

**“Le trust de *common law* et l’exécution forcée
en Suisse”**



AUDE PEYROT

UNIVERSITE DE GENEVE

Le trust de *common law* et l'exécution forcée en Suisse

AUDE PEYROT

Introduction

La ratification de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance intervenue le 1^{er} juillet 2007 a marqué une étape dans l'évolution de la pensée juridique suisse. Même s'il ne s'est agi que de reconnaître le trust et non de l'intégrer en droit interne, l'ordre juridique suisse ne s'en est pas moins ouvert au particularisme de la *common law*. Par la ratification de l'instrument conventionnel, la Suisse a accepté de reconnaître les trusts *per se*, *i.e.* sans requalification de l'institution selon les catégories de rattachement de son droit international privé. Concrètement, elle s'est engagée à donner effet aux caractères du trust hérités de la logique et de l'histoire de *common law*, dont certains prennent le contresens de la perception civiliste. Mais la Suisse ne s'est pas pour autant obligée à admettre inconditionnellement et sans réserve toutes formes de trusts et toute finalité sous-jacente. La Convention de La Haye veille au contraire à ménager aux États parties des issues diverses lorsque leurs principes sont trop fortement contrariés par les effets d'un trust déterminé. La réception du trust dans l'ordre juridique suisse procède ainsi d'un subtil équilibre entre ouverture et préservation de ses conceptions socio-juridiques traditionnelles.

La constitution d'un trust opère une réorganisation patrimoniale dans la sphère de ses divers intervenants (settlor, trustee, bénéficiaires). Ce réaménagement se répercute sur la situation de leurs créanciers respectifs. Concrètement, les avoirs mis en trust ne sont plus accessibles aux créanciers du settlor, au vu de son dessaisissement en faveur du trustee. Ils ne le sont pas davantage aux créanciers personnels du trustee, car ce dernier ne les détient pas pour lui-même mais au profit exclusif des bénéficiaires du trust. Les actifs du trust forment en ses mains une masse distincte et séparée des ses biens personnels. Cet effet de ségrégation est dénommé dans la doctrine anglo-saxonne par le terme évocateur de « *ring-fencing* », qui signifie littéralement « cloisonnement ». Enfin, et malgré l'affectation du trust à la jouissance économique des bénéficiaires, leurs créanciers respectifs ne peuvent venir y puiser directement, car les bénéficiaires ne possèdent dans le trust que des prérogatives individuelles et déterminées à la remise d'avantages patrimoniaux. Concrètement, les biens du trust forment ainsi une masse (le « fonds du trust »), qui est isolée de la mainmise des créanciers des divers protagonistes. Ce mécanisme de base d'un trust affecte de façon objective et « naturelle » le domaine de l'exécution forcée.

En outre, certaines formes de trusts, en sus de la protection du fonds du trust qu'ils opèrent naturellement, cherchent à soustraire les droits individuels des bénéficiaires à l'action de leurs créanciers. Il en va ainsi du *protective trust* du droit anglais et du *spendthrift trust* du droit américain qui restreignent directement ou indirectement la saisissabilité du *beneficial interest*. Ils sont admis par leur ordre juridique respectif pour autant qu'ils servent à protéger le droit d'un bénéficiaire qui n'est pas simultanément le settlor. Une même finalité est poursuivie par les *asset protection trusts* du droit de certaines juridictions offshore, à cette différence près

que ces derniers visent précisément à protéger les droits économiques établis en faveur du settlor, en tant que bénéficiaire de son propre trust.

Comment l'ordre juridique suisse appréhende-t-il ces divers effets du trust touchant aux droits des créanciers ? Doit-il les mettre en œuvre ? Si oui, comment, voire à l'intérieur de quelles limites ? Et si non, pourquoi et en raison de quels principes ? Par ailleurs, dans quelle mesure les biens du trust ou les droits individuels des intervenants sont-ils saisissables, par qui, à quelles conditions et selon quelle procédure ? Telles sont les interrogations qui ont animé cette étude.

L'ouvrage est conçu en quatre parties qui s'organisent autour du trust et de ses divers protagonistes. Il porte sur les thématiques générales suivantes :

- I. l'effet de *ring-fencing* immanent au trust et l'indisponibilité des avoirs du trust vis-à-vis des créanciers personnels du trustee;
- II. les dettes issues de l'administration régulière du trust et la position desdits « créanciers du trust » ;
- III. la situation des créanciers du bénéficiaire d'un trust, en particulier la saisissabilité des divers types de *beneficial interest* et la reconnaissance en Suisse des trusts tendant à soustraire ces *interests* à l'exécution forcée (*protective trust, spendthrift trust*) ;
- IV. la position des créanciers du settlor lésés par la constitution d'un trust, notamment par un *asset protection trust* reposant sur la loi d'une loi offshore moderne.

Ces quatre thématiques font, en résumé, l'objet de l'analyse et des développements suivants.

I. Le trust et l'effet de *ring-fencing* en droit suisse

La clé du succès du trust...

Le trust de *common law* repose sur un régime de propriété très particulier, qui trouve ses racines dans l'évolution du droit anglais féodal. La pleine propriété juridique des avoirs du trust (*legal title*) est acquise au trustee. Il ne les détient toutefois non pour lui-même, mais au profit exclusif des bénéficiaires, qui ont la jouissance économique du fonds du trust. Ceux-ci détiennent concrètement sur le fonds du trust un *beneficial interest*, que la doctrine anglo-saxonne qualifie de droit *in rem* (*proprietary right*). Cette situation se traduit sur le plan patrimonial par la formation en mains du trustee d'une masse séparée et distincte de ses biens personnels. La doctrine anglo-saxonne désigne ce phénomène par le terme évocateur de « *ring-fencing* » qui signifie littéralement « cloisonnement ». Une clôture juridique et abstraite vient ainsi entourer les biens du trust et les singulariser au sein du patrimoine général du trustee. Cet effet de cloisonnement empêche ses créanciers personnels de venir puiser dans le fonds du trust, bien que leur débiteur en soit formellement le propriétaire juridique. Les actifs en trust ne participent donc pas à la responsabilité patrimoniale individuelle du trustee et sont préservés de l'exécution forcée contre ce dernier. Cette dissociation entre la détention juridique des actifs et le risque d'insolvabilité du titulaire fait l'un des intérêts majeurs de l'institution et l'une des raisons principales de son succès.

... *sous stricte surveillance civiliste*

Cet effet de cloisonnement, si utile à la pratique des affaires, est envisagé avec une certaine cautèle dans les juridictions de droit civil, notamment en Suisse. Il contrarie à vrai dire le principe de l'unité du patrimoine, qui – sans avoir la même ampleur dogmatique qu'en France – ne constitue pas moins un principe cardinal de notre droit. Le principe pose une responsabilité personnelle, générale et illimitée du débiteur sur l'entier de sa fortune et exclut donc tout compartimentage patrimonial. Ce n'est ainsi qu'à dose homéopathique, voire avec une certaine réticence, que la Suisse admet la dissociation entre la titularité juridique et le risque d'insolvabilité. Le législateur suisse – car la démarche requiert une intervention législative – n'a attribué ce privilège qu'à deux institutions, à savoir les fonds de placement contractuels (cf. art. 35 de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux) et les opérations fiduciaires des banques (cf. art. 37d de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne). Une telle dissociation constitue sans doute la marque la plus emblématique des « patrimoines séparés » (*Sondervermögen*) du droit suisse. Depuis la reconnaissance de l'institution, le trust de *common law* vient compléter le catalogue restreint des patrimoines séparés, puisque c'est ainsi qu'il peut et doit être transposé dans notre ordre juridique. La notion permet en effet de traduire assez fidèlement le régime patrimonial qui prévaut dans un trust, soit une masse de biens qui ne répond pas des dettes personnelles de son titulaire mais seulement (de façon directe ou indirecte) de ses propres passifs.

Une concrétisation totale ou limitée ?

Ainsi, il est désormais acquis que le droit suisse reconnaît l'effet de *ring-fencing* immanent au trust de *common law*. A vrai dire, l'effet de ségrégation relève à ce point du noyau dur de l'institution qu'il aurait semblé impossible de l'écarter par le biais des clauses de réserve de la Convention de La Haye. A défaut, le principe de reconnaissance aurait été très largement vidé de son sens. Le législateur suisse l'a bien compris. L'effet de *ring-fencing* est désormais ancré et matérialisé à l'art. 284b de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP). Ce dernier prescrit la distraction d'office (*Absonderung*) des biens du trust dans l'exécution forcée contre le trustee, et à défaut, leur revendication (*Aussonderung*) par toute personne légitimée, soit *in casu* par tout co-trustee, tout bénéficiaire, voire par le trustee insolvable lui-même sous réserve d'un conflit d'intérêt concret.

La reconnaissance de l'effet de *ring-fencing* dans l'exécution forcée soulève la question de son rapport avec le principe suisse de publicité. L'indication du rapport de trust dans les registres publics suisses officiels est désormais rendue possible, voire prescrite, par le nouvel art. 149d de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP). Nous avons défendu la position selon laquelle l'effet de ségrégation n'est pas limité ou subordonné à une mesure de publicité du trust. A notre avis, la distraction des avoirs du trust doit pouvoir être opérée indépendamment de la connaissance effective du trust par les créanciers. Cette solution va certes à contre-courant de l'avis du Message du Conseil fédéral du 2 décembre 2005 et à la doctrine dominante suisse. Elle nous paraît toutefois plus conforme à l'esprit de la Convention de La Haye et au caractère central, voire quasi contraignant, de l'effet de *ring-fencing*. Elle s'inscrit surtout dans la logique du droit suisse, lequel ne connaît aucune

protection des « créanciers de bonne foi ». A notre sens, l'art. 149d LDIP ne saurait donc être interprété dans ce sens.

II. Les dettes du trust: responsabilité patrimoniale et poursuite en Suisse

Vers une dénaturation du concept de trust ?

L'étude de la responsabilité pour les dettes qui sont nées dans l'exercice du trust prolonge la réflexion sur l'essence du trust de *common law*. Cette question ne fait pas l'objet d'une réglementation uniforme dans les divers droits étrangers qui connaissent l'institution. Elle constitue au contraire un point fondamental de divergence. Certaines juridictions suivent une approche traditionnelle, qui consiste à mettre les dettes issues de l'exercice du trust à la charge personnelle du trustee, en tant que propriétaire des biens du trust. Celui-ci répond donc à l'égard des tiers de façon primaire sur sa fortune propre, et dispose en contrepartie d'un droit d'indemnité sur les avoirs en trust. D'autres juridictions suivent une approche plus pragmatique et moderne. Elles reconnaissent au trustee la faculté de s'engager dans une « capacité fiduciaire » (*fiduciary capacity*), ce qui a concrètement pour effet de mettre les obligations qui en résultent à la charge immédiate du fonds du trust. Dans cette approche moderne, le trustee agit en quelque sorte en tant que « représentant » du trust. Cette solution peut heurter le sens juridique commun, dans la mesure où le trust, en tant que simple masse de biens dépourvue de la personnalité juridique, ne saurait à strictement parler être « représenté ». L'approche moderne pousse de la sorte le raisonnement du fonds séparé à un degré plus avancé que ne le fait la vision traditionnelle: le trust se présente en effet comme une masse de biens directement grevée de ses propres passifs. Simultanément, elle représente une certaine dérive du concept de trust dans la direction de la personne morale.

Une bien curieuse poursuite

Quoi qu'il en soit, cette double approche en matière de responsabilité pour dettes s'impose à tout État tenu, en raison de la Convention de La Haye, de mettre en œuvre les effets du trust sur son territoire. Le législateur suisse s'est ainsi attaché à régler l'exécution forcée pour les dettes nées dans l'exercice du trust, en distinguant selon le patrimoine grevé par la dette. L'approche traditionnelle anglaise ne suscite pas de difficulté particulière. Elle se traduit dans l'exécution forcée suisse par une poursuite contre le trustee à titre personnel, de la même façon que s'il était poursuivi pour ses dettes privées. Cette poursuite n'a pas été réglée expressément par le législateur suisse. Elle fait appel aux règles existantes de la LP.

En revanche, plus délicate est la transposition du régime moderne de responsabilité. Elle a requis l'adoption de règles nouvelles qui ont été réunies dans le nouvel art. 284a LP. Celui-ci régit la « poursuite pour les dettes du patrimoine d'un trust ». Balançant entre la conformité au droit étranger et la préservation de la logique suisse existante, le législateur suisse a tranché en faveur de la première en adoptant une poursuite pour les dettes grevant le trust devant être formellement dirigée contre le trustee en tant que « représentant » du trust. Cette faculté d'être poursuivi en qualité de « représentant » d'un patrimoine séparé, au « siège » de ce dernier, constitue une solution *sui generis* et *ad hoc*, créée de toutes pièces pour les besoins du trust. Si l'on ne peut vanter sa conformité à la logique du droit suisse, l'on doit à tout le moins lui reconnaître le mérite d'être fonctionnelle. Notons enfin que cette poursuite aboutit à

la faillite du fonds du trust, solution qui offre le flanc à la critique pour des raisons diverses, mais qui doit néanmoins être observée, puisque tel a été le choix du législateur suisse. Ce dernier n'a pas craint d'adopter des solutions originales qui ne manquent pas de venir alimenter les discussions sur la nature du trust, vu les emprunts de la nouvelle réglementation au droit des sociétés (siège du trust, administration effective, représentant, faillite) qu'elle opère.

III. La saisie de l'*equitable interest* et la reconnaissance des trusts de protection en Suisse

Saisir ou ne pas saisir...

Le trust se présente comme un instrument de planification patrimoniale particulièrement flexible. Il offre un vaste éventail de possibilités en matière de gestion et de répartition d'un patrimoine à moyen ou long terme. Le trustee acquiert du settlor la propriété des avoirs en trust dans le but exclusif de les administrer et de les distribuer en faveur des bénéficiaires du trust. La jouissance économique de ces derniers se manifeste dans un « *equitable interest* » ou « *beneficial interest* », termes qui se réfèrent au droit reconnu et octroyé historiquement par l'*equity* anglaise aux bénéficiaires sur le trust. L'*equitable interest* peut être aménagé de façon diverse et variée en fonction des buts de planification poursuivis par le settlor. Les droits respectifs de chacun des bénéficiaires, qui consistent principalement en des distributions en revenus ou en capital du fonds du trust, peuvent se cumuler ou se succéder dans le temps. Ils sont à choix actuels, futurs ou seulement conditionnels (*actual, future, contingent interests*). Souvent, ils ne prennent pas la forme d'un droit fixe à des distributions mais seulement d'une expectative dont la concrétisation est laissée à la discrétion du trustee (*discretionary interest*).

Le bénéficiaire d'un trust peut faire l'objet d'une poursuite en Suisse en raison de son domicile ou sur la base d'un autre critère de rattachement. Se pose alors la question de savoir si son *equitable interest* peut être saisi au profit des créanciers poursuivants. L'examen est double. *Primo*, il faut que la prérogative matérielle du bénéficiaire soit suffisamment « consistante » au regard de la loi applicable au trust pour être considérée comme un véritable droit. L'exécution forcée suisse est à cet égard liée par la nature de l'*interest* du bénéficiaire. *Secundo*, il faut que les conditions de la saisissabilité du droit suisse soient réalisées en l'espèce. Cette double analyse conduit aux résultats suivants.

Lorsque le bénéficiaire a dans le trust un *fixed interest*, qu'il soit actuel ou futur, le droit est en principe saisissable. La saisie peut porter sur l'*interest* lui-même ou sur les distributions futures. De préférence, l'on évitera de réaliser le droit pour conserver sa substance au bénéficiaire une fois ses dettes acquittées. Lorsque le droit est conditionnel (*contingent interest*), il est sur le principe saisissable mais sa mise sous main de justice dépend concrètement de la possibilité de déterminer une valeur de réalisation suffisante. L'exécution forcée cherche généralement à éviter le bradage anticipé et à vil prix des valeurs patrimoniales du débiteur. Mais le véritable nœud de la problématique se concentre dans le *discretionary interest*. Dans la mesure où le bénéficiaire ne possède pas de véritable droit, mais un simple espoir à recevoir des distributions (« *mere hope* »), ce dernier ne peut en principe être saisi, faute de « consistance » suffisante. Cela étant, dans certaines situations, il nous paraît insatisfaisant que le bénéficiaire reçoive par hypothèse régulièrement des

distributions discrétionnaires et puisse en jouir au détriment de ses créanciers. Certes, ces derniers peuvent-ils toujours tenter de saisir une distribution effective une fois qu'elle a été faite au bénéficiaire, mais le risque existe que son montant ait été dilapidé avant que les créanciers n'aient eu le temps d'agir. Nous avons dès lors prôné une solution inspirée du droit anglo-américain qui vise à permettre la saisie (au besoin à concurrence d'un certain montant) des distributions futures en mains du trustee dès qu'elles ont été décidées en faveur du bénéficiaire débiteur. Cette solution a l'avantage de placer sur un pied d'égalité les créanciers et le bénéficiaire.

Un débat plus moral que juridique

Le trust n'est pas seulement employé à des fins de gestion et de répartition d'un capital ou des revenus qu'il génère. Il sert parfois des objectifs plus controversés. L'on observe en pratique des structures visant à abriter le *beneficial interest* de l'action des créanciers du bénéficiaire. Tel est le cas du *protective trust* du droit anglais et des clauses de *spendthrift* (clauses de prodigalité) du droit américain. Le premier octroie au bénéficiaire un droit ferme à des distributions sur le fonds du trust qui se termine en cas d'insolvabilité de son titulaire pour être remplacé par un *discretionary interest*. Les secondes stipulent quant à elles ouvertement et sans détour l'incessibilité et l'insaisissabilité du droit du bénéficiaire quelle que soit la forme qu'il revêt. Il verrouille de la sorte le *beneficial interest* à l'intérieur du trust, hors de la portée des créanciers. Ces deux types de trusts participent d'une certaine organisation de l'insolvabilité. Ils reposent tous deux sur l'idée très empreinte de libéralisme que les largesses du settlor sont destinées à favoriser les bénéficiaires du trust et non leurs créanciers.

Dans la perspective suisse, cette collision d'intérêts entre le trust et les droits des créanciers est arbitrée et encadrée par les règles de la Convention de La Haye. Elle pose le principe de la reconnaissance des effets d'un trust valablement constitué selon la loi applicable au trust (art. 11), sauf lésion du droit impératif, des lois d'application immédiate et de l'ordre public du for (art. 15, 16 et 18). Les clauses d'exceptions à la reconnaissance concentrent l'essentiel de la réflexion. L'effet du trust litigieux ne doit à notre avis être écarté que si l'on peut identifier une règle ou un principe clair, de nature impérative ou d'ordre public, concrètement heurté(e) par le trust. Le droit suisse ne partage certes pas la pensée libérale des juridictions anglo-américaines en matière d'acte de disposition entre vifs ou pour cause de mort. Mais doit-il pour autant rejeter leurs conceptions dans une pure optique de reconnaissance ? Le *protective trust* du droit anglais et les clauses de *spendthrift* du droit américain reposent sur un régime matériel distinct qui justifie à notre avis une appréciation différenciée.

Nous avons prôné l'exclusion de la reconnaissance en Suisse des clauses américaines de *spendthrift*. Celles-ci constituent en effet une intrusion directe de la volonté privée dans le régime de saisissabilité, qui constitue une matière strictement réglementée. Nous avons montré que le droit suisse n'admet pas ce type d'ingérence. Cette interdiction est de droit impératif et fait donc directement obstacle à la reconnaissance des clauses de *spendthrift*. La clause de réserve de l'art. 15 de la Convention de La Haye s'applique ici en plein.

En revanche, le *protective trust* du droit anglais (et les *forfeiture provisions* du droit américain) appelle, à notre avis, une solution distincte. Il ne stipule point l'insaisissabilité directe du *fixed interest*, mais prévoit son extinction et son remplacement par un *discretionary interest* au moment de l'insolvabilité du bénéficiaire ou d'une tentative de mainmise pas un

créancier. Cette transformation de la situation matérielle s'impose à notre ordre juridique: si le bénéficiaire ne dispose plus d'un droit ferme, ce dernier ne saurait logiquement être saisi. Un examen attentif du droit suisse n'a pas permis d'identifier une règle ou un principe clair et déterminé qui serait heurté par ce mécanisme. Cela conduit ainsi à l'inapplication des clauses de sauvegarde de la Convention et à la reconnaissance du *protective trust* en Suisse au regard de l'art. 11 de l'instrument conventionnel. Certes, l'institution anglaise se trouve-t-elle aux confins de la réflexion sur l'admissibilité des structures de protection étrangères. Mais, la ratification de la Convention de La Haye implique dans une certaine mesure d'accepter les conceptions socio-juridiques étrangères, lorsqu'il n'est pas possible d'identifier un clair motif excluant la reconnaissance.

IV. Les créanciers du settlor: atteintes par le trust et remèdes judiciaires

Un trust peut en cacher un autre...

Au moment de la création du trust et du transfert des biens au trustee, le settlor est dessaisi de la propriété de ses avoirs. Ce dessaisissement est opposable aux tiers et notamment à ses créanciers, lesquels sont confrontés à un rétrécissement de la surface financière de leur débiteur. Cette difficulté peut être exacerbée par des considérations subjectives. Il n'est en effet pas rare que le settlor cherche à se prémunir spécifiquement contre un risque d'insolvabilité future par la création d'un *asset protection trust*. Une telle structure s'appuie généralement sur une loi offshore moderne. Divers centres financiers offshore se sont en effet écartés du régime traditionnel de *common law* en adoptant des règles modernes relativement souples en matière de transfert frauduleux (*fraudulent conveyances*). Ils ont adopté, ce faisant, une approche « pro-débiteur » contrastant avec la vision « pro-créancier » des juridictions onshore, notamment l'Angleterre et la grande majorité des États américains. Ces dernières admettent certes la protection « altruiste » du *beneficial interest*, mais l'exclut lorsqu'elle est établie de façon « égoïste » pour le settlor lui-même. Un *asset protection trust*, dont les attaches se trouvent en tout ou en partie dans une des juridictions offshore ayant adopté une loi moderne (droit applicable, for compétent, localisation des biens, administration) constitue une structure (très) hermétique aux créanciers: les possibilités de disputer la structure sont sensiblement restreintes; les jugements étrangers ne sont pas nécessairement reconnus dans leur pleine mesure.

L'action révocatoire: une frappe ciblée

En Suisse, les créanciers du settlor lésés par la création d'un trust classique ou d'un *asset protection trust* peuvent recourir à l'action révocatoire des art. 285ss LP. Elle ne constitue pas un moyen à portée générale mais relève très spécifiquement de l'exécution forcée et suppose pour cette raison l'existence d'une procédure d'insolvabilité présente ou passée contre le settlor. Elle offre par ailleurs un intérêt lorsque des biens du trust se trouvent sur le territoire helvétique.

Bien qu'elle soit un moyen ciblé, elle est conçue de façon relativement large et permet de révoquer une diversité d'actes du débiteur entrepris dans le voisinage temporel de l'insolvabilité. La création d'un trust peut être appréhendée objectivement par l'art. 286 al. 1 LP si elle est intervenue dans l'année précédant la saisie ou la faillite du settlor. Par ailleurs, un *asset protection trust* constitué selon la loi d'une juridiction offshore, par une personne

insolvable ou devenue insolvable à la suite du transfert, pour son propre profit, et dans les cinq ans précédant sa saisie ou sa faillite est tout particulièrement menacé par l'art. 288 LP, car il laisse entrevoir une intention dolosive du settlor. La véritable difficulté consistera pour les praticiens à démontrer la reconnaissabilité de cette intention par le trustee.

Conclusion : l'avenir des trusts en Suisse

La réception du trust de *common law* suppose probablement pour les traditions civilistes de sacrifier un peu de leur cohérence juridique. Tel est sans doute le tribut à payer au maintien d'un droit adapté aux impératifs économiques modernes. Le législateur suisse en a pris conscience. Il n'a pas craint d'adopter en matière d'exécution forcée des règles novatrices dérogeant à certains principes clés du droit suisse, voire à sa logique intrinsèque (à travers notamment les art. 284a et 284b LP). Depuis lors, le témoin a été transmis à la jurisprudence des tribunaux suisses. C'est à eux qu'il appartient désormais d'aménager l'équilibre entre ouverture et préservation du système légal suisse. L'avenir dira comment ils décideront de concrétiser l'exercice et dans quelle mesure ils seront ouverts aux conceptions socio-juridiques étrangères que le trust incorpore nécessairement.