Document generated on 05/09/2025 10:43 a.m.

McGill Law Journal
Revue de droit de McGill

Les défis du droit suisse de l'insolvabilité face au *trust* : séparation des patrimoines, publicité et poursuite pour dettes

Aude Peyrot

Volume 58, Number 4, June 2013

The Civil Law Trust
La fiducie en droit civil

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1019050ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1019050ar

See table of contents

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)
1920-6356 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Peyrot, A. (2013). Les défis du droit suisse de l'insolvabilité face au *trust* : séparation des patrimoines, publicité et poursuite pour dettes. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, *58*(4), 937–966. https://doi.org/10.7202/1019050ar

Article abstract

This article examines three challenges faced by Swiss law as a result of Switzerland's ratification of the *Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition*. First, it looks at the manner in which Switzerland approached the effects of ring-fencing inherent to the institution of the trust, given that these effects directly contradict the fundamental civilian notion of the unity of the patrimony. Second, the article explores the relationship between ring-fencing and the principle of registration of rights as implemented by the Swiss public registries. Third, it discusses how Switzerland has incorporated the different regimes of liability for debts applicable in the trust context into its rules on forced execution.

The article shows that Switzerland has successfully responded to the challenges posed by the trust and adapted itself to a foreign institution that initially seemed incompatible with existing law. Nevertheless, some of the solutions chosen appear to clash with the logic of the trust, perhaps even with the logic of Swiss law. The article concludes that the incorporation of the common law trust into civilian legal systems creates a risk not only of distorting the civil law but also, in a more unexpected way, of distorting the institution of the trust itself.

Copyright © Aude Peyrot, 2013

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

McGill Law Journal ~ Revue de droit de McGill

LES DÉFIS DU DROIT SUISSE DE L'INSOLVABILITÉ FACE AU *TRUST* : SÉPARATION DES PATRIMOINES, PUBLICITÉ ET POURSUITE POUR DETTES

*Aude Peyrot**

Cet article examine trois des défis qui se sont posés au droit suisse au moment de ratifier la *Convention de La Haye du 1er juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*. Il explore d'abord la façon dont la Suisse a appréhendé l'effet de *ring-fencing* inhérent au *trust*, lequel contrarie directement le principe civiliste cardinal de l'unité du patrimoine. Il examine ensuite le rapport qu'entretient cet effet de *ring-fencing* avec le principe de publicité, tel que mis en œuvre par les registres publics suisses. Il traite enfin de la façon dont la Suisse a traduit les différents régimes de responsabilité pour dettes prévalant en matière de *trusts* dans son droit de l'exécution forcée.

L'article montre aussi que la Suisse a su relever les défis posés par le *trust* et s'adapter à une institution étrangère qui lui paraissait à l'origine incompatible. Certaines des solutions adoptées sont toutefois en rupture avec la logique du *trust*, voire avec la logique du droit suisse. L'article conclut au fait que la réception du *trust* de common law par les traditions juridiques civilistes ne présente pas uniquement un risque de dénaturation du droit civil, mais aussi — et de façon plus inattendue — un risque de dénaturation du *trust* lui-même.

This article examines three challenges faced by Swiss law as a result of Switzerland's ratification of the *Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition*. First, it looks at the manner in which Switzerland approached the effects of ring-fencing inherent to the institution of the trust, given that these effects directly contradict the fundamental civilian notion of the unity of the patrimony. Second, the article explores the relationship between ring-fencing and the principle of registration of rights as implemented by the Swiss public registries. Third, it discusses how Switzerland has incorporated the different regimes of liability for debts applicable in the trust context into its rules on forced execution.

The article shows that Switzerland has successfully responded to the challenges posed by the trust and adapted itself to a foreign institution that initially seemed incompatible with existing law. Nevertheless, some of the solutions chosen appear to clash with the logic of the trust, perhaps even with the logic of Swiss law. The article concludes that the incorporation of the common law trust into civilian legal systems creates a risk not only of distorting the civil law but also, in a more unexpected way, of distorting the institution of the trust itself.

* Docteure en droit, avocate et chargée de cours à l'Université de Genève. Elle est l'auteur d'une thèse sur les *trusts* et l'exécution forcée en Suisse ainsi que de diverses contributions en matière de trust.

© Aude Peyrot 2013

Citation: (2013) 58:4 McGill LJ 937 ~ Référence : (2013) 58 : 4 RD McGill 937

Introduction 939

I. L'effet de *ring-fencing* et l'unité du patrimoine 941

A. Le ring-fencing *: un mécanisme au cœur du concept de* trust 941

B. L'unité du patrimoine : un postulat à la base du droit suisse 942

C. La réconciliation des principes à travers les patrimoines séparés du droit suisse 945

D. La mise en œuvre de l'effet de ring-fencing *dans l'exécution forcée suisse (article 284b* LP*)* 946

II. La ségrégation des biens du *trust* et le principe de publicité 947

A. La publicité du rapport de trust *selon l'article 12 de la* Convention de La Haye *et l'article 149d* LDIP 948

B. Les effets de la publicité et de son omission sur les tiers acquéreurs de bonne foi 950

C. Les effets de la publicité et de son omission sur la ségrégation des biens du trust 952

III. La poursuite pour les dettes nées régulièrement dans l'exercice du *trust* 956

A. Le régime de responsabilité pour dettes d'après la loi applicable au trust 957

1. L'approche classique de responsabilité pour dettes 957
2. L'approche moderne de responsabilité pour dettes 959

B. La procédure d'exécution forcée en Suisse 960

1. La poursuite *pour les dettes grevant le patrimoine personnel du* trustee 960
2. La poursuite pour les dettes à charge du patrimoine du *trust* (article 284a *LP*) 961

a. En général 961

b. Vers une « personnification » du trust*?* 964

Conclusion 965

Introduction

Le 1er juillet 2007, la Suisse a ratifié la *Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*[1]. Alors que deux études approfondies menées dans les années cinquante tranchaient clairement la question de la compatibilité du *trust* avec le système légal suisse par la négative[2], la ratification de la convention n'a pas été particulièrement contestée près de soixante ans plus tard. Certes, il y a eu quelques évolutions en droit interne suisse qui ont favorisé ce résultat[3], mais c'est surtout un changement progressif des mentalités qui l'a rendu possible. Aujourd'hui, compte tenu de la ratification, on ne peut plus prétendre que le *trust* est incompatible avec l'ordre juridique suisse.

Une précision doit être faite d'emblée. Si la Suisse reconnaît et met en œuvre les effets d'un *trust* de droit étranger sur la base de la *Convention de La Haye*. En revanche, son droit interne ne connaît pas l'institution du *trust*, que ce soit sous sa forme traditionnelle ou sous une forme analogue. En particulier, nous verrons que la fiducie du droit suisse ne constitue pas un équivalent fonctionnel à l'institution du *trust*. L'ordre juridique helvétique côtoie ainsi les *trusts* que dans la perspective limitée du droit international.

De nouvelles dispositions sur les *trusts* ont été promulguées afin de mettre en œuvre la *Convention de La Haye* : d'une part, dans la *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*[4], et d'autre part, dans la *Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite*[5]. Cette activité législative en matière d'exécution forcée fait de la

---

1 *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, 1er juillet 1985, 1664 RTNU 311, RO 2007 2849 (entrée en vigueur : 1er juillet 2007) [*Convention de La Haye*].

2 Voir les études de Charles Reymond, « Le trust et le droit suisse » (1954) 73 Revue de droit suisse 119 et de Friedrich Gubler, « Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)? » (1954) 73 Revue de droit suisse 215. Ces deux études visaient à déterminer si le *trust* anglo-saxon pouvait être introduit en droit suisse. Reymond conclut que le *trust* est inconciliable avec le droit suisse et qu'il est contraire à son esprit.

3 En particulier, la création d'instruments juridiques en droit suisse, considérés par la doctrine comme de véritables patrimoines séparés. À cet égard, voir la partie I-C ci-dessous.

4 RS, 1987, 291 [*LDIP*].

5 RS, 1889, 281.1 [*LP*]. Le chapitre 9a (« Trusts »), comportant cinq nouvelles normes (art 149a-149e), a été introduit dans la *LDIP* le 1er juillet 2007. Il faut encore y ajouter la modification de l'art 21 *LDIP*. Ces règles visent principalement à régir les questions de droit international privé liées au *trust* (droit applicable, compétence juridictionnelle, reconnaissance des décisions étrangères, définition du « siège du *trust* ») et la publicité du rapport de *trust*. Par ailleurs, un titre neuvième bis (« Dispositions particulières sur les

Suisse un cas particulier, si ce n'est unique, parmi les pays de droit civil. Il n'est donc pas inintéressant de voir comment la Suisse, juridiction civiliste sans tradition du *trust*, a réglementé cette question.

La présente analyse propose trois pistes de réflexion concernant le *trust* de common law et le droit suisse de l'insolvabilité[6]. Elles sont les suivantes :

(1) La première partie examinera la question de la compatibilité entre l'effet de *ring-fencing* inhérent au *trust* et le principe de l'unité du patrimoine qui constitue en droit suisse le socle de la responsabilité pour dettes. Nous verrons si le *trustee* est autorisé à détenir un patrimoine séparé qui ne répond pas de ses dettes personnelles, alors que le droit suisse prône au contraire une responsabilité générale des individus sur l'ensemble de leur patrimoine. Nous exposerons comment cette problématique a été résolue en droit suisse, ainsi que les modalités de l'article 284b *LP* qui furent adopté dans cette perspective.

(2) Dans le prolongement de la première problématique, nous verrons ensuite si la distraction des biens d'un *trust* dans la faillite est compatible avec les exigences du droit suisse en matière de publicité tabulaire. Nous examinerons en particulier s'il est nécessaire que le rapport de *trust* soit mentionné dans le registre public pertinent pour que cette ségrégation ait effectivement lieu. L'article 149d *LDIP* qui régit en droit suisse la publicité du rapport de *trust* ne permet pas d'y répondre clairement. Nous proposerons une interprétation de la norme, qui s'écarte de l'opinion majoritaire en Suisse.

(3) Enfin, la troisième partie portera sur la situation des créanciers au bénéfice de créances résultant de l'administration courante d'un *trust*. La problématique est à cet égard double. Le régime de responsabilité pour dettes représente une question matérielle préliminaire qui relève de la *loi applicable au trust*, tandis que l'exécution forcée est une question de mise en œuvre qui doit être régie par le droit suisse. Le cas où — selon la loi applicable au *trust* — les dettes résultant de la gestion du *trust* grèvent directement le fonds du *trust* lui-même a donné lieu à l'introduction d'une nouvelle norme en droit suisse, à savoir l'article 284a *LP*. Nous

---

relations du trust ») comportant deux nouvelles dispositions (art 284a-284b) a été ajouté dans la *LP*.

6 Pour un approfondissement sur ces trois thématiques, voir notamment Aude Peyrot, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Zurich, Schulthess, 2011 [Peyrot, *Le trust de common law*].

verrons si les prescriptions prévues par cette disposition sont conformes à la logique du droit suisse et à celle des *trusts* et comment le législateur a veillé à leur conciliation.

I. L'effet de *ring-fencing* et l'unité du patrimoine

Avant de pouvoir ratifier la *Convention de La Haye*, le législateur suisse a dû s'assurer de la possible coexistence entre l'effet de *ring-fencing* inhérent au *trust* et le principe de l'unité du patrimoine — dit aussi de « l'unicité du patrimoine » — du droit suisse. Ce principe est commun à d'autres pays de droit civil et la question a également été discutée ailleurs[7]. Les développements qui suivent visent à exposer la façon dont cette question a été résolue dans l'ordre juridique helvétique, tout en rappelant au préalable la notion de *ring-fencing*.

A. Le ring-fencing *: un mécanisme au cœur du concept de* trust

La ségrégation du fonds du *trust* est, on le sait, l'une des caractéristiques essentielles de l'institution, ce que la *Convention de La Haye* relève très clairement à son article 2(2)(a)[8]. Sa mise en œuvre est imposée aux pays de droit civil ayant ratifié la *Convention de La Haye* comme l'une des conséquences juridiques minimales de la reconnaissance d'un *trust*. Concrètement, si la *loi applicable au trust* le prévoit, le fonds du *trust* doit être reconnu comme formant une masse distincte des biens propres du *trustee* à trois égards : à l'égard du conjoint du *trustee* dans le cadre de son régime matrimonial; à l'égard des héritiers du *trustee* lors de l'ouverture de sa succession; et surtout à l'égard des créanciers personnels du *trustee* dans l'hypothèse de son insolvabilité[9].

L'importance de la ségrégation du fonds du *trust* a été mise en avant par la doctrine, notamment dans le cadre de l'article 11 de la *Convention de La Haye*[10]. Elle est considérée comme un élément essentiel du *trust*,

---

7 En France, voir notamment François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Paris, Litec, 2004 aux pp 338-347 [Barrière, *La réception du trust*].

8 Voir également DJ Hayton, SCJJ Kortmann et HLE Verhagen, *Principles of European Trust Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1999 art III.

9 *Convention de la Haye*, *supra* note 1 art 11(2)-3 (a), (b).

10 Jonathan Harris, *The Hague Trusts Convention: scope, application and preliminary issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002 à la p 311 [Harris, *The Hague Trusts*]; Camille Jauffret-Spinosi, « La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985) » (1987) 114 : 1 Journal du Droit International 23 à la p 55 [Jauffret-Spinosi, « La Convention »]; Alfred von Overbeck, « Rapport explicatif/Explanatory Report » dans *Actes et documents de la Quinzième session*, t 2 : *Trust* —

sans lequel sa reconnaissance n'aurait aucun sens. Jonathan Harris soutient du reste que le principe de ségrégation ne doit pas être affecté ou amoindri par les articles 15 ou 16 de la *Convention de La Haye* — qui réservent les règles impératives du for et les lois d'application immédiate — de peur de vider la reconnaissance de son sens[11].

B. L'unité du patrimoine : un postulat à la base du droit suisse

La formation d'une masse séparée au sein du patrimoine du *trustee* hors d'atteinte pour ses créanciers personnels heurte a priori de plein front le principe de l'unité du patrimoine. Ce dernier établit en effet que chaque individu ne possède qu'un seul patrimoine sur lequel il répond de l'ensemble de ses dettes. Il interdit aux individus de distinguer de leur propre chef plusieurs masses distinctes à l'intérieur d'un même patrimoine[12]. L'on sait que ce principe dérive à l'origine de la théorie dite « subjective » du patrimoine élaborée par les auteurs français Aubry et Rau au 19e siècle[13]. En France, le principe a été érigé au rang de dogme[14], tendance qui se maintient aujourd'hui en dépit de vives critiques exprimées par la doctrine française[15]. En Suisse, le postulat a été embrassé avec moins d'ardeur, mais il n'en constitue pas moins un principe clé du droit suisse de la responsabilité pour dettes[16]. S'il n'a pas été codifié en tant que tel dans la loi, il est en revanche exprimé dans la doctrine que ce soit de façon explicite[17] ou implicite. En effet, la responsabilité pour dettes est souvent décrite comme générale, personnelle et illimitée, ce qui exprime

---

loi applicable et reconnaissance, La Haye, Bureau Permanent de la Conférence, 1985, 370 à la p 394 .

11 Harris, *The Hague Trusts*, *supra* note 10 à la p 315; Marielle Koppenol-Laforce, « The Trust, The Hague Trusts Convention and Civil Law Countries; A Mission Impossible? » (1998) 3 : 1 Notarius International 27 à la p 37.

12 Luc Thévenoz et Jean-Philippe Dunand, « La fiducie : droit des biens ou droit des obligations? » dans *Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé : Bristol, 27 juillet au 1er août 1998*, Zurich, Schulthess, 1998, 479 à la p 491 [Thévenoz et Dunand, « La fiducie : droit des biens ou droit des obligations? »].

13 Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome 9, 5è éd, Paris, Marchal et Godde, 1917.

14 Barrière, *La réception du trust*, *supra* note 7 à la p 338, n 1413.

15 Voir à ce sujet Frédérique Cohet-Cordey, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français » (1996) 4 RTD civ 819.

16 Dans ce sens, voir Pierre-Robert Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite : loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1er janvier 1997*, Lausanne, Payot, 1999 à la p 12 [Gilliéron].

17 Luc Thévenoz , « La fiducie, cendrillon du droit suisse : Propositions pour une réforme » (1995) 114 Revue de droit suisse 253 à la p 322 [Thévenoz, « La fiducie, cendrillon du droit suisse »].

la même idée d'une responsabilité uniforme sur l'entièreté du patrimoine[18].

L'on illustrera le mécanisme de l'unité du patrimoine à travers l'exemple de la fiducie suisse[19]. Issue de la pratique des affaires, la fiducie a été admise pour la première fois par la jurisprudence du Tribunal fédéral au début du 20e siècle[20]. Elle est ainsi née et a évolué en marge de la loi, au gré du droit prétorien. La jurisprudence l'a façonnée comme une institution reposant sur le droit des contrats et impliquant un transfert complet et absolu du titre de propriété sur les biens fiduciaires. Le fiduciant transfère des biens au fiduciaire qui doit les détenir selon le but et les modalités prévus par le contrat de fiducie. Le fiduciaire est donc le plein propriétaire des biens fiduciaires, bien qu'il les détienne pour autrui, c'est-à-dire généralement pour le fiduciant ou pour les bénéficiaires de la fiducie.

En particulier, la jurisprudence suisse a expressément rejeté l'idée d'une division de la propriété entre un titre de propriété externe qui reviendrait au fiduciaire et un titre interne qui reviendrait aux bénéficiaires[21]. Aussi les biens appartiennent-ils au premier de façon indivise. Il s'agit là d'une caractéristique fondamentale qui distingue la fiducie du *trust* de common law. En outre, la fiducie, dans sa forme commune, est assujettie au principe de l'unité du patrimoine, lequel exclut que les biens fiduciaires forment une masse séparée au sein du patrimoine du fiduciaire. Strictement appliqué, le principe signifie que les biens fiduciaires répondent des dettes personnelles du fiduciaire de façon solidaire et indistincte avec ses autres biens, puisque son patrimoine forme un tout indivis

---

18 Voir notamment Gilliéron , *supra* note 16 à la p 14 et s; Alfred von Overbeck, « National Report for Switzerland » dans Hayton, Kortmann et Verhagen, *supra* note 8, 105 à la p 110 [von Overbeck, « National Report »].

19 A propos de la fiducie suisse, voir *Fiches juridiques suisses*, « La fiducie », fiche n°732 (28 janvier 2002) par Jean-François Ducrest et Séverine Guex; Jean-Philippe Dunand, *Le transfert fiduciaire : « donner pour reprendre », Mancipio dare ut remancipetur, Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2000; Aude Peyrot, « La fiducie en droit suisse » (2010) 47 Revue Lamy du droit des affaires 94. Claude Reymond, *Essai sur la nature et les limites de l'acte* fiduciaire, Montreux, Ganguin et Laubscher, 1948; Thévenoz et Dunand, « La fiducie : droit des biens ou droit des obligations », *supra* note 12; Thévenoz, « La fiducie, cendrillon du droit suisse », *supra* note 17; Rolf Watter, « Die Treuhand im Schweizer Recht » (1995) 114 Revue de droit suisse 179.

20 Tribunal fédéral, (1905) ATF 31 II 105. Les décisions du Tribunal fédéral peuvent être consultées sur le site <http://www.bger.ch>.

21 *Ibid* à la consid 3. L'absence de division de la propriété en droit suisse a également été relevée dans Tribunal fédéral, 23 avril 1970, *Harrison c Crédit suisse*, ATF 96 II 79, (1971) I : 329 Journal des Tribunaux à la consid 7a. Voir aussi Thévenoz, « La fiducie, cendrillon du droit suisse », *supra* note 17 à la p 265.

soumis à un même régime juridique. À cet égard également, la fiducie du droit suisse se distingue de façon essentielle du *trust*.

La jurisprudence a certes atténué ce régime strict en appliquant par analogie à la fiducie, dans sa forme de fiducie-gestion, l'alinéa 3 de l'article 401 du *Code des obligations du 30 mars 1911*[22], de sorte à permettre aux meubles et aux créances acquis de tiers pour le compte du fiduciant ou pour le bénéficiaire de la fiducie d'être revendiqués dans la faillite du fiduciaire[23]. Cela étant, ce moyen ne s'applique qu'aux biens meubles et aux créances qui ont été acquis pour le compte du fiduciaire ou des bénéficiaires auprès de tiers. Il ne s'applique donc pas aux biens transférés initialement par le fiduciant au fiduciaire. Ainsi, ce moyen est relativement restreint par sa portée et par les conditions de sa mise en œuvre[24].

Il en résulte que la fiducie reste, en l'état du droit suisse, fondamentalement régie par le principe de l'unité du patrimoine, ce qui se traduit assurément par l'une des faiblesses de l'institution. L'on relèvera qu'un projet de codification de la fiducie visant à en faire une institution apte à concurrencer le *trust* a été examiné simultanément à la ratification de la *Convention de La Haye*. Procéder dans ce sens a toutefois été rejeté au motif que la démarche n'était pas nécessairement souhaitable et qu'elle était propre à retarder le processus de ratification[25].

---

22 RS 220, 1911 [CO]. La norme relève du droit du mandat (art 394 et s CO), qui est un contrat conçu en droit suisse de manière très large. Ce dernier s'applique en effet à tous les services rendus par un indépendant sans promesse de résultat. Les contours larges du mandat ont permis le rattachement (partiel) de la fiducie à ses règles.

23 L'arrêt de référence est l'affaire Cour civ 2e, 13 juillet 1973, *Feras Anstalt c Banque Vallugano*, ATF 99 II 393.

24 Sa mise en œuvre suppose en outre que les avoirs fiduciaires soient individualisables, voire individualisés. Voir notamment Cour civ 2e, 29 avril 1976, *Compagnie d'assurances Zurich c Agence immobiliere H Golay et PE Chapuis (syndic de)*, ATF 102 II 103.

25 Voir le *Message du Conseil fédéral du 2 décembre 2005 concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, Suisse, Feuille fédérale, 2006 à la p 593 [*Message du Conseil*]. Pour la version allemande, voir *Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung*, Bundesblatt, 2006 à la p 551. Pour la version italienne, voir *Messaggio concernente il decreto federale che approva e attua la Convenzione dell'Aia relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento*, Foglio federale, 2006 aux pp 517-74 [*Messaggio concernente il decreto*].

C. La réconciliation des principes à travers les patrimoines séparés du droit suisse

À première vue, l'effet de *ring-fencing* inhérent au *trust* et l'unité du patrimoine semblent inconciliables. Un examen attentif du droit suisse donne toutefois lieu à un constat plus nuancé. Le principe de l'unité du patrimoine n'a jamais été érigé en dogme mais tient lieu de principe soumis à des exceptions. L'ordre juridique suisse connaît en effet déjà certaines formes de patrimoines dits « séparés » ou « spéciaux »[26], dont le régime juridique diffère de celui du patrimoine personnel du titulaire commun (par exemple quant à la responsabilité pour dettes vis-à-vis des tiers, à la jouissance des biens ou à leur sort au décès du titulaire du patrimoine)[27]. L'une des formes les plus abouties de ces patrimoines spéciaux du droit suisse est celle du fonds de placement contractuel[28], qui sera brièvement exposée ci-après.

Les fonds de placement du droit suisse ont été conçus sur la base d'une structure fiduciaire. Cette structure a été choisie de préférence à d'autres formes juridiques, telle que la copropriété[29]. Les valeurs du fonds appartiennent juridiquement à la société assurant la direction du fonds, mais celle-ci les détient à titre fiduciaire pour le compte des investisseurs. Sans aménagement législatif particulier, les valeurs du fonds auraient été soumises — à l'instar de la fiducie ordinaire — au principe de l'unité du patrimoine, avec le risque d'être appelées à répondre des dettes personnelles de la direction du fonds, de façon solidaire avec le patrimoine général de celle-ci. Pour pallier cet inconvénient, le législateur suisse a introduit expressément un droit de distraction en faveur des porteurs de parts[30]. Ce droit de distraction est conçu largement et intervient *ipso jure*,

---

26 Ces formes de patrimoines sont qualifiées de « *Sondervermögen* » par la doctrine suisse-alémanique.

27 De tels patrimoines spéciaux existent notamment dans le domaine matrimonial et successoral. Voir à cet égard Denis Piotet, « Les effets à l'égard des créanciers de la pluralité des patrimoines d'un même sujet de droit, notamment la question de la subrogation patrimoniale » dans Wolfgang Wiegand, Thomas Koller et Hans Peter Walter, dir, *Tradition mit Weitsicht: Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag*, Zurich, Schulthess, 2009, 561 [Piotet, « Les effets »]; Luc Thévenoz, « Patrimoines fiduciaires et exécution forcée » dans *Insolvence, désendettement et redressement : études réunies en l'honneur de Louis Dallèves,* Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000, 345; Daniel Staehelin, « Sondervermögen und Haftung » dans *Festgabe für Franz Hasenböhler*, Zurich, Schulthess, 2004, 87.

28 Réglementés aux arts 25 à 35 de la *Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux*, RS 951.31, 23 juin 2006 [*LPCC*].

29 Thévenoz, « La fiducie, cendrillon du droit suisse », *supra* note 17 aux pp 280-81.

30 *LPCC*, *supra* note 28, art 35.

sans qu'une requête en revendication ne soit nécessaire[31]. En outre, cette distraction est facilitée par le régime de détention séparée imposée par la loi : la fortune collective est notamment conservée séparément auprès d'une banque dépositaire[32] et la direction du fonds est contrainte de tenir une comptabilité distincte[33].

La doctrine voit dans le régime juridique auquel la fortune du fonds est soumise — avec ses éléments de détention séparée, de régime de responsabilité pour dettes distinct, d'interdiction de compensation entre les dettes de la direction du fonds qui ne découleraient pas du contrat du fonds de placement et celles du fonds de placement[34], et de subrogation réelle — des traits d'un véritable patrimoine séparé[35]. Ce patrimoine serait par ailleurs affecté, en ce sens qu'il sert spécifiquement et uniquement au placement de valeurs dans l'intérêt des porteurs de parts[36]. Cette figure, à côté d'autres encore[37], a permis de rassurer quant au fait que l'unité du patrimoine n'était pas un postulat rigide et qu'il pouvait admettre des exceptions sans pour autant s'effondrer[38]. Le *trust* consacre une dérogation supplémentaire à ce principe.

D. La mise en œuvre de l'effet de ring-fencing *dans l'exécution forcée suisse (art. 284b* LP*)*

Une fois l'obstacle dogmatique surmonté, le législateur a pu s'atteler à la mise en œuvre de la ségrégation du fonds du *trust* dans le droit suisse de l'exécution forcée. Pour ce faire, il a adopté l'article 284b *LP*, qui ancre clairement cet effet au cœur de la loi pertinente. La norme prévoit suc-

---

31 La doctrine germanophone qualifie cette distraction d'office par le terme « *Absonderung* », en opposition au droit de revendication dénommé « *Aussonderung* ».

32 *LPCC*, *supra* note 28, art 73.

33 *Ibid*, art 87.

34 *Ibid*, art 35.

35 Piotet, « Les effets », *supra* note 27 à la p 569; Staehelin, *supra* note 27 à la p 94; Thévenoz, « La fiducie, cendrillon du droit suisse », *supra* note 17 aux pp 281, 315.

36 *Ibid* à la p 281.

37 Par exemple, les opérations fiduciaires des banques qui bénéficient également d'un droit de distraction d'office (voir *Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne*, RS 952.0, 8 novembre 1934, art 16, 37d), mais dont le régime juridique est plus lacunaire. Notamment, la loi ne prévoit pas l'obligation de conserver les avoirs de façon séparée. Voir à cet égard, Thévenoz, « La fiducie, cendrillon du droit suisse », *supra* note 17 aux pp 315-16; von Overbeck, « National Report » *supra* note 18 à la p 112 et s.

38 On relèvera au surplus que le Tribunal fédéral suisse a jugé en 2001 — sans toutefois procéder à une analyse détaillée de la question — que la mise en œuvre d'un droit de distraction prévu par le droit étranger (*in casu* dans le cadre de la reconnaissance d'un *constructive trust* soumis au droit américain) n'est pas contraire à l'ordre public suisse. Voir Cour civ 2e, 19 novembre 2001, 5C.169/2001.

cinctement que « [d]ans la faillite d'un trustee, le patrimoine du trust est distrait de la masse en faillite après déduction des créances du trustee contre ce patrimoine ».

En principe, au moment du prononcé de la faillite du débiteur, tous ses biens forment une seule masse, appelée « masse en faillite », quel que soit le lieu où ils se trouvent[39]. Dans la mesure où le fonds du *trust* forme un fonds distinct aux mains du *trustee*, ces biens n'entrent pas dans sa masse en faillite. C'est la signification consacrée à l'article 284b *LP* qui prévoit la séparation automatique des biens du *trust*. La ségrégation est opérée *ipso jure*, sans qu'une requête ou qu'une action judiciaire ne soit nécessaire. L'autorité compétente doit donc y procéder d'office, en tenant les biens du *trust* hors de la masse en faillite du *trustee*. Cela n'est toutefois vrai que si l'appartenance des biens au *trust* apparaît de façon suffisamment claire. En pratique, cela suppose qu'ils soient comptabilisés, voire conservés, séparément. Si au contraire le rapport de *trust* ne ressort pas de lui-même, il appartient aux intéressés de demander la ségrégation effective des biens du *trust* auprès des autorités judiciaires au moyen d'une action en revendication[40]. Le succès de cette action dépend en fin de compte de l'apport de la preuve que les biens font bel et bien l'objet d'un *trust*.

II. La ségrégation des biens du trust et le principe de publicité

La deuxième problématique qui sera traitée ici est celle de l'incidence du principe de publicité sur la séparation des biens du *trust*. La question se pose en effet de savoir si le rapport de *trust* doit être connu des tiers pour que la ségrégation puisse avoir effectivement lieu en cas de faillite du *trustee*. La norme qui a été consacrée en droit suisse à la publicité du *trust*, prévue à l'article 149d *LDIP*, ne permet pas d'y répondre clairement ni définitivement. Les considérations qui suivent visent à exposer cette problématique et à proposer une interprétation de la loi. L'on relèvera d'emblée que l'interprétation que nous suggérerons s'écarte de l'exposé des motifs du Conseil fédéral relatif à l'article 149d *LDIP*[41] et de la doctrine majoritaire qui s'est alignée sur ce texte[42].

---

39 *LP*, *supra* note 5, art 197.

40 *Message du Conseil*, *supra* note 25 à la p 611; Peter Max Gutzwiller, *Schweizerisches Internationales Trustrecht,* Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2007 à la p 187, nº 284b-6. Sur la procédure de revendication, voir Peyrot, *Le trust de common law*, *supra* note 6 à la p 70 et s.

41 *Message du Conseil*, *supra* note 25 aux pp 605-07.

42 Voir Gutzwiller, *supra* note 40 à la p 176; Stephan Wolf et Nadine Jordi, « Trust und schweizerisches Zivilrecht — insbesondere Ehegüter-, Erb- und Immobiliarsachenrecht »

Cette problématique mériterait certainement une étude détaillée compte tenu de son intérêt et de sa complexité[43]. Nous devrons toutefois nous limiter ici à quelques considérations générales. Après un exposé succinct de l'article 12 de la *Convention de La Haye* et de l'article 149d *LDIP* (A), nous verrons quels sont les effets de la publicité et de son omission à l'égard des tiers acquéreurs de bonne foi d'un bien appartenant à un *trust* (B). Nous examinerons ensuite si elle entraîne des conséquences pour les créanciers personnels du *trustee* et corollairement sur la ségrégation effective des biens du *trust* en cas d'insolvabilité du *trustee* (C).

A. La publicité du rapport de trust selon l'article 12 de la Convention de La Haye *et l'article 149d* LDIP

L'article 12 de la *Convention de La Haye* prévoit la possibilité pour le *trustee* de faire mentionner la relation de *trust* dans les registres publics des États contractants. Il dispose à cet égard que « [l]e *trustee* qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du *trust* apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'État où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi ». La norme conventionnelle vise à faciliter l'administration du *trust* par le *trustee*, en lui permettant de rendre l'existence du *trust* visible aux tiers[44]. Cette mesure peut s'avérer essentielle si et lorsque, dans la juridiction concernée, l'opposabilité des droits existant sur une chose dépend d'une mesure de publicité.

---

dans *Der Trust — Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens*, Berne, Stämpfli, 2008, 29 à la p 73; Marc Eichner, *Die Rechtsstellung von Treugebern und Begünstigten aus Trust und Treuhand*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2007 à la p 200; Jürg Schmid, « Art. 942–977 » dans *Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II*, 3e éd, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2007, no 47a, art 946 *CC*; Nedim Peter Vogt, « Art. 149a-149e LDIP » dans Heinrich Honsell et al, dir, *Basler Kommentar: Internationales Privatrecht*, 2e éd, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2007 au no 16, art 149d *LDIP* (*supra* note 4).

43 Pour un approfondissement sur ce thème, voir Aude Peyrot, *Le trust de common law*, *supra* note 6 à la p 81 et s; Aude Peyrot, « La mention du trust dans les registres publics et la protection des créanciers de bonne foi : un regard critique » (2009) 5 Revue suisse du droit des affaires et du marché financier 366.

44 Jauffret-Spinosi, « La Convention », *supra* note 10 à la p 60; Emmanuel Gaillard et Donald T Trautman, « La Convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance » (1986) 75 Rev crit dr int privé 1 à la p 29; Hans van Loon, « The Hague Convention of 1st July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition » dans André Prüm et Claude Witz, dir, *Trust & fiducie : La Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, Paris, Montchrestien, 2005, 19 à la p 31.

La publicité du rapport de *trust* est régie en droit suisse par l'article 149d *LDIP*. Il a la teneur suivante :

> [1]Lorsque les biens d'un trust sont inscrits au nom d'un trustee dans le registre foncier, le registre des bateaux ou le registre des aéronefs, le lien avec un trust peut faire l'objet d'une mention.
>
> [2]Le lien avec un trust portant sur des droits de propriété intellectuelle enregistrés en Suisse est, sur demande, inscrit dans le registre pertinent.
>
> [3]Le lien avec un trust qui n'a pas fait l'objet d'une mention ou qui n'a pas été inscrit n'est pas opposable aux tiers de bonne foi.

Le *trustee*, en tant que détenteur du titre juridique (*legal title*) sur les biens en *trust*, est le propriétaire inscrit dans les divers registres publics ou privés[45]. Le *trust*, faute de personnalité juridique, n'a pas lui-même cette capacité. Dans ce contexte, la mention du rapport de *trust* permet de révéler aux tiers que le *trustee* les détient ès qualités, et non pas à titre privé[46]. Tel est le but de l'article 149d *LDIP*. La loi suisse comporte ainsi une base légale expresse permettant la publicité du *trust*, ce qui règle la question de la compatibilité de cette mesure avec l'ordre juridique interne, réservée par l'article 12 *in fine* de la *Convention de La Haye*.

Sont visés par la publicité en Suisse les biens et les droits ordinairement soumis à une publicité tabulaire via un registre public, à savoir les immeubles, bateaux et aéronefs, ainsi que les droits de propriété intellectuelle. Sont en revanche exclus du processus de publicité les meubles ou les créances faisant l'objet d'un *trust*[47]. Pour les immeubles, la publicité a lieu au moyen d'une mention indiquant que le bien en question « fait partie du patrimoine d'un trust »[48]. Le *settlor* peut requérir la mention du *trust* dans le registre pertinent au moment du transfert de propriété de l'immeuble au *trustee* et par ce dernier dès le transfert effectué. Par ailleurs, si l'instrument du *trust* ou la loi applicable prévoit la publicité du *trust*, mais que le *trustee* refuse d'y procéder, les bénéficiaires peuvent

---

45 Voir *Convention de la Haye*, *supra* note 1, art 2(2)(b).

46 Florence Guillaume, « Trust, réserves héréditaires et immeubles » (2009) 1 Pratique juridique actuelle 33 à la p 43.

47 L'on relèvera notamment que le premier avant-projet de loi prévoyait initialement d'introduire un registre des biens meubles appartenant à un trust. Cette idée a toutefois été abandonnée au vu des nombreuses critiques dont elle a fait l'objet. *Message du Conseil*, *supra* note 25 à la p 605.

48 Suisse, Département fédéral de justice et police DFJP, *Lignes directrices destinées au traitement des affaires liées à un trust* à la p 4 (28 juin 2007; actualisées le 28 août 2007) [*Lignes directrices*]. À noter que ces lignes directrices s'adressent aux offices cantonaux chargés de la tenue du registre foncier. Elles n'ont qu'une portée indicative et non contraignante.

demander au juge de l'ordonner[49]. En dehors de ce cadre, les bénéficiaires semblent être privés de recours.

En droit suisse, la publicité du rapport de *trust* est prévue sous une forme facultative. Les intéressés ont donc le choix de révéler ou non l'existence du *trust* aux tiers. Cependant, à y regarder de plus près, il ne s'agit pas d'une véritable faculté, car la loi sanctionne le défaut de publicité. En effet, l'alinéa 3 de l'article 149d *LDIP* prévoit que le rapport de *trust* qui n'a pas été mentionné dans le registre pertinent n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. Autrement dit, l'existence du rapport de *trust* n'est pas remise en cause, mais elle ne peut être efficacement invoquée contre les tiers de bonne foi, faute d'avoir été publiée. Est de bonne foi au sens du droit suisse la personne qui ignorait effectivement l'existence du *trust et* qui n'aurait pas pu la connaître en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances[50]. N'est donc pas de bonne foi celui qui connaissait l'appartenance du bien au *trust* d'une autre façon, nonobstant l'absence de publicité. En définitive, l'article 149d *LDIP* va plus loin que l'article 12 de la *Convention de La Haye*, lequel assortit le défaut de mention d'aucun effet juridique.

B. Les effets de la publicité et de son omission sur les tiers acquéreurs de bonne foi

Nous examinerons ci-après la problématique des effets de la publicité du *trust* et de son omission en rapport avec le registre foncier. Les considérations qui suivent sont toutefois valables *mutatis mutandis* pour les autres registres publics, tels que le registre des bateaux et des aéronefs, et les registres relatifs aux droits de propriété intellectuelle[51].

Le registre foncier permet de réaliser le principe de publicité en matière immobilière. Il constitue un registre établi au niveau cantonal, organisé la plupart du temps selon des règles strictes et soumis à la surveillance de l'État. Il vise à révéler les divers droits réels ou relations juridiques existant sur un immeuble[52] et permet notamment de les rendre

---

49 *Ibid* à la p 3; Bénédict Foëx, «La mention du trust au registre foncier» (2009) 90 : 2 Revue suisse du notariat et du registre foncier 81 à la p 84; Wolf et Jordi, *supra* note 42 à la p 73.

50 Art 3, al 2 Code civil du 10 décembre 1907 [CC]. Sur la notion de bonne foi, voir ATF 127 III 440, JT 2002 I 543, consid 2c. Voir également Henri Deschenaux, *Traité de droit privé suisse : Le registre foncier*, Fribourg, Éditions universitaires, 1983, vol 5, t 2 à la p 637 et s.

51 Delphine Pannatier Kessler, *Le droit de suite et sa reconnaissance en Suisse selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Zurich, Schulthess, 2011 à la p 123.

52 Notamment le droit de propriété, l'existence de gage, les servitudes, etc.

opposables aux tiers. Un droit réel ne peut généralement déployer l'effet *erga omnes* dont il est revêtu que si les tiers sont informés de son existence.

La publicité du rapport de *trust* a pour effet d'écarter la bonne foi du tiers, en ce sens qu'elle ne lui permet plus de prétendre ignorer l'existence du *trust* et l'appartenance de l'immeuble à celui-ci[53]. Ainsi, l'acquéreur d'un immeuble, dont le registre indique qu'il fait partie d'un *trust*, doit s'assurer que le *trustee* dispose effectivement du pouvoir d'aliéner l'immeuble. À défaut, s'il apparaît ensuite que le *trustee* n'était pas doté des pouvoirs ou des autorisations nécessaires, le tiers n'est pas protégé dans son acquisition faute d'être de bonne foi. Il s'expose ainsi à une revendication de l'immeuble par les bénéficiaires du *trust* sur la base de leur droit de *tracing*. La publicité garantit ainsi l'exercice effectif du droit de *tracing* des bénéficiaires[54].

En revanche, lorsque le rapport de *trust* n'est pas publié au registre foncier, l'acheteur est légitimé à croire que l'immeuble appartient au *trustee* en propre et qu'il dispose corollairement des pouvoirs nécessaires pour le vendre. S'il apparaît par la suite que tel n'est pas le cas, le tiers acquiert néanmoins la propriété de la chose. C'est l'effet de l'alinéa 3 de l'article 149d *LDIP* qui rend le *trust* non publié inopposable aux tiers de bonne foi. Dans ce cas, l'existence du *trust* n'est point remise en cause, mais elle ne peut être opposée à l'acquéreur[55]. Celui-ci est de bonne foi si, au moment de l'acquisition, il ne connaissait pas l'existence du *trust* et ne pouvait la connaître, en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Du point de vue des bénéficiaires, l'absence de mention du *trust* au registre foncier paralyse leur droit de *tracing* sur le bien immobilier aliéné en violation du *trust* à un tiers[56]. En d'autres termes, le *trustee* peut certes choisir de ne pas mentionner l'existence du *trust* au registre et de le garder confidentiel, mais c'est aux risques et périls des bénéficiaires.

Cette acquisition valable d'une chose des mains d'une personne non autorisée déroge au principe *nemo plus juris ad alium transferre potest quam se ipse habet* (nul ne peut transférer plus de droits à autrui qu'il n'en a lui-même). Elle est fondée et se justifie en droit suisse par le prin-

---

53 C'est l'effet de l'art 970, al 4 CC, qui s'applique par analogie aux mentions portées au registre foncier, notamment la mention du rapport de trust. Voir *Lignes directrices*, *supra* note 48 à la p 3; Foëx, *supra* note 49 à la p 85; Guillaume, *supra* note 46 à la p 43 et s; Wolf et Jordi, *supra* note 42 à la p 73.

54 Voir *Lignes directrices*, *supra* note 48 à la p 3; Foëx, *supra* note 49 à la p 86; Pannatier Kessler, *supra* note 51 à la p 146.

55 Foëx, *supra* note 49 à la p 86.

56 *Ibid*.

cipe dit de la « foi publique » du registre foncier, exprimé partiellement à l'article 973 CC[57]. Ce principe établit une fiction selon laquelle le registre foncier est complet et exact, dans la mesure où il est organisé selon des règles strictes et est soumis à la surveillance de l'État. L'inscription au registre foncier d'une personne en tant que propriétaire d'un bien déterminé est réputée complète et exacte, même si elle ne correspond pas à la réalité. En cela, le principe de foi publique sert la sécurité des transactions immobilières. Dès lors, dans la mesure où le *trustee* apparaît comme le véritable propriétaire selon le registre foncier et que cette inscription est réputée complète et exacte, l'acheteur acquiert le droit de propriété sur l'immeuble, même si le *trustee* n'était pas habilité à le vendre, étant soumis aux restrictions imposées par le *trust*.

Il ressort de ce qui précède que le tiers acquéreur de bonne foi bénéficie d'une protection expresse en droit suisse. Il en va logiquement de même dans le cadre de l'article 149d *LDIP*, dont l'expression « tiers de bonne foi » vise précisément le tiers acquéreur. Cela n'est pas controversé dans la doctrine suisse.

Plus complexe et débattue est en revanche la question de savoir si les créanciers peuvent également être considérés comme des « tiers de bonne foi » au sens de l'alinéa 3 de l'article 149d *LDIP* et si la ségrégation effective des biens du *trust* inscrits au nom du *trustee* dépend de la mention du rapport de *trust*.

C. Les effets de la publicité et de son omission sur la ségrégation des biens du trust

Lorsque l'indication du rapport de *trust* est portée dans le registre pertinent, elle permet de signaler que le bien n'appartient pas au patrimoine propre du *trust*, mais à un fonds séparé dont le bénéfice économique revient aux bénéficiaires du *trust*. Les créanciers sont ainsi informés que le bien en question ne répond pas des dettes personnelles du *trustee*. Que se passe-t-il en revanche lorsque le rapport de *trust* n'est pas mentionné dans le registre public pertinent? Cela fait-il obstacle à la ségrégation effective des biens du *trust* en faveur des bénéficiaires du *trust*? Autrement dit, est-ce que le créancier qui fait crédit au *trustee* à titre personnel, en pensant de bonne foi que tel ou tel bien inscrit à son nom dans le registre public pertinent lui appartient en propre, peut obtenir la réalisation forcée de ce bien à son profit?

---

[57] Art 973 CC (effets de l'inscription à l'égard des tiers de bonne foi) : « Celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier, est maintenu dans son acquisition ».

La jurisprudence suisse n'a pas encore eu à se pencher sur la question. L'interprétation de l'alinéa 3 de l'article 149d *LDIP* prônée par le *Message du Conseil* fédéral concernant l'approbation et l'exécution de la *Convention de La Haye* est, quant à elle, la suivante : lorsque l'existence du *trust* n'est pas indiquée dans le registre pertinent, le droit de distraction des bénéficiaires échoue en faveur des créanciers qui ont fait crédit au *trustee*, en pensant de bonne foi qu'il était propriétaire du bien inscrit[58]. En d'autres termes, l'alinéa 3 de l'article 149d *LDIP* protégerait non seulement l'acquisition d'un droit réel de bonne foi, mais aussi l'octroi de crédit de bonne foi[59]. La doctrine majoritaire suisse s'est alignée sur la position du *Message du Conseil*[60].

Le bien-fondé de cette interprétation de l'alinéa 3 de l'article 149d *LDIP*, telle que préconisée par le *Message du Conseil* et la doctrine dominante, mérite toutefois d'être remis en question. Comme il sera développé ci-après, cette interprétation présente à nos yeux trois défauts majeurs. Premièrement, elle repose sur un postulat, à savoir l'octroi de crédit de bonne foi, qui n'est pas conforme au droit suisse et à la logique des registres publics. Deuxièmement, elle est contraire à l'esprit de la *Convention de La Haye* qui attache à l'effet de *ring-fencing* une importance fondamentale. Troisièmement, sa mise en œuvre donnerait lieu à d'inextricables difficultés pratiques[61].

En premier lieu, l'on relèvera qu'en droit suisse le principe de la foi publique est ancré à l'article 973 CC[62]. Or, cette norme, de portée géné-

---

58 *Message du Conseil*, *supra* note 25 à la p 606 :

> L'al. 3 dispose qu'une relation de trust qui n'a pas été inscrite dans un registre public n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. Cette règle sert à protéger tant les créanciers de bonne foi du *trustee* que les acquéreurs de bonne foi de biens du *trust* qui ont été aliénés. Dans le premier cas, elle a pour effet de permettre aux créanciers de faire saisir les éléments du patrimoine du *trust* qui n'ont pas fait l'objet d'une inscription, dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée ouverte à l'encontre du *trustee*.

59 *Ibid* à la p 607 : l'article 149d *LDIP* «protège et couvre ainsi non seulement l'acquisition de bonne foi, mais aussi l'octroi de crédit de bonne foi » (*supra* note 4).

60 Eichner, *supra* note 42 à la p 200; Foëx, *supra* note 49 à la p 86; Richard Gassmann, "Art 149d IPRG" dans *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zurich, Schulthess, 2007 à la p 3485, no 6; Gutzwiller, *supra* note 40 à la p 176, nº 149d-20; Schmid, *supra* note 42 au nº 47a, art 946 CC; Vogt, *supra* note 42 au nº 16, art 149d *LDIP*; Wolf et Jordi, *supra* note 42 à la p 73.

61 Pour une étude plus détaillée de la question par l'auteur, voir *supra* note 42 et texte correspondant. Delphine Pannatier Kessler est du même avis en droit suisse (voir *supra* note 51 à la p 156 et s).

62 Cette norme s'applique au registre foncier, qui est le registre le plus complètement régi en droit suisse. Elle s'applique *mutatis mutandi* aux autres registres publics. Voir Pannatier Kessler, *supra* note 51 à la p 123.

rale, n'offre sa protection qu'à celui qui acquiert de bonne foi un droit réel sur la chose, à l'exclusion de celui qui acquiert une créance contre le propriétaire inscrit[63]. De façon générale, quel que soit leur degré d'organisation, les registres publics suisses n'ont ni la vocation ni l'aptitude de protéger l'idée que les créanciers se font au sujet de la solvabilité du débiteur ou de la composition effective de son patrimoine. En particulier, les registres ne garantissent pas au prêteur que tel ou tel bien en fait véritablement partie et qu'il pourra en obtenir la réalisation dans une procédure d'exécution forcée future contre le débiteur. Le seul moyen pour le créancier de s'assurer de la mainmise d'un bien en cas d'exécution forcée est de constituer un gage sur celui-ci[64]. Celui qui se contente au

---

[63] Voir notamment Arthur Homberger, « Artikel 919–977 » dans *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht*, Zurich, Schulthess, 1938, au n° 11, art 973 CC : « Konkurs- und Pfändungsgläubiger sind nicht Dritterwerber eines dinglichen Rechtes. Auch wenn sie gutgläubig sind, können sie nicht mehr Recht mit Beschlag belegen, als ihr Schuldner hat, der in diesem Falle nach dem Grundbuch nur zum Scheine berechtigt ist ». Voir également Franz Jenny, *Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schweizerischen ZGB*, Berne, Stämpfli, 1926 à la p 36. Voir aussi Gaby Nickel-Schweizer, *Rechtsvergleichender Beitrag zum fiduziarischen Eigentum in Deutschland und in der* Schweiz, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1977 à la p 110. Voir aussi ATF 72 II 358, JT 1947 I 617, qui relève que le droit suisse de la faillite ne connaît aucun principe général selon lequel tomberaient dans la masse en faillite les biens d'autrui qui se trouvent, avec l'accord du véritable propriétaire, en la possession du débiteur, de telle façon que les tiers auraient été amenés à lui faire crédit en raison de l'apparence de solvabilité ainsi créée. Le cas de l'abus de droit est néanmoins réservé. Contra Georg Gautschi, *Das Obligationenrecht, 4. Abt.: Die einzelnen Vetragsverhältnisse, 2. Teilbd: Der einfache Auftrag: Art. 394-406 OR*, Band IV, Berne, Stämpfli, 1960, art 401 n° 6b à la p 535; Josef Hofstetter, *Traité de droit privé suisse : Le mandat et la gestion d'affaires*, vol 7, t 2/1, Fribourg, Éditions Universitaires, 1994 aux pp 126-27, n 23.

[64] Voir Luc Thévenoz, *Trusts en Suisse : Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie,* Zurich, Schulthess, 2001 aux pp 121-22 :

> On pourrait certes s'inquiéter de la protection des créanciers personnels du trustee, qui pourraient être induits en erreur par la solvabilité apparente de leur débiteur si sa qualité de trustee n'est pas manifestée dans les registres publics. Cette crainte n'est pas fondée. Lorsque la solvabilité d'un débiteur repose sur des biens tels que des immeubles, des aéronefs, des bateaux ou des droits de propriété industrielle ou intellectuelle, le créancier qui se préoccupe de la surface financière de son débiteur ne se contente pas de vérifier ses actifs au moment où il lui fait crédit; il demande des gages, qui seuls lui garantissent la possibilité de les faire réaliser à son profit en cas de défaillance de son débiteur. La validité du gage sur un immeuble qui n'est pas identifié au registre foncier comme faisant l'objet d'un trust dépendra alors entièrement de la bonne foi du donneur de crédit (*bona fide purchaser*). Le silence du registre quant à l'existence du trust est susceptible de porter préjudice aux bénéficiaires, non au créancier gagiste.

L'on relèvera que la constitution d'un gage sur les biens du trust dans l'intérêt personnel du trustee est formellement possible. La licéité d'une telle action (en particulier au

contraire de vérifier les actifs du débiteur sans prendre de sûreté réelle doit assumer le risque de l'indisponibilité ultérieure du bien. La bonne foi du créancier, même fondée sur les indications du registre public pertinent, ne saurait pallier l'absence de sûreté réelle.

L'alinéa 3 de l'article 149d *LDIP*, dans la mesure où il n'y déroge pas expressément, doit être interprété conformément à la norme générale de l'article 973 CC, ainsi qu'aux principes mentionnés ci-dessus. Au demeurant, il nous paraît important que les effets de ces deux normes coïncident, car à défaut l'on créerait une rupture dans la logique des registres publics et une différence de traitement difficilement justifiable : la foi publique ne protégerait pas, à titre général, l'acquisition d'une créance de bonne foi, mais une telle protection serait néanmoins donnée en présence d'un *trust* non mentionné au registre foncier. Cette solution prête évidemment le flanc à la critique.

Faut-il au surplus rappeler que la protection de la bonne foi constitue une dérogation à la situation matérielle réelle et qu'à ce titre elle doit être admise restrictivement? Selon la jurisprudence, elle n'est protégée qu'en vertu d'une disposition particulière qui en précise la portée[65]. À l'évidence, l'alinéa 3 de l'article 149d *LDIP* ne satisfait pas à ces exigences, puisqu'il ne prévoit pas clairement et ouvertement un régime dérogatoire dans le texte même de la loi.

En deuxième lieu, la solution prônée par le *Message du Conseil* a le grand inconvénient d'être contraire à l'esprit de la *Convention de La Haye*. Il appartient en effet aux États d'interpréter leurs normes internes en harmonie avec ladite convention, sous réserve de ses articles 15, 16 ou 18 qui portent respectivement sur les règles impératives, sur les lois d'application immédiate et sur l'ordre public du for. Compte tenu de l'importance attribuée par la *Convention de La Haye* à l'effet de *ring-fencing*, la ségrégation des actifs du *trust* doit être admise par les États signataires dans une mesure aussi large que possible. À notre avis, il n'y a pas motif à invoquer l'une ou l'autre des clauses de sauvegarde précitées pour préserver un intérêt qui n'est pas formellement protégé en droit interne, à savoir l'octroi de crédit de bonne foi[66].

Enfin, l'on relèvera que la protection des créanciers de bonne foi, à supposer qu'il faille l'admettre, soulève d'importantes difficultés de mise en œuvre voire d'égalité de traitement entre créanciers. Elle requiert en

---

regard du devoir fondamental du trustee de ne pas utiliser les biens du trust pour son propre profit) est une autre question.

65 ATF 96 II 161, JT 1971 II 76, consid 4c. Voir aussi Paul Piotet, « La bonne foi et sa protection en droit privé suisse » (1968) 64 RSJ 81 à la p 82.

66 Gassmann, *supra* note 60 à la p 3485, nº 6.

effet de déterminer qui est un créancier « de bonne foi » au sens de l'alinéa 3 de l'article 149d *LDIP* et sur la base de quels critères, étant précisé que la consultation effective du registre n'est pas une condition de la protection en droit suisse[67]. Si l'on admet la protection du bailleur de fonds, ne faut-il pas également protéger les autres créanciers contractuels du *trustee* qui auraient ou n'auraient pas consulté le registre? Et dans la négative, comment justifier une telle inégalité de traitement? Qu'en est-il par ailleurs des créanciers délictuels, alors qu'à l'évidence l'effet de publicité des registres publics ne leur est pas adressé? À vrai dire, la protection des créanciers de bonne foi n'est pas sans évoquer la boîte de Pandore : une fois ouverte, il n'est plus possible de contrôler ce qui en sort. Dès lors qu'on entend octroyer à une simple créance des prérogatives sur un bien spécifique qu'elle n'a pas naturellement (à la différence d'un droit réel), et ce sur la simple bonne foi de son titulaire, il n'y a plus de critère de rattachement objectif avec le bien visé et les limites de la protection légale peuvent être repoussées presque à l'infini.

En conclusion, contrairement à l'opinion prônée par le *Message du Conseil* et la doctrine majoritaire en Suisse, la ségrégation des biens du *trust*, en cas de faillite du *trustee* à titre privé, ne doit pas dépendre d'une mention du rapport de *trust* dans le registre public pertinent. Notons qu'une réponse équivalente a été donnée par certains auteurs dans d'autres juridictions de droit civil[68]. En tous les cas, c'est aux tribunaux qu'il appartiendra de trancher cette épineuse question.

III. La poursuite pour les dettes nées régulièrement dans l'exercice du *trust*

Nous en venons maintenant à notre troisième piste de réflexion, consacrée aux droits des créanciers qui ont eu affaire à un *trustee* agissant dans l'exercice du *trust*, que ce soit à titre contractuel, délictuel ou autre. Ceux-ci doivent être habilités à recouvrer leur créance par le biais de l'exécution forcée, en cas de défaut de paiement du *trustee*. Telle a été la préoccupation du législateur suisse que de prévoir des procédures de poursuite spécifiques pour les dettes nées régulièrement dans l'exercice du *trust*.

---

67 Dans le cadre du registre foncier, l'effet de publicité opère en effet indépendamment de toute consultation effective. Cela résulte du fait que les écritures, une fois portées au registre, sont réputées connues des tiers (voir art 970, al 4 CC). La loi instaure donc une fiction de connaissance. Voir Deschenaux, *supra* note 50 à la p 638.

68 En droit néerlandais, voir Marielle Koppenol-Laforce, *supra* note 11 à la p 39. Voir surtout du même auteur, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer (Kluwer) 1997, à la p 196 et s. En droit luxembourgeois, voir André Prüm, Thierry Revet et Claude Witz, «La ratification de la Convention de La Haye par le Grand-Duché de Luxembourg» dans Prüm et Witz, *supra* note 44 à la p 59.

Ce phénomène devrait toutefois rester relativement marginal. L'on peut en effet attendre du *trustee* qu'il exécute de façon diligente les obligations touchant au *trust*. L'exécution forcée conserve néanmoins sa pertinence — et son importance — lorsque le *trustee* fait preuve de négligence ou qu'il ne peut acquitter la dette en raison, par exemple, d'un manque de liquidités. L'examen de cette problématique est surtout intéressant, en ce qu'il révèle la façon dont la Suisse, en tant que juridiction de droit civil sans tradition du *trust*, a réglementé la question.

Nous examinerons à titre préalable le régime de responsabilité pour dettes d'après la loi applicable au *trust*, puisqu'il constitue l'inévitable toile de fond de la réglementation suisse (A). Nous verrons ensuite le déroulement de la procédure d'exécution forcée en Suisse (B), d'abord lorsque les dettes sont à charge du patrimoine personnel du *trustee* puis lorsqu'elles sont directement à charge du fonds du *trust*.

A. Le régime de responsabilité pour dettes d'après la loi applicable au trust

L'introduction d'une procédure d'exécution forcée pour une dette née dans l'exercice du *trust* suppose impérativement de déterminer au préalable qui, ou plus précisément quel patrimoine, doit en répondre. Au vu de sa nature matérielle, la question relève de la loi étrangère applicable au *trust*, soit en premier lieu la loi choisie par le *settlor* au sens de l'article 6 de la *Convention de La Haye* ou, à défaut, celle qui est déterminée d'après les critères objectifs de l'article 7 de ladite convention. L'on sait en effet que le *trustee* est formellement le titulaire de deux masses de biens séparées, à savoir son patrimoine personnel et le fonds du *trust*. En fonction de ce que prévoit la loi applicable, la dette peut incomber soit à l'un soit à l'autre.

En matière de responsabilité pour dettes, deux approches principales semblent pouvoir être identifiées dans les diverses lois de *trust*, à savoir l'approche « classique » (1) et l'approche « moderne » (2). Elles seront examinées sur un plan très général et de façon succincte, sans que nous puissions évidemment prétendre appréhender toutes les nuances qui existent au sein de chacune de ces tendances.

1. L'approche classique de responsabilité pour dettes

L'approche classique, qui est encore aujourd'hui[69] celle du droit anglais, prévoit comme modèle de base une responsabilité personnelle et il-

---

[69] Voir toutefois Consultation Paper, Trust Law Committee, *Rights of Creditors Against Trustees and Trust Funds*, Londres, avril 1997, en ligne : King's College London <http://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/trustlawcommittee/consultationpaperspdfs/

limitée du *trustee* à l'égard des tiers pour les dettes encourues dans l'exercice du *trust*. Cette responsabilité personnelle se fonde sur sa qualité de propriétaire des biens du *trust*. La situation du *trustee* se distingue à cet égard de celle d'un représentant (*agent*), dans la mesure où le *trust* — faute de personnalité juridique — ne peut tout simplement pas être représenté[70]. Il en résulte que les actions du *trustee* agissant en cette qualité ne lient pas directement le *trust* mais le *trustee* personnellement sur son patrimoine personnel. Il en est ainsi, que les dettes aient été contractées de façon régulière ou non.

La responsabilité personnelle du *trustee* est assortie de divers correctifs. Premièrement, le *trustee* bénéficie d'un droit d'indemnité à l'encontre du fonds du *trust* (*right of indemnity*) qui lui permet d'y prélever directement les montants dus ou d'en obtenir le remboursement[71]. Ce droit est toutefois soumis à de strictes conditions. Par exemple, il n'est accordé que si la dette a été contractée régulièrement et dans l'intérêt du *trust*. Par ailleurs, le *trustee* ne doit pas être redevable au fonds du *trust* en raison d'une violation de ses devoirs commise dans d'autres circonstances[72]. Le cas échéant, le droit d'indemnité n'existe que pour la part qui excède le montant que le *trustee* doit lui-même au *trust*. Deuxièmement, en matière contractuelle — mais non délictuelle — le *trustee* peut limiter, voire exclure, sa responsabilité personnelle dans le cadre du contrat conclu avec le tiers. Une telle clause de limitation ou d'exclusion de responsabilité est

---

RightsofCreditorsConsultationPaperApril1997.pdf>; Report Trust Law Committee: *Rights of Creditors Against Trustees and Trust Funds*, Londres, 1999, en ligne: King's College London <http://www.kcl.ac.uk/schools/law/research/tlc/reports.html> [Report Trust Law]. Ces documents contiennent diverses propositions de réforme afin d'améliorer la position des créanciers. Ces propositions se trouvent auprès de la Law Commission, mais n'ont pas reçu de suite concrète à ce jour.

70 Voir à cet égard John Mowbray et al, *Lewin on Trusts*, 18e éd, Londres, Sweet & Maxwell, 2008 au para 21-10 :

> *A trustee is in a different position from an agent. In general terms an agent acts on behalf of his principal and does not incur any personal liability provided that he acts within the scope of his authority: it is the principal, not the agent, who is liable. By contrast, a trustee acts as principal in connection with the administration of the trust and consequently does incur personal liabilities to third parties, whether or not he is acting in accordance with his powers and duties as trustee.*

71 Voir notamment *Trustee Act 2000* (R-U), c 29, art 31(1); David Hayton, Paul Matthews et Charles Mitchell, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, 18e éd, Londres, Butterworths, 2010 aux pp 1063-64.

72 Sur les limites du droit d'indemnité du *trustee*, voir Report Trust Law, *supra* note 69 aux pp 4-5.

admissible à l'intérieur de certaines limites et à certaines conditions[73]. Le *trustee* est par exemple fondé à restreindre sa responsabilité personnelle à un montant déterminé ou à concurrence des biens en *trust* disponibles pour couvrir les prétentions de tiers.

Quant aux créanciers dont les créances résultent de la gestion du *trust*, ils ne peuvent s'en prendre en principe qu'au patrimoine personnel du *trustee*, à l'exclusion du fonds du *trust*[74]. À certaines conditions, l'approche traditionnelle leur reconnaît toutefois un droit de subrogation qui leur permet de se subroger au *trustee* dans son droit d'indemnité contre le *trust*. Il s'agit toutefois d'un droit dérivé qui dépend de l'existence concrète d'un droit d'indemnité du *trustee*, de sorte qu'il n'est pas toujours ouvert[75]. Le cas échéant, et en raison de circonstances qu'il ne maîtrise pas, voire dont il n'a pas connaissance, le créancier n'a ainsi pas accès au fonds du *trust* et ne peut compter que sur les biens propres du *trustee*, ce qui le laisse dans une situation délicate si le *trustee* est insolvable.

Malgré l'existence de ces divers correctifs, notamment le droit d'indemnité et la limitation contractuelle de la responsabilité, le scénario de base de l'approche classique est une responsabilité personnelle du *trustee* pour les dettes issues de l'administration du *trust*. C'est donc son patrimoine personnel qui doit être visé en cas d'exécution forcée. D'une façon générale, l'approche classique de responsabilité est propice au *trust*, mais inversement peu favorable aux *trustees* et aux créanciers.

2. L'approche moderne de responsabilité pour dettes

La seconde approche de responsabilité pour dettes est celle du droit américain, tel qu'illustré par la législation uniforme[76], et de certaines juridictions extraterritoriales, dont Jersey, Guernesey et Anguilla[77]. Elle pré-

---

73 Notamment si elle est compatible avec le contrat en question et pour autant que le *trustee* spécifie s'engager « *as trustee only* » ou « *as trustee and not otherwise* ». Voir à cet égard Mowbray, *supra* note 70 au para 21-11.

74 Lionel Smith, «Trust and Patrimony», (2008-2009) 28 ETPJ 332 à la p 339.

75 Report Trust Law, *supra* note 69 aux pp 4-5; Mowbray, *supra* note 70 au para 21-39.

76 Voir notamment *Uniform Trust Code* § 1010(a) (2010) [UTC] : « *Except as otherwise provided in the contract, a trustee is not personally liable on a contract properly entered into in the trustee's fiduciary capacity in the course of administering the trust if the trustee in the contract disclosed the fiduciary capacity* ». Pour la responsabilité délictuelle et celle résultant de la détention ou du contrôle du fonds du trust, voir § 1010(b), (c).

77 Voir par ex *Trust Jersey Law* (1984), art 32(1)(a) : « *Where a trustee is a party to any transaction or matter affecting the trust—if the other party knows that the trustee is acting as trustee, any claim by the other party shall be against the trustee as trustee and shall extend only to the trust property* ».

voit, sous certaines conditions, une exonération de toute responsabilité du *trustee* sur son patrimoine personnel et une imputation directe des dettes au fonds du *trust*. En matière contractuelle, cela suppose toutefois que le contrat ait été conclu par le *trustee* dans sa capacité fiduciaire et que cette capacité ait été indiquée dans le contrat[78]. En matière délictuelle et pour les obligations résultant de la détention de la propriété, cela implique que le *trustee* n'est pas personnellement en faute[79]. Il semble donc possible d'affirmer, avec une certaine dose de prudence et de retenue, que la tendance moderne revient concrètement à aménager un droit direct des créanciers sur les biens du *trust*.

B. La procédure d'exécution forcée en Suisse

L'un des défis du législateur suisse a été de concrétiser dans son droit de l'exécution forcée les diverses approches de responsabilité pour dettes prévues par les diverses lois applicables au *trust* (soit tout particulièrement l'approche classique et moderne). Le droit suisse prévoit aujourd'hui deux procédures distinctes, en fonction du patrimoine qui répond de la dette, c'est-à-dire soit le patrimoine personnel du *trustee* (1), soit le fonds du *trust* (2).

1. La poursuite pour les dettes grevant le patrimoine personnel du *trustee*

Si, selon la loi applicable au *trust*, la dette encourue dans l'administration du *trust* est à la charge du patrimoine personnel du *trustee* — ce qui correspond au modèle de base de l'approche classique[80] —, la procédure d'exécution forcée en Suisse se déroulera de la même façon que si le *trustee* était poursuivi pour ses dettes privées, comme n'importe quelle autre personne morale ou physique. Le législateur suisse n'a pas jugé utile d'adopter des règles spécifiques pour réglementer ce cas, les règles légales existantes lui ayant paru suffisantes dans les circonstances.

La seule particularité de cette procédure consiste dans le fait que les biens du *trust* ne doivent pas servir à désintéresser les créanciers personnels du *trustee*, dans la mesure où — à teneur de la loi applicable au *trust* — ils ne sont pas tenus des dettes. Dans ce cas, l'article 284b *LP* permet leur ségrégation effective[81].

---

78 UTC, *supra* note 76, § 1010(a).

79 *Ibid*, § 1010(b).

80 Voir la partie III.A.1 ci-dessus.

81 *Message du Conseil*, *supra* note 25 à la p 608.

2. La poursuite pour les dettes à charge du patrimoine du *trust* (article 284a *LP*)

a. En général

L'article 284a *LP* régit la poursuite pour les dettes qui sont directement à la charge du fonds du *trust* lui-même, comme cela peut être le cas dans l'approche moderne de la responsabilité pour dettes[82]. Il s'agit d'un nouveau type de procédure en droit suisse. Comme nous le verrons, le législateur suisse a fait preuve d'une certaine créativité, en adoptant des solutions nouvelles. Toutefois, l'on relèvera que ces solutions ne sont pas entièrement conformes à la logique du droit suisse de l'insolvabilité et à celle du *trust*.

L'article 284a *LP*, intitulé « poursuite pour dettes du patrimoine d'un trust », a la teneur suivante :

> [1]Lorsque le patrimoine d'un trust au sens du chap. 9a de la LDIP répond d'une dette, la poursuite doit être dirigée contre un trustee en qualité de représentant du trust.
>
> [2]Le for de la poursuite est le siège du trust selon l'art. 21, al. 3, LDIP. Lorsque le lieu de l'administration désigné n'est pas en Suisse, le trust est poursuivi dans le lieu où il est administré en fait.
>
> [3]La poursuite se continue par voie de faillite. La faillite est limitée au patrimoine du trust.

L'alinéa 1 de l'article 284a *LP* régit l'organisation de la poursuite. L'on relèvera que le premier avant-projet de loi prévoyait que le *trust* pouvait être poursuivi séparément et de façon indépendante, puisqu'il est matériellement le débiteur de la dette. Au cours de la procédure de consultation, il a toutefois été porté à l'attention du législateur que dans le système anglo-américain, c'est toujours contre le *trustee* qu'il faut agir, le *trust* n'ayant pas lui-même la capacité d'être partie[83]. La solution finalement retenue par la loi suisse fut donc autre. Selon l'alinéa 1 de l'article 284a *LP*, quand bien même c'est le *trust* qui répond de la dette, la poursuite doit malgré tout être formellement dirigée contre le *trustee* — ou l'un des *trustees* — en sa qualité de « représentant du trust ». Cette expression n'est pas adéquate puisque le *trust* ne peut guère, à strictement parler, être « représenté » faute de personnalité juridique[84]. Elle permet néan-

---

82 Voir la partie III.A.2 ci-dessus.

83 Cela avait été prévu initialement dans le premier projet de loi, à l'image de ce qui existe pour la poursuite contre la succession indivise (*LP*, *supra* note 5, art 49). *Message du Conseil*, *supra* note 25 à la p 608.

84 La loi de certains états américains tend toutefois à percevoir le *trustee* comme un « *agent* ». Voir *Restatement (Second) of Trusts* §271 A (1959) au commentaire a : « *In a*

moins de signaler que le *trustee* n'est pas visé dans sa capacité personnelle et qu'il n'assume pas de responsabilité patrimoniale propre. La règle suisse va à cet égard dans le même sens que la règle américaine de l'*Uniform Trust Code* qui prévoit que la poursuite peut être dirigée contre le *trustee* « *in his fiduciary capacity* » même dans l'hypothèse où le fonds du *trust* répond directement de la dette[85].

L'alinéa 2 de l'article 284a *LP* fixe le lieu où la poursuite peut être requise. Aux termes de la loi, elle peut être introduite au lieu où se trouve le « siège du trust ». Cette notion a été directement empruntée au droit des sociétés et sa définition calquée sur celle du siège d'une société[86]. Cet emprunt n'est pas forcément opportun, et n'était du reste pas nécessaire, puisqu'il fait apparaître une notion étrangère à la logique du *trust*. Quoi qu'il en soit, le « siège du *trust* » se comprend en premier lieu comme l'endroit où le *trust* doit — à teneur de l'instrument du *trust* — être administré[87]. Autrement dit, la poursuite peut être requise au lieu de l'administration désignée par le *settlor*, à supposer que ce lieu se trouve en Suisse. S'il a été en revanche désigné hors de Suisse, mais que le *trust* y est néanmoins effectivement géré, la poursuite peut alternativement être introduite au lieu de l'« administration effective » en Suisse. C'est la signification *in fine* de l'alinéa 2 de l'article 284a *LP*. L'objectif de cette règle est d'empêcher qu'un *trust* effectivement administré en Suisse ne soit soustrait à une procédure d'exécution forcée dans ce pays par la désignation, éventuellement fictive, d'un siège à l'étranger[88].

L'alinéa 3 de l'article 284a *LP* fixe le mode de continuation de la poursuite. En l'occurrence, il assujettit le patrimoine du *trust* à la faillite[89]. En

---

few States it is expressly provided by statute that a trustee is a general agent for the trust property and that his acts, within the scope of his authority, bind the trust property to the same extent as the acts of an agent bind his principal ».

85 Voir UTC, *supra* note 76, art 1010(c).

86 *Message du Conseil*, *supra* note 25 aux pp 597 et s, 609 :

> Tel que proposé dans le projet, l'al. 2 de l'art. 284a, LP prévoit que le for de la poursuite est le siège du trust au sens du nouvel art. 21, al. 3, LDIP, ou le lieu où celui-ci est administré en fait. On se rapproche ainsi de la réglementation qui prévaut pour les personnes morales et les sociétés de personnes, ce qui est logique, si l'on considère qu'il s'agit *de facto* de poursuites contre le trust lui-même, qui constitue, à l'instar d'une personne morale ou d'une société, un patrimoine distinct et autonome.

87 Voir *LDIP*, *supra* note 4, art 21.

88 *Message du Conseil*, *supra* note 25 à la p 610.

89 Sauf pour les dettes mentionnées à l'art 43 de la *LP*, *supra* note 5 (notamment impôts et autres contributions publiques), où la poursuite s'effectue par voie de saisie, et pour le cas de la poursuite en réalisation de gage (art 151 de la *LP*, *ibid*) qui suit une procédure propre.

d'autres termes, le législateur suisse a opté ici pour un mode d'exécution forcée collective et générale. Cela signifie qu'au moment du prononcé de la faillite, tous les biens du *trust* viennent former une « masse en faillite », destinée à terme à être réalisée au profit de l'ensemble des créanciers du *trust*. L'alternative aurait été de soumettre le *trust* à la saisie, mode d'exécution forcée individuelle et spéciale, qui aurait permis au contraire de ne prélever que les biens nécessaires au désintéressement du ou des créanciers ayant spécifiquement requis la saisie. Le choix de la faillite a été principalement justifié par des considérations d'égalité de traitement, au motif qu'il permet seul d'assurer que les créanciers du *trust* soient désintéressés simultanément et de façon équitable[90]. À cet égard, le *trust* a été comparé à une entité juridique (*legal entity*) qui est régulièrement opposée à une multitude de créanciers[91].

Le choix de la faillite semble problématique à divers égards. En premier lieu, sa justification pêche à la base. Outre le fait qu'il est inadéquat d'assimiler le *trust* à une entité juridique[92], celui-ci semble rarement confronté à un grand nombre de créanciers, en particulier lorsqu'il est créé dans un but de planification patrimoniale. La situation d'endettement excessif, qui constitue le scénario ordinaire justifiant la faillite, n'est au contraire pas typique du *trust*[93]. La saisie aurait probablement été plus adaptée à l'insolvabilité d'un *trust* et aurait permis de mieux conserver sa substance, notamment en considération d'éventuels bénéficiaires futurs[94]. Deuxièmement, il est incertain de savoir ce qu'il adviendrait du *trust* frappé par la faillite. En règle générale, la faillite conduit à la liquidation des entités juridiques qu'elle vise. Qu'en est-il dans le cas d'un *trust*? Prend-il fin *ipso facto* ou peut-il subsister au-delà de la faillite? À vrai dire, ces questions ne relèvent pas du droit suisse, mais de la loi applicable au *trust*[95], qui ne prévoit toutefois pas cette hypothèse. Enfin, il est également difficile de prédire comment un jugement de faillite suisse por-

---

90 *Message du Conseil*, *supra* note 25 à la p 611.

91 Voir la version française (« entité juridique ») (*Message du Conseil*, *supra* note 25) et italienne (« *entità giuridiche* ») (*Messaggio concernente il decreto*, *supra* note 25) du *Message du Conseil*. La version allemande, qui constitue le texte original, parle quant à elle de « *Rechtsgebilde* », qui est une formule plus neutre (*supra* note 25).

92 Comme le font les versions françaises (*Message du Conseil*, *supra* note 25) et italiennes (*Messaggio concernente il decreto*, *supra* note 25) du *Message du Conseil*.

93 Luc Thévenoz, «L'avant-projet suisse de ratification de la convention sur les trusts» dans *Le trust en droit international privé : Perspectives suisses et étrangères*, Zurich, Schulthess, 2005, 93 à la p 100. L'auteur réserve le cas des *trusts* employés pour émettre des titres de dettes dans les opérations de titrisation.

94 *Ibid*.

95 *Message du Conseil*, *supra* note 25 à la p 611.

tant sur le patrimoine d'un *trust* sera perçu à l'étranger et s'il peut y être reconnu.

b. Vers une « personnification » du trust*?*

Il ressort de ce qui précède que l'article 284a *LP* a une certaine tendance à « personnifier » le *trust*, en lui prêtant diverses caractéristiques propres aux personnes morales[96]. Vont notamment dans ce sens l'emploi du terme « représentant » pour désigner le *trustee* à l'alinéa 1 de l'article 284a *LP*, le recours à la notion de « siège du trust » à l'alinéa 2 du même article, voire à celle d'« administration effective », ou encore à l'assujettissement du patrimoine du *trust* à la faillite. Certes faut-il préciser que cette tendance ne vaut pas de façon générale, mais s'inscrit dans le contexte de l'exécution forcée et s'attache à un type particulier de poursuite mis au point pour les besoins de l'approche dite moderne de responsabilité pour dettes. En dehors de ce cadre, l'ordre juridique suisse ne remet pas fondamentalement en cause l'absence de personnalité juridique du *trust*.

Quoi qu'il en soit, cette tendance à la « personnification » du *trust* en matière d'exécution forcée n'est pas nécessairement opportune, car elle ne correspond pas à la logique traditionnelle de l'institution. Au contraire, cette tendance va bien au-delà du rapprochement opéré entre le *trust* et les personnes morales dans certaines juridictions de common law[97]. En outre, même si chaque État dispose d'une certaine liberté dans l'aménagement de la reconnaissance des *trusts*, surtout en matière d'exécution forcée qui relève de leur compétence souveraine, il est préférable d'éviter — lorsque cela n'est pas nécessaire — d'attribuer à une institution étrangère des caractéristiques qu'elle n'a pas dans son droit d'origine, afin de ne pas compromettre sa cohérence.

Quant aux motifs qui ont poussé le législateur suisse vers une telle « personnification » du *trust*, il n'est pas exclu à notre sens qu'elle soit due aux difficultés d'insérer le *trust* dans la logique civiliste. Il peut en effet

---

96 Voir aussi Paolo Panico, *International Trust Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2010 au para 6.119.

97 Notamment aux États-Unis. Voir à cet égard, *Restatement (Third) of Trusts* §2 (2001), commentaire a :

> *Increasingly, modern common-law and statutory concepts and terminology tacitly recognize the trust as a legal 'entity', consisting of the trust estate and the associated fiduciary relation between the trustee and the beneficiaries. This is increasingly and appropriately reflected both in language (referring, for example, to the duties or liability of a trustee to 'the trust') and in doctrine, especially in distinguishing between the trustee personally or as an individual and the trustee in a fiduciary or representative capacity.*

paraître plus simple pour les systèmes de droit civil de rapprocher les *trusts* des personnes morales, pour lesquelles le cadre juridique est déjà bien défini et la réglementation prête à l'emploi, par exemple en matière d'insolvabilité ou de fiscalité.

Conclusion

L'on conclura cette étude qui aura permis un rapide survol du traitement du *trust* dans l'exécution forcée suisse par trois remarques finales tirées des considérations qui précèdent.

Premièrement, à l'instar d'autres systèmes de droit civil, le droit suisse repose sur le principe de l'unité du patrimoine. La reconnaissance du *trust* en tant que patrimoine séparé, imposée par la *Convention de La Haye*, n'a toutefois pas posé de difficultés majeures. D'abord, parce que le droit suisse n'a jamais érigé l'unité du patrimoine en dogme immuable et inflexible et, deuxièmement, parce que des dérogations à ce principe, sous des formes et dans des mesures diverses, existaient déjà en droit suisse avant que les *trusts* anglo-saxons ne soient reconnus via la *Convention de La Haye*. L'unité du patrimoine demeure aujourd'hui le modèle de base, même s'il compte désormais avec le *trust* une exception supplémentaire de taille. De façon générale, si d'autres exceptions au principe devaient être admises à l'avenir[98], peut-être conviendrait-il alors de réfléchir au rôle et à la place que doit occuper ce principe dans les divers ordres juridiques qui le connaissent.

Deuxièmement, nous avons vu que l'article 149d *LDIP* traite de la publicité d'un *trust*. Il ne dit toutefois pas si la mention du rapport de *trust* dans le registre public pertinent est une condition nécessaire à la ségrégation du bien concerné. Selon la conception défendue ici, qui s'écarte de l'avis majoritaire exprimé jusqu'ici dans la doctrine suisse, tel n'est pas le cas. À notre avis, les registres publics ne protègent pas les créanciers qui n'ont que des droits personnels, par opposition aux acquéreurs de bonne foi d'un droit réel sur le bien. L'article 149d *LDIP* doit ainsi être interprété conformément au droit en vigueur. En définitive, le rapport de *trust*, de même que la ségrégation des biens concernés, est opposable aux créanciers personnels du *trustee* indépendamment de toute mesure de publicité. Cette solution a par ailleurs l'avantage de favoriser l'effet de ségrégation, qui est imposé par la *Convention de La Haye* comme une conséquence minimale de la reconnaissance d'un *trust* et évite bon nombre de problèmes de mise en œuvre.

---

98 Telle que la proposition de directives en matière de « *protected funds* ». Voir à cet égard Kortmann et al, *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer (Pays-Bas), Kluwer, 2009.

Enfin, le droit suisse a abordé la question complexe de la poursuite pour les dettes qui sont — à teneur de l'approche moderne de responsabilité pour dettes — directement à charge du fonds du *trust*. Le législateur suisse a clairement fait preuve de créativité en adoptant des solutions nouvelles à l'article 284a *LP*. Ces solutions ne sont toutefois pas toujours alignées avec la logique du droit de l'exécution forcée suisse et celle du *trust*. En particulier, le droit suisse opère une certaine « personnification » du *trust*, en lui associant diverses notions et concepts qui lui sont étrangers. Même si elle s'inscrit dans le cadre spécifique de l'exécution forcée, cette tendance n'est pas anodine, car elle évoque un risque plus général : celui que les juridictions civilistes traitent le *trust* comme une quasi-personne morale à la moindre difficulté d'intégration ou de mise en œuvre dans leur droit interne[99]. L'on conclura cette analyse avec le constat suivant : il a longtemps été craint que le *trust* ne présente un danger de dénaturation pour les ordres juridiques civilistes; il n'avait en revanche pas été prévu que l'inverse pourrait également se produire…

---

[99] Panico, *supra* note 96 au para 6.119 relève une tendance similaire en droit italien pour le traitement fiscal du *trust*.