

**Schweizer Bankiers, Treuhänder oder Rechtsanwälte können in Trusts tätig werden. Trustees haben eine Vielzahl von Pflichten zu erfüllen [1]. Die Übernahme einer Trustee-Funktion ist deshalb nur für Personen empfehlenswert, welche über ausreichende Kenntnisse des anwendbaren Rechts [2] verfügen [3]. Weniger anforderungsreich, wenn doch nicht zu unterschätzen, ist die Übernahme einer Funktion als Protektor.**

OLIVER ARTER

## PROTEKTOR EINES TRUSTS

### Befugnisse und Pflichten im Rahmen des Trusts

#### 1. GRÜNDE FÜR DIE «SCHAFFUNG» VON BEFUGNISSEN UND KONTROLLEN IN TRUSTS

Ausgangssituation ist die folgende: Ein Settlor möchte – aus welchen Gründen auch immer – einen Trust errichten. Hierbei werden Vermögenswerte auf einen Trustee übertragen. Dieser wird dadurch zivilrechtlicher Eigentümer dieser Vermögenswerte. Der Settlor gibt das Eigentum an den dem Trust gewidmeten Vermögenswerten auf. Wie kann ein Settlor dennoch einen gewissen Einfluss auf das «künftige Schicksal der übertragenen Vermögenswerte ausüben»?

**1.1 Vorbehalt von Rechten des Settlors.** Nach Übertragung der Vermögenswerte auf den Trustee besitzt der Settlor an diesen keine Rechte mehr [4]. Allerdings besteht die Möglichkeit, dass der Settlor sich in der Trusturkunde vorbehält, den Trust zu widerrufen [5]. Ebenso kann sich der Settlor gewisse Befugnisse in der Trusturkunde vorbehalten, beispielsweise den Trustee abzurufen und einen neuen Trustee zu ernennen, Personen aus der Klasse der Begünstigten zu löschen oder hinzuzufügen, bei Entscheidungen des Trustees ein Vetorecht oder eine Konsultationspflicht, insbesondere vor Ausschüttungen an Begünstigte oder Investitionen des Trustvermögens, vorzusehen oder sich ein Mandat als Portfoliomanager des Trustvermögens einzuräumen [6]. Zudem kann der Settlor selbst Trustee sein oder als Begünstigter vom Trustvermögen profitieren [7].

Der direkte Einfluss des Settlors auf den Trust kann damit unterschiedlich ausgestaltet werden. Dies ist nicht immer unproblematisch und kann unter bestimmten Voraussetzungen dazu führen, dass beispielsweise aus steuerrecht-

licher Sicht weiterhin davon ausgegangen wird, dass dem Settlor Vermögenswerte zuzurechnen sind, dass bei einer erbrechtlichen Auseinandersetzung die Vermögenswerte dem Nachlass des Settlors zugerechnet werden oder beim Konkurs des Settlors die Vermögenswerte in die Konkursmasse fallen [8]. Um dies zu vermeiden, darf der Einfluss des Settlors auf den Trust nur «ein bestimmtes, zulässiges Mass annehmen» [9]. Entsprechend sind vor Errichtung des Trusts vertiefte Abklärungen über die Ziele des Settlors vorzunehmen [10], diesen hinsichtlich der genauen Ausgestaltung und seiner allfällig verbleibenden Rechte als Settlor zu beraten [11] und über die Funktionsweise und die Art der Wahrnehmung zulässiger Befugnisse aufzuklären [12].

**1.2 Letter of wishes.** Häufig möchte der Settlor auch nach Errichtung des Trusts einen gewissen Einfluss auf die Verwaltung des Trustvermögens und auf die Begünstigung bestimmter Personen ausüben. Dies geschieht häufig mittels sog. «Letter of Wishes», d. h. Schreiben des Settlors an den Trustee, in welchen dieser seine Wünsche, insbesondere hinsichtlich der Begünstigung von bestimmten Personen, kundtut [13]. «Letter of Wishes» sind für den Trustee rechtlich nicht verbindlich [14], werden aber de facto regelmässig befolgt. «Letter of Wishes» können – sofern richtig ausgestaltet und im tatsächlichen Sinn des Wortes verwendet – ein nützliches Mittel sein, um dem Trustee für seine Tätigkeit weitere Anhaltspunkte zu vermitteln [15].

**1.3 Protektoren.** Wer einen Trust errichten will, mag sich – besonders wenn nicht mit dem anglo-amerikanischen Recht vertraut – oftmals ungern mit dem Gedanken anfreunden, einem ihm unbekanntem Dritten Vermögenswerte zu übereignen und sich auf diesen hinsichtlich Verwaltung und Ausschüttungen zu verlassen, gerade wenn es sich um einen «Offshore-Trustee» handelt [16]. Um dieser Unsicherheit zu begegnen, wurden sog. Protektoren «geschaffen» [17].

Dem Protektor können ganz unterschiedliche Befugnisse eingeräumt werden: Beispielsweise die vom Trustee vorgesehenen Handlungen mittels Veto zu blockieren, in gewissem Umfang dem Trustee Instruktionen [18] zu erteilen oder diesen abzurufen [19] und einen neuen Trustee zu ernennen.



OLIVER ARTER, LIC. IUR.,  
RECHTSANWALT, FRORIEP  
RENGGLI, ZÜRICH,  
OARTER@FRORIEP.CH

nen [20]. Protektoren sind nach landläufigem Verständnis geeignet, beim Trustee die Vorstellungen des Settlors bei der laufenden Verwaltung des Trusts sowie bei der Ausrichtung von Begünstigungen einzubringen [21]. Deshalb werden damit regelmässig Vertrauenspersonen des Settlors betraut.

**1.4 Private Trust Companies.** Eine andere Möglichkeit der Kontrolle besteht darin, dass als Trustee eine sog. «Private Trust Company» bestimmt wird. Diese «Private Trust Company» kann dem Settlor oder einer von ihm beherrschten Gesellschaft gehören oder auch im Rahmen eines «Nominee Agreements» für ihn durch Dritte gehalten werden. Komplexere Strukturen – dies mag mit Lizenzerfordernissen [22] in einzelnen Staaten für die Trust-Tätigkeit oder mit Wünschen nach erhöhter «Diskretion» zusammenhängen – sehen als Eigentümer der Private Trust Company einen sog. «Purpose Trust» vor, bei welchem lizenzierte natürliche Personen oder eine lizenzierte Trustgesellschaft als Trustee agieren [23].

## 2. WAS IST EIN PROTEKTOR?

Protektoren [24] sind eine relativ neue Erscheinung im Umfeld von Trusts. Sie finden sich insbesondere bei in Offshore-Staaten errichteten Trusts [25], weil dort das Recht aus Gründen des Standortwettbewerbs schnell an Bedürfnisse potentieller Settlors angepasst wird [26]. Aber auch in klassischen Trust-Jurisdiktionen bestehen keine Hindernisse, einen Protektor vorzusehen.

Selten finden sich in den einschlägigen Gesetzen Definitionen des Protektors. Eine Definition findet sich aber beispielsweise im Recht der Bahamas:

«Protector means any person appointed as such pursuant to the terms of the trust instrument, including any persons designated as advisers, surrogates, nominators or as a committee or by any other name having such functions and duties as may be prescribed by the trust instrument or other deed or document effecting their appointment, but excluding persons holding trust property» [27].

Eine etwas andere Definition findet sich in der Gesetzgebung auf den Cook Islands:

«Protector in relation to an international trust means a person who, by whatever name or title, has the power to appoint or remove a trustee, or directly or indirectly controls, whether by power of veto or otherwise, the trustees' exercise of one or more of their powers, functions or discretions under the trust...» [28].

Protektoren sind also einzelne oder mehrere natürliche oder juristische Personen, welchen im Rahmen des Trusts Befugnisse oder Pflichten zukommen, selber aber nicht – wie der Trustee – zivilrechtliche Eigentümer des Trustvermögens sind.

## 3. STELLUNG DES PROTEKTORS

**3.1 Persönliche oder treuhänderische Stellung gegenüber Settlor oder Begünstigten?** Welche Stellung kommt einem Protektor im Rahmen eines Trusts zu [29]? Ist der Protektor ein «Quasi-Trustee», welcher in einer treuhänderischen Stellung zu den Begünstigten steht? Oder steht er in einer treuhänderischen Stellung zum Settlor und hat seine

Befugnisse in dessen bestem Interesse auszuüben? Oder kommt dem Protektor nicht eine treuhänderische, sondern eine persönliche Stellung zu [30]?

Wo dies – wie meistens – nicht gesetzlich geregelt ist, haben die Gerichte anhand der Trusturkunde und der tatsächlich gelebten Verhaltensweisen der Parteien eine entsprechende Qualifikation im Einzelfall vorzunehmen [31]. Dabei wird nach heutiger Auffassung als allgemeine Richtschnur zu gelten haben, dass der Protektor in treuhänderischer Funktion seine Befugnisse unabhängig [32] zu Gunsten aller Begünstigten auszuüben hat [33] – und nicht allein im Interesse des Settlors, auch wenn dieser den Protektor ernannt. Es ist deshalb unangebracht und kann zu Schadenersatzfolgen [34] führen, wenn sich ein Protektor systematisch auf Instruktionen des Settlors abstützt [35]. Auch bei Protektoren – wie bei Trustees – gilt also: Ein Settlor ist weder «Klient», auf dessen Instruktionen abzustellen ist, noch ist die Tätigkeit einzig auf dessen Interessen auszurichten.

**3.2 Aufgaben und Befugnisse.** Als Beispiel einer gesetzlichen Regelung sei wiederum der Trustee Act 1998 der Bahamas angeführt:

«The trust instrument may confer ... on any other protectors any powers including (without limitation) power to do any one or more of the following:

- a) determine the law of which jurisdiction shall be the proper law of the trust;
- b) change the forum of administration of the trust;
- c) remove trustees;
- d) appoint new or additional trustees;
- f) add any person (including the settlor and any private or charitable trust or foundation) as a beneficiary of the trust in addition to any existing beneficiary of the trust;
- g) give or withhold consent to specified actions of the trustee either conditionally or unconditionally; and
- h) release any of the protectors' powers.» [36].

Dem Protektor können somit ganz unterschiedliche Funktionen zukommen, die sich grundsätzlich unterteilen lassen in Befugnisse, direkt über das Trustvermögen zu disponieren, oder Befugnisse, die sich darauf beschränken, gewisse Handlungen des Trustees von der Zustimmung des Protektors abhängig zu machen bzw. hiergegen ein Veto geltend zu machen [37]. Gerade erstere Fälle bergen aber die Gefahr, dass der Protektor zum «Quasi-Trustee» wird.

## 4. PROTEKTOREN UND GELDWÄSCHEREIGESETZGEBUNG

Trusts werden nach der schweizerischen Geldwäschereigesetzgebung wie Sitzgesellschaften behandelt [38]. Ob ein Protektor Finanzintermediär ist, hängt von der Ausgestaltung seiner effektiven Befugnisse ab. Ist ein Protektor nur berechtigt, den Trustee auszuwechseln oder diesen zu überwachen und kommt ihm hinsichtlich der Investierung des Trustvermögens oder bei Ausschüttungen an Begünstigte einzig ein Vetorecht zu, so ist der Protektor nicht als Finanzintermediär zu qualifizieren [39]. Sobald der Protektor alleine oder gemeinsam mit dem Trustee Investitionsentscheidungen trifft

oder die Ausschüttung an Begünstigte beschliesst, wird der Protektor zum Finanzintermediär [40].

## 5. PROTEKTOREN UND STEUERRECHT

Das dem Trust zugewendete Vermögen und die damit erzielten Einkünfte sind grundsätzlich nicht vom Trustee zu versteuern, da gemäss dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einem Steuerpflichtigen kein Einkommens- und Vermögenselement zugerechnet werden darf, über welches er keine Verfügungsmacht besitzt [41]. Trotz zivilrechtlichem Eigentum am Trustvermögen ist der Trustee an diesem wirtschaftlich nicht berechtigt [42]. Dies gilt auch für eine natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz bzw. statutarischem Sitz oder tatsächlichem Verwaltungssitz in der Schweiz, die als Protektor eines Trusts handelt [43]. Eine Person, die allein als Protektor agiert, ist

ebenso wenig wie der Trustee rechtlich oder wirtschaftlich an den Vermögenswerten des Trusts berechtigt, weshalb ihr dessen Vermögenswerte nicht zugerechnet werden können [44]. Obwohl diese Ansicht noch nicht ohne weiteres als gesichert gelten darf, ist damit zu rechnen, dass die künftige Rechtslage in der einen oder anderen Form so präzisiert wird.

## 6. FAZIT

Protektoren bieten eine gewisse Sicherheit dafür, dass eine Vertrauensperson Handlungen des Trustees blockieren kann. Ebenso können Protektoren gewisse Handlungen selber vornehmen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass ein Protektor nicht systematisch und ausschliesslich die Interessen des Settlers wahrnehmen darf. Vielmehr hat der Protektor die Interessen aller Begünstigten als Richtschnur seiner Tätigkeit anzusehen. ■

**Anmerkungen:** **1)** Arter, Oliver: Aspekte der Vermögensverwaltung für Trustvermögen, ST 2005, 593. **2)** Arter, Oliver: Anwalt und Trust, in: Winterthur Versicherung (Hrsg.): Haftpflicht des Rechtsanwaltes, Zürich 2006, erscheint demnächst. **3)** Arter (Anm. 2). **4)** Hudson, Alastair: Understanding Equity & Trust, London/Sydney/Portland 2004, 26. Vgl. Paul v. Paul (1882) 20 Ch D 742. **5)** Sog. «Revocable Trust» auf Grund einer «power of revocation». Penner, James: The Law of Trusts, London 2004, 21 f. Eine andere Alternative sind sog. «Reserved Powers Trusts». Vgl. dazu Williams, Richard D.: Reserved Powers Trusts Under Cayman Islands Law: Reflecting the Reality of the Arrangement, Trust & Trustees 2001, 21 ff. **6)** Vgl. Hayton, David: The Law of Trusts, London 2003, 135; Oakley, AJ; Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts, London 2003, 193 ff. Alternativ können diese Befugnisse auch einem Protektor übertragen werden. **7)** Hayton (Anm. 6), 129 ff., 136. Re Cook [1948] Ch. 212. **8)** Vgl. beispielsweise den Schweizer WKR-Entscheid in ZR 98 (1999), N 52. **9)** Insbesondere Vermeidung eines sog. «Shams». Vgl. dazu eingehend Wadham, Peter: Willoughby's Misplaced Trust, Cambridge 2002, 1 ff. **10)** Erkundigungspflicht. **11)** Beratungspflicht. **12)** Vgl. demnächst Arter (Anm. 2). **13)** Oakley (Anm. 6), 195 f.; Bank of Nova Scotia Trust Company (Bahamas) v. Ricart de Barletta (1985) 1 B.O.S 5, 8 f. Letter of wishes können allerdings auch dazu führen, dass ein Trust als «Sham» qualifiziert wird. Vgl. West

v. Lazard Brothers & Co. (Jersey) [1993] Jersey L.R. 165, 201 ff. **14)** Andernfalls ein sog. «Sham» vorliegen kann. **15)** Oakley (Anm. 6), 196. **16)** Gardner, Simon: An Introduction to the Law of Trusts, Oxford/New York 2003, 237; Penner (Anm. 5), 64; Vernazza, J. Ben: The Independent Protector in Overseas Trusts, Trusts & Trustees 2000, 22 ff.; Maltby, Colin N./Lapthorn, Blake: The developing role and liabilities of protectors, Trusts & Trustees 2003, 8 ff.; Conder, A. Jonathan: The office of the Protector, Trusts & Trustees 1995, 12 f.; Hobson, Philip J.: Trust Deeds and Protectors, Trust & Trustees 1996, 5 ff.; Paltzer, Edgar H.: Issues regarding Trustees and Protectors located in Switzerland – A Lawyer's View, Trusts & Trustees 1996, 19. **17)** Historisch stammt der Begriff des Protektors aus dem «Fines and Recoveries Act 1833». So Oakley (Anm. 6), 190. **18)** Die Auswirkungen bei der Erteilung von Instruktionen müssen aber im Einzelfall genau untersucht werden. **19)** Virani v. Guernsey International Trustees & Tim Bennett [2002] Civil Appeal 312, Re Papadimitriou [2004] WTLR 114. **20)** Underhill, Arthur/Hayton, David J.: Law Relating to Trusts and Trustees, London 2003, 30 ff.; Gardner (Anm. 16), 238; Penner (Anm. 5), 64 f.; Vernazza (Anm. 16), 24 ff.; Maltby/Lapthorn (Anm. 16), 9 ff.; Conder (Anm. 16), 12 ff.; Hobson (Anm. 16), 5 ff.; Paltzer (Anm. 16), 19 f. Der genaue Umfang der Befugnisse muss im Einzelfall anhand der einschlägigen Gesetzgebung oder der Trusturkunde bestimmt werden. **21)** Gardner

(Anm. 16), 238. **22)** Vgl. dazu demnächst Arter, Oliver: Aufsichts- und beratungsrechtliche Aspekte rund um Trusts, erscheint voraussichtlich in AJP 12/2006. **23)** Vgl. etwa Jones, Monica I.: The Private Trust Company in Bermuda, Trust & Trustees 2001, 22 f., für Bermuda, oder Lambert, Ian/Williams, Richard: Using Star Trusts to Own Private Trust Companies, Trust & Trustees 1998/1999, 14 ff., für Cayman Islands. **24)** Auch bezeichnet als «Enforcer», «Nominator» oder «Committee», insbesondere im Zusammenhang mit sog. «Purpose Trusts». Vgl. Oakley (Anm. 6), 190 ff. **25)** Gesetzliche Bestimmungen zu Protektoren kennen etwa Anguilla, Bahamas, Belize, British Virgin Islands, Brunei, Cook Islands, St. Vincent and the Grenadines, Turks and Caicos Islands. Nicht gesetzlich oder nur rudimentär geregelt sind Protektoren in Barbados, Bermuda, Kanada, Cayman Islands, England, Gibraltar, Guernsey, Jersey, Hong Kong, Indien, Isle of Man, Jersey, Liechtenstein, Neuseeland, Panama, Samoa, Singapur, Zypern, wobei Protektoren regelmässig im Trust Settlement vorgesehen werden können. Allerdings ist zu beachten, dass auch in den Ländern, in welchen Protektoren gesetzlich vorgesehen sind, die entsprechenden Bestimmungen oft lückenhaft sind. Vgl. dazu Maltby/Lapthorn (Anm. 16), 8 ff., Vernazza (Anm. 16), 22. **26)** Vgl. zu dieser Problematik etwa Oakley (Anm. 6), 190 ff.; Matthews, Paul: The Purpose Trust and its Uses, International Tax Planning Association 2003, 77. **27)** Art. 2 Bahamas

Trustee Act. Ganz ähnlich auch die Definition gemäss Section 86 (2) British Virgin Islands Trustee Ordinance. **28)** Art. 2 International Trusts Act. Nicht überraschend haben die Cook Islands wohl deshalb Bestimmungen zum Protektor geschaffen, um des weiteren vorzusehen, dass ein Protektor nicht aus Treubruch (breach of fiduciary duty) haftet. **29)** Vgl. zum Ganzen Goodman, Dawn: Responsibilities of Trustees, Trust Companies, Protectors and Other Fiduciaries, Vortragsmanuskript anlässlich der Tagung «Trust and Private Banking» des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, 30. Juni 2006, 1ff. **30)** Zu Fragen der «treuhänderischen» oder «persönlichen» Stellung kann keine abschliessende Aussage gemacht werden. Grundsätzlich ist wohl eher von einer «treuhänderischen» Stellung auszugehen, und dies umso mehr, je weiter die Befugnisse des Protektors reichen. Vgl. Underhill/Hayton (Anm. 20), 30; Goodman (Anm. 29), 11ff. sowie die unterschiedlichen Aussagen in Rawson Trust v. Perlman Eq, Supreme Court of the Bahamas, No 194 of 1989 einerseits und Re Skeat's Settlement 42 Ch D 522, 58 LJ Ch 656, 37 WR 778, 61 LT 500 andererseits. Vgl. dazu auch Steele v Paz Ltd. [1995] MLR, Re Osiris Trustees [2000] [1995] 2 Itelr 404, IRC v. Schroeder [1983] STC 480, Jurgen von Knierem v. Bermuda Trust Co. Ltd. and Grosvenor Trust Co. Ltd. and Bermuda Trust Company Ltd. v. Jurgen von Knierem & Others [13 July 1994], unreported Supreme Court of Bermuda 1 BOCM 116. **31)** Penner (Anm. 5), 64f. **32)** D. h. frei von Interessenkonflikten. **33)** In Mothew (T/A Stapley & Co.) v. Bristol and West

Building Society [1996] EWCA Civ 533 (24<sup>th</sup> July, 1996) wurde dazu ausgeführt: «A fiduciary is someone who has undertaken to act for or on behalf of another in a particular matter in circumstances which give rise to a relationship of trust and confidence. The distinguishing obligation of a fiduciary is the obligation of loyalty. The principal is entitled to the single-minded loyalty of his fiduciary. This core liability has several facets. A fiduciary must act in good faith; he must not make a profit out of his trust; he must not place himself in a position where his duty and his interest may conflict; he may not act for his own benefit or the benefit of a third person without the informed consent of his principal.» **34)** Ein drakonisches Beispiel findet sich in Murad & Anor v. Al-Saraj & Anor [2004] EWHC 1235 (Ch) (28 May 2004), [2005] EWCA Civ 959 (29 July 2005), wo sämtliche erzielten Profite erstattet werden mussten. **35)** Schroder v. IRC (1983) STC 480, 500, 502. Vgl. Nosedá, Filippo: Praktische Auswirkungen des Haager Trust-Übereinkommens für den Schweizer Trustee, Protector, Trust Administrator und Investment Advisor, AJP 2006, 482, 489ff. **36)** Para. 81 Bahamas Trustee Act 1998. **37)** Conder (Anm. 16), 12. Eine ausführlichere Übersicht findet sich bei Underhill/Hayton (Anm. 20), 30f., welcher folgende Beispiele erwähnt: «(1) monitor and agree the trustees' fees; (2) require an accounting or audit, with power to nominate the auditors; (3) conduct periodic reviews of the administration of the trust; (4) approve self-dealing by the trustees; (5) remove and appoint trustees; (6) initiate the migration of the trust or to be the judge of facts concerning

whether the trust has automatically migrated upon the occurrence of certain events; (7) be consulted or have veto powers before the trustees make any discretionary payments to beneficiaries or objects of a power; (8) be consulted or have veto powers over sales of particular shareholdings or other trust property; (9) withhold consent where requisite before any beneficiary can institute legal proceedings against the trustee (for its conduct during the settlor's lifetime); (10) withhold consent to trustees' proposed exercise of a power to amend the administrative or managerial terms of the trust; (11) direct generally or only in specific areas the exercise of trustees' investment or other managerial discretions; (12) veto the settlor's exercise of a reserved power if believing him to be under duress in his home jurisdiction or to be suffering from a mental disorder; (13) make or approve additions to, or deletions from, the class of beneficiaries or objects of power.» **38)** Eidg. Finanzverwaltung EFV, Kontrollstelle GWG, Unterstellung von Vermögensverwaltern und Anlageberatern unter das Geldwäschereigesetz, Schreiben vom 22. Dezember 2004, 2. **39)** Eidg. Finanzverwaltung EFV (Anm. 38), 2. **40)** Eidg. Finanzverwaltung EFV (Anm. 38), 2. **41)** Schweizerische Steuerkonferenz, Besteuerung von Trusts, Entwurf der Arbeitsgruppe Trust vom 16. März 2006, Ziff. 4.2. **42)** Schweizerische Steuerkonferenz, (Anm. 41), Ziff. 4.2. **43)** Schweizerische Steuerkonferenz, (Anm. 41), Ziff. 4.2. **44)** Schweizerische Steuerkonferenz, (Anm. 41), Ziff. 4.2.

## RÉSUMÉ

### Protecteur d'un trust

Pour les banquiers, experts-comptables et avocats suisses acceptant une fonction dans le cadre d'un trust, l'alternative est la suivante: agir en qualité de trustee ou de protecteur. Les trustees doivent satisfaire à une multitude d'obligations. L'acceptation d'une fonction de trustee ne saurait par conséquent être recommandée qu'aux personnes ayant une connaissance suffisante du droit applicable (pour les trustees suisses, il s'agit le plus souvent d'un droit étranger) et qui sont familiarisées avec les principes du trust et/ou qui peuvent faire appel aux conseils de professionnels qualifiés. Bien qu'elle ne doive pas être sous-estimée, la fonction de protecteur est moins exigeante.

La personne qui désire mettre en place un trust aura sans doute quelques difficultés, surtout si elle n'est pas familière du droit anglo-saxon, à se faire à l'idée de transférer des valeurs patrimoniales à un tiers qu'elle ne connaît pas et de s'en re-

mettre à lui pour la gestion dudit patrimoine et des revenus qu'il génère. Ceci vaut d'autant plus s'il s'agit d'un trustee offshore. C'est pour «remédier» à cet état de faits qu'ont été «créés» les protecteurs.

L'apparition des protecteurs dans le domaine des trusts est relativement récente. On les trouve notamment dans les juridictions offshore, car le droit peut y être rapidement modifié afin de préserver la compétitivité du site et d'attirer les settlors potentiels. Mais il n'y a toutefois pas d'obstacle au recours à un protecteur dans les juridictions de trust «classiques».

Les pouvoirs octroyés au protecteur peuvent varier considérablement; il peut par exemple être habilité à bloquer par son veto des actes envisagés par le trustee, à donner, dans une certaine mesure, des instructions au trustee ou à révoquer ce dernier et à nommer un nouveau trustee. Dans son acception la plus com-

munément répandue, le rôle du protecteur consiste à faire valoir auprès du trustee les souhaits du settlor concernant la gestion courante du trust et la répartition des avantages de celui-ci. C'est la raison pour laquelle les protecteurs sont fréquemment des personnes jouissant de la confiance du settlor.

Le protecteur est toutefois tenu d'exercer sa fonction fiduciaire en toute indépendance et en faveur de tous les bénéficiaires et pas uniquement du seul settlor, même si c'est ce dernier qui a désigné le protecteur. Il n'est, par conséquent, pas judicieux que le protecteur se fonde systématiquement sur les instructions du settlor et ceci peut même avoir pour conséquence des demandes de versement de dommages-intérêts. Tant pour le protecteur que pour le trustee, le settlor n'est pas un «client» dont les instructions doivent être suivies à la lettre et leurs activités ne doivent pas s'exercer exclusivement dans l'intérêt du settlor. OA/JA