

# Trust, réserves héréditaires et immeubles



**FLORENCE GUILLAUME**  
Professeur à la Faculté de  
droit de l'Université de  
Neuchâtel, avocate

## Plan

- I. Introduction
- II. Trust
  - A. La notion de trust
  - B. La constitution d'un trust
  - C. Les espèces de trust
- III. Trust et droit international privé
  - A. La notion de trust en droit international privé suisse
    - 1. L'express trust
    - 2. Les trois caractéristiques essentielles d'un trust
  - B. La reconnaissance d'un trust étranger en Suisse
    - 1. Le principe de la reconnaissance automatique
    - 2. La validité d'un trust assimilable à une fondation d'entretien
  - C. Le droit applicable au trust
- IV. Trust et réserves héréditaires
  - A. La distinction entre loi applicable au trust et loi applicable à la succession
  - B. La validité d'un trust dans le cadre d'une succession
    - 1. Le trust dans le cadre d'une succession régie par le droit suisse
    - 2. Le trust dans le cadre d'une succession régie par un droit étranger
- V. Trust et immeubles
  - A. La distinction entre loi applicable au trust et loi applicable aux droits réels sur l'immeuble
    - 1. L'application du droit suisse aux droits réels sur un immeuble
    - 2. Les exigences de forme de l'art. 657 CC appliquées au *trust deed*
  - B. Les opérations au registre foncier
    - 1. L'inscription du trustee comme propriétaire
    - 2. La mention facultative de l'existence d'un trust
  - C. Les actes de disposition sur un immeuble en trust

- 1. La distribution de l'immeuble à un bénéficiaire
- 2. La vente de l'immeuble à un tiers
- 3. La constitution de droits réels limités sur l'immeuble
- VI. Conclusion

## I. Introduction

La Convention de La Haye, du 1<sup>er</sup> juillet 1985, relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (CLaH-Trust) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007 pour la Suisse. En complément des règles de conflit figurant dans la CLaH-Trust, un nouveau chapitre 9a consacré au trust a été introduit dans la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) (art. 149a à 149d LDIP). L'institution du trust existe donc désormais en droit international privé suisse.

Le champ d'application de la CLaH-Trust est limité au droit international privé. La ratification de cette convention est possible sans égard au fait que le droit interne d'un Etat connaisse ou non l'institution du trust. Comme le législateur suisse n'a pas jugé utile d'introduire le trust dans le droit matériel suisse, il n'est pas possible de constituer un trust de droit suisse. Seuls des trusts constitués selon un droit étranger peuvent par conséquent avoir une existence juridique sur le territoire suisse.

Le principal effet de l'entrée en vigueur de la CLaH-Trust est qu'un trust étranger peut désormais être reconnu en Suisse en tant que tel s'il remplit les conditions fixées par la CLaH-Trust. Il peut donc avoir une existence juridique sur territoire suisse identique à celle qu'il a dans son Etat d'origine.

## II. Trust

### A. La notion de trust

Le trust est une structure de gestion patrimoniale permettant à une personne de détenir un bien au profit d'une autre personne. Le mécanisme de base du trust consiste en ce qu'une personne (le constituant; *settlor*) extrait des biens de son patrimoine personnel et en transfère la propriété à une autre personne (le trustee), laquelle doit les administrer dans l'intérêt d'une troisième personne (le bénéficiaire; *beneficiary*)<sup>1</sup>. Le constituant peut, s'il le souhaite, désigner une personne

<sup>1</sup> Par souci de simplification, nous utiliserons les termes «trustee» et «bénéficiaire» au singulier, tout en précisant qu'il peut y avoir plusieurs trustees et/ou plusieurs bénéficiaires d'un même trust.

en laquelle il a confiance pour surveiller que le trustee agit bien conformément à sa volonté (*protector*).

Il est possible de constituer des trusts remplissant des fonctions très diverses qui ne servent pas uniquement à l'administration d'un patrimoine familial. Dans les droits anglo-saxons, le trust est un instrument juridique couramment utilisé pour remplir des fonctions qui sont attribuées à plusieurs sortes d'instruments juridiques dans les droits ne connaissant pas cette institution. Le trust peut par exemple servir d'outil de planification successorale, de protection contre soi-même (notamment en cas de prodigalité), de protection contre les créanciers, de planification fiscale, de charité, d'investissement, de rémunération (notamment des cadres d'une société), de fonds de pension, etc.<sup>2</sup>. Même si le trust est une institution typiquement anglo-saxonne, dont les racines plongent dans le droit anglais, on le retrouve dans certains Etats de tradition civiliste qui ont créé des institutions juridiques inspirées du trust anglo-saxon<sup>3</sup>.

Quelle que soit sa forme, le trust n'est jamais une entité juridique (comme une société ou une fondation): ce n'est qu'une double relation juridique entre, d'une part, le constituant et le trustee et, d'autre part, le trustee et le bénéficiaire. Le trust n'a donc pas de personnalité juridique.

## B. La constitution d'un trust

Un trust est en principe constitué par la manifestation de volonté du constituant de créer un trust. Ce type de trust est généralement qualifié d'*express trust*. Dans certains cas, un trust peut aussi être constitué par décision judiciaire, lorsqu'on peut ou doit déduire du comportement du constituant ou d'une personne – notamment une personne qui gère des biens pour le compte du constituant – qu'une relation de trust a été créée dans les faits (*resulting trust; constructive trust*)<sup>4</sup>.

Comme la constitution de ces formes particulières de trust résulte en partie ou entièrement de la loi, et non pas directement de la décision d'une personne, nous nous concentrerons sur les formalités à remplir pour constituer un *express trust*.

Pour constituer un *express trust*, le constituant doit avoir l'exercice des droits civils et manifester clairement sa volonté de créer un trust. Cette manifestation de volonté suppose que trois conditions préalables (*the «three certainties»*) soient remplies: le constituant doit avoir la réelle volonté de constituer un trust (*certainty of intention*), il doit avoir clairement déterminé les biens qu'il va mettre en trust ainsi que la manière dont ils seront distribués (*certainty of subject-matter*), et il doit avoir clairement désigné les bénéficiaires du trust (*certainty of objects*)<sup>5</sup>.

La manifestation de volonté du constituant de créer un trust ne suffit pas: il doit encore transférer la propriété des biens mis en trust au trustee pour que le trust soit formellement constitué<sup>6</sup>. Un *express trust* peut être créé soit du vivant du constituant (*inter vivos trust*), soit à son décès (*testamentary trust; trust by will*). Il existe essentiellement deux manières de constituer un trust du vivant du constituant: soit le constituant et le trustee signent ensemble l'acte constitutif du trust (*trust settlement*), soit le trustee signe seul l'acte constitutif du trust sans que le constituant ne participe formellement à cet acte (*trust declaration*). La forme de la *trust declaration* est choisie essentiellement pour des raisons de confidentialité, car elle permet au constituant de ne pas apparaître dans l'acte constitutif du trust. Un trust constitué au décès du constituant peut l'être soit sur la base du testament lui-même, qui constitue formellement l'acte constitutif du trust<sup>7</sup>, soit sur la base d'une clause du testament qui précise les éléments essentiels du trust. Dans ce dernier cas, le trustee constituera formellement le trust et signera seul l'acte constitutif du trust. L'acte constitutif du trust est généralement désigné par le terme générique de *trust deed*.

## C. Les espèces de trust

Un *express trust* peut être, d'une part, révocable ou irrévocable (*revocable trust; irrevocable trust*) et, d'autre part, discrétionnaire ou non discrétionnaire (*discretionary trust; fixed trust*).

La première distinction se réfère à la relation entre le constituant et le trustee. Lorsque le trust est révocable, le transfert des biens dans le fonds du trust n'est pas définitif: le constituant se réserve le droit de récupérer tout ou partie

<sup>2</sup> Sur les diverses fonctions qui peuvent être attribuées à un trust, voir DONOVAN W. M. WATERS, *The institution of the trust in civil and common law*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1995 (252), p. 113–453 (279–340); D. J. HAYTON/S. C. J. J. KORTMANN/H. L. E. VERHAGEN (éd.), *Principles of European Trust Law*, La Haye 1999, p. 5–9.

<sup>3</sup> Le trust – ou des formes d'institutions juridiques dérivées du trust – existe notamment dans le droit des Etats suivants: Afrique du Sud, Argentine, Colombie, Ecosse, Israël, Japon, Liechtenstein, Louisiane, Mexique, Panama, Philippines, Québec, Venezuela. Voir LUC THÉVENOZ, *Trusts en Suisse: Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Zurich 2001, p. 18–19; HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN (n. 2), p. 3–5; 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, FF 2005 561–622 (ci-après: Message CLaH-Trust), no 1.3, p. 568.

<sup>4</sup> Sur les différentes formes de trusts en droit anglais, voir DAVID J. HAYTON, *The Law of Trusts*, 4<sup>ème</sup> éd., Londres 2003, p. 16–23.

<sup>5</sup> Pour les conditions nécessaires à la constitution d'un trust en droit anglais, voir GRAHAM MOFFAT, *Trusts Law*, 4<sup>ème</sup> éd., Cambridge 2005, p. 115–118.

<sup>6</sup> DAVID J. HAYTON, UNDERHILL AND HAYTON – *Law Relating to Trusts and Trustees*, 15<sup>ème</sup> éd., Londres 1995, p. 129–132.

<sup>7</sup> Certains droits prévoient qu'un testament peut avoir la forme d'un acte constitutif de trust.

des biens en révoquant le trust. Cela signifie que les biens en trust ne sont pas nécessairement définitivement sortis du patrimoine du constituant. Seul un trust constitué du vivant du constituant peut être révocable. Dans un trust irrévocable, le constituant ne peut pas révoquer le trust et perd donc définitivement tout droit de propriété sur les biens transférés dans le fonds du trust. Cela n'empêche pas pour autant le constituant, s'il le souhaite, de figurer parmi les bénéficiaires et d'obtenir des distributions du trust.

La deuxième distinction se réfère à la relation entre le bénéficiaire et le trustee. Lorsque le trust est non discrétionnaire, le bénéficiaire a un droit actuel et déterminé à une partie des biens en trust ou de leurs revenus conformément à la volonté du constituant. Par contre, dans un trust discrétionnaire, les distributions sont laissées à l'entière discrétion du trustee.

### III. Trust et droit international privé

#### A. La notion de trust en droit international privé suisse

##### 1. L'express trust

Le législateur suisse a renoncé à formuler une définition propre du trust et s'est contenté de renvoyer à la définition retenue à l'art. 2 CLaH-Trust (art. 149a LDIP). Quelle que soit la dénomination utilisée, il faut donc admettre qu'il y a un trust chaque fois qu'on est en présence de «relations juridiques créées par une personne, le constituant – par actes entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé» (art. 2 al. 1 CLaH-Trust).

Cette définition ne vise que les trusts créés par la manifestation de volonté du constituant (art. 3 CLaH-Trust). Elle concerne donc essentiellement les *express trusts*. A juste titre, le législateur suisse a exclu du champ d'application de la CLaH-Trust les *constructive trusts*<sup>8</sup>. Par contre, nous ne pouvons pas le suivre lorsqu'il considère dans son Message que les autres types de trusts constitués sur la base de la loi par décision judiciaire (*resulting trusts*) entrent dans le champ d'application de la CLaH-Trust<sup>9</sup>. A notre avis, ces formes de trust ne peuvent en principe pas être qualifiées de trusts créés volontairement au sens de l'art. 3 CLaH-Trust, car le constituant n'a précisément pas manifesté clairement sa volonté de créer un trust ou ne voulait pas vraiment créer un trust.

La notion de trust est plus large en droit international privé suisse que dans la CLaH-Trust, dès lors qu'elle contient également les trusts dont la preuve ne peut pas être apportée

par écrit (art. 149a *in fine* LDIP)<sup>10</sup>. On ne voit pas très bien en pratique quels types de trusts seront concernés par cette extension de la notion de trust.

#### 2. Les trois caractéristiques essentielles d'un trust

Trois caractéristiques fondamentales sont présentes dans toutes les formes de trust entrant dans la notion retenue en droit international privé suisse:

Premièrement, il y a un transfert de propriété des biens mis dans le trust du constituant au trustee (art. 2 al. 2 lit. b CLaH-Trust). Une fois les biens transférés dans le fonds du trust, le constituant n'a plus aucun droit de propriété sur ces biens. De son côté, le trustee a un droit de propriété civile sur les biens en trust (*holding the legal title; legal ownership*), alors que le bénéficiaire a une sorte de «propriété économique» sur ces biens (*holding an equitable interest; equitable ownership*). Dans le système anglo-saxon, le droit de propriété peut en effet être dédoublé. S'agissant d'un trust, ce dédoublement du droit de propriété peut être comparé schématiquement à la situation où une personne (le trustee) a le droit d'administrer et de disposer des biens en trust, alors qu'une autre (le bénéficiaire) a le droit de jouir de ces biens. Dans un système juridique ne connaissant pas le dédoublement du droit de propriété, comme le système juridique suisse, le trustee doit être considéré comme le propriétaire des biens en trust. Mais le bénéficiaire a aussi certains attributs du droit de propriété qui lui sont conférés par la loi applicable au trust. Il dispose ainsi de moyens de droit de nature réelle lui permettant de se protéger contre les risques liés au trust. Il peut notamment exercer en justice un droit de suite (*tracing*) pour revendiquer auprès de tiers un bien du trust dont le trustee a disposé indûment. A cela s'ajoute le droit de faire valoir en justice sa créance à l'égard des biens en trust ou de leurs revenus, de contester la gestion des biens en trust par le trustee ou d'obtenir des mesures provisoires visant à préserver le fonds du trust.

Deuxièmement, les biens en trust font partie d'un patrimoine séparé (*Sondervermögen*) du patrimoine personnel du trustee, appelé le «fonds du trust» (*trust fund*) (art. 2 al. 2 lit. a CLaH-Trust; art. 11 al. 2 CLaH-Trust). Ils sont donc à l'abri des créanciers personnels du trustee (art. 11 al. 3 lit. a et b CLaH-Trust). Ils n'entrent ni dans le régime matrimonial du trustee, ni dans sa succession (art. 11 al. 3 lit. c CLaH-Trust).

Troisièmement, le trustee administre les biens en trust dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou dans un but d'intérêt général (art. 2 al. 2 lit. c CLaH-Trust). Il doit

<sup>8</sup> Message CLaH-Trust (n. 3), no 1.6.1.2, p. 581.

<sup>9</sup> Message CLaH-Trust (n. 3), no 1.8.3, p. 595.

<sup>10</sup> L'art. 3 CLaH-Trust limite le champ d'application de la convention aux «trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit».

agir conformément aux termes du *trust deed*. Si le constituant a indiqué au trustee la manière dont il souhaite que le trust soit géré, par exemple dans une *letter of wishes*, ces indications n'ont pas d'effet contraignant sur le trustee qui reste libre de décider de la gestion du trust dans le meilleur intérêt des bénéficiaires. Le constituant ne dispose en principe d'aucun moyen de droit lui permettant de contester la gestion faite par le trustee.

Seules les institutions juridiques présentant ces trois caractéristiques peuvent être qualifiées de trust en droit international privé suisse. Si l'une de ces caractéristiques fait défaut, le chapitre 9a de la LDIP est inapplicable<sup>11</sup>. Dans ce cas, l'institution juridique considérée doit être qualifiée de manière à déterminer la catégorie du droit international privé suisse avec laquelle elle a le plus de points de convergence<sup>12</sup>. Si elle présente une organisation suffisante pour entrer dans la notion de société retenue à l'art. 150 LDIP, les règles de conflit du chapitre 10 de la LDIP lui seront applicables<sup>13</sup>.

## B. La reconnaissance d'un trust étranger en Suisse

### 1. Le principe de la reconnaissance automatique

Toute institution étrangère entrant dans la notion de trust retenue à l'art. 149a LDIP<sup>14</sup> constituée conformément à la loi qui la régit est automatiquement reconnue en Suisse (art. 11 al. 1 CLaH-Trust)<sup>15</sup>. C'est le principe de la reconnaissance automatique des trusts.

Peu importe que le trust considéré entretienne des liens étroits avec l'ordre juridique suisse. Un trust constitué par une personne domiciliée en Suisse, qui a désigné un trustee également situé en Suisse, lequel administre les biens en trust en faveur de bénéficiaires aussi domiciliés en Suisse sera re-

connu s'il a été constitué conformément à la loi (étrangère) qui le régit. Aucune disposition légale ne permet de contester l'existence juridique en Suisse d'un tel trust interne<sup>16</sup>. Bien au contraire, l'art. 149c al. 2 LDIP écarte expressément l'art. 13 CLaH-Trust, lequel aurait permis de ne pas reconnaître un trust interne.

La reconnaissance d'un trust étranger a pour conséquence qu'il a une existence juridique sur territoire suisse identique à celle qu'il a dans son Etat d'origine.

### 2. La validité d'un trust assimilable à une fondation d'entretien

En son état actuel, le droit suisse interdit les fondations dites d'entretien. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il s'agit des «fondations qui accordent à une personne ou à des membres de la famille la jouissance de la fortune de la fondation ou de ses revenus»<sup>17</sup>. Comme ces buts ne font pas partie de ceux que le législateur a retenus pour les fondations de famille (art. 335 al. 1 CC), les fondations d'entretien tombent sous le coup de l'interdiction des fidéicommiss de famille (art. 335 al. 2 CC).

On peut se demander si l'art. 335 al. 2 CC est une loi d'application immédiate au sens de l'art. 16 al. 1 CLaH-Trust. Si tel est le cas, la reconnaissance d'un trust qui remplit les mêmes fonctions qu'une fondation d'entretien pourra être refusée. Le législateur suisse a soulevé cette question dans son Message, mais ne l'a pas tranchée. Il a néanmoins rappelé que des dispositions du droit suisse ne peuvent être considérées comme des lois d'application immédiate que si elles «revêtent une signification fondamentale et qu'en raison de leur but particulier leur application s'impose pour le respect de l'ordre public. S'agissant de l'interdiction des fondations d'entretien, la question de savoir si cette condition est remplie apparaît discutable»<sup>18</sup>. La doctrine suisse est divisée sur la question<sup>19</sup>. Nous sommes d'avis que l'art. 335 al. 2 CC n'est pas une loi d'application immédiate. Cette disposition ne s'impose pas dans toutes les situations internationales.

Il n'est pas opportun d'introduire des exceptions au principe de la reconnaissance automatique des trusts posé par la CLaH-Trust. Ce principe s'impose même si un trust pourrait avoir été constitué dans le but de contourner l'interdiction des fondations d'entretien figurant dans le droit suisse<sup>20</sup>.

<sup>11</sup> Par exemple, le Code civil russe contient une institution juridique permettant à une personne de transmettre des biens à une autre personne à charge pour celle-ci de les gérer dans l'intérêt du constituant ou d'un tiers (art. 1012 ss. du Code civil russe). Cette institution ne peut pas être qualifiée de trust, dès lors que le constituant conserve la propriété des biens; elle sera probablement qualifiée de contrat en droit international privé suisse, au vu de ses points communs avec la fiducie.

<sup>12</sup> FLORENCE GUILLAUME, Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite, RSDIE 2000 p. 1–36 (24–30).

<sup>13</sup> FLORENCE GUILLAUME, *Lex societatis* – Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse, Zurich 2001, p. 26–39.

<sup>14</sup> Si l'institution juridique considérée ne peut pas être qualifiée de trust, mais peut être qualifiée de société au sens de l'art. 150 LDIP, elle sera aussi automatiquement reconnue en Suisse (art. 154 LDIP).

<sup>15</sup> On retrouve ainsi, en matière de trust, le principe de la reconnaissance automatique applicable en matière de société (art. 154 LDIP).

<sup>16</sup> Pour un exposé des positions de la doctrine à ce sujet, voir STEPHAN WOLF/NADINE JORDI, Trust und schweizerisches Zivilrecht – insbesondere Ehegüter-, Erb- und Immobiliarsachenrecht, in: Stephan Wolf (éd.), Der Trust – Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens, Berne 2008, p. 29–77 (49–51).

<sup>17</sup> ATF 108 II 398 (403) (f).

<sup>18</sup> Message CLaH-Trust (n. 3), no 1.4.1.7, p. 575.

<sup>19</sup> Pour un exposé des positions de la doctrine à ce sujet, voir WOLF/JORDI (n. 16), p. 46–49.

<sup>20</sup> Du même avis: LUC THÉVENOZ, Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de La Haye, in: Luc

Comme le système de rattachement des trusts correspond à celui retenu pour les sociétés, il est possible de faire un parallèle entre les trusts et les sociétés. En matière de constitution de sociétés, le principe de la reconnaissance automatique a été consacré par le législateur suisse, sans exception, il y a de cela vingt ans. Ce principe est déduit du système de l'incorporation applicable pour déterminer le droit régissant les sociétés (art. 154 LDIP)<sup>21</sup>. Ce système de rattachement des sociétés s'est aussi imposé, depuis une dizaine d'années, au sein des Etats de l'Union européenne<sup>22</sup>. Il a entraîné, dans son sillage, le principe de la reconnaissance automatique des sociétés constituées dans les autres Etats membres. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le rattachement des sociétés à l'Etat de leur incorporation s'oppose à l'existence de lois d'application immédiate pouvant remettre en question la reconnaissance d'une société étrangère<sup>23</sup>. Il ne serait certainement pas plus opportun pour les trusts que pour les sociétés d'admettre l'existence de lois d'application immédiate dont l'intervention rendrait le trust nul. Le principe de la reconnaissance automatique d'une institution juridique créée à l'étranger conformément à la loi qui la régit correspond à une conception moderne du droit international privé. Il est le pendant du principe de l'autonomie de la volonté existant dans le domaine du droit applicable. Ce principe est un des fondements du droit international privé suisse et doit être admis en matière de trusts, comme en matière de sociétés (art. 154 LDIP), de contrats (art. 116 LDIP) et de successions (art. 90 LDIP). Le législateur suisse a confirmé son attachement à ce principe en rejetant expressément l'application de l'art. 13 CLaH-Trust (art. 149c al. 2 LDIP)<sup>24</sup>.

### C. Le droit applicable au trust

En principe, un trust est régi par la loi choisie par le constituant (art. 6 al. 1 CLaH-Trust). Il n'y a pas de limite à l'autonomie de la volonté: le constituant peut choisir de constituer son trust selon n'importe quelle loi. Mais la loi choisie doit bien entendu permettre la création d'un trust du type souhaité.

Si le constituant n'a pas choisi la loi applicable ou si la loi désignée ne connaît pas l'institution du trust ou le type de trust choisi, le trust est régi par la loi avec laquelle il entretient les liens les plus étroits (art. 6 al. 2 CLaH-Trust; art. 7 al. 1 CLaH-Trust)<sup>25</sup>. Cette règle pourrait par exemple intervenir si le constituant a choisi le droit suisse pour constituer son trust. Elle vise à éviter qu'un trust doive être déclaré nul parce qu'il n'a pas été constitué valablement selon la loi désignée par le constituant. Cette hypothèse ne se présentera que très rarement en pratique.

La loi applicable au trust régit en principe toutes les questions qui ont trait à la validité du trust, son interprétation, ses effets, ainsi que son administration (art. 8 CLaH-Trust). Le constituant peut toutefois soumettre certains éléments du trust, comme par exemple son administration, à une loi distincte (art. 9 CLaH-Trust).

Il est important de préciser que la loi applicable au trust ne régit pas l'acte juridique en vertu duquel les biens ont été transférés dans le fonds du trust (art. 4 CLaH-Trust). L'acte de transfert est régi par les règles de conflit de lois applicables à la catégorie d'actes juridiques à laquelle il appartient. Nous verrons l'importance de cette distinction dans le domaine du droit des successions et des droits réels.

## IV. Trust et réserves héréditaires

### A. La distinction entre loi applicable au trust et loi applicable à la succession

Le rapport entre le trust et le droit des successions illustre bien la nécessité d'opérer une distinction entre la loi applicable au trust et la loi applicable à d'autres questions intervenant en relation avec un trust.

Le droit applicable à un trust est désigné par les art. 6 et 7 CLaH-Trust. Cette loi détermine si le trust a été constitué

Thévenoz/Christian Bovet (éd.), Journée 2006 de droit bancaire et financier, Zurich 2007, p. 51–105 (68–69); NEDIM PETER VOGT, in: Heinrich Honsell et al. (éd.), Basler Kommentar – Internationales Privatrecht, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2007, Vor Art. 149a-e, no 96, p. 1156. *Contra*: ANTON K. SCHNYDER, Trust, Pflichtteilsrecht, Familienfideikommiss, in: Peter Breitschmid et al. (éd.), Grundfragen der juristischen Person – Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Berne 2007, p. 331–350 (349), lequel est d'avis que l'art. 335 al. 2 CC peut être invoqué dans les cas crasses où le constituant a clairement voulu contourner l'art. 335 al. 2 CC.

<sup>21</sup> GUILLAUME (n. 13), p. 68–70.

<sup>22</sup> Voir CJCE 09.03.1999, *Centros*, aff. C-212/97, Rec. 1999 p. I-1459; CJCE 05.11.2002, *Überseering BV*, aff. C-208/00, Rec. 2002 p. I-9919; CJCE 30.09.2003, *Inspire Art Ltd.*, aff. C-167/01, Rec. 2003 p. I-10155.

<sup>23</sup> ATF 117 II 494 (501) (f).

<sup>24</sup> L'art. 13 CLaH-Trust réserve la fraude à la loi en matière de rattachement des trusts. Cette disposition est le pendant de la réserve du siège fictif ou de la théorie du siège réel en matière de rattachement des sociétés. Sur l'influence de la fraude à la loi en matière de rattachement des sociétés, voir GUILLAUME (n. 13), spéc. p. 114–188.

<sup>25</sup> L'art. 7 al. 2 CLaH-Trust fournit une liste non exhaustive d'éléments pouvant être pris en considération pour déterminer la loi avec laquelle un trust entretient les liens les plus étroits. Dans le cas extraordinaire où l'application de ces éléments conduit à la désignation d'une loi qui ne connaît pas l'institution du trust, cette loi s'applique néanmoins (l'art. 149c al. 2 LDIP déroge à l'art. 5 CLaH-Trust). Dans ce cas, il faudra procéder à une qualification du trust au niveau du droit matériel applicable pour déterminer quelles règles de ce droit s'appliquent.

valablement et quels sont ses effets. Mais ce n'est pas nécessairement la même loi qui détermine si une personne a le droit d'organiser sa succession au moyen d'un trust. Cette question doit être réglée en application de la loi applicable à la succession de cette personne. C'est cette loi qui détermine notamment si le trust fait partie des modes de disposer pour cause de mort autorisés et dans quelle mesure chacun est libre de disposer de ses biens à son décès. Dès lors que la CLaH-Trust ne s'applique pas aux questions relatives à la dévolution de la succession (art. 15 al. 1 lit. c CLaH-Trust), les règles de droit international privé des Etats s'appliquent pour déterminer la loi applicable à la succession d'une personne.

Lorsqu'un trust a été constitué au décès du constituant sur la base de son testament ou d'une clause de son testament (*testamentary trust; trust by will*), la loi applicable à la validité du testament ne peut pas être déterminée au moyen de la CLaH-Trust. Les règles de conflit de lois de la LDIP sont dès lors applicables. La loi désignée par l'art. 93 LDIP<sup>26</sup> va déterminer si le testament est valable à la forme, alors que celle désignée par l'art. 90 LDIP va déterminer si le testament est valable au fond (art. 92 al. 1 LDIP). Le droit applicable au trust sera quant à lui déterminé par les art. 6 ou 7 CLaH-Trust. Toutes ces dispositions ne vont pas nécessairement désigner la même loi.

## B. La validité d'un trust dans le cadre d'une succession

### 1. Le trust dans le cadre d'une succession régie par le droit suisse

La question de savoir si une personne a le droit d'organiser sa succession au moyen d'un trust sera réglée par le droit applicable à sa succession (art. 92 al. 1 LDIP). Le droit suisse est applicable notamment lorsqu'une personne est domiciliée en Suisse à son décès (art. 90 al. 1 LDIP).

Lorsque le droit suisse est applicable à la succession d'une personne, elle n'est pas autorisée à organiser sa succession au moyen d'un trust, car ce dernier ne fait partie ni des formes de disposition pour cause de mort autorisées en droit suisse, ni des modes de disposer prévus par la loi. En droit suisse, une personne ne peut en effet organiser sa succession qu'au moyen d'un testament<sup>27</sup> ou d'un pacte successoral<sup>28</sup>. En outre, la loi énumère un *numerus clausus* des modes de disposer. Il s'agit de l'institution d'héritier, du legs, des charges, des conditions, des substitutions et de la fondation<sup>29</sup>. Le trust n'y figure pas. Par conséquent, si une personne a organisé sa succession, régie par le droit suisse, au moyen d'un

trust, cette démarche n'aura aucun effet juridique. Lorsque le testament contient une clause prévoyant qu'un trust doit être constitué pour répartir la succession, cette clause sera considérée comme inexistante en droit suisse. Seule une fondation peut en effet être créée par disposition pour cause de mort en droit suisse (art. 493 CC). Dans l'hypothèse où le testament prend la forme d'un *trust deed*, il sera probablement considéré comme étant entièrement nul en droit suisse. Les règles successorales *ab intestat*<sup>30</sup> seront dès lors applicables pour répartir la succession entre les héritiers (art. 481 al. 2 CC). On précisera à ce sujet que le droit suisse est régi par le principe de l'unité de la succession, en vertu duquel tous les biens d'une personne à son décès, meubles ou immeubles, font partie d'un seul patrimoine successoral, sans égard à leur lieu de situation, et sont répartis de façon globale entre les héritiers.

Si le trust a été constitué avant le décès et produit des effets du vivant du constituant (*inter vivos trust*), il s'agit d'un acte entre vifs. Seuls les biens figurant encore dans le patrimoine personnel du constituant à son décès seront répartis entre ses héritiers, à l'exclusion de ceux qu'il aura transférés de son vivant dans le fonds du trust. Dans ce cas, si le droit suisse est applicable à la succession du constituant, il faut vérifier que les prescriptions du droit suisse, et notamment celles relatives aux réserves héréditaires<sup>31</sup>, ont été respectées. Dès lors que le trust a été constitué du vivant du constituant, les biens en trust seront soumis aux règles relatives aux libéralités entre vifs. Ils seront donc potentiellement soumis au rapport (art. 626 à 632 CC) ou à réduction (art. 527 CC). Les héritiers lésés dans leur réserve héréditaire pourront faire valoir leurs droits au moyen d'une action en réduction (art. 522 CC). Cette action doit pouvoir être dirigée aussi bien contre le trustee que contre les bénéficiaires du trust qui ont reçu des distributions du trust. Il y a donc un risque que les biens transférés dans le fonds du trust puissent être «récupérés» par les héritiers réservataires du constituant à son décès. Les biens en trust – voire les biens des bénéficiaires du trust – ne seront protégés des héritiers réservataires que s'ils sont situés dans un Etat étranger dans lequel toute procédure pour faire valoir les droits des héritiers réservataires est exclue et dont le droit international privé ne permet pas la reconnaissance d'une décision étrangère rendue dans ce cadre<sup>32</sup>. En présence d'une telle législation protectrice, le seul moyen à disposition des héritiers réservataires consistera à attaquer directement le trust en contestant la validité de sa constitution ou la manière dont il est géré. Les conditions d'une telle action sont régies par la loi applicable au trust (art. 8 CLaH-Trust).

<sup>26</sup> L'art. 93 LDIP renvoie à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires.

<sup>27</sup> Art. 498 à 511 CC.

<sup>28</sup> Art. 494 à 497 CC et art. 512 à 515 CC.

<sup>29</sup> Art. 482 à 493 CC.

<sup>30</sup> Art. 457 à 466 CC.

<sup>31</sup> En droit suisse, le conjoint et les descendants sont des héritiers réservataires; à défaut de descendants, les parents sont aussi des héritiers réservataires (art. 471 et 458 CC).

<sup>32</sup> Plusieurs Etats de trust ont prévu de telles règles dans leur droit (voir par ex. l'art. 9 de la Trusts Jersey Law 1984).

## 2. Le trust dans le cadre d'une succession régie par un droit étranger

Le droit suisse permet à une personne, de nationalité étrangère, domiciliée en Suisse à son décès de soumettre sa succession à son droit national étranger, au moyen d'une *professio juris* figurant dans un testament ou un pacte successoral (art. 90 al. 2 LDIP)<sup>33</sup>. Dans ce cas particulier, elle peut organiser sa succession au moyen d'un trust si son droit national le permet. Elle ne devra alors se conformer qu'aux restrictions de sa capacité de disposer pour cause de mort prévues dans ce droit. Si le droit national choisi ne prévoit pas de réserves héréditaires, elle est entièrement libre de répartir ses biens à son décès. Le droit applicable à la succession de cette personne ne sera pas nécessairement le même que celui en vertu duquel le trust a été constitué. Pour déterminer le droit régissant le trust, la CLaH-Trust reste applicable.

Dans l'hypothèse où une personne a soumis sa succession à un droit national étranger, on peut se demander s'il est possible d'invoquer les prescriptions sur les réserves héréditaires figurant dans le droit suisse au nom de l'ordre public (art. 17 et 18 LDIP)<sup>34</sup>. Tel n'est pas le cas, dès lors qu'il est acquis depuis longtemps que les réserves héréditaires du droit suisse ne relèvent pas de l'ordre public international<sup>35</sup>. Il n'est pas non plus possible d'exiger l'application du droit suisse à la place du droit choisi par le *de cuius* sous prétexte qu'«il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit» (art. 15 al. 1 LDIP). La clause d'exception n'est en effet pas applicable en cas d'élection de droit (art. 15 al. 2 LDIP). Il ne nous paraît pas non plus adéquat d'invoquer l'abus de droit au titre de loi d'application immédiate (art. 2 CC; art. 18 LDIP) lorsqu'une personne soumet sa succession à son droit national, même si elle n'a plus aucun lien avec ce droit. Le législateur suisse a en effet clairement choisi de ne fixer que deux conditions à la *professio juris*: (1) le *de cuius* a encore la nationalité choisie au moment de son décès, et (2) le *de cuius* n'a pas la nationalité suisse au moment de son décès (art. 90 al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase LDIP). Le législateur suisse a renoncé volontairement à limiter davantage la liberté de choisir le droit applicable à la succession<sup>36</sup>. Il a

même précisé qu'il est inhérent à l'admission de la *professio juris* qu'«on ne saurait exclure que le disposant désigne, non pas toujours le droit qui lui est le plus proche, mais bien celui qui favorisera le mieux ses desseins»<sup>37</sup>. Du reste, en cas de pluralité de nationalités étrangères, le *de cuius* peut choisir indifféremment le droit auquel il souhaite soumettre sa succession, sans avoir l'obligation de choisir sa nationalité effective (art. 90 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase LDIP)<sup>38</sup>. Ce libre choix s'explique par le fait qu'il peut être très difficile de déterminer après le décès d'une personne si le droit choisi correspond bel et bien à celui de sa nationalité effective. C'est probablement pour les mêmes raisons que le législateur suisse n'a pas réservé la possibilité de ne pas reconnaître un trust qui lésait les réserves héréditaires du droit suisse au moment de la ratification de la CLaH-Trust<sup>39</sup>. Il a par là même clairement confirmé que les réserves héréditaires du droit suisse ne sont pas des normes relevant de l'ordre public international de la Suisse. Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis que le choix d'un droit étranger pour régir une succession ne peut en aucun cas constituer un abus de droit s'il est fait dans les limites de l'art. 90 al. 2 LDIP<sup>40</sup>.

En faisant une *professio juris* en faveur d'un droit national étranger conformément à l'art. 90 al. 2 LDIP, une personne domiciliée en Suisse peut donc contourner les prescriptions relatives aux réserves héréditaires figurant dans le droit matériel suisse. Pour parvenir à ses fins, elle peut compléter le choix d'un droit étranger en constituant un trust, si le droit étranger choisi pour régir sa succession le permet. Le droit applicable à sa succession est seul habilité à déterminer si le trust fait partie des modes de disposer pour cause de mort autorisés et dans quelle mesure chacun est libre de disposer de ses biens à son décès. C'est ce droit qui déterminera notamment si le trust est un des moyens successoraux permettant la répartition des biens au décès et dans quelle mesure des biens transférés à un trust du vivant du constituant peuvent être «récupérés» par une certaine catégorie d'héritiers à son décès.

<sup>33</sup> La *professio juris* peut être expresse ou implicite: ATF 125 III 35 (i).

<sup>34</sup> Voir VOGT (n. 20), Vor Art. 149a-e, no 96, p. 1156; ANNE-SOPHIE PAPEIL, Doit-on laisser la possibilité au futur de cuius de choisir la loi applicable à sa succession?, Successio – Revue de droit des successions 2007 p. 108–123; HANS HANISCH, Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil, in: Bernard Dutoit/Josef Hofstetter/Paul Piotet (éd.), Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985, p. 473–489.

<sup>35</sup> Arrêt *Hirsch c/Cohen*, ATF 102 II 136 (f).

<sup>36</sup> Message du Conseil fédéral, du 10 novembre 1982, concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP), FF 1983 I 255 (ci-après: Message LDIP), no 263.3 et 263.4.

<sup>37</sup> Message LDIP (n. 36), no 263.3.

<sup>38</sup> Compte tenu de la précision figurant à l'art. 90 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase LDIP («droit de l'un de ses Etats nationaux»), l'art. 23 al. 2 LDIP est inapplicable.

<sup>39</sup> La Suisse n'a fait aucune réserve à la CLaH-Trust sur la base des art. 26 al. 1 et 16 CLaH-Trust.

<sup>40</sup> La situation juridique sur ce point correspond donc toujours à celle définie par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Hirsch c/Cohen*, ATF 102 II 136 (f). Même s'il est clair que l'art. 2 CC peut en soi toujours être invoqué au titre de l'art. 18 LDIP (ATF 128 III 201, SJ 2002 I 293), il ne peut pas l'être pour annuler une *professio juris* au sens de l'art. 90 al. 2 LDIP. Du même avis: ANDREA BONOMI/JULIE BERTHOLET, La *professio juris* en droit international privé suisse et comparé, in: Mélanges publiés par l'Association des Notaires Vaudois, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 355–380 (369–370). *Contra*: SCHNYDER (n. 20), p. 343–347.

## V. Trust et immeubles

### A. La distinction entre loi applicable au trust et loi applicable aux droits réels sur l'immeuble

#### 1. L'application du droit suisse aux droits réels sur un immeuble

Alors que la CLaH-Trust désigne le droit applicable au trust (art. 149c LDIP; art. 6 et 7 CLaH-Trust), elle ne régit pas les questions relatives au transfert de propriété des biens dans le trust (art. 4 CLaH-Trust). Le transfert de propriété du constituant au trustee est un élément essentiel pour que le trust soit formellement constitué. Pour être effectué valablement, il doit respecter les conditions fixées par la loi désignée par les règles de droit international privé applicables aux droits réels. S'agissant d'un immeuble situé en Suisse, le droit suisse est toujours applicable à l'acquisition et à la perte de droits réels sur l'immeuble (art. 99 al. 1 LDIP). Le transfert de la propriété de l'immeuble doit par conséquent respecter les conditions fixées par le droit matériel suisse pour être effectué valablement.

Tout transfert de la propriété d'un immeuble suppose en droit suisse un titre d'acquisition valable et une opération d'acquisition formalisée par l'inscription du propriétaire au registre foncier (art. 971 al. 1 et 974 CC). Du point de vue du droit suisse, ce n'est qu'à partir de l'inscription du propriétaire au registre foncier que le transfert de propriété sur l'immeuble est effectif (art. 656 al. 1 CC). Le titre d'acquisition doit avoir la forme prescrite par le droit suisse. S'il s'agit d'un contrat, nommé ou innommé<sup>41</sup>, la forme authentique doit être respectée (art. 657 al. 1 CC; art. 119 al. 3 LDIP), alors que les dispositions pour cause de mort sont soumises aux formes qui leur sont propres (art. 657 al. 2 CC)<sup>42</sup>.

#### 2. Les exigences de forme de l'art. 657 CC appliquées au *trust deed*

Dans le cadre d'un trust, l'acte juridique en vertu duquel l'immeuble est transféré dans le fonds du trust est le *trust deed*. Cet acte doit donc respecter les exigences de forme fixées par l'art. 657 CC pour être valable. La forme du *trust deed*<sup>43</sup> va influencer sa qualification en droit international privé suisse.

Si le *trust deed* a été signé par le constituant et le trustee (*trust settlement*), il sera probablement qualifié de contrat.

La qualification contractuelle s'impose, même si la constitution du trust est en soi un acte unilatéral. Le transfert de propriété s'effectue dans ce cas d'une manière très proche de celle d'une simple vente de l'immeuble. Le *trust settlement* constitue l'acte translatif de la propriété et doit par conséquent revêtir la forme authentique pour être valable à la forme du point de vue du droit suisse (art. 657 al. 1 CC). Si le *trust settlement* a été passé en la forme authentique à l'étranger, l'exigence de forme est respectée. L'art. 657 al. 1 CC n'exige en effet pas une forme authentique de droit suisse<sup>44</sup>. Or, le *trust settlement* n'est généralement pas passé en la forme authentique: les lois de trust prévoient que la forme écrite, voire orale, suffit<sup>45</sup>. Il n'est pas pour autant impossible de procéder à cette formalité, tout au moins en Suisse<sup>46</sup>. Cela impliquerait cependant qu'un officier public suisse puisse être habilité à formaliser un *trust deed* conformément au droit étranger qui régit le trust en question.

Comme cela risque d'engendrer des difficultés pratiques, il est préférable que le constituant passe avec le trustee un acte distinct régissant le transfert de la propriété de l'immeuble<sup>47</sup>. Cette convention constituera formellement le titre d'acquisition de la propriété sur l'immeuble. Plus précisément, elle constatera que le trust a été constitué valablement, que l'immeuble doit être transféré dans le fonds du trust et que la personne qui sera inscrite comme propriétaire au registre foncier agit en qualité de trustee<sup>48</sup>. En présence d'une telle convention, instrumentée en la forme authentique, le *trust settlement* n'aura pas besoin de revêtir la forme authentique. Si un trustee de remplacement est prévu dans le *trust deed*<sup>49</sup>, il devra être mentionné expressément dans la conven-

<sup>41</sup> PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome II, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2002, no 1546, p. 56.

<sup>42</sup> En droit suisse, le testament et le pacte successoral doivent respecter les exigences de forme prescrites aux art. 498 à 508 et 512 CC.

<sup>43</sup> Voir *supra* II.B.

<sup>44</sup> Selon l'art. 119 al. 3 LDIP, la forme des contrats relatifs aux immeubles situés en Suisse est soumise au droit suisse, soit aux exigences de l'art. 657 al. 1 CC. Mais il ne ressort pas de cette disposition que l'acte authentique doit être instrumenté par un officier public en Suisse. L'art. 31 LDIP permet précisément la reconnaissance en Suisse d'actes authentiques étrangers (de même que l'art. 50 CL). Du même avis: IVO SCHWANDER, Grundstückkauf: Internationales Privatrecht und Internationales Zivilprozessrecht, in: Alfred Koller (éd.), Der Grundstückkauf, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2001, p. 437-452 (450 s.); JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, RNRF 1993, p. 1-17 (13 s.).

<sup>45</sup> En droit anglais par exemple, si un trust peut être constitué par oral, la forme écrite est nécessaire pour transférer un immeuble dans le fonds d'un trust. Voir MOFFAT (n. 5), p. 120.

<sup>46</sup> Du même avis: THÉVENOZ (n. 3), p. 124.

<sup>47</sup> Voir THÉVENOZ (n. 20), p. 64.

<sup>48</sup> Lignes directrices, du 28 juin 2007, destinées au traitement des affaires liées à un trust, édictées par l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier (ci-après: Lignes directrices), II. 1b), p. 3. Celles-ci précisent qu'il n'est pas nécessaire de joindre l'acte de trust à la réquisition d'inscription au registre foncier. Ces Lignes directrices sont disponibles sur le site de l'OFJ: [http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/grundbuch\\_egrifis.Par.0017.File.tmp/wegl-trust-grundbuch-f.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/grundbuch_egrifis.Par.0017.File.tmp/wegl-trust-grundbuch-f.pdf).

<sup>49</sup> Si le *trust deed* ne mentionne pas le nom du trustee de remplacement, celui-ci sera désigné par la personne (par ex. le trustee

tion passée en la forme authentique, de manière à ce que le trustee de remplacement puisse se référer directement à cet acte authentique. Si le trustee de remplacement n'est pas mentionné dans l'acte authentique établi au moment de l'entrée en fonction du premier trustee, celui-ci, respectivement le trustee de remplacement en cas de décès du premier, peut demander à un officier public qu'il établisse un acte authentique constatant que l'immeuble est en trust, que le trustee a démissionné, a été destitué ou est décédé et que le trustee de remplacement est légitimé à lui succéder conformément au *trust deed*<sup>50</sup>.

Un trust peut aussi être constitué du vivant du constituant sans que ce dernier ne participe formellement à l'acte constitutif du trust. Le *trust deed* est alors formalisé par le trustee qui déclare avoir reçu les biens et constituer le trust (*trust declaration*). La déclaration du trustee constitue pour ainsi dire l'acte par lequel la propriété est passée au trustee. Lorsqu'un immeuble situé en Suisse fait partie des biens transférés au trustee, nous sommes d'avis qu'il faut traiter la *trust declaration* de la même manière qu'un *trust settlement*. La qualification contractuelle s'impose, sans égard au fait qu'un seul des deux intervenants n'apparaisse formellement à l'acte. Pour éviter que la *trust declaration* ne soit soumise à l'exigence de forme authentique (art. 657 al. 1 CC), le constituant et le trustee doivent aussi pouvoir passer un acte distinct, en la forme authentique, régissant le transfert de la propriété de l'immeuble.

Si le trust est constitué au décès du constituant et que son testament est en tant que tel le *trust deed*, le trustee n'intervient pas formellement à l'acte constitutif du trust. Dans ce cas, le testament est le titre translatif de la propriété sur l'immeuble. Il doit respecter ses propres exigences de forme pour être valable (art. 657 al. 2 CC), ce qui implique qu'il soit valable selon l'une des lois désignées par l'art. 93 LDIP<sup>51</sup>.

Si le trust doit être constitué par le trustee sur la base d'une disposition pour cause de mort figurant dans un testament, le trustee est la seule personne intervenant pour formaliser le *trust deed*. Cette situation peut être comparée à la création d'une fondation par disposition pour cause de mort en droit suisse (art. 493 CC). La propriété est aussi transférée dans

ce cas sur la base du testament et ce dernier est soumis à ses propres exigences de forme (art. 657 al. 2 CC; art. 93 LDIP).

Lorsque le titre d'acquisition respecte les exigences de forme fixées par le droit suisse, le trustee peut être inscrit au registre foncier comme propriétaire de l'immeuble en trust.

## B. Les opérations au registre foncier

### 1. L'inscription du trustee comme propriétaire

Lorsqu'un immeuble situé en Suisse fait partie des biens d'un trust, il ressort de l'art. 149d al. 1 LDIP que le trustee doit être indiqué comme propriétaire de l'immeuble. Le législateur suisse a choisi étonnamment de régler la question des inscriptions dans les registres publics au sein de la LDIP<sup>52</sup>. Cette manière de faire est discutable et regrettable: il aurait été sans aucun doute préférable d'intégrer ces règles dans le droit matériel suisse.

Comme le transfert de la propriété de l'immeuble doit respecter les conditions fixées par le droit matériel suisse pour être effectué valablement (art. 99 al. 1 LDIP)<sup>53</sup>, l'inscription du trustee au registre foncier est nécessaire pour qu'il acquière le droit de propriété sur l'immeuble (art. 656 al. 1 CC). Peu importe que l'immeuble ait été transféré dans le fonds du trust du vivant du constituant ou à son décès ou à la suite de son acquisition par le trustee avec des fonds du trust (immeuble acquis en emploi).

Dans l'hypothèse où la fonction de trustee est assumée simultanément par plusieurs personnes, elles sont toutes propriétaires des biens en trust. Dans ce cas, tous les trustees doivent être inscrits en qualité de propriétaires au registre foncier<sup>54</sup>. C'est en principe le droit applicable au trust qui détermine quels sont les rapports entre les co-trustees (art. 8 al. 2 lit. b CLaH-Trust)<sup>55</sup>. Les lois de trust prévoient généralement que les co-trustees sont propriétaires ensemble du fonds du trust («*as joint tenants*»), dans un régime de propriété proche de celui de la propriété commune existant en droit suisse (art. 652 ss. CC)<sup>56</sup>. Le registre foncier doit indiquer que les propriétaires agissent en qualité de co-trustees (art. 31 al. 2 lit. c et 33 al. 3 ORF).

sortant ou le *protector*) ou l'autorité compétente si le *trust deed* ou le droit applicable au trust prévoit cette possibilité (art. 8 al. 2 lit. a CLaH-Trust). Dans ce cas, le droit de propriété du nouveau trustee découle directement de la décision de nomination. Il n'est donc pas nécessaire, à notre avis, qu'il se fasse attribuer la propriété de l'immeuble par un juge. Le trustee de remplacement doit pouvoir requérir lui-même son inscription au registre foncier sur la base de la décision de nomination. Celle-ci devra faire l'objet d'une procédure préalable de reconnaissance en Suisse si elle émane d'une autorité étrangère.

<sup>50</sup> Lignes directrices (n. 48), II. 6 b) et d), p. 5.

<sup>51</sup> L'art. 93 LDIP renvoie à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires.

<sup>52</sup> Message CLaH-Trust (n. 3), no 2.2, p. 607.

<sup>53</sup> Voir *supra* V.A.1.

<sup>54</sup> *Contra*: VOGT (n. 20), ad art. 149d, no 9, p. 1171, qui retient la possibilité d'inscrire un seul des co-trustees au registre foncier. Cette solution ne peut pas être suivie, dès lors que tous les trustees sont propriétaires de l'immeuble au même titre et doivent donc être indiqués comme tels au registre foncier (art. 656 al. 1 CC).

<sup>55</sup> Le constituant peut soumettre cette question à une autre loi que celle applicable au trust (art. 9 CLaH-Trust).

<sup>56</sup> Voir THÉVENOZ (n. 3), p. 128–129. En présence de plusieurs trustees, la démission, le décès ou la destitution de l'un des co-trustees a pour effet d'accroître automatiquement la part des autres.

La réquisition d'inscription sera en principe faite par le constituant (art. 963 al. 1 CC). Les art. 11 ss. de l'Ordonnance sur le registre foncier (ORF) sont applicables, mais ne prévoient pas le cas du trust. Il faut admettre qu'il y a une lacune dans la loi et que le trustee est aussi habilité à requérir l'inscription de sa qualité de propriétaire au registre foncier. Ce droit découle directement des art. 12 et 11 al. 2 CLaH-Trust, lesquels s'imposent à tous les Etats ayant ratifié la convention. S'agissant du premier trustee en fonction, il doit pouvoir requérir son inscription si le constituant ne le fait pas, notamment lorsque le constituant est décédé. De même qu'un héritier peut requérir lui-même son inscription au registre foncier (art. 665 al. 2 CC; art. 15 al. 3 ORF), le trustee doit aussi pouvoir faire la réquisition d'inscription notamment, mais pas uniquement, en cas de *testamentary trust*. S'agissant d'un trustee de remplacement, qui entre en fonction suite au décès, à la démission ou à la destitution du premier trustee, il doit aussi pouvoir requérir son inscription sans égard au fait que le premier trustee soit ou non encore en vie. Peu importe que l'entrée en fonction du nouveau trustee découle directement du *trust deed*, dans lequel il est nommément désigné, ou d'une décision prise sur la base du *trust deed* ou du droit applicable au trust<sup>57</sup>. Le fait de reconnaître un tel droit au trustee ne serait certainement pas incompatible avec le droit suisse du registre foncier. Ce dernier prévoit en effet déjà plusieurs hypothèses où la réquisition peut être faite par une autre personne que le propriétaire<sup>58</sup>. Pour plus de clarté, il serait souhaitable que l'ORF soit adaptée de manière à préciser que le trustee est habilité à requérir l'inscription et quels sont les documents qui doivent être fournis au registre foncier.

Avant de procéder à l'inscription du trustee au registre foncier, le conservateur devra vérifier que l'inscription ne contrevient pas aux prescriptions de la Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE; Lex Koller). Aussi longtemps que cette loi est en vigueur<sup>59</sup>, tous les cas tombant dans son champ d'application seront renvoyés par le conservateur du registre foncier à l'autorité cantonale compétente<sup>60</sup>. La LFAIE s'applique, quelle que soit la loi applicable au trust, au titre de loi d'application immédiate (art. 16 al. 1 CLaH-Trust). Le principe de base de la LFAIE est qu'une personne domiciliée à l'étranger doit obtenir une autorisation de l'autorité cantonale compétente pour acquérir un immeuble en Suisse (art. 2 al. 1 LFAIE). Deux hypothèses particulières peuvent tomber

dans le champ d'application de la LFAIE: d'une part, lorsqu'un trustee est domicilié à l'étranger au moment où il acquiert la propriété de l'immeuble en trust – soit au moment de son transfert dans le fonds du trust ou en cas de changement de trustee – et, d'autre part, lorsqu'un bénéficiaire est domicilié à l'étranger. Lorsqu'un trustee est domicilié à l'étranger et qu'il ne bénéficie pas d'un régime d'exception à l'assujettissement, il devra toujours obtenir une autorisation avant d'acquérir la propriété d'un immeuble situé en Suisse<sup>61</sup>. Comme nous sommes d'avis que tous les trustees doivent être inscrits au registre foncier, tous les trustees non domiciliés en Suisse seront en principe soumis au régime de l'autorisation. Le domicile à l'étranger d'un bénéficiaire ne devrait pas être déterminant au sens de la LFAIE aussi longtemps que l'immeuble ne lui est pas distribué. Lorsqu'il ressort du *trust deed* que l'immeuble situé en Suisse doit être distribué à l'un des bénéficiaires du trust domicilié à l'étranger, cette distribution sera également soumise à autorisation, sauf si le bénéficiaire n'est pas assujéti<sup>62</sup>. Si le *trust deed* laisse au trustee la liberté de distribuer l'immeuble et qu'il décide de ne pas le distribuer, il n'est pas exclu que les autorités considèrent que la non distribution vise précisément à contourner les exigences de la LFAIE, en particulier lorsqu'un des bénéficiaires du trust est domicilié à l'étranger. Il est même possible qu'elles anticipent ce risque, par mesure de précaution, en soumettant à autorisation toutes les situations où il y a un bénéficiaire domicilié à l'étranger soumis à autorisation auquel l'immeuble pourrait être distribué un jour ou l'autre. En l'absence de directives des autorités sur l'application de la LFAIE en relation avec un immeuble en trust, il est difficile d'anticiper les conséquences exactes de son application en pratique.

## 2. La mention facultative de l'existence d'un trust

Le fait que le trustee détient l'immeuble en sa qualité de trustee peut être indiqué dans une mention<sup>63</sup> portée au registre foncier (*Anmerkung*; art. 149d al. 1 LDIP)<sup>64</sup>. La mention sera formulée de la manière suivante: «fait partie du patrimoine d'un trust»<sup>65</sup>.

<sup>57</sup> Voir *supra* V.A.2.

<sup>58</sup> Voir l'art. 665 al. 2 CC.

<sup>59</sup> La LFAIE sera peut-être prochainement abrogée. Voir à ce sujet les documents figurant sur le site de l'OFJ (et notamment le Message du Conseil fédéral, du 4 juillet 2007, concernant l'abrogation de la LFAIE, FF 2007 5455), [http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/lex\\_koller.html](http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/lex_koller.html).

<sup>60</sup> Lignes directrices (n. 48), I, p. 2.

<sup>61</sup> Voir l'art. 2 al. 2, l'art. 4, l'art. 5 et l'art. 7 LFAIE.

<sup>62</sup> Seules les personnes mentionnées aux art. 2 al. 2 et 7 LFAIE sont dispensées d'obtenir une autorisation.

<sup>63</sup> La mention est une indication signalant l'existence d'un rapport juridique en relation avec l'immeuble, soit en l'espèce l'existence d'un trust. Elle figure en principe sur le feuillet de l'immeuble ou, plus rarement, sur l'état descriptif de l'immeuble.

<sup>64</sup> A notre avis, cette prescription en relation avec la tenue du registre foncier n'a rien à faire dans la LDIP et devrait être intégrée dans le Code civil ou l'Ordonnance sur le registre foncier. Voir *supra* V.B.1.

<sup>65</sup> Lignes directrices (n. 48), II, 2, p. 4.

La mention est facultative et ne peut pas être opérée d'office. Le droit suisse ne prévoit en effet aucune obligation de procéder à une mention de l'existence du trust au registre foncier. La mention doit être requise par le trustee en sa qualité de propriétaire. Il peut ne pas la requérir, par exemple pour des raisons de confidentialité<sup>66</sup>. Le trustee peut toutefois avoir l'obligation de rendre publique l'existence du trust, soit en vertu du *trust deed*, soit en vertu de la loi applicable au trust. Dans ce cas, s'il ne s'exécute pas, il peut être contraint d'y procéder par la voie judiciaire. Les conditions d'une telle action, ainsi que la qualité pour agir, dépendent de la loi applicable au trust (art. 8 CLaH-Trust).

La mention au registre foncier n'a ni effet constitutif, ni effet déclaratif<sup>67</sup>. Elle n'a aucun effet juridique sur le trust: celui-ci existe sans égard à la présence ou non d'une mention au registre foncier. La mention a un effet important de publicité: elle informe les tiers que le propriétaire du bien le détient en qualité de trustee. Nul ne pourra se prévaloir du fait qu'il ignorait que le bien ne faisait pas partie du patrimoine personnel du propriétaire de l'immeuble (art. 970 al. 4 CC). Un créancier personnel du trustee ne pourra dès lors pas obtenir une mesure d'exécution forcée sur l'immeuble en trust. En revanche, en l'absence de mention, les tiers de bonne foi sont protégés (art. 149d al. 3 LDIP<sup>68</sup>; art. 973 al. 1 CC).

Le trustee est la seule personne habilitée à requérir la radiation de la mention relative au trust. La radiation interviendra par exemple en cas de distribution de l'immeuble à un bénéficiaire du trust ou en cas de vente de l'immeuble à un tiers. Exceptionnellement, le conservateur du registre foncier peut procéder d'office à la radiation de la mention lorsqu'il est clair qu'elle n'a plus de raison d'être. Tel sera par exemple le cas lorsque l'immeuble est distribué à un bénéficiaire du trust ou lorsqu'il est vendu à un tiers<sup>69</sup>. Dans ces deux cas, l'immeuble est sorti du patrimoine du trust et la mention peut être radiée d'office si le trustee oublie de requérir la radiation.

Le consentement des bénéficiaires du trust à la radiation de la mention ne nous paraît pas devoir être requis<sup>70</sup>. Il faut

toutefois réserver le cas où le *trust deed* ou la loi applicable au trust impose au trustee l'obligation de rendre publique l'existence du trust au registre foncier: on pourrait admettre dans ce cas particulier l'obligation de consulter les bénéficiaires avant de radier la mention à la demande du trustee.

Dans tous les cas, la radiation de la mention n'a aucune incidence ni sur la propriété du bien, ni sur le trust.

## C. Les actes de disposition sur un immeuble en trust

### 1. La distribution de l'immeuble à un bénéficiaire

Le trustee doit distribuer l'immeuble au bénéficiaire si cela correspond à ce qui est prévu dans le *trust deed*. Pour être effectué valablement, le transfert de propriété du trustee au bénéficiaire doit respecter les conditions fixées par le droit suisse (art. 99 al. 1 LDIP). Le droit applicable au trust n'est pas déterminant (art. 15 al. 1 lit. d CLaH-Trust).

L'inscription du bénéficiaire comme propriétaire au registre foncier ne pourra être effectuée que sur la base d'un titre d'acquisition valable. En cas de distribution à un bénéficiaire, l'acte juridique générateur de l'obligation de transférer la propriété de l'immeuble est le *trust deed*. Celui-ci doit respecter les exigences de forme prescrites par l'art. 657 CC pour être valable. Comme nous l'avons vu<sup>71</sup>, la qualification du *trust deed* dépend de la manière dont le trust a été constitué. S'il a été constitué du vivant du constituant, il sera probablement qualifié de contrat et devra donc respecter l'exigence de forme authentique pour être valable (art. 657 al. 1 CC). Dans ce cas, si le *trust deed* n'a pas été fait en la forme authentique, le transfert de la propriété ne pourra pas être effectué. Pour remédier à cette situation, le trustee peut demander à un officier public en Suisse qu'il établisse un acte authentique constatant que l'immeuble est en trust et que le bénéficiaire a un droit à obtenir la propriété de l'immeuble conformément au *trust deed*<sup>72</sup>. Si le droit applicable au trust exige le consentement de tiers avant que l'immeuble soit distribué au bénéficiaire, l'acte authentique doit aussi mentionner que ce consentement a été donné<sup>73</sup>. Si le trust a été constitué au décès du constituant, l'exigence de forme ne posera en principe pas de difficulté particulière: le testament constituera l'acte translatif de propriété et il respectera généralement ses propres exigences de forme (art. 657 al. 2 CC).

Aussi longtemps que la propriété de l'immeuble n'a pas été transférée à un bénéficiaire par le trustee, seul ce dernier est considéré comme le propriétaire. Un créancier personnel d'un bénéficiaire ne peut dès lors pas requérir une procédure

<sup>66</sup> Le trustee peut prendre la décision de ne pas mentionner l'existence du trust au registre foncier soit de son propre chef, soit conformément aux instructions du constituant.

<sup>67</sup> Voir ATF 124 III 211, JdT 1999 II 122.

<sup>68</sup> A notre avis, cette disposition en relation avec la protection des tiers de bonne foi n'a rien à faire dans la LDIP: elle devrait être intégrée dans le Code civil si l'art. 973 al. 1 CC n'est pas suffisant. Voir *supra* V.B.1.

<sup>69</sup> Les Lignes directrices (n. 48), II. 4 et 5, p. 4, sont contradictoires à ce sujet. Il n'y a pas de raison de traiter différemment le cas de la distribution de l'immeuble à un bénéficiaire du trust du cas de la vente de l'immeuble à un tiers. Dans ces deux hypothèses, l'immeuble sort du patrimoine du trust et la mention n'a plus de raison d'être.

<sup>70</sup> Les Lignes directrices (n. 48), II. 3, p. 4, prévoient à tort que les bénéficiaires doivent donner leur consentement à la radiation.

<sup>71</sup> Voir *supra* V.A.2.

<sup>72</sup> Lignes directrices (n. 48), II. 5, p. 4.

<sup>73</sup> *Ibid.*

d'exécution forcée sur l'immeuble en trust<sup>74</sup>. Seuls les biens ou les revenus du trust ayant fait l'objet d'une distribution au bénéficiaire peuvent être saisis par ses créanciers personnels. En outre, et à certaines conditions, la créance du bénéficiaire à l'égard du trust peut également être saisie<sup>75</sup>. Mais il faut, à notre avis, réserver cette possibilité au cas où le droit du bénéficiaire à l'égard du trust est actuel et déterminé (*fixed interest*), et non pas discrétionnaire (*discretionary interest*).

## 2. La vente de l'immeuble à un tiers

En sa qualité de propriétaire des biens en trust, le trustee a le droit d'en disposer. Mais sa liberté de disposer n'est pas entière: la vente d'un bien en trust ne peut s'effectuer que conformément aux termes du *trust deed* dans les limites de la loi applicable au trust (art. 8 al. 2 lit. d CLaH-Trust). S'agissant d'un immeuble situé en Suisse, le droit suisse est toujours applicable au transfert de propriété (art. 99 al. 1 LDIP). Peu importe le droit applicable au trust (art. 15 al. 1 lit. d CLaH-Trust).

Si le trust a fait l'objet d'une mention au registre foncier, nul ne pourra se prévaloir du fait qu'il ignorait que l'immeuble ne faisait pas partie du patrimoine personnel du propriétaire de l'immeuble (art. 970 al. 4 CC). Un acquéreur ne pourra dès lors pas se prévaloir du fait qu'il ignorait que l'immeuble faisait partie du patrimoine d'un trust (art. 3 al. 2 CC). Si le trustee a disposé indûment de l'immeuble<sup>76</sup>, les bénéficiaires du trust pourront donc faire valoir leurs droits sur l'immeuble dans le cadre d'une procédure de revendication dont les modalités seront fixées par le droit applicable au trust (art. 11 al. 3 lit. d première phrase CLaH-Trust).

Par contre, en l'absence de mention de l'existence du trust au registre foncier, tout acquéreur de bonne foi sera maintenu dans son acquisition, même si le trustee n'était pas en droit de lui vendre l'immeuble selon le *trust deed* ou la loi applicable au trust (art. 149d al. 3 LDIP; art. 973 al. 1 CC). Lorsque la loi applicable au trust prévoit que les bénéficiaires du trust ont le droit de revendiquer les biens aliénés sans droit par le trustee, ils ne peuvent faire valoir leur droit de suite (*tracing*) sur l'immeuble que dans les limites posées par la loi applicable au transfert du droit réel sur le bien (art. 11 al. 3 lit. d 2<sup>ème</sup> phrase CLaH-Trust). Or, le droit suisse est applicable à l'acquisition et à la perte des droits réels sur un immeuble situé en Suisse (art. 99 al. 1 LDIP). Comme il protège les ac-

quéreurs de bonne foi, la revendication des bénéficiaires ne pourra pas aboutir si l'acquéreur est de bonne foi. Le droit suisse empêche donc que les bénéficiaires du trust puissent faire une procédure de revendication fondée sur le droit applicable au trust lorsque l'acquéreur est de bonne foi. Les bénéficiaires ne pourront dans un tel cas que se retourner contre le trustee au moyen d'une action pour enrichissement illégitime ou d'une action en responsabilité pour violation de ses devoirs de trustee (*breach of trust*).

## 3. La constitution de droits réels limités sur l'immeuble

Les remarques qui précèdent relatives à la vente d'un immeuble faisant partie du patrimoine d'un trust sont valables *mutatis mutandis* pour la constitution de droits réels limités sur l'immeuble en trust.

En sa qualité de propriétaire, le trustee peut par exemple constituer une sûreté sur l'immeuble en trust pour garantir une dette du trust, si le *trust deed* ou le droit applicable au trust l'autorise (art. 8 al. 2 lit. d CLaH-Trust). Si le registre foncier mentionne l'existence du trust, le créancier-gagiste ne pourra pas invoquer sa bonne foi lorsque l'hypothèque a été constituée sur l'immeuble pour garantir une dette personnelle du trustee (art. 970 al. 4 CC; art. 3 al. 2 CC). Dans ce cas, l'immeuble ne pourra pas faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée dirigée contre le trustee pour ses dettes personnelles (art. 11 al. 3 lit. a et b CLaH-Trust). A défaut de mention, l'immeuble ne pourra être soustrait d'une telle procédure d'exécution forcée qu'au moyen d'une revendication (art. 106 ss. LP), laquelle peut être faite soit par le trustee, soit par un tiers intéressé (notamment un bénéficiaire)<sup>77</sup>. En cas de faillite du trustee, l'administration de la faillite retirera d'office l'immeuble de la masse en faillite s'il est clair qu'il fait partie du patrimoine d'un trust (art. 284b LP). Sinon, une action en revendication sera nécessaire pour sortir l'immeuble de la masse en faillite (art. 242 al. 2 LP).

## VI. Conclusion

L'entrée en vigueur de la CLaH-Trust a permis de montrer que le trust n'est pas en soi incompatible avec le droit suisse. Grâce à cette convention, tout trust valablement constitué selon un droit étranger est reconnu en Suisse sans formalité particulière. Il faut toutefois réserver cet effet aux trusts

<sup>74</sup> Il en va de même d'un créancier du constituant: l'immeuble étant sorti de son patrimoine, ses créanciers ne peuvent pas avoir de prétention sur l'immeuble en trust. Il faut toutefois réserver le cas du trust révocable: ce type de trust comporte le risque que les créanciers du constituant (et notamment les autorités fiscales) percent le trust et considèrent que le constituant est resté propriétaire des biens mis dans le trust.

<sup>75</sup> Voir ATF 89 III 12 (f).

<sup>76</sup> Le trustee dispose indûment des biens en trust lorsqu'il ne respecte pas les termes du *trust deed* ou la loi applicable au trust.

<sup>77</sup> Voir ATF du 19 novembre 2001 no 5C.169/2001. Dans cet arrêt, les bénéficiaires d'un *constructive trust* de droit américain ont pu obtenir la distraction de biens en trust d'une procédure d'exécution forcée dirigée contre le trustee pour ses dettes personnelles.

constitués volontairement, par un acte entre vifs ou à cause de mort du constituant, autrement dit les *express trusts*. Les autres formes de trust n'entrent en principe pas, à notre avis, dans la notion de trust retenue en droit international privé suisse. Leur régime juridique sur territoire suisse ne peut par conséquent être défini qu'à l'issue d'un processus de qualification.

Le trust reste une institution juridique étrangère au droit matériel suisse, dès lors qu'il est impossible de constituer un trust de droit suisse. Il doit être apprivoisé pour pouvoir concilier ses effets juridiques avec l'ordre juridique suisse. Les principaux points de friction apparaissent, en droit civil, en matière de droit des successions et de droits réels immobiliers.

Dans le domaine des successions, le trust soulève principalement trois questions. La première a trait aux réserves héréditaires: est-il possible de ne pas respecter les exigences du droit suisse visant à protéger les héritiers réservataires en constituant un trust? La réponse à cette question dépend du droit applicable à la succession. Lorsque le droit suisse est applicable, les prescriptions du droit suisse relatives aux réserves héréditaires doivent être respectées. Si l'existence d'un trust a pour conséquence que les héritiers réservataires sont lésés, ils peuvent faire valoir leurs droits sur les biens en trust au moyen d'une action en réduction, laquelle doit pouvoir être dirigée aussi bien contre le trustee que les bénéficiaires du trust (art. 522 CC).

Lorsqu'un droit étranger est applicable à la succession du constituant, ce droit détermine si une partie de son patrimoine doit être réservée en faveur d'une catégorie d'héritiers et quels sont les moyens à disposition de ces derniers pour protéger leurs droits. Le droit suisse est assez libéral, dès lors qu'il permet à une personne de nationalité étrangère de soumettre sa succession à son droit national au moyen d'une *professio juris* (art. 90 al. 2 LDIP). Ce faisant, elle peut notamment contourner les réserves héréditaires prescrites par le droit suisse, car le droit étranger choisi sera seul applicable pour définir dans quelle mesure elle est libre de disposer de ses biens à son décès. Les réserves héréditaires prescrites par le droit suisse ne pourront pas être invoquées par les héritiers, dès lors qu'elles ne font pas partie de l'ordre public international suisse. Elles n'ont donc aucune vocation à intervenir lorsque le droit suisse n'est pas applicable à la succession d'une personne.

La deuxième question qui se pose a trait à l'utilisation d'un trust en matière successorale: est-il possible d'organiser sa succession au moyen d'un trust? La réponse à cette question dépend de nouveau du droit applicable à la succession du *de cuius*. Elle sera négative si le droit suisse est applicable.

La troisième question intervient en relation avec la reconnaissance d'un trust remplissant les mêmes fonctions qu'une fondation d'entretien: est-il possible de refuser de reconnaître en Suisse un trust constitué dans le but de contourner l'interdiction des fidéicommiss de famille

(art. 335 al. 2 CC)? Nous sommes d'avis qu'il ne serait pas opportun d'introduire une exception au principe de la reconnaissance automatique en refusant de reconnaître un trust qui aurait les caractéristiques d'une fondation d'entretien.

Le transfert de droits réels sur un immeuble situé en Suisse est soumis au droit suisse (art. 99 al. 1 LDIP). Les conditions fixées par le droit matériel suisse doivent par conséquent toujours être respectées pour que le transfert soit effectué valablement. Cela implique qu'il y ait un titre d'acquisition valable et une inscription au registre foncier (art. 971 al. 1 et 974 CC). La présence d'un immeuble situé en Suisse dans le patrimoine d'un trust soulève principalement quatre questions. La première a trait à la validité du titre d'acquisition. Lorsqu'un immeuble est transféré dans le fonds d'un trust ou est distribué à un bénéficiaire du trust, le *trust deed* constitue le titre d'acquisition. Comme celui-ci est établi conformément au droit étranger applicable au trust, il doit respecter non seulement les conditions formelles de validité prescrites par ce droit, mais aussi celles prescrites par l'art. 657 CC. Le *trust deed* doit ainsi être formalisé en la forme authentique lorsqu'il est qualifié de contrat au sens de l'art. 657 al. 1 CC. Si cette condition ne pose pas de difficulté lorsque le *trust deed* a été fait en la forme authentique à l'étranger, la situation se complique lorsque tel n'est pas le cas. Il devrait néanmoins être possible de faire un acte distinct, en la forme authentique, régissant le transfert de la propriété de l'immeuble.

La deuxième question a trait aux opérations faites au registre foncier. Il ressort de l'art. 149d al. 1 LDIP que le trustee sera inscrit comme propriétaire au registre foncier et qu'il est possible d'indiquer dans une mention le fait que l'immeuble appartient au patrimoine d'un trust. A notre avis, le trustee doit être habilité à requérir les opérations au registre foncier. Il doit notamment pouvoir demander à être inscrit en qualité de propriétaire. Ce droit découle directement des art. 12 et 11 al. 2 CLaH-Trust.

La troisième question survient en relation avec la protection des tiers qui ont acquis de bonne foi des droits sur un immeuble en trust. Lorsque le trustee a vendu ce dernier à un tiers – ou a constitué un droit réel limité dessus en faveur d'un tiers –, alors qu'il n'était pas en droit de le faire, la protection du tiers dépend de sa bonne foi. En l'absence de mention au registre foncier, tout acquéreur de bonne foi sera maintenu dans son acquisition (art. 973 al. 1 CC). Les bénéficiaires du trust ne pourront dès lors pas revendiquer l'immeuble. Une procédure de revendication sera en revanche possible pour empêcher que l'immeuble fasse l'objet d'une procédure d'exécution forcée pour désintéresser un créancier personnel du trustee (art. 106 ss., 242 al. 2 et 284b LP).

La quatrième question concerne les prescriptions de la LFAIE. Tous les cas relevant de la LFAIE seront transmis à l'autorité cantonale compétente pour autorisation. Mais la portée exacte de cette législation en relation avec la présence d'un immeuble situé en Suisse dans le fonds d'un trust est difficile à établir avec certitude à ce jour.

Il est très regrettable que le Code civil et l'Ordonnance sur le registre foncier n'aient pas été adaptés de manière à prendre en compte les spécificités liées à la présence d'un immeuble situé en Suisse dans le patrimoine d'un trust. Cela engendre une importante insécurité juridique, qui est d'autant plus regrettable que l'un des objectifs visés par la ratification de la CLaH-Trust était précisément de renforcer la sécurité juridique en Suisse. Il serait souhaitable que le législateur remédie rapidement à ces lacunes du droit civil et retire de la LDIP les éléments qui n'ont pas lieu d'y être (art. 149d LDIP).

Nachdem die Autorin die Konturen des Trusts sowie dessen Behandlung im Internationalen Privatrecht der Schweiz in Erinnerung gerufen hat, stellt sie die hauptsächlichen Friktionspunkte zwischen dem Trust und dem Schweizer Zivilrecht dar. Im Erbrecht werden drei Fragestellungen detailliert betrachtet: Ist es möglich, die Anforderungen des Pflichtteilsrechts durch Errichtung eines Trusts zu umgehen? Kann der Trust als Mittel der Gestaltung der Erbschaftsplanung eingesetzt werden? Und im Zusammenhang mit der Anerkennung eines Trusts, der dieselben Funktionen wie eine Familienstiftung erfüllt: Kann die Anerkennung in der Schweiz einem Trust, der mit dem Ziel errichtet wurde, das Verbot der Errichtung von Familienfideikommissen nach Art. 335 Abs. 2 ZGB zu umgehen, versagt werden? Im Bereich des Immobiliarsachenrechts werden vier Aspekte speziell betrachtet: Welche Anforderungen an die Übertragung dinglicher Rechte an einer in der Schweiz gelegenen Liegenschaft müssen erfüllt sein, damit sie rechtsgültig in das Vermögen des Trusts übergehen? Im Bereich Grundbuch die Frage, wer als Eigentümer eingetragen wird; wie erfahren Dritte, dass eine Liegenschaft zum Vermögen eines Trusts gehört und wer Eintragungen im Grundbuch vornehmen kann? Ferner wird auf den Schutz gutgläubiger Dritter eingegangen, die dingliche Rechte an Liegenschaften erworben haben, die zu einem Trustvermögen gehören. Und letztlich Fragen im Zusammenhang mit der Lex Koller. Die Autorin kommt zum Schluss, dass im Schweizer Zivilrecht bezüglich des Trusts noch Regelungsbedarf besteht und empfiehlt, diese Lücken namentlich durch Anpassungen im ZGB und der Grundbuchverordnung zu schliessen. Dadurch könne Art. 149d IPRG aufgehoben werden, eine Bestimmung, die Elemente enthält, die nicht in einen kollisionsrechtlichen Erlass gehören.