---

<sup>34</sup> Underhill/Hayton, page 385, chiffre 27.

<sup>35</sup> *Saunders v. Vautier* [1841] 4 Beav. 115, [1841] Cr & Ph 240.

<sup>36</sup> Underhill/Hayton, page 71, chiffre 3.1.

<sup>37</sup> Underhill/Hayton, page 390, chiffre 28.1, et pages 391-392, chiffre 28.1.

<sup>38</sup> *Westdeutsche Landesbank v. Islington LBC* [1996] AC 669, § 708.



tiers ne peut pas prouver l'avoir reçu à titre de donation, prêt ou en trust exprès. Dans ce cas, le droit présume de manière réfragable que le tiers détient le bien en trust pour celui dont il l'a reçu, celui-ci ayant gardé le *beneficial interest*<sup>39</sup>.

Enfin il est question de *constructive trust*, également une création jurisprudentielle<sup>40</sup>, lorsque, dans des circonstances bien déterminées, le tribunal considère qu'il serait inéquitable que le propriétaire d'une chose la détienne sans tenir compte de l'intérêt d'un tiers<sup>41</sup>. Les *constructive trusts* visaient à l'origine les situations où un tiers avait acquis des biens détournés sur lesquels ce dernier avait un *equitable interest* préexistant, notamment sur la base d'un trust exprès, mais la notion a été étendue à d'autres cas. Les faits qui peuvent engendrer un *constructive trust* sont en particulier la violation d'une obligation de fidélité (*breach of fiduciary duty*) ou l'enrichissement illégitime. Pour ces cas, les tribunaux ont jugé que la personne qui détient les actifs suite à la violation d'un devoir de fidélité ou sans cause ou en vertu d'une cause qui a cessé d'exister, les détient avec des devoirs à l'égard des tiers lésés semblables à ceux d'un trustee. Les *constructive trusts* s'apparentent donc plus à la notion de gestion d'affaires sans mandat ou d'enrichissement illégitime<sup>42</sup>.

Les trusts créés directement par la loi ou par décision de justice ne sont pas visés par la Convention de La Haye<sup>43</sup> et ne feront dès lors pas l'objet de développements dans la suite de cette fiche. On relèvera néanmoins que, bien que les *resulting trusts* soient classés de manière générale avec les trusts créées de droit, ils sont considérés comme étant des trusts résultant d'une manifestation de volonté présumée et tombent par conséquent dans le champ d'application de la Convention de La Haye.

A cet égard, on peut relever que le terme de *implied trust* qui est parfois utilisé est équivoque. En principe, sont considérés comme *implied trust* les trusts que la loi déduit des circonstances au lieu de la manifestation de volonté expresse du constituant. Les *implied trusts* incluent les *resulting trusts* ou les *constructive trusts*. Toutefois, certaines décisions de jurisprudence ont aussi qualifié de *implied trusts* des trusts exprès fondés sur la manifestation de volonté tacite du constituant dans le sens que ce n'est

---

<sup>39</sup> Underhill/Hayton, page 71, chiffre 3.1 (2), et pages 395-396, chiffres 28.10 à 28.12.

<sup>40</sup> Westdeutsche Landesbank v. Islington LBC [1996] AC 669.

<sup>41</sup> Underhill/Hayton, page 71, chiffre 3.1 (3), page 391, chiffre 28.1 (3), et pages 398ss, chiffres 28.14ss.

<sup>42</sup> Vogt, Ba-K, chiffre 43 ad Vor Art. 149a-e LDIP.

<sup>43</sup> qui ne s'applique conformément à l'article 3 de la Convention de La Haye qu'aux trusts créés volontairement, Message, page 595, chiffre 1.8.3; Rapport explicatif, page 380, chiffres 49-51. Les trusts créées par décision de justice peuvent cependant être soumises, par déclaration de l'Etat contractant, à la Convention de La Haye conformément à son article 20.

pas le trust mais la manifestation de volonté qui est *implied*. Il s'agit donc d'un terme équivoque à lire avec précaution et à éviter d'utiliser<sup>44</sup>.

## 2.2. *Private trusts et purpose trusts*

Les trusts peuvent également être distingués en fonction du but pour lequel ils ont été créés.

Ainsi un *private trust* est ainsi créé lorsque des biens sont portés en trust pour être détenus en faveur d'individus déterminés, les bénéficiaires.

Les trusts sans bénéficiaires déterminés ou déterminables et qui ne servent qu'un but déterminé sont qualifié de *trusts for a specified purpose* ou *purpose trusts*. Ils ne sont acceptés que de manière très restrictive dès lors qu'ils violent le *beneficiary principle*<sup>45</sup>.

On trouve ainsi deux exceptions au *beneficiary principle*:

- a) les trusts de bienfaisance (*charitable trusts*) qui servent un des buts particuliers limitativement prévus par la loi, tels que, notamment, la lutte contre la pauvreté ou la promotion de l'éducation ou de la religion. Ces trusts suivent cependant des règles particulières.
- b) Certains autres trusts qui poursuivent un but déterminé dans certains cas très spécifiques, aussi appelés *trusts of imperfect obligation*. Ont ainsi été reconnus comme admissibles des trusts dont le but était de s'occuper d'un animal ou d'entretenir un monument, par exemple une tombe<sup>46</sup>.

De nombreuses juridictions offshore ont cependant légiféré pour reconnaître la validité de *purpose trusts* de manière plus large que ne l'admet la common law et donnent désormais la possibilité de créer des *purpose trusts* qui ne poursuivent pas des buts caritatifs. Il s'agit notamment des îles anglo-normandes, des Bahamas, des Bermudes, des Iles Vierges Britanniques et des Iles Cayman. Ces lois exigent en général, pour surmonter l'objection qu'en l'absence d'un bénéficiaire, personne ne peut demander l'exécution du trust, qu'une personne, que ce soit le protecteur ou un *enforcer*, soit désignée pour exercer un contrôle sur le trustee. Celle-ci peut faire exécuter les termes du trust en agissant par-devant les tribunaux<sup>47</sup>.

## 2.3. *Trusts entre vifs et trusts testamentaires*

Un *express trust* peut être créé soit du vivant du constituant (*inter vivos trust*), soit à son décès (*testamentary trust*).

---

<sup>44</sup> Underhill/Hayton, page 71, chiffre 3.1 (4), et page 76, chiffre 3.11.

<sup>45</sup> Cf. supra § 2.1.3.

<sup>46</sup> Liste des exceptions indiquée dans Re Endacott [1960] Ch 232.

<sup>47</sup> Morice v. Bishop of Durham (1804) 9 Ves 399, (1805) 10 Ves 522.

Pour constituer un trust par testament, il est nécessaire de respecter les formes prévues pour un testament<sup>48</sup>.

A cet égard, il convient toutefois de garder à l'esprit qu'il peut arriver qu'un acte constitutif de trust entre vifs soit de fait considéré comme testamentaire du fait que le constituant conserve l'*equitable interest* dans les actifs du trust de son vivant et que celui-ci n'est transféré qu'à son décès<sup>49</sup>. Un tel trust qui serait un sham comme trust entre vifs pourrait, s'il respecte les formes pour les dispositions testamentaires, être considéré comme un trust testamentaire valable.

#### 2.4. *Trusts révocables et irrévocables*

Selon les termes mêmes du trust, un trust exprès peut être révocable ou irrévocable. Un trust est ainsi révocable lorsqu'il octroie à une personne (le constituant ou un tiers) le pouvoir de le dissoudre ultérieurement de façon unilatérale. Le constituant peut ainsi récupérer tout ou partie des biens apportés au trust.

Dans un trust irrévocable, le trust ne peut pas être révoqué, le constituant perd donc tout droit sur les biens transférés dans le fonds du trust. Le dessaisissement est total et définitif.

#### 2.5. *Trusts fixes ou discrétionnaires*

On opère encore une distinction parmi les *express trust* en fonction de la nature des intérêts octroyés au bénéficiaire du trust.

Le trust fixe (*fixed interest trust*) est un trust dans lequel un bénéficiaire dispose d'une créance actuelle à une part déterminée ou déterminable des avoirs en trust (revenu et/ou fortune)<sup>50</sup>. Le trustee a l'obligation de procéder aux distributions aux bénéficiaires telles qu'elles sont prévues dans le *trust deed*.

En revanche, dans un trust discrétionnaire (*discretionary trust*), aucun bénéficiaire ne dispose d'une telle créance. Le bénéficiaire n'a qu'une expectative que le trustee exerce son pouvoir discrétionnaire de le désigner comme bénéficiaire d'une part déterminée des avoirs en trust. Le trustee décide également librement du montant et du moment de la distribution<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Voir article 93 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).

<sup>49</sup> Underhill/Hayton, page 305, chiffre 12.45.

<sup>50</sup> Vogt, Ba-K, chiffre 53 ad Vor Art. 149a-e LDIP.

<sup>51</sup> Vogt, Ba-K, chiffres 47ss ad Vor Art. 149a-e LDIP; Re Gulbenkian [1968] Ch 126; Schmidt v. Rosewood Trust Ltd [2003] 2 WLR 1442, 1455.

## 2.6. Cas extrême et risque de « sham »

La grande flexibilité et la nature protéiforme du trust est encore illustrée par des configurations de trusts relativement inattendues pour un juriste de tradition romano-germanique.

Ainsi, il est parfaitement concevable qu'un constituant d'un *express trust* se désigne soi-même comme bénéficiaire. Il est également concevable que le trustee soit désigné comme bénéficiaire. Aussi surprenant que cela puisse paraître, il est également concevable que le constituant se désigne lui-même comme trustee. Dans ce cas, il constitue dans son propre patrimoine, un patrimoine séparé pour une affectation déterminée. De manière plus courante, le constituant peut également se désigner comme protecteur du trust. Enfin, le constituant peut également se réserver certains pouvoirs comme notamment celui de remplacer ou révoquer un trustee ou un protecteur.

Plusieurs juridictions ont d'ailleurs développé un droit des trusts qui permet au constituant de conserver de nombreuses prérogatives sur l'administration des biens du trust<sup>52</sup>.

Il convient cependant d'avoir à l'esprit que faire usage de ces possibilités entraîne le risque que le trust soit considéré comme nul au motif qu'il est simulé, qu'il n'a que l'apparence d'un trust mais qu'en réalité c'est un *sham*.

Il existe ainsi un *sham* lorsque le constituant n'avait pas l'intention de créer un trust et/ou de transférer ses biens au trustee<sup>53</sup>. Il manquait donc une des trois « *certainty* » nécessaire à la création du trust. Le trust est donc nul et les « biens du trust » sont considérés être restés propriété du constituant. Il existe deux types de *sham*: le *formal sham* et l'*administrative sham*.

On considère un trust comme *formal sham* lorsqu'en dépit du transfert du *legal ownership* au trustee, le constituant a d'emblée conservé l'*equitable interest* dans les actifs du trust. Le constituant a ainsi prévu dans l'acte constitutif du trust de nombreux pouvoirs en sa faveur, tant et si bien que la fonction du trustee n'est que d'administrer les actifs du trust et d'en disposer en fonction de la seule volonté du constituant<sup>54 55</sup>.

---

<sup>52</sup> Voir notamment article 14 du Trusts Law (2009 Revision) des Îles Caymans et article 86 du Trustee Act des Îles vierges britanniques.

<sup>53</sup> Vogt, Ba-K, chiffre 63 ad Vor Art. 149a-e LDIP.

<sup>54</sup> Un arrêt important des tribunaux de Guernsey ayant retenu qu'un trust était un « sham », Rahman v. Chase Bank (CI) Trust Company Ltd [1991] JLR 103, a fait l'objet d'une analyse détaillée par le Tribunal de commerce de Zurich appliquant le droit de Guernesey au trust créé par W. K. Rey pour arriver à la conclusion que le trust était simulé et donc nul, cf. ZR 98/1999 225 n° 52.

<sup>55</sup> ZR 98 (1999) N° 52, page 225.

On considère qu'il y a un *administrative sham* lorsque, bien que l'acte constitutif du trust ne prévoit pas de pouvoirs en faveur du constituant, le trust est géré par le trustee de telle manière que, dans les faits, le constituant prend toutes les décisions et exerce le contrôle sur les biens du trust.

Dans les deux cas, le trust risque d'être considéré comme nul ce qui peut entraîner des conséquences significatives en matière patrimoniale et fiscale.

### 3. PARTICULARITES DES TRUSTS

#### 3.1. Pas de personnalité juridique

Nous avons vu que le trust n'est pas un contrat, dans la mesure où il est constitué par un acte de volonté unilatéral du constituant. Nous avons mentionné que, par conséquent, le *trust deed* s'approche de l'acte constitutif d'une fondation ou d'une personne morale.

Le trust n'a cependant pas de personnalité juridique<sup>56</sup> et le trustee ne peut pas être assimilé à un organe. Les actifs du trust sont la propriété du trustee qui en a le *legal ownership* et c'est en son nom personnel qu'il exécute ses obligations envers les bénéficiaires<sup>57</sup>.

Comme un trust n'est pas une personne morale, une disposition du trust en faveur des bénéficiaires n'est pas à proprement parler une distribution quand bien même c'est le terme anglais utilisé. Il s'agit plutôt d'une transmission ou remise d'un actif du trust<sup>58</sup>.

#### 3.2. Démembrement de la propriété

Le développement parallèle de la common law et des règles d'équité en droit anglais a entraîné que le droit de propriété pouvait être divisé entre *legal owner* et le *equitable owner*.

Contrairement au système juridique de tradition romano-germanique qui ne permet qu'à une seule personne d'exercer la pleine maîtrise d'une chose (ou à plusieurs personnes d'exercer conjointement le même droit), le droit anglo-saxon permet au propriétaire d'une chose selon la common law (*legal owner*) d'avoir la pleine maîtrise de celle-ci mais de devoir exercer ce droit en faveur d'un tiers. Ce dernier est bénéficiaire en equity d'un droit opposable erga omnes sur la chose elle-même, d'en tirer les avantages économiques. Le bénéficiaire, titulaire d'un *beneficial interest* ou *equitable interest*, est considéré comme le *beneficial owner*<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 2c\_409/2009 du 15 janvier 2010, c. 3.2.

<sup>57</sup> Vogt, Ba-K, chiffre 34 ad Vor Art. 149a-e LDIP.

<sup>58</sup> Böckli, page 25.

<sup>59</sup> Le terme de *beneficial owner* n'a cependant pas la même acception en droit suisse où il a été introduit par la convention relative à l'obligation de diligence des banques de l'Association suisse des banquiers en 1977. Ainsi, dans le jargon suisse, on entend par bénéficiaire économique celui qui a le pouvoir de fait de disposer de la chose; or le bénéficiaire d'un trust n'a précisément pas de pouvoir de disposition sur les actifs du trust, il n'a qu'un droit à ce que le *legal owner* en dispose en sa faveur.

Les deux droits existent ainsi simultanément sur la même chose, le *legal ownership* représentant le droit d'administration et le pouvoir de disposition, le *beneficial interest* la jouissance économique des actifs du trust.

### 3.3. *Patrimoine séparé*

Les actifs du trust forment cependant une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee<sup>60</sup>. Ce patrimoine est distrait des poursuites de créanciers privés du trustee<sup>61</sup>. Cette masse comprend les actifs initiaux et ceux qui ont été apporté sub-équemment, ainsi que les fruits et les emplois<sup>62</sup>.

Il en résulte que les actifs du trust se distinguent des biens personnels du trustee principalement sur trois plans :

- ils échappent à la mainmise des créanciers du trustee et sont distraits de la masse en faillite du trustee ;
- le conjoint ne peut faire valoir de prétentions sur les actifs du trust en raison d'un régime matrimonial ;
- les actifs du trust n'entrent pas dans la masse successorale du trustee défunt et ne profitent pas à ses héritiers<sup>63</sup>.

### 3.4. *Intervention du juge*

Une particularité du trust est le rôle que tient le juge. Celui-ci n'intervient pas seulement dans des procédures contentieuses mais également dans le cadre d'une juridiction gracieuse étendue. Les trustees peuvent ainsi agir devant les tribunaux pour demander au juge des consignes (*directions*) pour l'exercice de leurs pouvoirs<sup>64</sup>.

Le développement de cette juridiction gracieuse en matière de trusts s'explique par le fait que le constituant abandonne le contrôle sur le trust et que les bénéficiaires n'ont, quant à eux, pas de rôle actif dans l'administration du trust. Le trustee se

---

<sup>60</sup> Convention de La Haye, article 2, al. 2, lettre a.

<sup>61</sup> Underhill/Hayton, page 2, chiffre 1.1 (2); cf. aussi article 284b de la Loi fédérale sur le poursuite pour dettes et la faillite.

<sup>62</sup> Underhill/Hayton, page 2, chiffre 1.1 (2) ; article III (1) des Principes de droit européen du trust.

<sup>63</sup> Article 11 de la Convention de La Haye; Thévenoz, Trusts en Suisse, page 25.

<sup>64</sup> Underhill/Hayton, pages 1024, chiffres 87.1ss

trouve donc seul dans l'exercice de sa tâche et, pour lever l'incertitude qu'il peut avoir sur la manière de remplir ses fonctions de trustee et limiter sa responsabilité, il peut s'adresser au juge à la décision duquel il pourra et devra s'orienter<sup>65</sup>.

Le spectre des sujets qui peuvent être soumis au juge est des plus variés. Cela peut aller d'une confirmation que telle personne fait partie de la classe des bénéficiaires à l'approbation d'un type d'investissements pour les actifs du trust ou de la détermination si le trustee doit s'opposer à une demande judiciaire à la détermination de sa rémunération.

En principe, le juge n'accepte cependant pas de se prononcer sur une question théorique ou abstraite, ni d'exercer le pouvoir discrétionnaire du trustee.

Quatre situations peuvent être distinguées<sup>66</sup> :

- la première concerne les situations où le trustee a besoin de confirmation que telle action est dans ses compétences. Il s'agit alors d'une question d'interprétation de l'acte constitutif du trust.

- en deuxième lieu, le trustee peut vouloir obtenir une confirmation qu'une action envisagée constitue un exercice approprié de ses compétences. Cela ne signifie pas nécessairement que le trustee délègue au tribunal l'exercice de son pouvoir d'appréciation ; il demandera plutôt au juge de confirmer qu'il pouvait bien arriver, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, à la conclusion qu'il soumet au juge pour confirmation.

- le trustee peut aussi demander au tribunal d'exercer son pouvoir d'appréciation. Toutefois, un tribunal refuse en principe de se substituer au trustee dans de tels cas à moins par exemple qu'il y ait plusieurs trustees qui n'arrivent de bonne foi pas à se mettre d'accord sur la manière d'exercer leur pouvoir d'appréciation.

- enfin, il y a les situations où le trustee demande confirmation a posteriori d'une décision qu'il a prise et qui est contestée.

Une demande qu'un trustee est souvent amené à faire est de demander confirmation si, dans des circonstances données, il peut ou doit s'opposer à une action en justice dirigée contre lui ou s'il doit lui-même engager une procédure (ce qu'on appelle une *Beddoe application*)<sup>67</sup>. Une telle confirmation est importante notamment pour justifier que les frais de procédure puissent être mis à la charge des actifs du trust.

---

<sup>65</sup> Thévenoz, Trusts en Suisse, page 29; Vogt, Ba-K, chiffres 68-71 ad Vor Art. 149a-e LDIP.

<sup>66</sup> Public trustee v Cooper [2001] WTLR 901.

<sup>67</sup> Underhill/Hayton, page 1026, chiffre 87.1.

#### 4. DEVOIRS DU TRUSTEE

En créant un trust, le constituant impose des obligations au trustee, mais celles-ci représentent des engagements envers les bénéficiaires du trust dont ces derniers sont les seuls à pouvoir en demander l'exécution (à moins que le constituant ne soit lui-même bénéficiaire ou que l'acte constitutif du trust lui réserve des compétences).

Le trustee se trouve ainsi dans une relation dite fiduciaire avec les bénéficiaires qui implique qu'il a le devoir dit fiduciaire d'agir exclusivement dans l'intérêt des bénéficiaires et non des siens propres<sup>68</sup>.

Il s'agit là d'un degré de loyauté et de diligence très élevé qui signifie qu'en toutes circonstances l'intérêt du fiduciaire sera subordonné à celui du bénéficiaire (*duty of care*)<sup>69</sup>. Le degré de diligence et de loyauté est particulièrement élevé dans la mesure où une relation fiduciaire en droit anglo-saxon suppose notamment que le fiduciaire a un pouvoir d'appréciation dans l'exercice de ses obligations et que le bénéficiaire n'a pas lui-même consenti à ce que le fiduciaire exerce ce pouvoir d'appréciation en sa faveur<sup>70</sup>. Il s'agit donc d'une obligation d'une plus grande intensité qu'une relation contractuelle<sup>71</sup>.

La relation entre le trustee et le bénéficiaire est en droit anglo-saxon l'archétype de la relation fiduciaire, mais le degré de loyauté et de diligence particulier sera déterminé en fonction des obligations qui incombent au trustee.

Ces devoirs ont été résumés dans les Principes de droit européen du trust à l'article V de la manière suivante :

« (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 doit personnellement ajouter à ce fonds tout profit que lui aurait procuré la violation de ses devoirs. »

---

<sup>68</sup> Underhill/Hayton, page 28, chiffre 1.50.

<sup>69</sup> Underhill/Hayton, pages 708ss, chiffre 52; Cowan v. Scargill [1985] Ch 270, 289; voir aussi article 1 du Trustee Act 2000.

<sup>70</sup> Underhill/Hayton, page 29, chiffre 1.50.

<sup>71</sup> Luc Thévenoz, Trusts en Suisse, page 24.



De ces devoirs, l'on peut souligner en particulier les éléments suivants :

#### 4.1. *Devoir d'investir de manière prudente et raisonnable*

Le pouvoir général d'investissement du trustee s'ajoute aux pouvoirs exprès prévus en faveur du trustee, mais il est limité par toute éventuelle restriction prévue par l'acte constitutif du trust.

Le trustee a le devoir d'investir les biens du trust de manière prudente et raisonnable (*prudent investor rule*)<sup>72</sup>, i.e. il ne doit pas prendre des risques financiers déraisonnables avec les biens du trust<sup>73</sup>. Il doit ainsi investir en équilibrant les risques et les revenus grâce à une diversification de son portefeuille adaptée à la nature du trust en question. Des facteurs à prendre en compte lors de la définition de la stratégie d'investissement sont notamment le type de trust, l'argent disponible ainsi que les pouvoirs donnés au trustee ou au protecteur par l'acte constitutif du trust.

Le trustee peut, ou doit selon les circonstances, obtenir des conseils concernant le placement de biens du trust. Le fait d'agir suivant les conseils d'un expert ne constitue pas un manquement aux obligations du trustee dans la mesure où un investisseur prudent suivrait ces conseils dans des circonstances semblables.

#### 4.2. *Devoir d'impartialité*

Le trustee doit agir de manière impartiale envers les différents bénéficiaires, soit de manière équitable et désintéressée<sup>74</sup>.

Des différences de traitement peuvent cependant bien entendu résulter de l'acte constitutif du trust mais l'obligation de traiter de manière équitable les bénéficiaires signifie par exemple que si un bénéficiaire a un droit aux revenus des actifs du trust et un autre au capital, le trustee devra investir les actifs de manière à équilibrer l'intérêt de l'un à générer des revenus et de l'autre à préserver ou accroître le capital<sup>75</sup>.

#### 4.3. *Devoir d'information et de reddition de compte*

Le trustee a le devoir de tenir des comptes de l'administration du trust. Il doit de plus rendre compte aux bénéficiaires de sa gestion des biens du trust dont il a la responsabilité<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Voir à titre d'exemple les règles prévues dans l'US Uniform Prudent Investor Act, 1994.

<sup>73</sup> *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co Ltd (No. 2)* 1980 Ch. 515.

<sup>74</sup> *Underhill/Hayton*, page 656, chiffre 48.

<sup>75</sup> *Re Smith* (1971) 16 DLR 130; *Nestle v. National Westminster Bank* [2000] WTLR 795, 803.

<sup>76</sup> *Underhill/Hayton*, pages 818ss, chiffre 60.

Les comptes tenus par le trustee doivent être tels que le trustee puisse, sur demande, fournir des relevés de l'activité du trust indiquant en particulier quels biens ont été apportés au trust initialement et par la suite, l'état actuel de la fortune du trust, quels revenus ont été engrangés par les biens du trust ainsi que la manière dont ces biens ont été gérés.

Le droit à l'information des bénéficiaires est un des éléments nécessaires de la relation de trust (*irreducible core obligation*)<sup>77</sup>; sans ce droit, le devoir de fidélité du trustee ne saurait exister. Ce droit ne peut dès lors pas être exclu par l'acte constitutif du trust.

Ainsi qu'il a été retenu dans l'arrêt *Schmidt v. Rosewood*, le droit du bénéficiaire à l'information et à la reddition de comptes est un des aspects inhérents au pouvoir des tribunaux de superviser l'administration du trust et ne saurait être limité aux bénéficiaires avec droit fixe. En d'autres termes, tout bénéficiaire d'un trust a le droit de requérir auprès des tribunaux la reddition de comptes relative à la gestion du trust et une telle requête devra être *prima facie* octroyée sauf pour de justes motifs.

Le droit à l'information des bénéficiaires s'étend aux documents constitutifs du trust<sup>78</sup> mais non aux procès-verbaux des réunions des trustees ainsi qu'aux documents mentionnant les délibérations des trustees sur la manière dont ils exercent leur pouvoir d'appréciation, les raisons pour l'exercice de leurs pouvoirs dans un cas particulier ou la documentation utilisée par les trustees pour se former une opinion. La question de la remise d'une copie de la *letter of wishes* est controversée<sup>79</sup>.

Si le trustee néglige ou ne remplit pas son devoir d'information ou de reddition de compte, il est tenu au paiement du coût des poursuites engagées pour obtenir la production forcée de ces informations ou de ces comptes.

#### 4.4. *Obligation d'agir personnellement*

Le trustee doit agir de manière personnelle<sup>80</sup>. Le trustee est personnellement responsable de ses appréciations et de la bonne exécution de ses devoirs, et il ne peut échapper à sa responsabilité en déléguant certaines de ses obligations à un tiers.

Il a toutefois le pouvoir de déléguer certaines tâches à un tiers mais non notamment son pouvoir de procéder à des distributions ou de nommer des bénéficiaires<sup>81</sup>; il demeurera néanmoins responsable envers les bénéficiaires du trust des actes et de la conduite de ce tiers, sauf si la loi l'y autorise expressément.

---

<sup>77</sup> *Armitage v. Nurse* [1998] Ch 241; *Schmidt v Rosewood Trust Limited* [2003] 2 WLR 1442.

<sup>78</sup> *O'Rourke v. Darbishire* [1920] AC 581.

<sup>79</sup> *Contra*: *Re Rabaïotti 1989 Settlement* [2000] WTLR 953; *Breakspear v. Ackland* [2009] Ch 32 ; *in favorem*: *Hartigan Nominees Pty Ltd v Rydge* [1992] 29 NSWLR 405.

<sup>80</sup> *Underhill/Hayton*, pages 772ss, chiffre 55.

<sup>81</sup> Article 11 (2) du Trustee Act 2000.

#### 4.5. Éviter tout conflit d'intérêt

Le trustee doit en tout temps éviter tout conflit d'intérêt avec les intérêts des bénéficiaires du trust et éviter que ses fonctions de trustee ne lui procurent un profit personnel<sup>82</sup>. Le conflit d'intérêts entre le trustee et les bénéficiaires existe dès lors que les fonctions du trustee lui ont permis d'avoir connaissance d'une information qu'il utilise à son profit personnel.

Le trustee n'a en revanche pas à restituer le profit qu'il a retiré du trust lorsque sa conduite était permise par le trust deed, par une décision judiciaire ou si le trustee avait obtenu, avant d'agir, le consentement clair et non équivoque de tous les bénéficiaires.

#### 4.6. « Letter of wishes »

Le devoir fondamental du trustee est de se conformer aux termes du trust. Ces derniers peuvent cependant laisser à dessein un large pouvoir d'appréciation au trustee, notamment pour la désignation des bénéficiaires ou la gestion et la distribution des actifs du trust. Aussi, il arrive souvent en pratique que le constituant, tout en souhaitant laisser ce large pouvoir d'appréciation au trustee afin que ce dernier puisse adapter ses décisions en fonction de toutes les circonstances futures, souhaite indiquer au trustee qu'elles sont ses intentions relatives au trust et à sa gestion. Il le fera dans un document annexe à l'acte constitutif du trust appelé lettre de souhaits (*letter of wishes*) ou *memorandum of wishes*. On parle de *letter of wishes* lorsque le constituant consigne lui-même ses désirs dans une lettre adressée au trustee et de *memorandum of wishes* lorsque le trustee recueille dans une note les désirs que lui a exprimés le constituant. La portée des deux documents est cependant identique<sup>83</sup>.

Suivant les termes de la lettre de souhaits et des circonstances dans lesquelles elle a été écrite, elle pourra soit être considérée comme contraignante pour le trustee (*legally binding*) auquel cas elle fait partie des documents constitutifs du trust, soit avec une portée juridique mais sans être contraignante (*legally significant*) ou simplement de portée morale (*morally binding*).

En règle générale, le constituant devra veiller à ce que la lettre de souhaits ne soit pas considérée comme juridiquement contraignante puisque cela pourrait entraîner la requalification d'un trust irrévocable et discrétionnaire en trust révocable et/ou fixe, voire entraîner la conclusion qu'il s'agit d'un *sham*. D'un autre côté, si la lettre de souhaits est de type non-contraignant mais avec une portée juridique, le trustee devra veiller à bien stipuler que les décisions qu'il prend, tout en ayant égard à la lettre de souhaits, sont prises dans l'exercice libre de son pouvoir d'appréciation. À défaut, s'il suit trop servilement les vœux du constituant, le trust pourrait être considéré comme un *sham*.

---

<sup>82</sup> Underhill/Hayton, pages 804ss, chiffre 59.

<sup>83</sup> Underhill/Hayton, pages 835-836, chiffres 60.45 et 60.46.

La distinction entre les différents type de lettre de souhaits a aussi une influence sur leur confidentialité. Si la lettre de souhaits est contraignante, le trustee ne pourra en aucun cas refuser de la communiquer aux bénéficiaires, même si la lettre de souhaits stipule expressément le contraire<sup>84</sup>. Si sans être contraignante, le constituant lui accorde une portée juridique, le trustee pourra en règle générale être contraint à la communiquer aux bénéficiaires, même s'il a expressément prévu qu'il ne devait pas l'être, sauf pour des éléments de nature strictement personnelle qu'il pourrait contenir<sup>85</sup>. Les lettres de souhaits de simple portée morale peuvent quant à elles être stipulées confidentielles.

#### 4.7. *Protecteur*

Le constituant peut tempérer les pouvoirs et devoirs du trustee par la nomination dans l'acte constitutif du trust d'un protecteur. Il n'existe pas de définition précise du protecteur, ses fonctions étant déterminées par les disposition de l'acte constitutif du trust.

Le protecteur se distingue du trustee par le fait qu'il a des pouvoirs relatifs à l'administration du trust mais qu'il n'a pas la *legal ownership* des actifs du trust<sup>86</sup>. De manière générale, le protecteur se voit octroyer des pouvoir de nature fiduciaire et fonctionne comme une autorité de contrôle sur le trustee.

Les pouvoirs du protecteur sont souvent négatifs dans le sens que le constituant exige que les décisions du trustee soient sujettes à l'aval du protecteur (pouvoir de veto) ; le constituant peut par exemple prévoir que la désignation d'un bénéficiaire par le trustee ou celle de procéder à une distribution nécessite le consentement du protecteur.

Les pouvoirs du protecteur peuvent cependant aussi être positifs dans le sens que le constituant peut lui donner le pouvoir de donner certaines consignes au trustee voire celui de désigner, révoquer ou remplacer le trustee. Il est également fréquent que le protecteur soit chargé périodiquement d'examiner ou réviser l'administration du trust.

Vu la position du protecteur qui, comme le trustee, a un certain pouvoir d'appréciation dans l'exercice de ses fonctions dites fiduciaires et des devoirs de diligence et de loyauté élevés, il devra notamment subordonner en toutes circonstances son propre intérêt à celui du bénéficiaire et agir de manière impartiale.

---

<sup>84</sup> Underhill/Hayton, pages 836, chiffres 60.47 et 60.48.

<sup>85</sup> Underhill/Hayton, pages 837 à 838, chiffres 60.52 à 60.56; Breakspear v. Ackland [2008] 3 WLR 698.

<sup>86</sup> Underhill/Hayton, pages 41 à 47, chiffres 1.78 à 1.91

### 3. TRUST EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE SUISSE

La Suisse a ratifié la Convention de La Haye sans pour autant introduire le trust en droit interne suisse. Il n'est ainsi pas possible de constituer un trust de droit suisse. Toutefois, un trust étranger peut désormais être reconnu en Suisse s'il remplit les conditions fixées par la Convention de La Haye. Seuls des trusts constitués selon un droit étranger peuvent par conséquent avoir une existence juridique sur le territoire suisse similaire à celle dont ils bénéficient dans leur Etat d'origine.

Nous examinerons quelle est la définition du trust en droit international privé suisse (§ 3.1), quel droit s'applique au trust (§ 3.2), quelle est la portée de la reconnaissance (§ 3.3), puis quels tribunaux sont compétents en matière de trust (§ 3.4) et enfin quelles règles s'appliquent à la reconnaissance des décisions étrangères en matière de trust (§ 3.5).

#### 1. QUALIFICATION

Le législateur suisse a renoncé à donner sa propre définition à la notion de trust et s'est contenté de renvoyer à la qualification du trust donnée par la Convention de La Haye<sup>87</sup>. Toutefois, contrairement à ce que prévoit cette dernière à son article 3, la LDIP ne distingue pas entre trusts écrits et oraux<sup>88</sup> et énonce ainsi des règles valables pour tout trust, écrit ou oral, présentant les caractéristiques mentionnées à l'article 2 de la Convention de La Haye<sup>89</sup>.

Un trust qui répond à la définition de la Convention de La Haye<sup>90</sup> sera donc soumis aux règles de conflit prévues par ladite Convention. De par son renvoi à la Convention de La Haye qui ne s'applique qu'aux trusts créés « volontairement » (i.e. les *express trusts* et les *resulting trusts*), la LDIP exclut de la notion de trust les trusts créés par la loi ou décision judiciaire tels que les *constructive trusts* qui sont régis par le droit applicable aux relations juridiques auxquelles ils ont été soumis<sup>91</sup>.

L'introduction du chapitre 9a sur les trusts dans la LDIP met donc fin au débat sur la qualification contractuelle des trusts telle qu'elle avait été adoptée dans le fameux

---

<sup>87</sup> Article 149a LDIP.

<sup>88</sup> Vogt, Ba-K, chiffres 6 et 14 ad Art. 149a LDIP.

<sup>89</sup> Message, page 59; Vogt, Ba-K, chiffres 3ss ad Art. 149c LDIP.

<sup>90</sup> Article 2 de la Convention de La Haye.

<sup>91</sup> Message, page 599; Vogt, Ba-K, chiffre 13 ad Art. 149a LDIP.

arrêt Harrison<sup>92</sup> ou sur sa qualification de patrimoine organisé au sens de l'article 150 LDIP qui le soumettait alors aux règles de conflit applicables aux sociétés<sup>93</sup>.

Comme les trusts étaient jusqu'à l'entrée en vigueur du chapitre 9a de la LDIP qualifiés soit de contrats au sens du chapitre 9 LDIP ou de sociétés au sens du chapitre 10 LDIP, la question de la délimitation des trusts par rapport à ces deux notions se posent.

Par rapport à la notion de société, le Conseil fédéral dans son Message a indiqué que le chapitre 9a LDIP constitue une « *lex specialis* » par rapport au chapitre 10<sup>94</sup>. Ainsi lorsqu'une entité juridique correspond aussi bien à la notion de trust que de société, c'est la notion de trust qui prime. Tel ne serait pas le cas lorsque l'entité est habilitée à disposer directement de son patrimoine ce qui est en règle générale le cas lorsqu'elle est dotée de la personnalité juridique. Dans ces cas, seul le droit des sociétés s'applique.

En ce qui concerne la délimitation par rapport au contrat, le fait que le trust constitue un patrimoine distinct clairement séparé du patrimoine personnel du trustee le distingue de la relation fiduciaire contractuelle<sup>95</sup>.

## 2. DROIT APPLICABLE

### 2.1. Election de droit

Pour la question du droit applicable au trust, l'article 149c LDIP renvoie à la Convention de La Haye qui dispose à son article 6 que le trust est régi par la loi choisie par le constituant.

A l'instar d'autres Conventions de La Haye portant réglementation des règles de conflits, la Convention de La Haye déploie des effets erga omnes en matière de conflit de lois: les règles de rattachement prévues dans cette Convention peuvent ainsi conduire à la désignation du droit d'un Etat non contractant.

L'élection de droit doit être expresse et résulter des dispositions de l'acte constitutif du trust, le cas échéant interprété à l'aide des circonstances de la cause<sup>96</sup>. La Convention de La Haye mentionne bien que le choix du droit applicable est celui du constituant, ce qui reflète le fait qu'un trust est un acte unilatéral de ce dernier.

Le choix est exprès s'il se réfère explicitement à un ordre juridique déterminé. Il est implicite si le constituant avait l'intention de choisir un droit applicable, mais que cette intention n'a pas été exprimée dans les dispositions de l'acte constitutif du trust.

---

<sup>92</sup> ATF 96 II 79.

<sup>93</sup> Vogt, Ba-K, chiffre 4 ad Art. 149a LDIP.

<sup>94</sup> Message, page 599.

<sup>95</sup> Message, page 581.

<sup>96</sup> Article 6 de la Convention de La Haye.

Ce n'est cependant pas la volonté hypothétique du constituant qu'il s'agit d'établir, l'intention réelle de ce dernier doit résulter des dispositions de l'acte constitutif du trust et ce sont ces dispositions seulement qui peuvent être interprétées au besoin selon les circonstances de la cause<sup>97</sup>.

La Convention de La Haye ne s'applique qu'aux trusts dont la preuve est apportée par écrit<sup>98</sup>. Il en résulte que l'élection de droit qui doit résulter de l'acte constitutif du trust doit nécessairement être écrite (ou résulter de l'acte écrit). L'acte constitutif du trust ne doit cependant pas être nécessairement rédigé par le constituant ; on a relevé qu'il est, par exemple, fréquent que l'acte constitutif du trust prenne la forme d'une *declaration of trust* rédigée par le trustee dans laquelle ce dernier consigne les termes du trust.

Le choix d'un droit applicable par le constituant n'exclut pas que celui-ci soit changé par la suite, comme la Convention de La Haye le prévoit expressément à l'article 10<sup>99</sup>. Le pouvoir de changer le droit applicable au trust est d'ailleurs souvent réservé dans l'acte constitutif du trust et revient soit au trustee, soit au protecteur.

Il n'est pas nécessaire que le droit élu ait un lien particulier avec le trust<sup>100</sup>. Le constituant jouit d'une liberté totale sous la réserve évidente prévue à l'article 6 alinéa 2 de la Convention de La Haye que le droit choisi reconnaisse la notion de trust.

Un trust soumis au droit étranger peut ainsi être constitué quand bien même tous les facteurs de rattachement le relient avec la Suisse : constituant suisse, trustee suisse, bénéficiaires suisses et biens du trust sis en Suisse. Un tel trust sera également soumis à la Convention de La Haye<sup>101</sup>.

## 2.2. Absence d'élection de droit

Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi applicable, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits<sup>102</sup>. Cette règle s'applique bien entendu aussi lorsque le choix du constituant n'est pas exprès ou ne résulte pas suffisamment clairement de l'acte constitutif du trust au sens de l'article 6 alinéa 1 de la Convention de La

---

<sup>97</sup> Dutoit, chiffre 8 ad article 149c LDIP; Rapport explicatif, page 385, chiffre 69.

<sup>98</sup> Article 3 de la Convention de La Haye.

<sup>99</sup> Rapport explicatif, page 392-393, chiffres 97-102.

<sup>100</sup> Dutoit, chiffre 8 ad article 149c LDIP.

<sup>101</sup> Dutoit, n°3 ad article 149c LDIP.

<sup>102</sup> Article 7 al. 1 de la Convention de La Haye.

Haye ou encore que le choix du constituant renvoie à un droit qui ne connaît pas l'institution du trust<sup>103</sup>.

La Convention de La Haye mentionne expressément quatre éléments qui peuvent être pris en compte pour déterminer le lien le plus étroit, à savoir :

- le lieu d'administration du trust désigné par le constituant;
- la situation des biens du trust;
- la résidence ou le lieu d'établissement du trustee;
- les objectifs du trust et les lieux où ils doivent être accomplis<sup>104</sup>.

Cette liste n'est pas exhaustive ni n'institue d'ordre hiérarchique entre les éléments à prendre en compte<sup>105</sup>.

Le lien le plus étroit doit être établi au moment où le droit applicable au trust doit être déterminé. Toutefois, si cette analyse conduit à l'application d'un droit selon lequel le trust serait nul, alors qu'auparavant, à un moment donné, le trust était lié le plus étroitement avec un droit selon lequel il était valable, c'est ce droit-ci qui a vocation à s'appliquer. Un trust qui a été valable une fois ne devrait pas devenir nul par la suite en raison d'un changement de circonstances<sup>106</sup>.

D'autres éléments qui ne sont pas mentionnés dans la Convention de La Haye et qui pourraient entrer en ligne de compte pour l'appréciation du lien le plus étroit sont par exemple la résidence habituelle du ou des bénéficiaires, la résidence habituelle du constituant, le for élu ou encore le lieu de signature de l'acte constitutif du trust.

L'analyse du lien le plus étroit du trust peut conduire à un droit qui ne connaît pas l'institution du trust, en particulier la Suisse. En principe, l'analyse devra être effectuée de manière purement objective, mais Gutzwiller estime qu'il convient d'appliquer le principe *in favorem negotii* à l'examen du lien le plus étroit, le constituant n'ayant certainement pas voulu constituer un trust<sup>107</sup>. Ce point de vue correspond certainement à l'esprit de la Convention de La Haye<sup>108</sup>. Toutefois, même en appliquant ce principe, il peut arriver que le lien le plus étroit soit manifestement en Suisse (trustee en Suisse, actifs déposés auprès d'une banque suisse, administration de fait en Suisse). Dans ce cas, si le constituant n'a pas pris la précaution de procéder à une

---

<sup>103</sup> Article 6 al. 2 de la Convention de La Haye.

<sup>104</sup> Article 7 al. 2 de la Convention de La Haye.

<sup>105</sup> Dutoit, chiffre 9 ad article 149c LDIP; Gutzwiller, pages 68 et 69, chiffres 7-20 à 7-26. Toutefois, selon le Rapport explicatif, on pourrait admettre entre eux une certaine hiérarchie implicite (Rapport explicatif, page 386, chiffre 72, et page 387, chiffre 77).

<sup>106</sup> Gutzwiller, page 67, chiffre 7-15.

<sup>107</sup> Gutzwiller, page 66, chiffre 7-11.

<sup>108</sup> Cf par exemple articles 14 et 15 al. 2 de la Convention de La Haye.



élection de droit, le droit suisse sera applicable à la relation et il conviendra alors de qualifier le trust à la lumière des principes élaborés par le Tribunal fédéral avant l'entrée en vigueur de la LDIP, ce qui aboutira soit à la qualification de contrat mixte au sens de l'arrêt Harrison<sup>109</sup>, soit à la notion de patrimoine organisé au sens de l'article 150 LDIP.

L'article 17 de la Convention de La Haye exclut le renvoi et ce sont donc les règles matérielles de la loi déterminée selon les articles 6 et 7 qui s'appliquent, à l'exclusion des règles de conflit<sup>110</sup>.

### *2.3. Domaine du droit applicable*

L'article 8 de la Convention de La Haye dispose que la loi applicable régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.

Suit une énumération d'aspects régis par la loi désignée qui n'est cependant pas limitative:

- 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.

Cette liste a un certain caractère didactique pour le juriste de tradition romano-germanique<sup>111</sup>.

Il est important de relever qu'un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte selon l'article 9 de la Convention de La Haye<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> ATF 96 II 79.

<sup>110</sup> Dutoit, chiffre 20 ad article 149c LDIP.

<sup>111</sup> Underhill/Hayton, page 1279, chiffre 102.165.

<sup>112</sup> Dutoit, chiffre 10 ad article 149c LDIP; Rapport explicatif, pages 389-391, chiffres 91-96.

La Convention de La Haye prévoit cependant expressément qu'elle ne s'applique pas aux questions préliminaires relatives à la validité du testament ou d'autres actes juridiques par lesquels les biens sont transférés au trust<sup>113</sup>. Cette règle est illustrée par l'image maintes fois reprise de la fusée et du lanceur: la fusée, c'est-à-dire le trust, est soumise à la Convention de la Haye tandis que le lanceur, au moyen duquel la fusée est placée sur orbite, reste soumis au droit applicable selon les règles du for<sup>114</sup>. Tant l'acte juridique par lequel les biens sont apportés au trust (par exemple, le testament ou la donation) que l'acte de disposition ne sont pas soumis au droit applicable au trust. Ces questions préliminaires doivent donc faire l'objet d'une qualification et d'un rattachement autonome<sup>115</sup>.

Ainsi, la capacité d'agir du constituant ou du trustee doit être considérée comme une question préliminaire régie selon l'article 35 LDIP, soit en principe par le droit du domicile du constituant ou du trustee.

En cas de transfert entre vifs du constituant au trustee, ce serait en principe les règles de conflit en matière de contrat qui s'appliquent<sup>116</sup>, alors que si le trust est constitué par testament, ce seront les règles de conflit applicables aux successions qui détermineront la validité formelle et matérielle du testament<sup>117</sup>.

Le droit matrimonial peut aussi trouver application, par exemple pour déterminer si le consentement du conjoint était nécessaire<sup>118</sup>.

Les droits réels devront inévitablement être pris en considération, comme le constituant transfère la propriété de certains biens au trustee. A cet égard, on notera que le fait que le droit applicable au transfert de propriété ne connaisse pas le démembrement de la propriété n'est pas un obstacle à la création du trust. Si, selon la *lex situ*, la propriété est transférée au trust, les effets de ce transfert sur la relation entre le trustee et le bénéficiaire qui dispose dès lors d'un *equitable interest* sont soumis au droit du trust<sup>119</sup>.

---

<sup>113</sup> Article 4 de la Convention de La Haye.

<sup>114</sup> Rapport explicatif, page 381, chiffre 53; Dutoit, chiffre 6 ad article 149c LDIP.

<sup>115</sup> Gutzwiller, page 47, chiffre 4-12.

<sup>116</sup> Articles 116 à 126 LDIP ; Gutzwiller, page 48, chiffre 4-16.

<sup>117</sup> Articles 90 à 96 LDIP.

<sup>118</sup> En droit suisse, voir notamment articles 201 al. 2, 169 ou 222 al. 3 du Code civil suisse (CC).

<sup>119</sup> Underhill/Hayton, page 1263, chiffre 102.121.

### 3. PORTEE DE LA RECONNAISSANCE

#### 3.1. *En général*

La conséquence principale de la ratification de la Convention de La Haye est que dorénavant la notion de trust fait directement partie intégrante de l'ordre juridique suisse, même si le droit suisse ne connaît pas l'institution du trust. Tout véhicule de droit étranger entrant dans la notion de trust donnée par la Convention de La Haye constitué valablement selon le droit qui le régit est automatiquement reconnu en Suisse<sup>120</sup>. C'est le principe de la reconnaissance automatique des trusts.

Ainsi, confronté à un trust, le juriste suisse ne doit donc plus traduire la notion en droit suisse ou procéder par analogie avec les concepts de droit suisse, mais reconnaître le trust en tant que tel et lui appliquer les règles du droit du trust<sup>121</sup>.

Dans ce contexte, le terme de reconnaissance choisi par la Convention de La Haye n'est peut-être pas particulièrement heureux et doit être distingué de la reconnaissance d'une décision étrangère au sens des articles 25 et suivants LDIP. Les dispositions du chapitre III de la Convention de La Haye doivent donc être plutôt considérées comme des règles spéciales concernant le droit applicable<sup>122</sup>. Dans ce sens, des dispositions sur la reconnaissance du trust ne seraient pas conceptuellement nécessaires mais elles permettent de clarifier certains aspects de la portée du droit applicable au trust.

L'intégration du concept étranger de trust, un concept sophistiqué, élaboré au gré des années par les tribunaux dans le contexte de la common law, soulève nécessairement des questions de délimitation avec notre ordre juridique. Ainsi, conformément à l'article 11 alinéa 2 de la Convention de La Haye, la reconnaissance implique au moins (i) que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee, (ii) que le trustee ait la capacité active et passive d'agir en justice comme trustee et (iii) qu'il puisse agir à l'égard de toute autorité comme trustee en relation avec les biens du trust.

L'article 11 de la Convention de La Haye poursuit à l'alinéa 3 en rappelant qu'une reconnaissance du trust implique la reconnaissance des trois particularités du trust qui découlent de la notion de patrimoine séparé à savoir :

- que les biens du trust ne peuvent pas être saisis par les créanciers personnels du trustee et qu'ils sont séparés du patrimoine du trustee en cas de son insolvabilité;
- que les règles sur le régime matrimonial du trustee n'affectent pas les biens en trust;
- les biens en trust ne tombent pas dans la masse successorale du trustee;

---

<sup>120</sup> Article 11 alinéa 1 de la Convention de La Haye

<sup>121</sup> Böckli, page 39.

<sup>122</sup> Message, page 579.

mais également la possibilité de revendiquer des biens du trust (*tracing*). La question de la reconnaissance de ce droit de suite en droit du trust mérite un examen particulier.

Le droit de suite est un droit qu'accorde en règle générale le droit du trust au bénéficiaire lorsque le trustee a violé ses obligations en confondant les biens du trust avec les siens propres ou en disposant des biens du trust en faveur d'un tiers<sup>123</sup>. Le bénéficiaire peut alors revendiquer ces biens avec leur accroissement. Le bénéficiaire peut exiger du trustee qu'il recrée le patrimoine séparé ou agir en restitution contre le tiers si le trustee en a disposé. Le droit de suite est un droit qui porte sur les biens en trust et s'apparente donc à un droit réel.

La Convention de La Haye prévoit donc que le droit de suite est donné dans la mesure où le droit du trust le prévoit, mais que les éventuels droits préférables de tiers débiteurs demeurent régis par la loi applicable au transfert selon les règles de conflit du for<sup>124</sup>. Dans les faits, cela signifie que seul le droit de suite à l'égard du trustee devra être reconnu mais qu'à l'égard des tiers acquéreurs des biens en trust, ce seront les règles de conflit du for qui détermineront le droit applicable au transfert<sup>125</sup>. Il faut partir de l'idée que cette réserve s'applique à tout transfert, que celui-ci ait eu lieu en vertu d'une relation contractuelle entre le trustee et le tiers, par exemple la banque dépositaire des biens en trust, ou non<sup>126</sup>.

### 3.2. *Lex non conveniens*

La Convention de La Haye prévoit qu'aucun Etat 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<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> Thévenoz, *Trusts en Suisse*, pages 91-117.

<sup>124</sup> Article 11, al. 3, lettre d de la Convention de La Haye : « la revendication des biens du trust [est] permise, 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 disposé. 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 ». Cf. Vogt, *Ba-K*, chiffres 77-80 ad Vor Art. 149a-e LDIP.

<sup>125</sup> Rapport explicatif, page 395, chiffres 113ss.

<sup>126</sup> Message, page 582 ; Gutzwiller, page 95, chiffre 11-34.

<sup>127</sup> Article 13 de la Convention de La Haye.

La portée exacte de cette clause échappatoire est controversée<sup>128</sup>, mais la question a peu de portée en Suisse dans la mesure où l'article 149c LDIP exclut que le juge suisse invoque cette disposition pour faire échec à la reconnaissance d'un trust étranger<sup>129</sup>.

### 3.3. *Droit matériel impératif*

La Convention de La Haye prend soin de préciser que la reconnaissance d'un trust par un Etat contractant n'empêche pas l'application des règles matérielles impératives du droit applicable selon les règles de conflit du for. Il s'agit en particulier des règles impératives dans les matières suivantes :

- protection des mineurs et des incapables;
- effets personnels et patrimoniaux du mariage;
- testament et dévolution des successions, spécialement la réserve;
- transfert de propriété et sûreté réelle;
- protection des créanciers en cas d'insolvabilité;
- protection des tiers de bonne foi à d'autres égards<sup>130</sup>.

Cette disposition complète l'article 4 de la Convention de La Haye qui prévoit que le droit du trust ne s'applique pas aux questions préliminaires, soit, selon l'image consacrée, au lanceur de la fusée. L'article 15 de la Convention de La Haye vise ainsi des hypothèses où un trust existant déploie des effets incompatibles avec des dispositions impératives du for ou de la loi d'un pays tiers dans une matière autre que le trust. Sont ainsi sauvegardées la loi matérielle du for, dans le cas où celle-ci est désignée par ses propres règles de conflit, mais aussi la loi matérielle étrangère désignée par le droit international privé du for<sup>131</sup>.

### 3.4. *Lois d'application immédiate*

La Convention de La Haye maintient la possibilité aux Etats contractants de faire utilisation de leurs lois d'application immédiate<sup>132</sup>. Pour la Suisse, cela vise les dispositions impératives qui, en raison de leur but particulier, doivent être appliquées en dépit des règles de conflit suisses conformément à l'article 18 LDIP (aspect dit positif de l'ordre public suisse). Les lois d'application immédiate telles que l'entend cette norme sont, en règle générale, des dispositions impératives qui répondent le

---

<sup>128</sup> Gutzwiller, pages 100 et 101, chiffres 13-4 à 13-8. Voir aussi à ce sujet le Rapport explicatif, pages 397-400, chiffres 122-133.

<sup>129</sup> Vogt, Ba-K, chiffres 8 et 9 ad Art. 149c LDIP.

<sup>130</sup> Article 15 de la Convention de La Haye.

<sup>131</sup> Rapport explicatif, page 401, chiffre 138.

<sup>132</sup> Article 16 al. 1 de la Convention de La Haye.

plus souvent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique<sup>133</sup>.

En droit suisse, cette notion est interprétée de manière très limitative, les lois d'application immédiate devant correspondre aux seules valeurs fondamentales de l'ordre juridique<sup>134</sup>. En droit civil, il n'y a guère que l'interdiction générale de l'abus de droit au sens de l'article 2 alinéa 2 CCS qui soit considérée d'ordre public<sup>135</sup>. Même dans ce contexte, il a été jugé que la question de la responsabilité basée sur le *Durchgriff* en droit des sociétés, concept basé sur la notion d'abus de droit, est soumise au droit applicable à la société et que la jurisprudence suisse n'a donc pas vocation à s'appliquer de manière immédiate<sup>136</sup>.

De plus, la réserve de l'ordre public doit être admise avec une retenue particulière lorsque la cause à juger ne présente pratiquement pas de lien avec la Suisse (exigence dite de la *Binnenbeziehung*)<sup>137</sup>.

Au moment de la ratification de la Convention de La Haye, la question s'était posée de savoir si l'article 335 alinéa 2 CC qui prohibe en droit suisse les fondations d'entretien<sup>138</sup> devait être considéré comme une disposition impérative qui, en raison de son but particulier, devrait s'appliquer même si les règles de conflit suisse désignaient un autre droit<sup>139</sup>. Le léger doute exprimé par le Conseil fédéral à ce sujet dans le Message est désormais levé; le Tribunal fédéral a en effet eu l'occasion depuis de confirmer que la prohibition de la constitution de fidécum de famille selon l'article 335 alinéa 2 CC n'est pas une loi d'application immédiate au sens de l'article 18 LDIP pouvant paralyser l'application d'une loi étrangère qui déclare licite la création d'une fondation de famille d'entretien<sup>140</sup>. Ainsi une fondation liechtensteinoise de droit privé poursuivant un rôle de fondation de famille dite d'entretien sera désormais reconnue en Suisse si elle est valablement constituée selon le droit du Liechtenstein

---

<sup>133</sup> ATF 128 III 201 consid. 1b = SJ 2002 I 293.

<sup>134</sup> ATF 135 III 614 consid. 4.2.

<sup>135</sup> Vischer, ZK-IPRG, chiffre 12 ad Art. 18 LDIP; SJ 2002 I 293.

<sup>136</sup> ATF 128 III 346.

<sup>137</sup> ATF 135 III 614 consid. 4.2.

<sup>138</sup> Sont interdits en droit suisse les patrimoines séparés consacrés à une famille déterminée qui ne visent pas au paiement des frais d'entretien, d'établissement et d'assistance des membres de la famille ou à des buts analogues (ATF 108 II 393).

<sup>139</sup> Message, pages 574-575.

<sup>140</sup> ATF 135 III 614.

selon la théorie de l'incorporation ancrée à l'article 154 alinéa 1 LDIP<sup>141</sup>.

### 3.5. *Ordre public*

La Convention contient également une réserve en faveur de l'ordre public de l'Etat du for<sup>142</sup>.

Toutefois, comme le relève le Message<sup>143</sup>, la réserve d'ordre public ne doit pas remettre fondamentalement en cause la portée de la reconnaissance des trusts prévue à l'article 11 de la Convention de La Haye, en particulier concernant la séparation des biens du trust des biens personnels du trustee.

## 4. COMPETENCE

### 4.1. *En général*

La Convention de La Haye ne prévoyant pas de règle relative à la compétence des tribunaux, c'est l'article 149b LDIP qui règle ce point pour les « affaires relevant du droit du trust ».

C'est à dessein que l'article 149b LDIP vise les « affaires relevant du droit du trust » plutôt que les « différends »<sup>144</sup>. En effet, l'article 149b LDIP a vocation à s'appliquer tant aux litiges qu'aux procédures de juridiction gracieuse<sup>145</sup>. L'objectif est d'assurer que la possibilité prévue en droit du trust pour le trustee de demander au juge des consignes (*directions*) soit aussi couverte par cette règle de compétence<sup>146</sup>.

Par les « affaires relevant du droit du trust », il faut entendre les questions concernant la validité, les effets juridiques, l'administration, la modification ou la cessation d'un trust ou, si l'on se base sur les personnes concernées, les relations entre le constituant, le trustee, le protecteur et les bénéficiaires<sup>147</sup>. Les relations entre le trustee et les tiers ne sont pas couvertes par cette disposition, pas plus que les litiges concernant un

---

<sup>141</sup> Othenin-Girard, pages 1266-1267.

<sup>142</sup> Article 18 de la Convention de La Haye.

<sup>143</sup> Message, page 583.

<sup>144</sup> Par contraste, l'article 151 LDIP qui s'applique aux sociétés vise les différends relevant du droit des sociétés.

<sup>145</sup> Dutoit, chiffre 1 ad article 149b LDIP; Vogt, Ba-K, chiffre 9 ad Art. 149b LDIP.

<sup>146</sup> Message, page 600.

<sup>147</sup> Gutzwiller, page 160, remarque 149b-3; Dutoit, chiffre 1 ad article 149b LDIP.

trust mais ne relevant pas du droit des trusts (par exemple des actions portant sur une question préalable, telle que la capacité de discernement du constituant, la validité du transfert de propriété au trustee ou encore la validité du testament s'agissant d'un trust testamentaire)<sup>148</sup>.

#### 4.2. *Prorogation de for*

Contrairement au droit des sociétés, mais comme en matière de contrat, la LDIP reconnaît la prorogation de for en matière de trust. A dessein, l'article 149b alinéa 1 LDIP ne parle que d'élection de for et non pas de convention comme en matière contractuelle<sup>149</sup>, reconnaissant ainsi que le trust est constitué par un acte unilatéral du constituant<sup>150</sup>.

Par ailleurs, le tribunal compétent est celui qui est désigné « selon » et non pas « dans » les termes du trust. Le législateur a voulu tenir compte du fait que l'acte constitutif ne prévoit pas nécessairement le for compétent mais peut autoriser le constituant ou le trustee, voire le protecteur, à désigner le for compétent postérieurement à la constitution du trust<sup>151</sup>.

L'élection de for doit être faite par écrit ou, comme en matière contractuelle, sous une autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte<sup>152</sup>. Sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive, mais il serait concevable de prévoir que l'élection de for fut non exclusive.

En cas de prorogation de for en faveur des tribunaux suisses, ceux-ci ne peuvent pas décliner leur compétence (i) si l'une des parties, le trust ou un trustee, est domicilié ou a sa résidence habituelle ou un établissement dans le canton où le tribunal siège, ou (ii) si une grande partie du patrimoine du trust se trouve en Suisse<sup>153</sup>.

Inspiré de l'article 5 alinéa 3 LDIP, l'article 149b alinéa 2 LDIP vise à assurer que si le trust a un lien étroit avec la Suisse, la volonté du constituant de soumettre les affaires du trust à la compétence des tribunaux suisses soit respectée. Cette disposition ne devrait pas trouver une application fréquente, comme il est peu probable que les

---

<sup>148</sup> Dutoit, chiffre 1 ad article 149b LDIP.

<sup>149</sup> Voir article 5 al. 1 LDIP.

<sup>150</sup> Vogt, Ba-K, chiffre 11 ad Art. 149b LDIP.

<sup>151</sup> Message, pages 600-601; Dutoit, chiffre 3 ad Art. 149b LDIP.

<sup>152</sup> Vogt, Ba-K, chiffre 12 ad Art. 149b LDIP.

<sup>153</sup> Article 149 al. 2 LDIP.



tribunaux suisses, une juridiction qui ne connaît pas la notion de trust, soient souvent désignés par un constituant.

A supposer toutefois que tel fût le cas, même si aucune des parties, le trust ou un trustee, n'était domiciliée en Suisse, le tribunal choisi dans l'acte constitutif du trust ne pourrait pas décliner sa compétence si une grande partie du patrimoine du trustee se trouvait en Suisse. Il s'agit d'une notion qu'il appartiendra aux tribunaux d'interpréter<sup>154</sup>. Tout ce que l'on peut dire est que le texte de la loi n'exige pas que la majorité des biens du trust soit en Suisse<sup>155</sup>. D'autres critères pourront être pris en considération comme par exemple la répartition, respectivement, la concentration géographique des actifs : si une partie importante des actifs du trust est en Suisse et que le reste des actifs est répartie dans une variété de juridictions, il est plus probable que le juge suisse devra accepter sa compétence que si le restant des actifs du trust est concentré dans un seul autre pays. Il conviendrait probablement aussi de tenir compte de la nature des actifs, le rattachement à un lieu, par exemple, d'immeubles étant plus fort que celui d'actifs bancaires qui peuvent aisément être déplacés.

#### 4.3. *Absence d'élection de for*

En l'absence d'une élection de for ou lorsque l'élection n'est pas exclusive, sont compétents :

- (a) les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle de la partie défenderesse ;
- (b) les tribunaux suisses du siège du trust; ou
- (c) pour les actions découlant de l'exploitation d'un établissement en Suisse, les tribunaux suisses du lieu de cet établissement<sup>156</sup>.

Ces critères sont alternatifs et la réalisation de l'un seul d'entre eux fonde donc la compétence du tribunal suisse. Ces différents fors correspondent à ceux que retient la Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (la "Convention de Lugano", "CL")<sup>157</sup>.

La lettre (a) ne vise que les procédures contentieuses dans la mesure où c'est le domicile de la partie défenderesse qui fonde la compétence du tribunal suisse. La loi n'envisage pas explicitement le cas où il y aurait une pluralité de parties défenderesses. Il faut considérer que les tribunaux suisses seraient compétents pour celles

---

<sup>154</sup> Vogt, Ba-K, chiffres 14-17 ad Art. 149b LDIP.

<sup>155</sup> Gutzwiller, remarque 149b-25, page 164.

<sup>156</sup> Article 149b al. 3 LDIP.

<sup>157</sup> RS 0.275.12; Articles 2 et 5 ch. 5 et 6 CL.

des parties domiciliées ou ayant leur résidence habituelle en Suisse. Ainsi, si un trust a plusieurs trustees dont l'un est domicilié ou a sa résidence habituelle en Suisse, un bénéficiaire pourrait saisir les tribunaux suisses<sup>158</sup>

La référence à la lettre (b) à un siège du trust n'est pas très heureuse comme le trust n'est pas une personne morale avec un siège. Il correspond cependant selon la définition de l'article 21 alinéa 3 LDIP au lieu de l'administration du trust. Il faut donc entendre par là le lieu désigné par les termes du trust ou, à défaut, le lieu où le trust est administré de fait, conformément à l'article 1 alinéa 2 LDIP et les traités internationaux, notamment la Convention de Lugano.

La compétence des tribunaux du lieu d'établissement mentionnée à la lettre (c) a son importance lorsque le trustee exerce des activités commerciales.

#### *4.4. Convention de Lugano*

La Convention de Lugano s'applique en principe aux affaires liées aux trusts si le défendeur est domicilié dans un de ses Etats contractants. Elle prime les règles de la LDIP et, dans de nombreux cas, son application s'impose donc au détriment des normes relatives à la compétence et à la reconnaissance prévues par la LDIP<sup>159</sup>. De ce fait, le législateur a cherché à garantir le plus grand parallélisme possible entre la Convention de Lugano et la LDIP. Toutefois, il reste quelques différences qui peuvent avoir une certaine portée pratique.

La règle générale de la Convention de Lugano est que les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat<sup>160</sup>.

Si l'acte constitutif d'un trust attribue la compétence aux tribunaux d'un Etat contractant, l'article 23 chiffre 4 CL prévoit que ceux-ci ont la compétence exclusive pour les actions contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit de relations entre ces personnes ou de leurs droits et obligations dans le cadre d'un trust. Cette disposition ne s'applique en revanche pas au protecteur<sup>161</sup>.

Si la prorogation de for n'est pas en faveur d'un Etat contractant, la Convention de Lugano n'a cependant pas vocation à s'appliquer.

---

<sup>158</sup> Le Conseil fédéral dans son Message a identifié cette difficulté et expliqué que c'est pour ce motif qu'il a renoncé à remplacer la notion de siège du trust à l'article 149b al. 3 (b) LDIP par la notion du domicile du trustee comme for pour les affaires du trust car il était concevable qu'un trust ait plusieurs trustees (Message, page 602).

<sup>159</sup> Vogt, Ba-K, chiffres 5-8 ad Art. 149b LDIP.

<sup>160</sup> Article 2 ch. 1 CL.

<sup>161</sup> Vogt, Ba-K, chiffre 8 ad Art. 149b LDIP.

A cet égard, on relèvera que, dans le cadre de la Convention de Lugano, une élection de for doit nécessairement être exclusive alors que la LDIP ne prévoit qu'une présomption en faveur de l'exclusivité.

On relèvera également que la Convention de Lugano exige que la prorogation de for soit écrite alors que la LDIP se contente de requérir qu'elle puisse être établie par un texte.

A défaut d'élection de for au sens de l'article 23 chiffre 4 CL, un défendeur domicilié dans un Etat contractant de la Convention de Lugano peut être attiré dans un autre Etat contractant en sa qualité de fondateur, de trustee ou de bénéficiaire d'un trust si le trust a son domicile dans cet autre Etat contractant<sup>162</sup>.

Afin de déterminer si la clause de juridiction de l'article 5 chiffre 6 CL s'applique à un litige donné, il convient d'examiner si le litige implique les relations entre le constituant, le trustee et/ou le bénéficiaire d'un trust ou leurs droits ou obligations dans le cadre du trust. Il faut ainsi distinguer:

- les relations internes dans le cadre du trust, qui peuvent par exemple porter sur les rapports entre trustees ou entre le trustee et les bénéficiaires et qui tombent dans le champ d'application de l'article 5 chiffre 6 CL; et
- les relations externes pour lesquelles le trustee agit comme n'importe quel particulier et qui sont soumises aux règles habituelles de compétence propres aux relations en cause (successorales, matrimoniales, contractuelles)<sup>163</sup>.

L'article 5 ch. 6 CL constituant une exception par rapport à la règle générale de la Convention qui prévoit que l'on doit agir au domicile ou au siège du défendeur (art. 2 al. 1 CL), cet article doit être interprété de manière restrictive. Ainsi, les litiges à l'encontre d'un protecteur ou d'une autre personne soumise à des devoirs fiduciaires qui ne tombent pas dans la définition de trustee n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 5 chiffre 6 CL<sup>164</sup>.

#### 4.5. *Jurisdiction gracieuse*

La Convention de Lugano ne s'applique pas à la juridiction gracieuse et c'est dès lors l'article 149b LDIP qui détermine la compétence éventuelle des tribunaux suisses pour des demandes de consignes (*directions*) par le trustee prévues par le droit du trust<sup>165</sup>.

Par conséquent, si l'acte constitutif du trust détermine le for compétent pour les affaires du trust, ce sont les tribunaux de ce for qui sont exclusivement compétents.

---

<sup>162</sup> Article 5 ch. 6 CL.

<sup>163</sup> Rapport Schlosser, § 109ss.

<sup>164</sup> Gomez v Gomez-Monche Vives [2008] EWCA Civ 1065, [2008] WLR (D) 305.

<sup>165</sup> Message, page 600.

A défaut de prorogation de for, seule l'application de l'article 149b alinéa 3 lettres (b) et (c) LDIP entre en ligne de compte puisque, dans le cadre d'une procédure non contentieuse, il n'y aurait pas de partie défenderesse. Il n'y aurait ainsi de for en Suisse que si le trust avait son siège en Suisse, à savoir le lieu d'administration désigné dans l'acte constitutif ou à défaut le lieu d'administration de fait<sup>166</sup>, ou si le lieu d'un établissement du trustee était en Suisse et, dans ce cas, la juridiction gracieuse serait limitée aux affaires relevant de cet établissement.

## 5. RECONNAISSANCE DE DECISIONS ETRANGERES

L'article 149e LDIP, introduit à l'occasion de la ratification de la Convention de La Haye, règle la reconnaissance de décisions étrangères dans les affaires relevant du droit du trust. Selon cet article, les décisions étrangères dans les affaires relevant du droit du trust sont reconnues en Suisse lorsque :

- a) elles ont été rendues par un tribunal valablement désigné selon l'article 149b alinéa 1 ;
- b) elles ont été rendues dans l'Etat du domicile, de la résidence habituelle ou de l'établissement de la partie défenderesse ;
- c) elles ont été rendues dans l'Etat du siège du trust ;
- d) elles ont été rendues dans l'Etat dont le droit régit le trust, ou
- e) elles sont reconnues dans l'Etat du siège du trust et que la partie défenderesse n'est pas domiciliée en Suisse.

Du fait que l'article 26 lettre b LDIP ne se réfère qu'à la compétence indirecte fondée sur une convention de prorogation de for, l'article 149 lettre e LDIP précise qu'en matière de trust, l'élection de for unilatérale par le constituant dans l'acte constitutif du trust peut aussi fonder la compétence indirecte d'un tribunal étranger. L'article 26 lettre b LDIP peut néanmoins encore trouver application si les parties à un procès dans une affaire relevant de trust se soumettent volontairement à la juridiction saisie: il conviendra alors de considérer qu'il y a une convention de prorogation de for au sens de cette disposition<sup>167</sup>.

Pour le surplus, l'article 149e alinéa 1 lettres b, c et e reprend l'article 165 LDIP en matière de droit des sociétés. Sont ainsi retenues la compétence de l'Etat du domicile, de la résidence habituelle ou de l'établissement de la partie défendresse et celle de l'Etat du siège du trust. De plus, une décision étrangère reconnue dans l'Etat du siège du trust est reconnue en Suisse, mais à condition que la partie défendresse ne soit pas domiciliée en Suisse.

---

<sup>166</sup> Article 21 al. 3 LDIP.

<sup>167</sup> Message, page 607; Dutoit, chiffre 2 ad Art. 149e LDIP.

L'article 149e lettre d LDIP prévoit également qu'une décision rendue dans l'Etat dont le droit régit le trust doit être reconnue en Suisse. Cette compétence indirecte se recoupe dans la grande majorité des cas avec celle découlant de l'Etat du siège du trust. Toutefois, alors que pour une société le droit qui régit la société sera toujours celui du pays de son siège, il est concevable pour un trust que les deux divergent ce qui explique la raison de l'article 149e lettre d LDIP<sup>168</sup>.

La notion des « affaires relevant du droit du trust » a la même portée qu'à l'article 149b LDIP<sup>169</sup>. Il s'agit de toutes les affaires ayant trait aux rapports internes au trust (constitution, modification ou dissolution du trust, responsabilité pour violation des termes du trust) mais non aux rapports externes au trust<sup>170</sup>.

La notion de décision utilisée à l'article 149e LDIP est la même que celle de l'article 25 LDIP qui se recoupe aussi avec celle de l'article 32 CL. En ce qui concerne la LDIP, la notion de décision englobe également les décisions rendues dans le cadre d'une juridiction gracieuse<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> Message, page 608.

<sup>169</sup> Cf. supra § 3.4.1.

<sup>170</sup> Vogt, Ba-K, chiffres 6 et 7 ad Art. 149e LDIP.

<sup>171</sup> Article 31 LDIP ; Message page 600; Vogt, Ba-K, chiffre 5 ad Art. 149e LDIP.

## BIBLIOGRAPHIE CHOISIE

### a) Références bibliographiques

- Böckli, Peter, *Der angelsächsische Trust - Zivilrecht und Steuerrecht*, Zurich / St Gallen, 2007.
- Dutoit, Bernard, *Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Supplément à la 4e édition*, Bâle, 2011, pages 243-262.
- Gutzwiller, Peter Max, *Schweizerisches internationales Trustrecht*, Bâle, 2007.
- Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 2 décembre 2005, FF 2006, pages 561-618 (cité: le Message).
- Othenin-Girard, Simon, *Fondations d'entretien et interdiction des fidéicommiss de famille en droit international privé suisse*, in *Pratique juridique actuelle*, 2010, p. 1261-1268.
- Overbeck (von), Alfred, *Rapport explicatif de la Convention de La Haye de 1985*, 1985 (cité : Rapport explicatif).
- Schlosser, Peter, *Rapport explicatif sur la Convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni*, JO 1979 C 59 pages 71-151 (cité: Rapport Schlosser).
- Thévenoz, Luc, *Trusts en suisse : Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Zurich 2001 (cité : Thévenoz, *Trusts en Suisse*).
- Thévenoz, Luc, "Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de La Haye", in L. Thévenoz et C. Bovet (Eds), *Journée 2006 de droit bancaire et financier*, Zurich 2007 (cité : Thévenoz, *Journée de droit bancaire*).
- Underhill, Arthur / Hayton, David, *Law relating to Trusts and Trustees*, 17th Edition, 2007.
- Vischer, Frank et alii (Ed.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2e éd., Zürich, 2004 (cité: Vischer, *ZK-IPRG*).
- Vogt, Nedim et alii (éd.), *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 2e Ed., Bâle, 2007, Vor Art. 149a-e et ad articles 149a à 149e LDIP (cité: Vogt, *Ba-K*).
- Wolf, Stephan / Jordi, Nadine, "Trust und Schweizerisches Zivilrecht - insbesondere Ehegüter-, Erb-, und Immobiliarsachenrecht", in W. Stefan (éd.), "Der Trust - Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach den Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens" p 29 et ss, Berne, 2008.

## **b) Compléments bibliographiques**

- Amman, Toni, *Steuerliche Aspekte des Trusts*, in *Der Trust - Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach den Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens*, pages 79 et ss, Berne, 2008.
- Arter, Olivier, "Protector eines Trust, Befugnisse und Pflichten im Rahmen des Trusts", in *L'Expert-Comptable Suisse*, 10/2006, pages 729-732.
- Conférence Suisse des impôts, *Imposition des trusts*, Circulaire n°30 du 20 août 2007.
- Danon, Robert J. (Ed.), *Taxation of Trust in Civil Law Jurisdictions*, Zürich, 2010.
- Institut suisse de droit comparé, *Le trust en droit international privé-Perspectives suisses et étrangères*, Actes de la XVIIe Journée de droit international privé du 18 mars 2005, vol. 52, Zurich, 2006.
- Item, Dario, *I trusts di protezione patrimoniale*, Berne, 2010.
- Jakob, Dominique, and Picht, Peter, "Der Trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung". in *Pratique juridique actuelle*, 19(7), 2010, pages 855-886.
- Mayer, Thomas M., *Der Trust und das auf ihn anwendbare Recht aus Schweizer Sicht*, in *Recht*, 2/2007, pages 64-88.
- Mayer, Thomas M., *Neue IPRG-Bestimmungen zum Trust*, Bâle, 2009.
- Markus, Alexander et alii (éd.), *Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz*, Zürich, 2003.
- Perrin, Julien, *Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg*, Genève, 2006.
- Seiler, Matthias, *Trust und Treuhand im schweizerischen Recht*, Zurich, 2005.
- Vogt, Nedim (Ed.), *Trust e istituti particolari del diritto anglosassone*, Bâle, 2009.
- Weingart, Claudio, *Anerkennung von Trusts und trustrechtlichen Entscheidungen im internationalen Verhältnis - unter besonderer Berücksichtigung schweizerischen Erb- und Familienrechts*, Zürich, 2010.

## **c) Jurisprudence suisse choisie**

- ATF 96 II 79 dans la cause Harrison contre Crédit suisse (qualification du trust avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye) = JdT 1971 I 329.
- ATF 108 II 393 dans la cause X. et Y. contre Z (interdiction de la fondation de famille) = SJ 1983 p. 337ss. = JdT 1983 I 587.
- ZR 98/1999 225 n° 52 dans la cause Overseas Development Bank en liquidation contre masse en faillite de Werner K. Rey (exécution forcée par les créanciers du settlor).
- ATF 117 II 494 dans la cause C. Inc. contre F. Inc., X. et Y. (réserve du siège

fictif d'une société panaméenne) = JdT 1993 I 158.

- ATF 128 III 346 dans la cause C. Ltd. contre Banque L. (responsabilité basée sur le Durchgriff en droit des sociétés) = SJ 2003 I 71 = JdT 2004 I 349 .
- ATF 135 III 614 dans la cause Banque X. SA contre Fondation Y. (fondation de famille du Liechtenstein reconnue en Suisse).
- Arrêt non publié du Tribunal fédéral 2c\_409/2009 du 15 janvier 2010 dans la cause Direction du développement économique du canton de Zürich, Département de l'économie et du travail contre X. et Y. (trust et transfert de propriété d'un immeuble).
- Arrêt non publié du Tribunal fédéral 1b\_21/2010 du 25 mars 2010 dans la cause A. contre Ministère public de la Confédération et Office des Juges d'instruction fédéraux (trust et séquestre pénal).